

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang  
Januar 2014  
ISSN 1434-3460

1/2014

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 53, 54, 15 Abs. 5 – Satzungsdurchbrechung; punktuelle Wirkung und Dauerwirkung; Verstoß gegen Vinkulierungsbestimmung (Gleichlaufklausel im Hinblick auf KG-Beteiligung); Anforderungen an förmliche Satzungsdurchbrechung; Satzungstextänderung; Registereintragung

BGB §§ 167, 168, 1896 – Erteilung zweier Vorsorgevollmachten mit Einzelvertretungsmacht; Widerruf der einen Vollmacht durch den anderen Bevollmächtigten; Bestellung eines Kontrollbetreuers; Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bevollmächtigten

### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 1170 Abs. 1; FamFG §§ 433 ff., 447 ff. – Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekanntenen Erben des eingetragenen Gläubigers eines Buchgrundpfandrechts; Rechtsschutzbedürfnis trotz möglicher Bestellung eines Nachlasspflegers

WEG § 5 Abs. 1 u. 2 – Wohnungseingangstüren als notwendiges Gemeinschaftseigentum

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**GmbHG §§ 53, 54, 15 Abs. 5  
Satzungsdurchbrechung; punktuelle  
Wirkung und Dauerwirkung; Verstoß  
gegen Vinkulierungsbestimmung  
(Gleichlaufklausel im Hinblick auf  
KG-Beteiligung); Anforderungen an  
förmliche Satzungsdurchbrechung;  
Satzungstextänderung; Registereintragung**

### I. Sachverhalt

Es besteht eine GmbH & Co. KG. In der Satzung der Komplementär-GmbH ist geregelt, dass ein Geschäftsanteil nur zugleich mit dem KG-Anteil übertragen werden darf; die gleichzeitige Übertragung ist Wirksamkeitsvoraussetzung.

Nunmehr wollen die Gesellschafter von dieser Regelung in einem Einzelfall abweichen und durch satzungsdurchbrechenden Beschluss die Übertragung nur des GmbH-Geschäftsanteils zulassen.

### II. Fragen

Was ist hierbei zu beachten? Ist der satzungsdurchbrechende Beschluss in das Handelsregister einzutragen?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Einordnung der Satzungsdurchbrechung

Unter „Satzungsdurchbrechung“ versteht man einen **Gesellschafterbeschluss**, der eine von der Satzung abweichende Regelung trifft, ohne die Kautelen der Satzungsänderung gem. §§ 53, 54 GmbHG einzuhalten (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 53 Rn. 27). Handelt es sich dabei um eine abstrakt-generelle Regel, die eine **Bestimmung der Satzung dauerhaft außer Kraft setzen** will, ist der Gesellschafterbeschluss in jedem Fall **unwirksam** (Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 53 Rn. 45; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 27).

#### a) Punktuelle vs. zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung

Anders sind jedoch Gesellschafterbeschlüsse zu beurteilen, mit denen eine Bestimmung **nur für den Einzelfall abbedungen**, die Fortgeltung der Klausel aber nicht infrage gestellt werden soll. Man unterscheidet insoweit **punktuelle Maßnahmen**, deren Wirkung sich in der Maßnahme erschöpft, und **Maßnahmen mit Dauerwirkung**, die einen im Widerspruch zur geltenden Satzung stehenden Zustand herbeiführen (vgl. BGH DNotZ 1994, 313, 314; OLG Dresden GmbHR, 2012, 213, 214 = NotBZ 2012, 108; grundlegend Priester, ZHR 151 [1987], 40, 51 f.; diese Differenzierung ablehnend Zöllner/Noack, § 53 Rn. 48). Zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen gebieten grundsätzlich die Einhaltung aller für die Satzungsänderung

geltenden Vorschriften (vgl. BGH DNotZ 1994, 313, 314 f.; OLG Dresden GmbHR 2012, 213, 214; Scholz/Priester/Veil, GmbHG, 10. Aufl. 2010, § 53 Rn. 29). Punktuelle Durchbrechungen haben dagegen wohl nur herabgesetzte Anforderungen zu erfüllen. Selbst bei gänzlicher Missachtung dieser Anforderungen sind sie nicht nichtig (BGH DNotZ 1994, 313, 314), sondern nach überwiegender Ansicht nur anfechtbar (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 31; Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 30a; MünchKommGmbHG/Harbarth, 2011, § 53 Rn. 51; GroßkommGmbHG/Ulmer, 2008, § 53 Rn. 39).

#### b) Vorliegender Sachverhalt

Vorliegend enthält die Satzung der GmbH offenbar eine Art **Gleichlaufklausel**. In der Praxis stellt eine solche Klausel sicher, dass die Beteiligung an der GmbH der Beteiligung an einer KG entspricht, an der wiederum die GmbH beteiligt ist (personenidentische GmbH & Co. KG). Dabei handelt es sich im konkreten Fall anscheinend um eine echte Verfügungsbeschränkung, wonach der Geschäftsanteil nur gleichzeitig mit dem entsprechenden KG-Anteil dinglich wirksam übertragen werden kann (vgl. Lüke, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbH & Co. KG, 20. Aufl. 2009, § 3 Rn. 184). Mithin ist eine **Vinkulierungsbestimmung** i. S. d. § 15 Abs. 5 GmbHG gegeben.

Ob ein **Verstoß** dagegen nur punktuelle oder Dauerwirkung hat, erscheint noch nicht abschließend geklärt (offen BGH NZG 2003, 127, 128). U. E. spricht **vorliegend** tendenziell mehr für eine **Maßnahme mit Dauerwirkung**. Die Existenz einer Verfügungsbeschränkung steht zwar nicht notwendigerweise dem Innehaben einer unter Verstoß gegen die Beschränkung erworbenen Beteiligung entgegen. Anderes kann aber dann gelten, wenn die Beschränkung objektiver Ausdruck einer statutarisch verankerten Beteiligungsstruktur ist, etwa im Kontext der GmbH & Co. KG mit gleichlaufenden Beteiligungen. In diesem Fall stünde das Halten des GmbH-Geschäftsanteils ohne korrespondierenden Kommanditanteil durchaus dauerhaft im Widerspruch zur geltenden Satzung. Auch wenn es letztlich auf eine Auslegung der Satzung im Einzelfall ankommt, dürfte daher wohl im Zweifel eine Maßnahme mit Dauerwirkung anzunehmen sein.

## 2. Zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung

Obwohl eine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung im Wesentlichen einer förmlichen Satzungsänderung entspricht, weicht sie doch in einem Punkt von ihr ab, denn sie soll – wie eingangs erwähnt – keine bestehende Satzungsregel außer Kraft setzen. Jedenfalls erfordert sie u. E. aber (vgl. zum Folgenden Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 32):

- **Ladung** mit Ankündigung der Satzungsdurchbrechung;
- **Gesellschafterbeschluss mit satzungsändernder Mehrheit**;
- **notarielle Beurkundung** des Beschlusses.

Noch **unklar** ist, inwieweit **Satzungstextänderung und Eintragung im Handelsregister** notwendig sind.

#### a) Satzungstextänderung

Zur Satzungstextänderung führt *Priester* aus (ZHR 151 [1987], 40, 55 f., Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

*„Enthalten zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen der Sache nach eine Modifikation der Satzung, müssen sie auch in deren Text ihren Niederschlag finden. Wollte man sich insoweit auf die bloße Eintragung der Durchbrechung beschränken, könnte sich eine ähnliche Situation ergeben, wie sie im Verfassungsrecht zum Verbot von Verfassungsdurchbrechungen ohne Textänderung geführt hat. [...] Zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen **müssen demnach zu ihrer Wirksamkeit in den Satzungstext wörtlich aufgenommen werden**, im Fall des Wettbewerbsverbotes wäre also etwa zu formulieren: „Abweichend davon ist dem Gesellschafter NN gestattet, geschäftsführender Gesellschafter der X-GmbH zu sein.“*

Eine solche Art der Textmodifikation erscheint u. E. sinnvoll und dogmatisch konsequent; sie wird der Funktion der Satzungsdurchbrechung als „materielle“ Satzungsänderung gerecht, ohne ihr den Charakter der Einzelfallregelung zu nehmen. Nimmt man eine entsprechende Formulierung in die Satzung auf, muss freilich auch ein bescheinigter Satzungswortlaut gem. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG zum Handelsregister eingereicht werden (a. A. Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 53 Rn. 53).

#### b) Eintragung in das Handelsregister

Konsequenterweise wird man zudem wohl eine reguläre Eintragung der Änderung im Handelsregister verlangen müssen. Eine bezugnehmende Eintragung soll nach Aussagen in der Literatur ausreichend sein (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 30, 32: „§ ... des Gesellschaftervertrages ist durch Beschluss der Gesellschaft vom ... durchbrochen worden“; MünchKommGmbHG/Harbarth, § 53 Rn. 49; GroßkommGmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 38; a. A. Zöllner/Noack, § 53 Rn. 49). Dabei ist u. E. zu berücksichtigen, dass Anknüpfungspunkt für die Eintragung nicht in erster Linie die Satzungsdurchbrechung, sondern eine echte Satzungs(text)änderung ist. Die bezugnehmende Eintragung genügt daher nur, wenn die Satzungsdurchbrechung keinen Gegenstand nach §§ 54 Abs. 2, 10 GmbHG betrifft (vgl. MünchKommGmbHG/Harbarth, § 53 Rn. 49).

Gilt das Regime der Satzungsänderung uneingeschränkt, muss der **Eintragung gem. § 54 Abs. 3 GmbHG konstitutive Bedeutung** zukommen (vgl. GroßkommGmbHG/Ulmer, § 53 Rn. 38). Die zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung kann daher vor der Eintragung nicht wirksam werden. Darin läge ein **maßgeblicher Unterschied zur punktuellen Satzungsdurchbrechung**. Selbst wenn man bei ihr gleichfalls eine Eintragung verlangt (s. Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 53 Rn. 32 a. E.), dient diese ebenso wie die übrigen Förmlichkeiten der Satzungsänderung in Konsequenz der überwiegenden Meinung nur dazu, die Anfechtbarkeit des satzungsdurchbrechenden Beschlusses auszuschließen. Das heißt andererseits, dass die Einhaltung der Satzungsänderungsvorgaben für die Wirksamkeit des Beschlusses irrelevant ist – auch ein anfechtbarer Beschluss ist nämlich (vorläufig) wirksam.

## 3. Fazit

a) Die Zulassung einer Anteilsabtretung entgegen einer statutarischen Gleichlaufklausel kann eine **zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung** enthalten. Als solche wird sie nur wirksam, wenn sie sämtliche Voraussetzungen einer förmlichen Satzungsänderung erfüllt; insbesondere dürfte die **Eintragung konstitutive Wirkung** haben (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Unter dieser Prämisse entspricht die zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung im Wesentlichen einer

Satzungsänderung für den Einzelfall (vgl. auch Scholz/Priester/Veil, § 53 Rn. 26; Zöllner/Noack, § 53 Rn. 14).

b) Insoweit unterscheidet sich die zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung maßgeblich von der lediglich **punktuellen Satzungsdurchbrechung**. Bei der punktuellen Durchbrechung dient die Einhaltung der Satzungsänderungsvorgaben lediglich dazu, den Gesellschafterbeschluss anfechtungsfest zu machen; der **Beschluss** kann also **unmittelbar wirksam** werden. Hierin liegt der entscheidende Vorteil der bloßen Satzungsdurchbrechung, sofern man dieses **praeter legem** entwickelte Rechtsinstitut anerkennt.

---

## **BGB §§ 167, 168, 1896**

### **Erteilung zweier Vorsorgevollmachten mit Einzelvertretungsmacht; Widerruf der einen Vollmacht durch den anderen Bevollmächtigten; Bestellung eines Kontrollbetreuers; Meinungsverschiedenheiten zwischen den Bevollmächtigten**

#### **I. Sachverhalt**

Frau K hat in einer notariellen Urkunde ihren beiden Kindern, Sohn S und Tochter T, eine umfassende Vorsorgevollmacht (Generalvollmacht) erteilt. Jedes der Kinder ist einzelvertretungsberechtigt. Jahre später erkrankt Frau K an Demenz und ist nicht mehr geschäftsfähig.

Nun widerruft die Tochter namens der Frau K die dem Sohn erteilte Generalvollmacht, da sich die beiden Bevollmächtigten schon häufig nicht auf ein gemeinsames Vorgehen einigen können.

#### **Abwandlung:**

Die Vollmacht wird nicht widerrufen. S und T treffen als Bevollmächtigte einander widersprechende Entscheidungen, z. B. hinsichtlich des Aufenthaltsortes und des Verkaufs des Einfamilienhauses der Mutter.

#### **II. Fragen**

1. Kann einer von mehreren einzelvertretungsberechtigten Generalbevollmächtigten die Vollmacht des anderen widerrufen, wenn in der Vollmacht dazu nichts geregelt ist?

2. Wie ist bei divergierenden Vertretungshandlungen der beiden einzelvertretungsberechtigten Bevollmächtigten zu verfahren? Ist die Entscheidung des Betreuungsgerichts einzuholen? Wie ist zu entscheiden, wenn die Bestellung eines Kontrollbetreuers laut Vollmacht nicht gewünscht ist?

#### **III. Zur Rechtslage**

##### **1. Widerruf der Generalvollmacht durch den anderen Bevollmächtigten**

###### **a) Grundsätzliche Widerruflichkeit einer Vorsorgevollmacht**

Vorsorgevollmachten sind grundsätzlich widerruflich und können auch nicht unwiderruflich ausgestaltet werden. Dies folgt zum einen daraus, dass es sich bei ihnen in der Regel um **Generalvollmachten** handelt; solche müssen widerruflich sein, da anderenfalls die Privatautonomie übermäßig eingeschränkt würde (vgl. MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn. 26 m. w. N.). Zum anderen stellt die Vorsorgevollmacht eine Vollmacht dar, die regelmäßig

im **ausschließlichen Interesse des Vollmachtgebers** erteilt wird (vgl. G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 3 Kap. 3 Rn. 33 m. w. N.).

###### **b) Widerruf durch einzelvertretungsberechtigten Mitbevollmächtigten?**

Rechtsprechung und Literatur haben sich bisher nur selten mit der Frage beschäftigt, ob ein Vorsorgebevollmächtigter gegenüber dem anderen Vorsorgebevollmächtigten auch ohne ausdrückliche Regelung in der Vollmachtsurkunde befugt ist, die Vollmacht namens des Vollmachtgebers zu widerrufen.

###### **aa) OLG Karlsruhe: kein Widerrufsrecht des „gleichrangig“ Bevollmächtigten**

Das OLG Karlsruhe hat mit Beschluss vom 3.2.2010 (FamRZ 2010, 1762 = Justiz 2010, 198 = BeckRS 2010, 11820) entschieden, dass bei einer gleichrangigen Generalvollmacht für mehrere Personen mangels abweichender Bestimmung des Vollmachtgebers **keiner der Bevollmächtigten befugt sei, die Vollmacht des anderen zu widerrufen**. Dies gelte auch dann, wenn der Vollmachtgeber wegen Geschäftsunfähigkeit nicht mehr in der Lage sei, selbst über den Widerruf der Vollmacht zu befinden. In einem solchen Fall sei ggf. ein **Vollmachtsüberwachungsbetreuer** (vgl. § 1896 Abs. 3 BGB) zu bestellen.

###### **bb) Stellungnahme**

Das OLG Karlsruhe setzt sich in seiner Entscheidung nicht mit den gegenteiligen Literaturstimmen auseinander (insbesondere Renner, ZNotP 2004, 388, 390 ff.; ders., in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl. 2010, Rn. 657 ff.) und **stützt sich maßgeblich auf die Auslegung der Vollmachtsurkunde**: Dem Wortlaut der Urkunde lasse sich entnehmen, dass die Vollmachtgeberin zu beiden Bevollmächtigten besonderes Vertrauen gehabt habe. Sie habe gewollt, dass beide Kinder gleichberechtigt ihre Angelegenheiten regeln sollten. Dem widerspräche es, wenn der eine Bevollmächtigte dem anderen durch Widerruf der Vollmacht die Vertretungsbefugnis entziehen könnte. Auch ginge die der mehrfachen Bevollmächtigung immanente gegenseitige Kontrolle der Bevollmächtigten verloren. Hiergegen lässt sich freilich einwenden, dass diese Kontrolle letztlich „zahnlos“ wäre, wenn sich dem gegen die Interessen des Vollmachtgebers handelnden Bevollmächtigten nicht als *ultima ratio* die Vertretungsmacht entziehen ließe.

Das OLG Karlsruhe weist weiter darauf hin, dass als alleiniger Vertreter derjenige Bevollmächtigte übrig bliebe, der die Vollmacht des anderen zuerst widerrufen hätte. Einen „Wettlauf der Bevollmächtigten“ könne die Vollmachtgeberin schwerlich gewollt haben. Ein solcher „Wettlauf“ ist zwar durchaus denkbar. Andererseits kann der Widerruf der Vollmacht aber ebenso gut sinnvoll sein, um Schaden vom Vollmachtgeber abzuwenden (Renner, Rn. 668 ff.).

Tendenziell für eine Widerrufsmöglichkeit durch den einzelvertretungsberechtigten (Mit-)Bevollmächtigten spricht schließlich der Umstand, dass eine Generalvollmacht grundsätzlich zur Vornahme aller Rechtsgeschäfte und geschäftsähnlicher Handlungen berechtigt, bei denen eine Vertretung des Vollmachtgebers zulässig ist (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl. 2014, § 167 Rn. 7). Der Vollmachtgeber selbst könnte die Generalvollmacht wider-

rufen und dieser Widerruf ist kein vertretungsfeindliches Rechtsgeschäft, das höchstpersönlich vorgenommen werden müsste.

### c) Zwischenergebnis

Derzeit ist noch **nicht abschließend geklärt**, ob bzw. unter welchen Umständen ein einzelvertretungsberechtigter Generalbevollmächtigter bei fehlender ausdrücklicher Regelung in der Vollmachtsurkunde die einem Mitbevollmächtigten erteilte Vollmacht widerrufen kann. Daher dürfte sich eine klarstellende Regelung stets empfehlen.

Die **Praxis** sollte angesichts der Entscheidung des OLG Karlsruhe derzeit **eher** davon ausgehen, dass eine **Widerrufsmöglichkeit nicht** besteht. Allerdings sind die Ausführungen des Gerichts nicht ohne Weiteres verallgemeinerungsfähig, da es sich maßgeblich auf die Auslegung der ihm vorliegenden Vollmachtsurkunde gestützt hat.

## 2. Divergierende Entscheidungen einzelvertretungsberechtigter Generalbevollmächtigter

### a) Vor- und Nachteile der Einzelvertretungsmacht

Bei Bevollmächtigung mehrerer Personen (etwa vorsorglich für den Ausfall eines Bevollmächtigten) wird den jeweiligen Bevollmächtigten in der Regel keine Gesamtvertretungsmacht, sondern Einzelvertretungsmacht erteilt. Dies erleichtert zwar die Vertretung des Vollmachtgebers, da zum Abschluss eines wirksamen Rechtsgeschäfts kein Zusammenwirken der Bevollmächtigten erforderlich ist und damit eine **geringere Gefahr wechselseitiger Blockade** besteht als bei der Gesamtvertretung. Jedoch drohen einander **widersprechende Entscheidungen** der Bevollmächtigten.

Die Möglichkeit, bei **Meinungsverschiedenheiten** das **Betreuungsgericht** entscheiden zu lassen, wie sie für mehrere Betreuer gem. §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1797 Abs. 1 S. 2 BGB vorgesehen ist, existiert für Bevollmächtigte **nicht**. Grundsätzlich ist das Problem divergierender Rechtsgeschäfte daher **nach allgemeinen rechtsgeschäftlichen Regeln** zu lösen: Verpflichtungsgeschäfte sind demnach nebeneinander wirksam, während bei Verfügungen das Prioritätsprinzip gilt.

### b) Bestellung eines Kontrollbetreuers als Ausweg?

Infolge sich widersprechender Rechtsgeschäfte kann das Vermögen des Vollmachtgebers geschädigt oder sein Wohl gefährdet werden. Lehnt man in einer derartigen Situation den Widerruf durch einen Bevollmächtigten ab (vgl. oben Ziff. 1), bleibt nur die Möglichkeit, beim Betreuungsgericht die **Bestellung eines Kontrollbetreuers gem. § 1896 Abs. 3 BGB anzuregen** (der dann ggf. eine oder alle Vollmachten widerrufen darf).

Allerdings **prüft der BGH** auch bei Erteilung mehrerer Vollmachten zur Einzelvertretung **streng, ob** die Bestellung eines Kontrollbetreuers **erforderlich** ist. So soll laut BGH (NJW 2011, 2137 = ZNotP 2011, 273) allein der Umstand, dass sich die aufgrund Vorsorgevollmacht jeweils umfassend einzelvertretungsbefugten Kinder nicht über die weitere Pflege und Versorgung des Betroffenen einigen können, die Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung nicht begründen. Der BGH führt aus:

„Schließlich ergibt sich das Erfordernis einer Kontrollbetreuung auch nicht aus dem Umstand, dass sich die Söhne über die Art der weiteren Pflege und Versorgung

der Betroffenen nicht einigen können. Die Betroffene hat jedem der Söhne in der notariellen Urkunde vom 10.11.2003 Einzelvertretungsmacht erteilt. Der Betreuungsbedarf kann daher durch jeden der Söhne einzeln sichergestellt werden. Ein Einvernehmen aller drei Bevollmächtigten ist – anders als im Fall einer Gesamtvertretung – nicht erforderlich. Meinungsverschiedenheiten zwischen mehreren Bevollmächtigten über die Gestaltung der Fürsorgebedürfnisse des Vollmachtgebers rechtfertigen allein die Bestellung eines Kontrollbetreuers jedoch nicht. Erst wenn die ordnungsgemäße Umsetzung der Vollmachten beeinträchtigt ist, also die Pflege und Wahrnehmung der Interessen des Vollmachtgebers eine konkrete Beeinträchtigung erfahren, entsteht ein Überwachungsbedarf i. S. von § 1896 III BGB. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall jedoch nicht erfüllt, weil, wie bereits ausgeführt, die Versorgung der Betroffenen auch bei einer häuslichen Pflege sichergestellt ist.“

Die Bestellung eines Kontrollbetreuers nach § 1896 Abs. 3 BGB ist – ebenso wie die Bestellung eines allgemeinen Betreuers nach den §§ 1896 ff. BGB – ein **Akt staatlicher Fürsorge** für den Betroffenen, mit dem der Staat sein Wächteramt wahrnimmt. Vor diesem Hintergrund ist es u. E. **unzulässig**, dass der Vollmachtgeber die **Bestellung eines (Kontroll-)Betreuers ausschließt**.

**Umstritten** ist lediglich, **inwieweit die Anforderungen** an die Bestellung vom Vollmachtgeber **modifiziert werden können**. So hat das Vormundschaftsgericht (jetzt Betreuungsgericht) laut OLG München (DNotZ 2007, 390) grundsätzlich die Festlegung des Vollmachtgebers zu beachten, dass ein Überwachungsbetreuer nur bestellt werden soll, wenn dem Gericht konkrete Tatsachen über den Missbrauch der Vollmacht offengelegt werden. In der Literatur wird diese Entscheidung u. E. allerdings zu Recht kritisiert, da der im Betreuungsrecht vorherrschende Erforderlichkeitsgrundsatz nicht zur Disposition des Betroffenen steht (vgl. Schwab, FamRZ 2007, 584; BeckOK-BGB/G. Müller, Std.: 1.8.2013, § 1896 Rn. 42).

## 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.

**BGB §§ 1643 Abs. 1, 1821, 1822, 1909 Abs. 1 S. 1, 1915 Abs. 1**

**Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung für die Übertragung von Wohnungen durch einen Großvater an seine minderjährigen Enkel, auch bei Vermietung einer Wohnung, unter Einräumung eines Nießbrauchs zugunsten des Vaters der Kinder und eines bereicherungsrechtlich ausgestalteten Rückübertragungsrechts**

Abruf-Nr.: **128470**

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V. kündigt an:  
**14. Wissenschaftliches Symposium  
des Instituts für Notarrecht  
an der Universität Würzburg**

**INotR**  
Institut für  
Notarrecht an  
der Universität  
Würzburg

## **Notarielle Vertragsgestaltung im Immobilienrecht**

**Freitag, 23. Mai 2014**

**in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg**

- 09.30 Uhr **Begrüßung**  
**Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz**, Tagungsleiter  
Notar in Regen; Vorstandsmitglied des INotR Würzburg
- 09.45 Uhr **Die formularmäßige Bindung an Vertragsangebote – Probleme und Gestaltungsoptionen**  
**Prof. Dr. Andreas Piekenbrock**, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,  
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht und Insolvenzrecht  
anschließend Diskussion
- 10.45 Uhr *Kaffeepause im historischen Innenhof der Alten Universität*
- 11.15 Uhr **Rechtsfragen der Notarhaftung und des Beurkundungsverfahrens**  
**Wolfgang Schlick**, Vizepräsident des Bundesgerichtshofes, Karlsruhe  
anschließend Diskussion
- 12.15 Uhr **Städtebauliche Verträge, Erschließungsrecht und Einheimischenmodelle – Vertragsinhalte nach der BauGB-Novelle und der aktuellen Rechtsprechung**  
**Christian Hertel**, Notar in Weilheim i.OB  
anschließend Diskussion
- 13.15 Uhr *Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität*
- 14.45 Uhr **Probleme bei Rechten in Abteilung II**  
**Dr. Christian Kessler**, Notar in Düren  
anschließend Diskussion
- 15.45 Uhr **Blockheizkraftwerk und Gestaltung der Teilungserklärung**  
**Dr. Martin Suilmann**, Vorsitzender Richter am Landgericht, Berlin  
anschließend Diskussion
- ca. 17.00 Uhr **Ende**

---

**- anschließend: 17. NotRV-Mitgliederversammlung -**

---

### **Organisatorische Hinweise:**

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

**Tagungsbeitrag** (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind
- 40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind
- 85 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- 150 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- 205 € für Nichtmitglieder

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck: „Symposium Mai 2014“ bei der Bayerischen HypoVereinsbank AG Würzburg: IBAN: DE29 7902 0076 0006 6715 94; BIC: HYVEDEMM455; bzw. Konto-Nr. 6671594, BLZ: 790 200 76, zu überweisen. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.

### **Anmeldungen richten Sie bitte an:**

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel.: 0931/355760, Fax: 0931/35576225,  
E-Mail: [notrv@dnoti.de](mailto:notrv@dnoti.de); [www.notrv.de](http://www.notrv.de)

**BGB § 181; GmbHG §§ 35, 39, 2 Abs. 1a**  
**Befreiung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers von § 181 BGB bei Gründung mit Musterprotokoll; Befreiung eines später bestellten neuen Geschäftsführers vom Verbot des Selbstkontrahierens; Erfordernis einer Satzungsgrundlage; In-sich-Geschäft**  
Abruf-Nr.: 126440

## Rechtsprechung

**BGB § 1170 Abs. 1; FamFG §§ 433 ff., 447 ff.**  
**Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekannt Erben des eingetragenen Gläubigers eines Buchgrundpfandrechts; Rechtsschutzbedürfnis trotz möglicher Bestellung eines Nachlasspflegers**

Das Rechtsschutzbedürfnis für ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluss der unbekannt Erben des eingetragenen Gläubigers eines Buchgrundpfandrechts fehlt nicht deshalb, weil für die unbekannt Erben ein Nachlasspfleger bestellt und von diesem die Bewilligung der Löschung des Grundpfandrechts verlangt werden könnte.

BGH, Beschl. v. 14.11.2013 – V ZB 204/12

### Problem

Bislang war umstritten, ob das rechtlich schützenswerte Interesse am Ausschluss eines unbekannt Gläubigers nach § 1170 BGB u. U. deshalb entfällt, weil für die unbekannt Erben des eingetragenen Gläubigers eine Nachlasspflegschaft nach §§ 1960 ff. BGB eingerichtet werden könnte. Im vorliegenden Fall hatte der V. Zivilsenat auch aus verfassungsrechtlichen Gründen zu untersuchen, ob der Einrichtung einer Nachlasspflegschaft Vorrang vor der Durchführung eines Aufgebotsverfahrens nach § 1170 Abs. 1 BGB zukommt.

In dem zu entscheidenden Sachverhalt hatte eine Person im Jahre 2002 zwei in Sachsen-Anhalt belegene Grundstücke erworben. In Abteilung III des Grundbuchs waren noch zwei Grundpfandrechte über 7.000 Goldmark und 3.000 Reichsmark eingetragen. Gläubiger dieser Grundpfandrechte war der Bruder des vormaligen Eigentümers gewesen, der im Oktober 1944 verstorben war. Aufgrund gesetzlicher Erbfolge war er von seinen Eltern beerbt worden, diese wiederum vom vormaligen Eigentümer. Die Löschung der Grundpfandrechte anlässlich des Eigentumserwerbs im Jahre 2002 scheiterte daran, dass der Erbnachweis des vormaligen Eigentümers nach seinem Bruder nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden konnte. Daher beantragte der jetzige Eigentümer im Jahre 2010 die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens nach § 1170 BGB mit dem Ziel, die unbekannt Gläubiger der vorgenannten Grundpfandrechte mit ihren Rechten auszuschließen. Das Amtsgericht und das OLG Naumburg wiesen dieses Anliegen zurück.

### Entscheidung

Die daraufhin eingelegte Rechtsbeschwerde hat Erfolg.

Zunächst stellt der V. Zivilsenat klar, dass die Angabe im Kaufvertrag zwischen dem jetzigen und vormaligen Eigentümer, wonach die Grundpfandrechte infolge Vereinbarung

mit dem Eigentum am Grundstück zu Eigentümergrundschulden geworden seien (§ 1177 Abs. 1 BGB), der Einleitung eines Aufgebotsverfahrens nicht entgegensteht. Denn der **Unbekanntheit des Gläubigers** sei es **gleichzustellen, wenn die sich als Gläubiger ausgebende Person** – wie hier der vormalige Eigentümer – **ihr Recht nicht nachweisen könne**. Mangels Nachweises sei die Gläubigerschaft in diesem Fall unbekannt und ein Aufgebotsverfahren damit zulässig.

Hinsichtlich der Zehnjahresfrist nach § 1170 Abs. 1 BGB erörtert der BGH zunächst, ob Wiedereintragungen auf Ersuchen des Amts zur Regelung offener Vermögensfragen relevant werden können. Auf eine abschließende Stellungnahme kann der Senat allerdings verzichten, weil die Wiedereintragung vorliegend bereits 1992 erfolgte. Ein Anerkenntnis i. S. d. § 212 BGB war innerhalb der Zehnjahresfrist ebenfalls nicht zu konstatieren.

Für rechtsfehlerhaft hält der BGH die Ansicht des OLG Naumburg, ein auf § 1170 BGB gestützter Antrag sei mangels Rechtsschutzbedürfnisses zurückzuweisen, weil sich für die unbekannt Erben ein **Nachlasspfleger** bestellen lasse (§§ 1960, 1961 BGB), **dem gegenüber Ansprüche auf Bewilligung der Löschung zu verfolgen** seien. Der insoweit im Schrifttum vertretenen Ansicht mag der V. Zivilsenat nicht beitreten. Ein **Vorrang der klageweisen Durchsetzung** von Ansprüchen auf Löschung gegen den unbekannt Gläubiger im Verhältnis zu einem Aufgebot, das zu seiner Ausschließung führe, sei nämlich **weder in den materiell-rechtlichen (§§ 1170, 1171 BGB) noch in den verfahrensrechtlichen Vorschriften (§§ 433 ff., 447 ff. FamFG) angeordnet**.

Der Senat habe bereits entschieden, dass die Aufgebotsverfahren nach § 1170 und § 1171 BGB selbständig neben der klageweisen Durchsetzung von Ansprüchen auf Bewilligung der Löschung stünden (BGH DNotZ 2009, 544, 545 Tz. 9). Die für den Schutz des unbekannt Gläubigers angeführten Gründe für einen Vorrang der Verfolgung dieser Ansprüche auf Löschungsbevolligung gegenüber einem zu bestellenden Nachlasspfleger widersprechen den § 1170 BGB zugrunde liegenden **Entscheidungen des Gesetzgebers**. Hiernach erwerbe der Grundstückseigentümer mit Rechtskraft des auf seinen Antrag hin ergehenden Ausschlussbeschlusses das Grundpfandrecht nach § 1170 Abs. 2 S. 1 BGB – **in Durchbrechung des Konsensprinzips** – unabhängig davon, ob er vom unbekannt Gläubiger die Löschung aus einem anderen Rechtsgrund hätte verlangen können. Eine Nachrangigkeit von § 1170 BGB sei schließlich auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, da die Rechtsinstitute der Verjährung und Verwirkung ebenfalls zu einem kompensationslosen Rechtsverlust führten und § 1170 BGB eine sachrechtliche Ausformung des Verwirkungsgedankens gegenüber dem sich zehn Jahre lang um sein Recht nicht kümmernden Gläubiger darstelle.

---

**WEG § 5 Abs. 1 u. 2**  
**Wohnungseingangstüren als notwendiges Gemeinschaftseigentum**

**Wohnungseingangstüren stehen im gemeinschaftlichen Eigentum der Wohnungseigentümer.**

BGH, Urt. v. 25.10.2013 – V ZR 212/12

## Problem

Ob Wohnungseingangstüren im Gemeinschafts- oder Sondereigentum stehen, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer Mindermeinung sind sie sondereigentumsfähig (MünchKommBGB/Commichau, 6. Aufl. 2013, § 5 WEG Rn. 12 a. E.) und sollen nur dann zum Gemeinschaftseigentum zählen, wenn sie i. S. v. § 5 Abs. 2 WEG für den Bestand oder die Sicherheit des Gebäudes erforderlich sind (OLG Düsseldorf ZWE 2002, 279, 280). Andere ordnen lediglich die Innenseite der Tür oder den Innenanstrich dem Sondereigentum zu. Nach überwiegender Auffassung stehen Wohnungseingangstüren hingegen stets insgesamt im gemeinschaftlichen Eigentum (OLG München DNotZ 2008, 126; OLG Stuttgart BauR 2005, 1490; Bärmann/Armbrüster, WEG, 12. Aufl. 2013, § 5 Rn. 124; Jennißen/Grziwotz, WEG, 3. Aufl. 2012, § 5 Rn. 105; weitere Nachweise in Tz. 8 des vorliegenden Urteils). Höchstrichterlich geklärt war die Frage bisher aber noch nicht.

Im vorliegend entschiedenen Sachverhalt bildeten die Parteien eine Wohnungseigentümergeinschaft. Der Zutritt zu den Wohnungen erfolgte über Laubengänge, die ihrerseits vom Treppenhaus aus über eine Tür zugänglich waren. In der Gemeinschaftsordnung ist geregelt, dass die Türen zum Treppenhaus zum Sondereigentum gehören, jedoch Veränderungen an deren Außenseite nur mit Mehrheitsbeschluss der Eigentümerversammlung vorgenommen werden dürfen.

Die Klägerin tauschte ihre Wohnungseingangstür ohne entsprechenden Beschluss gegen eine anders gestaltete Tür aus. Auf Klage der Wohnungseigentümergeinschaft wurde sie rechtskräftig zum Ausbau der Tür verurteilt. In der Eigentümerversammlung vom 15.6.2011 beschlossen die Wohnungseigentümer mehrheitlich, dass die an den Laubengängen gelegenen, neu einzubauenden Wohnungseingangstüren mit einem Glasscheibeneinsatz versehen werden und bestimmte weitere Merkmale aufweisen müssen. Auf die von der Klägerin erhobene Anfechtungsklage hin hat das Amtsgericht den Beschluss für nichtig erklärt. Das Landgericht hat das erstinstanzliche Urteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

## Entscheidung

Nach Ansicht des V. Zivilsenats des BGH halten die Ausführungen des Berufungsgerichts rechtlicher Nachprüfung stand. Die **Beschlusskompetenz** der Eigentümergeinschaft für generelle Vorgaben zur Gestaltung der Wohnungseingangstüren folge vorliegend **aus § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG**, da es sich um **gemeinschaftliches Eigentum** handele.

Die **Regelung in der Teilungserklärung** sei **für die sachenrechtliche Zuordnung unerheblich**, da Sondereigentum an wesentlichen Bestandteilen des Gebäudes nicht durch eine Teilungserklärung begründet werden könne (dazu BGH DNotZ 2013, 522, 523 f. Tz. 10 f.). Laut BGH gehören **Wohnungseingangstüren** zu den **wesentlichen Bestandteilen eines Gebäudes i. S. v. § 94 Abs. 2 BGB**. Von der Zuordnung zum Gemeinschafts- oder Sondereigentum zu trennen sei die Frage, ob die Eigentümer die Pflicht zur Instandsetzung und Instandhaltung bzw. zur Tragung der damit verbundenen Kosten abweichend von §§ 21 Abs. 5 Nr. 2, 16 Abs. 2 WEG einzelnen Sondereigentümern auferlegen könnten (vgl. hierzu BGH NJW 2012, 1722, 1723 Tz. 7 f. = ZNotP 2012, 235).

Anschließend führt der BGH aus, dass sich die Zuordnung von **an der Außenseite des Gebäudes gelegenen Wohnungseingangstüren** zum **gemeinschaftlichen Eigentum** aus § 5 Abs. 2 WEG und zugleich aus § 5 Abs. 1 WEG ergebe, da derartige Türen dem Schutz des Gebäudes gegen Witterungseinflüsse dienen, daher **für den Bestand des Gebäudes erforderlich** seien (§ 5 Abs. 2 WEG) und eine andere Gestaltung regelmäßig die **äußere Gestaltung des Gebäudes** i. S. v. § 5 Abs. 1 WEG verändern würde.

Aber auch unabhängig davon, ob es sich um innerhalb des Gebäudes oder an dessen Außenseite gelegene Wohnungseingangstüren handelt, sind diese Türen nach Ansicht des V. Zivilsenats gem. § 5 Abs. 1 WEG **stets zwingend dem gemeinschaftlichen Eigentum zugeordnet**. Wohnungseingangstüren stünden räumlich und funktional nämlich in einem Zusammenhang sowohl mit dem Sonder- als auch dem Gemeinschaftseigentum. Erst durch ihre Einfügung werde die gem. §§ 3 Abs. 2 S. 1, 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG erforderliche Abgeschlossenheit der dem Sondereigentum zugewiesenen Räume hergestellt. Gehörten sie damit räumlich und funktional (auch) zum Gemeinschaftseigentum, stehe die gesamte Tür als einheitliche Sache im gemeinschaftlichen Eigentum.

Abschließend verneint der Senat eine Anfechtbarkeit des Beschlusses, da die Sicherstellung eines einheitlichen äußeren Erscheinungsbildes ordnungsmäßiger Verwaltung entspreche. Dem Anliegen einzelner Wohnungseigentümer, die für ihre Eingangstür bestimmte Sicherheitsstandards wünschten, könne im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG) Rechnung getragen werden.

r

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an  
der Ludwig-Maximilians-Universität München

## **Die Feststellung der Geschäftsfähigkeit in der notariellen Praxis**

**Mittwoch, 29. Januar 2014, 16<sup>30</sup> Uhr**  
Hörsaal S 003 der Ludwig-Maximilians-Universität  
Schellingstr. 3, 80539 München

Prof. Dr. med. Wolfgang **Eisenmenger** gemeinsam  
mit Dr. med. Michael **Bedacht**, Ludwig-Maximilians-  
Universität München: „Medizinische Anmerkungen zur  
Geschäftsfähigkeit, speziell zur Testierfähigkeit.“

Dr. Andrea **Lichtenwimmer**, Notarin, Ingolstadt:  
„Fragen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit in der Praxis  
des Notars.“

Im Anschluss findet ein kleiner Empfang statt.

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten  
offen. Teilnahmebescheinigungen gem. § 15 FAO werden  
auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zah-  
lung von €50,- in bar persönlich ausgehändigt.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung,  
gerne auch per Fax oder via E-Mail, gebeten. Bitte teilen  
Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen.

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht  
Prof.-Huber-Platz 2  
80539 München  
Tel: 089 2180-1420  
Fax: 089 2180-13981  
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de  
www.notarrechtsinstitut.de

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 Mit-  
gliedsbeitrag 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