

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
Oktober 2011
ISSN 1434-3460

20/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB § 135a; BGB §§ 133, 157, 436 – Kostenerstattung für Maßnahmen zum Naturschutz im Rahmen einer kaufvertraglichen Erschließungsbeitragsregelung

BGB § 1902 – Löschung eines Wohnungsrechts wegen Nichtausübung; Vertretung des Wohnungsberechtigten bei Aufgabe des Wohnungsrechts durch den Betreuer

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

GmbHG §§ 11 Abs. 2, 9a Abs. 1 – Handelndenhaftung und Haftung analog § 9a Abs. 1 GmbHG bei der wirtschaftlichen Neugründung

GBO §§ 29 Abs. 1, 74; InsO §§ 35, 56, 80; AktG § 78 Abs. 4 – Freigabe eines Grundstücks durch den Insolvenzverwalter bei insolventer GmbH; Nachweis der Vertretungsmacht bei Ermächtigung eines gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführers zur Einzelvertretung

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BauGB § 135a; BGB §§ 133, 157, 436 Kostenerstattung für Maßnahmen zum Naturschutz im Rahmen einer kaufvertraglichen Erschließungsbeitragsregelung

I. Sachverhalt

In einem im Jahr 2010 abgeschlossenen Kaufvertrag über einen Bauplatz in einer nordrhein-westfälischen Stadt ist folgende Regelung enthalten:

„Erschließungsbeiträge nach dem Baugesetzbuch und sonstige Anliegerkosten trägt der Käufer.“

Der verkaufte Bauplatz wurde im Jahr 2006 durch Bebauungsplan als bebaubar ausgewiesen. Die Gemeinde erwarb im Jahr 2007 eine Ausgleichsfläche i. S. v. § 1a Abs. 3 BauGB. Die Zuordnung des Ausgleichsgrundstücks zu den Eingriffsgrundstücken (u. a. auch zum verkauften Bauplatz) erfolgte durch Änderung des Bebauungsplanes im Jahr 2009.

Nach Vollzug des Kaufvertrags nimmt die Gemeinde den Erwerber wegen der Ausgleichsmaßnahme gem. § 135a Abs. 2 und 3 BauGB in Anspruch. Über die vorstehende Bestimmung hinaus enthält der Kaufvertrag keine Regelung darüber, wer die Kosten der Maßnahmen für den Naturschutz i. S. v. § 135a BauGB zu tragen hat.

II. Fragen

1. Kann der Kostenausgleich für den Eingriff in Natur und Landschaft im Wege der Auslegung den „Erschließungsbeiträgen nach dem BauGB und sonstigen Anliegerkosten“ zugeordnet werden?
2. Falls dies nicht möglich ist, wer trägt in Ermangelung einer vertraglichen Regelung nach dem Gesetz die Ausgleichskosten für einen vor Kaufvertragsabschluss bereits erfolgten Eingriff in Natur und Landschaft?

III. Zur Rechtslage

1. Kostenerstattung für Ausgleichsmaßnahmen zum Naturschutz nach § 135a BauGB

Zu erwartende Eingriffe der Bauleitplanung in Natur und Landschaft sind nach § 1a Abs. 3 BauGB durch Ausweisung von Ausgleichsflächen im Flächennutzungsplan nach § 5 Abs. 2a oder von Ausgleichsflächen oder Ausgleichsmaßnahmen im Bebauungsplan nach § 9 Abs. 1a BauGB auszugleichen, wobei die jeweiligen Ausgleichsflächen oder Ausgleichsmaßnahmen den Eingriffen durch den Flächennutzungsplan bzw. Bebauungsplan zugeordnet werden. Nach § 135a Abs. 1 BauGB sind die festgesetzten Maßnahmen grundsätzlich vom Vorhabenträger selbst durchzuführen. Soweit Ausgleichsmaßnahmen jedoch nicht auf dem Eingriffsgrundstück, sondern an einem anderen Ort vorgenommen werden (wie regelmäßig bei einer Bebauung durch kleinere Einzelbauvorhaben), führt die **Gemeinde die Ausgleichsmaßnahmen anstelle der Vorhabenträger oder Grundstückseigentümer** durch und erhebt die hierfür erforderlichen Kosten (§ 135a Abs. 2 und 3 BauGB).

Sie kann gem. § 135a Abs. 2 S. 1 BauGB **nach ihrer Wahl** entweder den **Vorhabenträger** selbst oder den **Eigentümer** des Grundstücks **zur Kostenerstattung** heranziehen (zur öffentlich-rechtlichen Kostentragungspflicht im Falle eines Besitz- bzw. Eigentumswechsel vgl. unten Ziff. 3 lit. c)). Nach § 135a Abs. 2 S. 2 BauGB können die Ausgleichsmaßnahmen bereits vor den Baumaßnahmen und der Zuordnung durchgeführt werden. Hierdurch wird die Gemeinde in die Lage versetzt, frühzeitig sog. „Ökokonten“ anzulegen, die später zugeordnet und abgerechnet werden (vgl. nur Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 11. Aufl. 2009, § 135a Rn. 5).

2. Kaufvertragliche Erschließungskostenregelung

a) Ausgangspunkt: Gesetzliche Regelung in § 436 Abs. 1 BGB

Ausgangspunkt für die Frage der Kostentragungspflicht im Innenverhältnis der Kaufvertragsparteien ist **§ 436 Abs. 1 BGB**. Danach hat der Verkäufer die **Erschließungs- und sonstigen Anliegerbeiträge** für bis zum Vertragsschluss begonnene Maßnahmen zu tragen. Zum Begriff der Erschließungs- und Anliegerbeiträge i. S. d. gesetzlichen Regelung gehören dabei alle öffentlich-rechtlichen Beiträge, die nach den §§ 127-135 BauGB und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften, insbesondere den Kommunalabgabengesetzen der Länder, für die Kosten öffentlicher Einrichtungen erhoben werden. Ob die Vorschrift auch auf **Kostenerstattungsbeiträge für Naturschutzmaßnahmen** nach den §§ 135a ff. BauGB **anwendbar** ist, erscheint hingegen **zweifelhaft** (so ausdrücklich Palandt/Weidenkaff, BGB, 70. Aufl. 2011, § 436 Rn. 6; tendenziell bejahend Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2010, Teil 2 Kap. 2 Rn. 207).

Dem steht zwar nicht entgegen, dass die Anwendbarkeit des § 436 BGB – wie aus der Überschrift und Abs. 2 zu folgern ist – eine öffentliche Last voraussetzt (dazu Palandt/Weidenkaff, § 436 Rn. 2; Grziwotz, ZfIR 2002, 583, 584). Ungeachtet der im Einzelnen streitigen Begriffsbildung (vgl. dazu nur Staudinger/Beckmann, BGB, Neubearb. 2004, § 436 Rn. 11) ruhen die insoweit festzusetzenden Beträge **kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung** (§ 135a Abs. 3 S. 4 BauGB) als **öffentliche Last** auf dem Grundstück. Gleichwohl sollen die Kosten nicht unter den Begriff der sonstigen Anliegerbeiträge zu subsumieren sein, da die Beteiligten ein entsprechendes Gesetzesverständnis für „überraschend“ halten dürften (so Grziwotz, ZfIR 2002, 583, 584; ders., in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2003, S. 485). Denn für die Gemeinden bestehe nach § 135a Abs. 2 S. 2 BauGB die Möglichkeit, ein bereits vor längerer Zeit angelegtes Ökokonto erst später konkreten Baumaßnahmen zuzuordnen und dementsprechend abzurechnen. Einen solchen Zusammenhang dürften die Vertragsparteien „schwerlich der gesetzlichen Regelung entnehmen“ (Grziwotz, ZfIR 2002, 583, 584). Letztlich ist bei diesem Ansatz u. E. das Bestreben zu erkennen, den Anwendungsbereich einer gesetzlich ohnehin zweifelhaften Regelung nicht durch extensive Interpretation zu erweitern.

Teilweise wird demgegenüber darauf verwiesen, dass Wortlaut und Zweck der Regelung der Anwendbarkeit von § 436 BGB auf Kostenerstattungsbeiträge nicht entgegenstünden (so Palandt/Weidenkaff, § 436 Rn. 6 a. E., der sich jedoch in der Sache nicht abschließend festlegt). Bedenkt man zudem, dass auch Beiträge für Wasserversorgungs- und Entwässerungsanlagen nach dem landesrechtlichen

Kommunalabgabenrecht unter den Begriff der Anliegerbeiträge i. S. d. § 436 BGB fallen (so auch Grziwotz, in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 485; ders., ZfIR 2002, 583, 585; MünchKommBGB/Westermann, 5. Aufl. 2008, § 436 Rn. 2; HK-BGB/Saenger, 3. Aufl. 2003, § 436 Rn. 3), und zieht man zugleich in Erwägung, dass **§ 135a Abs. 4 BauGB** hinsichtlich der Kosten für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen die **entsprechende Anwendung der landesrechtlichen Vorschriften über** (eben solche) **kommunale Beiträge** anordnet, **liegt eine Anwendung von § 436 BGB auf Kostenerstattungsbeiträge für Naturschutzmaßnahmen u. E. nahe**. Rechtsprechung zu dieser Frage liegt jedoch – soweit ersichtlich – bislang nicht vor.

b) Würdigung der vertraglichen Regelung

Allerdings bestimmt § 436 Abs. 1 BGB ausdrücklich, dass die gesetzliche Kostentragungsregelung dispositiv ist („Soweit nichts anderes vereinbart...“). Folglich können die Beteiligten eine von den gesetzlichen Bestimmungen abweichende Regelung treffen. Der Wortlaut der vertraglichen Vereinbarung weicht vorliegend geringfügig vom Wortlaut des § 436 Abs. 1 BGB ab: Nach dem Vertrag sollen „Erschließungsbeiträge nach dem BauGB und sonstige Anliegerkosten“ vom Käufer zu tragen sein, § 436 Abs. 1 BGB stellt schlicht auf „Erschließungsbeiträge und sonstige Anliegerbeiträge“ ab. Gleichwohl **knüpft die vertragliche Formulierung ersichtlich an § 436 Abs. 1 BGB an**. Damit dürfte die Frage, ob von der Vertragsregelung auch die Kosten für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen erfasst sind, ebenso wenig eindeutig zu beantworten sein. Sie ist vielmehr im Wege der Vertragsauslegung zu klären.

Insoweit kommt es vorrangig auf den anhand sämtlicher Umstände des konkreten Einzelfalls festzustellenden, übereinstimmenden Parteiwillen an. Auch wenn daher generalisierende Aussagen bei der gebotenen Auslegung den Blick auf die jeweiligen Besonderheiten verstellen könnten, dürfte es u. E. häufig naheliegen, unmittelbar an die ohnehin gesetzlich vorgeprägte Begriffsbildung anzuknüpfen. So wird vorliegend ebenfalls die allgemeine Diskussion zum Begriff der Erschließungs- und sonstigen Anliegerbeiträge i. S. d. § 436 BGB Bedeutung erlangen. Dementsprechend geht *Krauß* unter Hinweis auf *Grziwotz* (in: Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt, S. 485) und damit anknüpfend an die zur Gesetzeslage geführte Diskussion davon aus, dass naturschutzrechtliche Kostenerstattungsansprüche nicht unter derartige Kostentragungsklauseln fielen (Immobilienkaufverträge in der Praxis, 5. Aufl. 2010, Rn. 1589 a. E.: „Naturschutzrechtliche Kostenerstattungsansprüche fallen nicht unter Vertragsklauseln zur ‚Erschließung‘ oder unter den Begriff der ‚Erschließungsbeiträge‘ i. S. d. § 436 BGB“). *Grziwotz* selbst hingegen hat sich mit Blick auf vertragliche Regelungen ausdrücklich für eine extensive Auslegung ausgesprochen: Solche Regelungen über Erschließungs- und Anliegerkosten seien regelmäßig auch auf naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen entsprechend anwendbar (DNotZ 1997, 916, 934 f.). Ein Widerspruch zu der mit Blick auf die gesetzliche Begriffsbildung geführten Diskussion lässt sich hierbei auflösen, wenn man die vertragliche und gesetzliche Begriffsbildung nicht für zwingend kongruent erachtet. Dafür spräche, dass die Parteien mit ihrem autonom gesetzten Vertragsrecht außerhalb des gesetzlichen Modus ein (regelmäßig überlegenes) Modell entwickelt haben, das sich konsequent auch hinsichtlich naturschutzrechtlicher Kostenerstattungsbeiträge fortentwickeln lässt.

Unseres Erachtens dürfte es den Kaufvertragsparteien **typischerweise darauf ankommen, sämtliche mit der Erschließung des Grundstücks und dessen Bebaubarkeit irgendwie zusammenhängenden Beiträge** durch eine derartige Regelung **zu erfassen**. Deutlich macht dies die Auffangklausel „und sonstige Anliegerkosten“. Zu Letzteren gehört auch eine Kostenerstattung für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen. Denn solche Kosten können nach § 135a Abs. 3 S. 1 BauGB geltend gemacht werden, sobald die Grundstücke, auf denen Eingriffe zu erwarten sind, baulich oder gewerblich genutzt werden dürfen. **Im Zweifel** bezieht sich die Erschließungskostenregelung im notariellen Kaufvertrag u. E. somit ebenfalls auf einen **Kostenerstattungsbetrag nach den §§ 135a ff. BauGB**. Im Einzelfall mag die Auslegung freilich zu einem abweichenden Ergebnis führen. Unter dem Gesichtspunkt ergänzender Vertragsauslegung käme dann letztlich auch eine hälftige Kostenteilung zwischen den Beteiligten in Betracht (vgl. zum Fall nicht geregelter Kosten einer Privaterschließung in diesem Sinne BGH MittBayNot 2000, 316 mit Anm. Grziwotz = DNotZ 2000, 463).

3. Gesetzliche Kostentragungspflicht für den Fall der Unanwendbarkeit des § 436 BGB sowie der Vertragsregelung

Geht man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon aus, dass die vertragliche Regelung die Kosten für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen nicht erfasst, eine ergänzende Vertragsauslegung ebenso wenig möglich ist und hält man auch die gesetzliche Regelung des § 436 Abs. 1 BauGB nicht für anwendbar, stellt sich die Frage, wer insoweit zur Lastentragung verpflichtet ist.

a) Übergabe als maßgeblicher Zeitpunkt für Lasten- und Kostenverteilung (§ 446 S. 2 BGB)

§ 436 Abs. 2 BGB stellt klar, dass der Verkäufer nicht für die Freiheit des Grundstücks von anderen Abgaben und Lasten einzustehen hat. Sie sind dementsprechend weder Sach- noch Rechtsmangel (§§ 434, 435 BGB), sondern im Verhältnis zum Verkäufer vom Käufer zu übernehmen. **Maßgebender Zeitpunkt** ist insoweit die **Übergabe** (§ 446 Abs. 1 S. 2 BGB; vgl. zum Ganzen etwa BeckOK-BGB/Faust, Stand: 1.3.2011, § 436 Rn. 8). § 103 BGB bestimmt in diesem Zusammenhang, dass Lasten, die – wie die Kosten für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen – nicht regelmäßig wiederkehren, von demjenigen zu tragen sind, zu dessen Zeit sie zu „entrichten“ sind. Bei den zu „entrichtenden“ Lasten handelt es sich nach einhelliger Meinung um „**fällige**“ Lasten (BGH NJW 1982, 1278 = DNotZ 1982, 855; Staudinger/Jickel/Stieper, Neubearb. 2004, § 103 Rn. 4, 7). So hat der BGH mit Blick auf Erschließungskosten bereits im Jahre 1982 (NJW 1982, 1278) ausgesprochen, dass – soweit keine besondere vertragliche Vereinbarung vorliege – der Käufer eines Grundstücks die nach der Übergabe fällig werdenden Anliegerbeiträge zu tragen habe (vgl. zu dieser, mit Blick auf Erschließungsbeiträge angesichts von § 436 BGB n. F. überholten Rechtslage BeckOK-BGB/Faust, § 436 Rn. 4). Im konkreten Fall zog die Gemeinde den Käufer zu Erschließungskosten für Anlagen heran, die bereits vor Vertragsschluss fertig gestellt waren.

b) Bestimmung des Zeitpunktes, zu dem die Kostenerstattungsbeträge i. S. d. § 103 BGB „zu entrichten“ sind

Unter der Prämisse, dass die Kosten für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen weder von § 436 Abs. 1 BGB noch von der entsprechenden Vertragsklausel erfasst

werden, wäre demnach **entscheidend**, wann die **Pflicht zur Entrichtung der Kostenerstattungsbeträge** für die naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen **fällig** wird. Dies bestimmt sich nach **öffentlichem Recht**. Allgemein ist für die gem. § 135a BauGB vorzunehmende Abwälzung des für die beitragsfähige Maßnahme angefallenen Aufwands zwischen dem Entstehen der sachlichen und der persönlichen Beitragspflicht zu differenzieren (vgl. dazu unter dem Gesichtspunkt der Erschließungsbeiträge BeckOK-BauGB/Eiding, Stand: 1.4.2011, § 133 Rn. 35, 37 f.).

Die **sachliche Beitragspflicht** entsteht nach § 135a Abs. 3 S. 3 BauGB mit der Herstellung der Ausgleichsmaßnahmen durch die Gemeinde. Liegen damit die Voraussetzungen für die sachliche Beitragspflicht vor, so handelt es sich nach allgemeinen Grundsätzen jedoch lediglich um ein abstraktes Schuldverhältnis, welches neben der Festsetzung des Geldwerts der Beitragsforderung auch noch einer Konkretisierung der Person des Schuldners bedarf. Es ist mit anderen Worten festzulegen, wer **persönlich beitragspflichtig** ist. Dies geschieht durch den **Beitragsbescheid** (vgl. allgemein nur Driehaus, Kommunalabgabenrecht, 44. EL März 2011, § 8 Rn. 486, 497 ff.). Vor Erlass des Beitragsbescheides ist die Zahlungspflicht mithin nicht hinreichend konkretisiert und daher auch nicht „zu entrichten“ i. S. d. § 103 BGB (vgl. nochmals BGH NJW 1982, 1278). Hieraus dürfte zu folgern sein, dass **im Innenverhältnis** von Verkäufer und Käufer nach der gesetzlichen Regelung **allein der Käufer zur Tragung der Kostenbeiträge** für die naturschutzrechtlichen Ausgleichsmaßnahmen **verpflichtet** ist, **wenn diese erst nach Übergabe i. S. d. § 446 Abs. 1 S. 2 BGB festgesetzt** werden.

c) Exkurs: Persönliche Beitragspflicht nach öffentlichem Recht bei Eigentumswechsel

In diesem Zusammenhang ist allerdings darauf hinzuweisen, dass öffentlich-rechtlich durchaus zweifelhaft ist, ob der heutige Grundstückseigentümer von der Gemeinde rechtmäßigerweise als Kostenschuldner in Anspruch genommen werden kann. Nach § 135a Abs. 1, Abs. 2 S. 1 BauGB hat die Gemeinde die Ausgleichsmaßnahmen auf Kosten des Vorhabenträgers oder Eigentümers durchzuführen. Es besteht Einvernehmen, dass nach dem Verursacherprinzip des § 135a Abs. 1 BauGB vorrangig der Vorhabenträger in Anspruch zu nehmen ist (Krautzberger, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, 97. EL 2010, § 135a Rn. 15; Brügelmann/Neuhausen, BauGB, 77. EL 2011, § 135a Rn. 22; ebenso zur Vorgängernorm des § 8a BNatSchG der zuständige Bundestagsausschuss, BT-Drs. 12/4330, S. 26; Gruber, BayVbl. 1995, 420, 422). Ist ein Vorhabenträger im konkreten Fall nicht vorhanden, kann die Gemeinde jedoch auf den Eigentümer zurückgreifen. Anders als im Recht der Erschließungsbeiträge (§ 134 Abs. 1 S. 1 BauGB) ist in den §§ 135a ff. BauGB aber nicht ausdrücklich geregelt, wer bei einem Eigentumswechsel zwischen Entstehung der sachlichen Beitragsschuld und Erlass des Beitragsbescheides persönlich beitragspflichtig ist. Nach Auffassung von *Neuhausen* (in: Brügelmann, § 135a Rn. 24) **gilt hier „das gleiche wie im KAG-Beitragsrecht [...]“**: *Eine bereits entstandene Kostenerstattungspflicht geht nicht mit dem Übergang des Eigentums auf einen Dritten auf diesen über; der frühere Erstattungspflichtige bleibt vielmehr der persönliche Schuldner. Die Rechtslage ist hier also eine andere als im Erschließungsbeitragsrecht, wo nach § 134 beitragspflichtig ist, wer im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beitragsbescheides Eigentümer des Grundstückes ist.*“ (Hervorhebung durch Verf.)

Für eine Anwendung des allgemeinen Kommunalabgabenrechts spricht auch die Regelung in § 135a Abs. 4 BauGB. Dementsprechend dürfte sich die Frage, wer nach Maßgabe des öffentlichen Rechts persönlicher Beitragsschuldner ist, nach dem **jeweiligen kommunalabgabenrechtlichen Landesrecht** richten. So betont das OVG Saarland unter Bezugnahme auf § 8 Abs. 8 S. 1 KAG SL, es sei maßgeblich, wer im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Bescheides im Grundbuch als Eigentümer eingetragen sei (Urt. v. 20.8.2008 – 1 A 453/07, AS RP-SL 36, 269). Auf die Rechtslage in Nordrhein-Westfalen dürften demgegenüber die Ausführungen von *Neuhausen* uneingeschränkt Anwendung finden, da hier eine § 8 Abs. 8 S. 1 KAG SL vergleichbare Bestimmung fehlt. Daher erscheint vorliegend eine **Inanspruchnahme des Käufers und neuen Eigentümers als persönlicher Kostenschuldner öffentlich-rechtlich unzulässig**, entweder schon deshalb, weil vorrangig ein Vorhabenträger heranzuziehen ist, oder aber deshalb, weil die persönliche Beitragspflicht in der Person des früheren Grundstückseigentümers entstanden ist und dementsprechend nur er öffentlich-rechtlich herangezogen werden darf.

Im Verhältnis zum Verkäufer dürfte den Käufer die wohl fehlende Möglichkeit einer öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme jedoch nicht entlasten: Wird der Verkäufer öffentlich-rechtlich herangezogen, so ändert dies nämlich nichts daran, dass zivilrechtlich im Innenverhältnis von Verkäufer und Käufer gem. §§ 446 Abs. 1 S. 2, 103 BGB Letzterer die Lasten zu tragen hat. Da gem. § 135a Abs. 3 S. 4 BauGB der **Kostenerstattungsbetrag** ohnehin als **öffentliche Last** auf dem Grundstück ruht, **haftet der Käufer** im Übrigen, wenn auch nicht persönlich, so doch **dinglich** für den entsprechenden Erstattungsbetrag ebenso im Verhältnis zur Gemeinde, die nach § 191 AO den jeweiligen Grundstückseigentümer durch Erlass eines Duldungs- oder Haftungsbescheides in Anspruch nehmen kann (dazu nur Krautzberger, § 135a Rn. 20).

4. Ergebnis

a) In Rechtsprechung und Literatur ist nicht abschließend geklärt, ob Kostenerstattungsbeträge für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen nach den §§ 135a ff. BauGB unter den Begriff der Erschließungsbeiträge und sonstigen Anliegerkosten i. S. d. § 436 BGB fallen. Ebenso wenig ist geklärt, wie entsprechende Vertragsklauseln – die im Übrigen ohnehin der einzelfallspezifischen Auslegung bedürfen – zu verstehen sind. Unseres Erachtens liegt es jedenfalls nahe, sowohl § 436 BGB als auch entsprechende vertragliche Regelungen auf Kostenerstattungsbeträge anzuwenden. Angesichts der unklaren Rechtslage **empfiehlt sich** mit *Schöner/Stöber* (Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3180) eine **möglichst präzise vertragliche Regelung**.

b) Unter der Prämisse, dass die Kostenerstattungsbeträge für naturschutzrechtliche Ausgleichsmaßnahmen nach den §§ 135a ff. BauGB nicht unter die gesetzliche Regelung des § 436 Abs. 1 BGB fallen, gelten die §§ 446 Abs. 1 S. 2, 103 BGB. Danach sind die Kostenerstattungsbeträge vom Käufer zu tragen, wenn sie erst nach Übergabe „zu entrichten“ sind. Dies ist der Fall, wenn sie nach öffentlichem Recht durch Beitragsbescheid erst nach Übergabe festgesetzt werden. Persönlicher Kostenschuldner nach öffentlichem Recht ist primär der Vorhabenträger, nachrangig der Voreigentümer. Dies ändert jedoch nichts an der Verantwortlichkeit des Käufers im Innenverhältnis zum Verkäufer sowie daran, dass das Grundstück selbst dinglich für die persönliche Schuld des Voreigentümers haftet (öffentliche Last gem. § 135a Abs. 3 S. 4 BauGB).

BGB § 1902

Löschung eines Wohnungsrechts wegen Nichtausübung; Vertretung des Wohnungsberechtigten bei Aufgabe des Wohnungsrechts durch den Betreuer

I. Sachverhalt

E ist Eigentümer eines Grundstücks, das mit einem Mehrfamilienhaus bebaut ist. 1963 wurde an diesem Grundbesitz zugunsten des Herrn G (damals 11 Jahre alt) ein Wohnrecht für die Dauer des ledigen Standes bestellt. Dieses Wohnrecht beinhaltet die Nutzung eines Zimmers im Hause sowie freien Umgang in Haus, Hof und Garten. Das Zimmer existiert heute noch. Der Eigentümer ist bereit, das Wohnrecht in Geld abzulösen.

Das Wohnrecht wurde von Herrn G zu keinem Zeitpunkt ausgeübt. Er war hierzu auch nicht in der Lage, da er ständiger Betreuung bedurfte und bedarf. Heute lebt Herr G in einem Pflegeheim und hat eine Betreuerin.

II. Frage

Kann der Eigentümer die Löschung des Wohnrechts verlangen und darf die Betreuerin bzw. das Betreuungsgericht die Löschungsbewilligung z. B. gegen einen Ablösebetrag bewilligen oder genehmigen?

III. Zur Rechtslage

1. Wohnungsrecht bei Auszug oder Nichtausübung

Zunächst sei klargestellt, dass es sich bei dem mitgeteilten „Wohnrecht“ offensichtlich um ein **dingliches Wohnungsrecht i. S. d. § 1093 BGB** (das als solches im Grundbuch eingetragen ist) handelt. Dieses stellt eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit dar, die nach ihrer Bestellung entweder durch Aufhebung gem. den §§ 875, 876 BGB oder kraft Gesetzes erlischt, insbesondere wenn das Recht unter einer auflösenden Bedingung bestellt wurde. So ist es beispielsweise ohne Weiteres zulässig, ein Wohnungsrecht „auflösend bedingt auf die Dauer des ledigen Standes“ zu bestellen (BayObLG RdL 1982, 318, 319 = MittBayNot 1983, 13).

Der **bloße Auszug** des Berechtigten aus den dem Wohnungsrecht unterliegenden Räumlichkeiten führt jedoch grundsätzlich **nicht zum Erlöschen** des Rechts (OLG Brandenburg OLGR 2008, 603; OLG Celle NZM 1998, 929 = NJW-RR 1999, 10; OLG Düsseldorf Rpfleger 2001, 542 = NotBZ 2001, 466; MünchKommBGB/Joost, 5. Aufl. 2009, § 1093 Rn. 24; Staudinger/J. Mayer, BGB, Neubearb. 2008, § 1093 Rn. 62). Denn nach dem BGH (DNotZ 2008, 703, 704) gelten für das Erlöschen eines Wohnungsrechts dieselben Grundsätze wie für das Erlöschen einer sonstigen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Danach erlösche das Recht, wenn eine **Ausübung aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen (objektiv) dauernd unmöglich werde** (vgl. BGH NJW 1985, 1025 = DNotZ 1985, 549). Das sei u. a. der Fall, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil biete (vgl. BGH NJW 1964, 1226). An diesen Voraussetzungen fehle es, wenn das Wohnungsrecht aufgrund der Aufnahme des Berechtigten in ein Pflegeheim nicht ausgeübt werden könne. Dies begründet der BGH (DNotZ 2008, 703, 704) damit, dass dem Berechtigten nach § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB die Möglichkeit verbleibe, mit Gestattung des Grundstückseigentümers die Ausübung seines Rechts anderen zu überlassen und dadurch z. B. für sich einen Mietanspruch gegen den Besitzer der dem Recht unterliegenden Räume zu begründen. Ergänzend führt das OLG Oldenburg (NJW-RR 1994, 467, 468) an, dass auch bei einem gesund-

heitlich bedingten Auszug die – wenn auch unwahrscheinliche – Möglichkeit gegeben sei, dass der Berechtigte in die Wohnung zurückkehre und sich dort pflegen lasse.

Somit führt ein in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis nicht zum Erlöschen des Wohnungsrechts. Dieses bleibt auch dann bestehen, wenn der Berechtigte bereits seit mehreren Jahren die vom Wohnungsrecht betroffenen Räumlichkeiten nicht mehr bewohnt. Gleiches muss u. E. wegen einer etwaigen Gestaltung der Ausübungsüberlassung gelten, wenn dem Berechtigten ein Bewohnen der Räumlichkeiten von vornherein nicht möglich war, beispielsweise aufgrund einer speziellen Behinderung oder besserer Versorgungsmöglichkeiten im Heim.

2. Anspruch auf Verzicht auf das Wohnungsrecht?

Fraglich ist, ob der Wohnungseigentümer einen Anspruch auf Verzicht auf das Wohnungsrecht haben kann, gerade im Hinblick auf die langjährige Nichtausübung des Rechts. Insoweit lässt sich zunächst festhalten, dass nach § 902 BGB Ansprüche aus dinglichen Rechten, die im Grundbuch eingetragen oder durch einen im Grundbuch eingetragenen Widerspruch gesichert sind, der Verjährung entzogen sind, solange die Eintragung währt (**Ausschluss der Verjährung**). Dies entspricht dem allgemeinen Zweck der Grundbucheintragung, die ebenso wie die Verjährung der Rechtssicherheit dient, dabei aber im Gegensatz zur Verjährung nicht den Passivbeteiligten, sondern durch Kundbarmachung der Rechtslage den Rechtsinhaber schützt (Staudinger/Gursky, Neubearb. 2008, § 902 Rn. 1).

Der Ausschluss der Verjährung bedeutet jedoch nicht zugleich auch den Ausschluss der **Verwirkung**. Allerdings besteht Einigkeit, dass die Verwirkung **auf Extremfälle beschränkt** bleiben muss, weil ansonsten die Intention des § 902 BGB unterlaufen würde (Staudinger/Gursky, § 902 Rn. 3). Der *numerus clausus* der Sachenrechte ebenso wie der zugehörigen Erwerbs- und Verfügungstatbestände wird zu dem Bestand an Rechten und Vorschriften zu rechnen sein, in welche im Interesse der im Sachenrecht besonders gewichtigen Prinzipien der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit im Regelfall nicht mittels § 242 BGB eingegriffen werden kann.

Jedoch ist im Bereich der Dienstbarkeiten anerkannt, dass der Berechtigte nach § 242 BGB auf die Ausübung seiner Rechte aus den §§ 1018 ff. BGB zu verzichten hat, wenn wichtige Gründe nach **Treu und Glauben** im Verkehr dies erfordern. Ein solcher Fall wird insbesondere dann angenommen, wenn sich infolge wesentlicher Änderungen der Verhältnisse ein **Missverhältnis zwischen dem Nutzen und den Nachteilen** für das dienende Grundstück herausgebildet hat (BGH DNotZ 1968, 172; OLG Koblenz DNotZ 1999, 511, 512; Staudinger/J. Mayer, Neubearb. 2009, § 1018 Rn. 182). Der Einwand der Verwirkung setzt dabei ein Verhalten des Berechtigten voraus, das zu der Annahme berechtigt, er werde das zugunsten des herrschenden Grundstücks eingetragene Recht nicht mehr ausüben (OLG Düsseldorf MittRhNotK 1997, 133, 134).

Ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen einer Verwirkung vorliegen, lässt sich dem mitgeteilten Sachverhalt nicht entnehmen. Eine Verwirkung erscheint u. E. allenfalls dann denkbar, wenn der Berechtigte bzw. dessen gesetzlicher Vertreter ernsthaft und nachdrücklich erklärt hätte, er werde in Zukunft das Wohnungsrecht nicht mehr ausüben oder sei an der Ausübung des Wohnungsrechts nicht inter-

essiert. Eine solche Erklärung wird jedoch im Hinblick auf die Behinderung des Betroffenen möglicherweise fragwürdig sein und im Hinblick auf dessen gesetzliche Vertreterin (Betreuerin) nicht ohne Weiteres unterstellt werden können, da die Betreuerin zur Wahrung auch der vermögensrechtlichen Interessen des Betreuten verpflichtet ist (vgl. dazu sogleich Ziff. 3).

3. Verzicht auf das Wohnungsrecht durch die Betreuerin

Ist die **Betreuerin** im vorliegenden Fall für die **vermögensrechtlichen Angelegenheiten** des Betreuten bestellt, kann sie den Betreuten innerhalb dieses Aufgabenkreises gem. § 1902 BGB gerichtlich und außergerichtlich vertreten. Sie ist daher grundsätzlich berechtigt, über Vermögensgegenstände des Betreuten zu verfügen und beispielsweise auch etwaige dingliche Positionen (Eigentum, Nutzungsrechte) aufzugeben.

a) Schenkungsverbot nach § 1804 S. 1 i. V. m. § 1908i Abs. 2 S. 1 BGB

Zu berücksichtigen ist jedoch, dass der Betreuer nach § 1804 S. 1 BGB, der nach § 1908i Abs. 2 S. 1 BGB im Betreuungsrecht sinngemäß gilt, in Vertretung des Betreuten **keine Schenkungen** tätigen darf. Ein Verstoß gegen das Schenkungsverbot führt zur **Nichtigkeit** des Rechtsgeschäfts. Die Nichtigkeitsfolge tritt selbst dann ein, wenn das Rechtsgeschäft – zu Unrecht – vom Betreuungsgericht genehmigt worden wäre. Daher dürfte im Rahmen des Verzichts auf das Wohnungsrecht darauf zu achten sein, dass der Verzicht **nicht unentgeltlich** erfolgt (sofern nicht nach den oben unter Ziff. 2 dargelegten Grundsätzen ein Anspruch des Eigentümers auf Abgabe der Verzichtserklärung besteht).

b) Genehmigungserfordernis (§ 1821 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 1908i Abs. 1 S. 1 BGB)

Darüber hinaus ist anzumerken, dass der Verzicht auf das Wohnungsrecht nach den §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB der **betreuungsgerichtlichen Genehmigung** bedarf. Denn beim dinglichen Wohnungsrecht handelt es sich um ein Recht an einem Grundstück i. S. d. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (vgl. Palandt/Diederichsen, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1821 Rn. 8). Im Genehmigungsverfahren hat das Betreuungsgericht von Amts wegen zu prüfen, ob das Rechtsgeschäft gesetzmäßig ist oder sonstige Wirksamkeitshindernisse vorliegen. **Geprüft** wird in diesem Zusammenhang insbesondere auch, ob das Rechtsgeschäft gegen das **Schenkungsverbot des § 1804 BGB verstößt** (G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl. 2011, Rn. 151).

c) Vorliegender Sachverhalt

Da keine gesicherten Grundsätze bestehen, wie eine adäquate Gegenleistung für die Aufgabe eines dinglich gesicherten Nutzungsrechts zu bemessen ist, und das **Betreuungsgericht** insoweit einen **großen Ermessensspielraum** besitzt, dürfte es sich u. E. empfehlen, zur Abstimmung der Genehmigungsfähigkeit des Verzichts, insbesondere aber zur Frage einer etwaigen Gegenleistung, **Rücksprache** mit dem zuständigen Gericht zu nehmen.

4. Ergebnis

Die langjährige Nichtausübung des dinglichen Wohnungsrechts führt grundsätzlich nicht zu dessen Erlöschen. Als gesetzliche Vertreterin des Behinderten könnte dessen **Betreuerin** aber mit Genehmigung des Betreuungsgerichts

auf das Recht **verzichten**, allerdings wegen des für Betreuer geltenden Schenkungsverbots **nicht unentgeltlich**. Ein **Anspruch** des Eigentümers auf Löschung bestünde nur, wenn die engen Voraussetzungen einer **Verwirkung** vorlägen (Tatfrage).

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

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

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

LwAnpG § 42 Abs. 1 S. 1 i. V. m. GenG § 83
Vertretung einer im Genossenschaftsregister eingetragenen LPG allein durch den seinerzeitigen Vorsitzenden der LPG

Abruf-Nr.: 109010

EGBGB Art. 25

Kanada: Bestimmung der Erben bzgl. des inländischen Nachlasses eines kanadischen Testators

Abruf-Nr.: 109375

ZPO § 859; BGB §§ 2042, 1276, 2382

Pfändung eines Miterbenanteils; Auswirkungen auf einen bereits abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrag bei unterbliebenem Vormerkungsschutz

Abruf-Nr.: 111112

InsO § 133

Vorsatzanfechtung bei Begleichung von Notarkosten; Keine Privilegierung von Notarkosten bei der Insolvenzanfechtung

Abruf-Nr.: 110939

Rechtsprechung

GmbHG §§ 11 Abs. 2, 9a Abs. 1
Handelndenhaftung und Haftung analog § 9a Abs. 1 GmbHG bei der wirtschaftlichen Neugründung

a) Bei einer wirtschaftlichen Neugründung einer Vorrats- oder Mantelgesellschaft kommt eine Haftung der handelnden Personen analog § 11 Abs. 2 GmbHG nur dann in Betracht, wenn die Geschäfte vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgenommen worden sind und dem nicht alle Gesellschafter zugestimmt haben.

b) Versichert der Geschäftsführer bei der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung der Wahrheit zuwider, dass sich das Stammkapital endgültig in seiner freien Verfügung befindet, haftet er analog § 9a Abs. 1 GmbHG.

BGH, Urt. v. 12.7.2011 – II ZR 71/11
Abruf-Nr.: 10995

Problem

In den beiden Grundsatzentscheidungen vom 9.12.2002 (BGHZ 153, 158 = DNotZ 2003, 443 = DNotI-Report 2003, 29) und vom 7.7.2003 (BGHZ 155, 318 = DNotZ 2003, 951 = DNotI-Report 2003, 149) entschied der II. Zivilsenat des BGH, dass auf die wirtschaftliche Neugründung einer Vorrats- bzw. Mantelgesellschaft die **der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG einschließlich der registergerichtlichen Kontrolle** entsprechend anzuwenden seien. In beiden Fällen sah der II. Zivilsenat eine am satzungsmäßigen Stammkapital auszurichtende **Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG** als zentrales Element dieser registergerichtlichen Kontrolle an. Ferner sei die Tatsache der Wiederverwendung eines zwischenzeitlich leer gewordenen Gesellschaftsmantels gegenüber dem Registergericht **offenzulegen**. Unterblieben die Offenlegung bzw. die Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG, so könne das Registergericht die Eintragung einer beschlossenen Satzungsänderung sowie von Geschäftsführerwechseln verweigern (jüngst auch OLG Nürnberg FGPrax 2011, 194 = GmbHR 2011, 582 = Rpfleger 2011, 521). Außerdem droht nach der bisherigen, allerdings heftig umstrittenen BGH-Rechtsprechung eine **Unterbilanzhaftung der Gesellschafter für spätere Verluste**. In jüngster Vergangenheit wurde heftig darüber diskutiert, ob dies auch dann gilt, wenn im Zeitpunkt der wirtschaftlichen Neugründung das Stammkapital tatsächlich vollständig vorhanden ist (vgl. zum Meinungsstand Gutachten DNotI-Report 2011, 1, 4 f.). Insoweit ist alsbald mit einer höchstrichterlichen Klärung zu rechnen (Revision anhängig unter Az. II ZR 56/10).

Vorliegend fand die vermeintliche wirtschaftliche Neugründung, also die Ausstattung der (als offene Vorratsgesellschaft gegründeten) Gesellschaft mit einem Unternehmen, vor Eintragung der dies begleitenden Satzungsänderungen und des Geschäftsführerwechsels statt; die Offenlegung und die Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG erfolgten gleichzeitig mit der Anmeldung dieser Änderungen zum Handelsregister. Die GmbH wurde am selben Tag in das Handelsregister eingetragen, allerdings noch mit dem ursprünglichen Unternehmensgegenstand bzw. der ursprünglichen Firma. Die Eintragung der Satzungsänderungen sowie des Geschäftsführerwechsels verzögerte sich. Hieraus zog die Vorinstanz die Schlussfolgerung, dass für die Zeit vor der Eintragung der Änderungen eine Handelndenhaftung des Geschäftsführers analog § 11 Abs. 2 GmbHG bestehe.

Entscheidung

Der BGH stellt zunächst klar, dass es vorliegend bereits an einer wirtschaftlichen Neugründung fehle, denn die Ausstattung der Gesellschaft mit einem verbenden Unternehmen war bereits vor der (erstmaligen) Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister beschlossen und – soweit dafür nicht die Eintragung im Handelsregister erforderlich war – auch vollzogen worden. Allerdings weist der BGH darauf hin, dass im Falle einer wirtschaftlichen Neugründung nicht nur eine Unterbilanzhaftung, sondern auch eine **Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG** in Betracht kommt, wenn die Geschäfte vor Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung aufgenommen wurden und dem nicht alle Gesellschafter zugestimmt hatten.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Handelndenhaftung analog § 11 Abs. 2 GmbHG sei grundsätzlich der Zeitpunkt der **Offenlegung** der wirtschaftlichen Neugründung. Auf die Eintragung etwaiger mit der Neugründung verbundenen anmeldepflichtigen Änderungen komme es insoweit nicht an. Verzögere sich die Handelsregistereintragung, spiele dies für die Handelndenhaftung keine Rolle. Dies sei auch mit Blick auf den gebotenen Schutz des Rechtsverkehrs hinnehmbar, da in Fällen, in denen das Stammkapital der Gesellschaft bei Offenlegung der Neugründung ganz oder teilweise aufgebraucht sei, grundsätzlich die **Unterbilanzhaftung** der Gesellschafter eingreife und es deshalb der zusätzlichen Haftung der Handelnden analog § 11 Abs. 2 GmbHG nicht mehr bedürfe. Zusätzlich kommt bei **Abgabe einer unrichtigen Versicherung** analog § 8 Abs. 2 GmbHG eine **Haftung des Geschäftsführers analog § 9a Abs. 1 GmbHG** in Betracht.

Hinweis für die Praxis

Zwar hat der II. Zivilsenat nicht ausdrücklich entschieden, dass der Zeitpunkt der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unabhängig von der Richtigkeit der Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG stets auch zur Beendigung einer etwaigen Unterbilanzhaftung und vor allem zur Beseitigung des Unterbilanzhaftungsrisikos für etwaige zukünftige Verluste führt. Allerdings deuten die Ausführungen darauf hin, dass auch insoweit allein auf die Offenlegung und nicht auf eine etwa nachfolgende Registereintragung als Zäsur abzustellen ist. Ein hinreichender Gläubigerschutz dürfte durch die auf diesen Zeitpunkt bezogene Unterbilanzhaftung sowie durch die Haftung des Geschäftsführers analog § 9a Abs. 1 GmbHG, welche angesichts der wohl straflosen falschen Versicherung analog § 8 Abs. 2 GmbHG Missbrauchsrisiken vorbeugt, gewährleistet sein.

GBO §§ 29 Abs. 1, 74; InsO §§ 35, 56, 80; AktG § 78 Abs. 4

Freigabe eines Grundstücks durch den Insolvenzverwalter bei insolventer GmbH; Nachweis der Vertretungsmacht bei Ermächtigung eines gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführers zur Einzelvertretung

1. Bei der Freigabe eines Vermögenswertes durch den Insolvenzverwalter sind der bzw. die Geschäftsführer berechtigt, die GmbH bei Verfügungen über den freigegebenen Vermögenswert zu verpflichten.
2. Sieht das Gesetz einen Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen gem. § 32 GBO vor, so ist diese Vorschrift nicht abschließend. Die allgemeine Nachweisführung gem. § 29 Abs. 1 GBO bleibt weiterhin möglich.
3. Gem. § 74 GBO können im Beschwerdeverfahren Formmängel hinsichtlich § 29 Abs. 1 GBO geheilt werden.
4. Der Nachweis, dass ein gesamtvertretungsberechtigter Geschäftsführer zu einem bestimmten Rechtsgeschäft einzeln ermächtigt worden ist, kann durch einen öffentlich beglaubigten Beschluss über die Ermächtigung geführt werden.

5. Der Nachweis des Fortbestands der Insolvenzverwaltereigenschaft kann durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift der „Bescheinigung der Ernennung“ geführt werden, wenn der Notar zugleich bescheinigt, dass ihm die Urschrift im Zeitpunkt der öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift des Insolvenzverwalters vorgelegen hat. Dabei ist auch ein Zeitablauf von über zwei Jahren zwischen der Ausstellung der Bescheinigung und der Vornahme der Grundbuchhandlung unschädlich. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG München, Beschl. v. 16.9.2011 – 34 Wx 376/11
Abruf-Nr.: 10996

Problem

Der Entscheidung lag – zusammengefasst – folgender Sachverhalt zugrunde: Über das Vermögen einer GmbH war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Der Insolvenzverwalter schloss mit einem Erwerber im Wege von Angebot und Annahme einen Kaufvertrag über ein im Eigentum der GmbH stehendes Grundstück. Sodann erfolgte die **Freigabe** des Grundstücks aus der Insolvenzmasse und die Löschung des Insolvenzvermerks. Das Grundbuchamt beanstandete die Auflassung als nicht formgerecht. Schließlich fasste der Insolvenzverwalter einen **Gesellschafterbeschluss**, mit welchem er den (grundsätzlich gesamtvertretungsberechtigten) **Geschäftsführer zur Einzelvertretung ermächtigte**; dieser Geschäftsführer erteilte eine weitere Vollmacht zur Vornahme von Grundbucheintragungen. Nachdem der Ermächtigungsbeschluss zunächst nicht beglaubigt worden war und das Grundbuchamt dies monierte, legten die Beteiligten in der Beschwerdeinstanz einen öffentlich beglaubigten Gesellschafterbeschluss, gefasst vom Insolvenzverwalter, vor. Der Insolvenzverwalter hatte bei der Beglaubigung seiner Unterschrift eine über zwei Jahre alte „Bescheinigung über die Ernennung“ (wohl die Bestallungsurkunde) vorgelegt; der Notar erstellte eine beglaubigte Abschrift und bescheinigte, dass ihm die Urschrift im Zeitpunkt der Beglaubigung vorgelegen habe.

Entscheidung

Die Ausführungen des OLG München sind sowohl insolvenzrechtlich als auch grundbuchverfahrensrechtlich sehr interessant. Zunächst wird (beiläufig) ausgeführt, dass **im Fall der Freigabe** durch den Insolvenzverwalter die **Geschäftsführer** der GmbH insofern wieder vertretungsberechtigt sind. Dies entspricht der herrschenden Meinung, wonach die gesonderte Bestellung eines Liquidators nicht erforderlich ist. In formeller Hinsicht weist das OLG darauf hin, dass die Vorschrift des § 32 GBO **nicht die allgemeine Nachweismöglichkeit** des § 29 Abs. 1 GBO **verdrängt**. Meist ist der urkundliche Nachweis zwar nicht praktikabel, doch insbesondere in den Fällen der Ermächtigung analog § 78 Abs. 4 S. 1 AktG bzw. § 125 Abs. 2 S. 2 HGB gibt es keine andere Möglichkeit, da die Ermächtigung nicht in das Handelsregister eingetragen werden kann. Darüber hinaus hält das OLG die **Vorlage einer über zwei Jahre alten Bestallungsurkunde** zum Nachweis des Fortbestands der Verwaltereigenschaft für ausreichend, sofern der Notar bescheinigt, dass ihm die Urschrift im Zeitpunkt der Beglaubigung vorgelegen habe. Dies dürfte zutreffen. Das Risiko, dass ein Insolvenzverwalter trotz Abberufung weiterhin im Besitz der Bestallungsurkunde ist, ist nämlich gering (Kesseler, RNotZ 2004, 177, 220).

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg