

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

14. Jahrgang  
April 2006  
ISSN 1434-3460

8/2006

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181; GmbHG § 35 – Befreiung des Geschäftsführers einer Tochter-GmbH durch den seinerseits nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten persönlich haftenden Gesellschafter der Mutter-KG

WEG §§ 12 Abs. 1 und 3, 24 Abs. 6, 26 Abs. 1, 4; BGB § 184; GBO § 29 – Rückwirkende Verwalterbestellung

### Gutachten im Fax-Abruf

### Rechtsprechung

BGB §§ 323 Abs. 1, 262 – Keine erneute Nachfristsetzung für Rücktritt erforderlich, wenn Gläubiger nach erfolgloser Nachfristsetzung zunächst weiter Erfüllung verlangt hatte

BGB § 1020 S. 2 – Unterhaltungsanspruch besteht auch bei unbefestigtem Weg

BGB §§ 1059, 1065; ZPO § 857 Abs. 3, 4; ZVG §§ 146 ff. – Pfändung des Nießbrauchs an einem Grundstück

HGB §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 1 Nr. 3 – Bildung der Personenfirma einer KG mit dem Namen eines Kommanditisten

UmwG §§ 7, 5 Abs. 1 S. 1, 17 Abs. 2 S. 4, 18 Abs. 1; HRV § 26 S. 2 – Beurkundung einer Kettenverschmelzung

### Literatur

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 181; GmbHG § 35

#### Befreiung des Geschäftsführers einer Tochter-GmbH durch den seinerseits nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten persönlich haftenden Gesellschafter der Mutter-KG

##### I. Sachverhalt

Eine KG hat vier persönlich haftende Gesellschafter, A, B, C und D. Je zwei von ihnen vertreten die Gesellschaft gemeinsam. Die persönlich haftenden Gesellschafter sind nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Der Gesellschaftsvertrag sieht auch keine derartige Befreiungsmöglichkeit vor.

Die KG hält sämtliche Anteile an einer Tochter-GmbH. A und B als rechtliche Vertreter der KG bestellten die weiteren persönlich haftenden Gesellschafter der KG, C und D, zu Geschäftsführern der GmbH und erteilten ihnen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Die Satzung der GmbH sieht eine derartige Befreiungsmöglichkeit ausdrücklich vor. Das zuständige Handelsregister der GmbH trug die Befreiung von C und D ein.

##### II. Frage

Können die Vertretungsberechtigten der Muttergesellschaft die Geschäftsführer der Tochtergesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien, obwohl sie selbst nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind?

##### III. Zur Rechtslage:

##### 1. Zur Anwendung des § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse

Die Anwendung des § 181 BGB im Gesellschaftsrecht, insbesondere auf Gesellschafterbeschlüsse, wird nach wie vor zum Teil kontrovers diskutiert. In Rechtsprechung und Literatur hat sich indes die Auffassung durchgesetzt, dass § 181 BGB nach seinem Schutzzweck auf Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH grundsätzlich nicht anzuwenden ist (teleologische Reduktion), da es nicht um ein Rechtsgeschäft zwischen den Gesellschaftern gehe, sondern die Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks im Vordergrund stehe (vgl. BGHZ 52, 316 = NJW 1970, 33 = WM 1969, 1280; BayObLGZ 1988, 400 = MittBayNot 1989, 99 = MittRhNotK 1989, 120 = NJW-RR 1989, 807; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 9. Aufl. 2002, § 47 Rn. 178; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 18. Aufl. 2006, § 47 Rn. 60 ff.). Jedenfalls bei Beschlüssen, die lediglich Maßnahmen der **laufenden Geschäftsführung** betreffen, greift der Vertretungsausschluss des § 181 BGB nicht ein.

Anders werden die Fälle beurteilt, in denen über **Gesellschaftsgrundlagen** entschieden wird und die damit auch das Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander betreffen, wie insbesondere Satzungsänderungen und Auflösungsbeschlüsse (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 180; Staudinger/Schilken, BGB, 2004, § 181 Rn. 25). Die Anwendung des § 181 BGB wird darüber hinaus bejaht, wenn es um einen Beschluss geht, der die Rechtsverhältnisse des (gesetzlichen oder gewillkürten) Stellvertreters betrifft, insbesondere wenn der **Stellvertreter selbst zum Geschäftsführer bestellt** werden soll (BGHZ 112, 339 = NJW 1991, 691 = Rpfleger 1991, 113 = WM 1991, 72 = ZIP 1990, 25; BayObLGZ 2000, 325 = DNotZ 2001, 887 = DNotI-Report 2001, 7 = NJW-RR 2001, 469 = NZG 2001, 128; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 60; Scholz/Winter, § 15 GmbHG Rn. 202; Peters, ZNotP 2006, 89, 92).

## 2. Zur Anwendung des § 181 BGB auf die Befreiung des Geschäftsführers bei der Tochtergesellschaft

a) Vorliegend wurden C und D zu Geschäftsführern der GmbH bestellt. Ferner wurden sie entsprechend der in der Satzung der GmbH enthaltenen Ermächtigung durch Gesellschafterbeschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Nach der vorgenannten Differenzierung handelt es sich u. E. nicht um einen Beschluss über Gesellschaftsgrundlagen, da die Vertreter nicht sich selbst, sondern **Dritte zu Geschäftsführern** bestellen.

b) Es könnte sich daher allenfalls um eine Beschlussfassung handeln, bei der sich der Interessenkonflikt zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen aus dem Beschlussgegenstand selbst ergibt. Dies ist u. E. allerdings jedenfalls dann nicht der Fall, wenn – wie vorliegend – die Geschäftsführer der Tochter-GmbH und die handelnden Vertreter der Mutter-KG personenverschieden sind.

Bei Personenverschiedenheit der für die Mutter-KG handelnden Komplementäre einerseits und der Geschäftsführer der Tochter-GmbH andererseits betrifft der Beschluss über die Befreiung der Geschäftsführer deren Rechtsverhältnis zu der Tochter-GmbH, nicht aber das Rechtsverhältnis der Komplementäre zu der KG. Insoweit kommt u. E. ein Verstoß gegen § 181 BGB nicht in Betracht.

c) Zu überlegen bleibt dann noch, ob sich nach den Grundsätzen zur Anwendung des § 181 BGB auf die Bestellung eines **Untervertreeters** etwas anderes ergibt. § 181 BGB ist nach seinem Wortlaut nicht auf den Fall anwendbar, dass der Vertreter seinerseits kraft Untervollmacht einen Vertreter bestellt, der das betreffende Rechtsgeschäft im Namen des Vertretenen und als Vertreter eines Dritten vornimmt. Es ist jedoch anerkannt, dass die Vorschrift des § 181 BGB analog Anwendung findet, wenn der Vertreter einen Untervertreter bestellt und diesem gegenüber das Geschäft vornimmt, wengleich mangels Personenidentität der Wortlaut des § 181 BGB nicht erfüllt ist (vgl. etwa BGH NJW 1975, 1117; NJW 1991, 691; KG NJW-RR 1999, 168; Erman/Palm, BGB, 11. Aufl. 2004, § 181 Rn. 15; Staudinger/Schilken, BGB, 2004, § 181 Rn. 35 f.). Als Begründung wird teilweise angeführt, dass ein solches Vorgehen regelmäßig der Umgehung des § 181 BGB diene (vgl. etwa Erman/Palm, § 181 BGB Rn. 15). Nach anderer Auffassung ist die Überlegung entscheidend, dass der Vertreter auch als Vollmachtgeber der Untervollmacht am Rechtsgeschäft beteiligt bleibt und zudem auf die Entscheidung des Untervertreeters einwirken kann, so dass die Interessenkollision, deren Verhinderung die Vorschrift des § 181 BGB dient, auch in diesem Fall auf der Hand liegt (Staudinger/Schilken, § 181 BGB Rn. 36).

Die vorliegende Konstellation ist nun u. E. nicht mit der Einschaltung eines Untervertreeters zur Umgehung des eigenen Selbstkontrahierungsverbotes vergleichbar. Auf der Ebene der Mutter-KG kommt es nicht zu einer Interessenkollision, deren Verhinderung § 181 BGB dient. Die Befreiung der Geschäftsführer der Tochter-GmbH wirkt sich lediglich auf der Ebene der GmbH aus – und nicht unmittelbar für und gegen die Mutter-KG. Wengleich unmittelbar einschlägige Rechtsprechung und Literatur nach unseren Recherchen nicht vorhanden ist, gehen wir daher davon aus, dass die Stimmabgabe durch die Komplementäre A und B im Rahmen der Gesellschafterversammlung der Tochter-GmbH zur Beschlussfassung hinsichtlich der Befreiung der Geschäftsführer C und D von den Beschränkungen des § 181 BGB wirksam war.

## 3. Ergebnis

Im Ergebnis ist daher u. E. davon auszugehen, dass die von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreiten Komplementäre A und B die weiteren Komplementäre C und D durch Gesellschafterbeschluss auf der Ebene der Tochter-GmbH zu deren Geschäftsführern bestellen und ihnen entsprechend der Satzung der GmbH Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB erteilen konnten.

Hingegen läge nach verbreiteter Auffassung ein Verstoß gegen § 181 BGB (und damit ein unwirksamer Beschluss) vor, wenn der von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht befreite Vertreter der Muttergesellschaft sich selbst zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellt (BayObLGZ 2000, 325 = DNotZ 2001, 887).

---

## WEG §§ 12 Abs. 1 und 3, 24 Abs. 6, 26 Abs. 1, 4; BGB § 184; GBO § 29 Rückwirkende Verwalterbestellung

### I. Sachverhalt

Die Bestellung eines WEG-Verwalters lief zum 31.12.2004 ab. Weder der Verwalter noch die Eigentümergemeinschaft bemerkten dies jedoch, sondern gingen davon aus, dass die Bestellung erst zum 31.12.2005 endet. Daher erteilte der vermeintliche Verwalter im Juni 2005 seine Zustimmung zum Verkauf einer Wohnungseigentumseinheit in notariell beglaubigter Form. Erst bei der Überprüfung des Verwaltungsnachweises fiel das Problem auf. Daraufhin wurde der Verwalter bei einer Eigentümerversammlung im Oktober 2005 rückwirkend für die Zeit ab 1.1.2005 einstimmig mit den anwesenden Stimmen (80 %) wieder zum Verwalter bestellt. Das Grundbuchamt verlangt darüber hinausgehend eine erneute Zustimmungserklärung des Verwalters.

### II. Fragen

1. Kann ein Verwalter durch Beschluss der Eigentümerversammlung rückwirkend bestellt werden?
2. Kann die bereits vor der (erneuten) Bestellung erteilte Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG rückwirkend genehmigt werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG als Wirksamkeitserfordernis

##### a) Zustimmung ist Wirksamkeitserfordernis

Nach § 12 Abs. 1 WEG kann als Inhalt des Sondereigentums vereinbart werden, dass ein Wohnungseigentümer zur

Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, insbesondere – wie hier – der Zustimmung des Verwalters. Sowohl der schuldrechtliche Veräußerungsvertrag wie die dingliche Übereignung sind dann nach § 12 Abs. 3 S. 1 WEG bis zur Erteilung der Zustimmung **schwebend unwirksam**. Wird die Zustimmung nachträglich erteilt, so wirkt sie entsprechend §§ 182 ff. BGB auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses zurück (MünchKomm-Commichau, BGB, 4. Aufl. 2004, § 12 WEG Rn. 31). Fehlt die Zustimmung, wird aber dennoch im Grundbuch umgeschrieben, so ist der Eigentumserwerb unwirksam und das Grundbuch unrichtig.

#### b) Nachweis der Zustimmung

Da auch die Wirksamkeit der Auflassung von der Zustimmung abhängt, ist dem Grundbuchamt die Zustimmung nachzuweisen (§ 20 GBO). Die Zustimmungserklärung des Verwalters bedarf daher zumindest der **Unterschriftsbeglaubigung** (§ 29 GBO).

Zugleich ist der Nachweis der Verwalterstellung zu führen. Hierfür genügt nach § 26 Abs. 4 WEG die Vorlage des **Protokolls der Eigentümerversammlung** mit dem Bestellungsbeschluss, sofern die nach § 24 Abs. 6 WEG erforderlichen Unterschriften des Versammlungsleiters sowie eines Wohnungseigentümers (sofern ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, auch die Unterschrift des Vorsitzenden des Verwaltungsbeirats oder seines Vertreters) **öffentlich beglaubigt** sind. Ebenso genügt die Verwalterbestellung in der zumindest unterschiftsbeglaubigten Teilungserklärung.

## 2. Ablauf der Verwalterbestellung und Neubestellung

### a) Befristung der Bestellung auf fünf Jahre (§ 26 Abs. 1 S. 2 WEG)

Die Wohnungseigentümer können den Verwalter für eine bestimmte Zeit bestellen, nach § 26 Abs. 1 S. 2 WEG aber auf **höchstens 5 Jahre**. Durch diese zeitliche Begrenzung soll eine unbefristete, unwiderrufliche oder sich über Jahrzehnte hin erstreckende Bestellung eines Verwalters unterbunden und damit den Wohnungseigentümern eines ihrer wichtigsten Eigentumsrechte erhalten werden. Die Regelung soll die Wohnungseigentümer in die Lage versetzen, den Verwalter nach 5 Jahren ohne das Erfordernis einer Abwahl durch einen anderen ersetzen zu können. Die Vorschrift des § 26 Abs. 1 S. 2 WEG ist nicht abdingbar (Merle, in: Bärman/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl. 2003, § 26 Rn. 42).

Eine **wiederholte Bestellung** ist **zulässig** (§ 26 Abs. 2 WEG). Da die alte Bestellung kraft Gesetzes mit Fristablauf endigt, bedarf die Wiederbestellung eines erneuten Beschlusses der Wohnungseigentümer, der wirksam nur frühestens ein Jahr vor Ablauf der 5-Jahres-Frist gefasst werden kann. Ein früher gefasster Beschluss ist absolut nichtig (BayObLG DWE 1984, 125; KG FGPrax 1997, 218 = KG-Report 1998, 5 = WE 1998, 66 = WuM 1997, 572 = ZMR 1997, 610; Weitnauer/Lüke, WEG, 9. Aufl. 2005, § 26 Rn. 18).

### b) Keine Rückwirkung der Bestellung im Außenverhältnis

Zur Frage, ob ein Verwalter auch **rückwirkend** durch Beschluss der Eigentümerversammlung bestellt werden kann, findet sich – soweit ersichtlich – lediglich ein Urteil des **OLG Hamm** (WE 1996, 33 = DWE 1995, 125). In dem dieser Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt ging es u. a. um die Frage der wirksamen Einberufung einer Wohnungseigentümerversammlung. Der die Versammlung am 7.7.1993 einberufende Verwalter wurde erst auf dieser Versammlung am 21.7.1993 rückwirkend für die Zeit vom 1.1.1993 bis 31.12.1994 wieder zum Verwalter bestellt.

Dazu führte das OLG Hamm aus: „Voraussetzung für sein Einberufungsrecht ist, dass er zum Zeitpunkt der Einberufung der Wohnungseigentümergeinschaft wirksam zum Verwalter bestellt ist. Daran fehlt es hier, weil die Beteiligte erst durch den Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung vom 21.7.1993 als Verwalter bestellt worden ist. Daran ändert nichts, dass die Verwalterbestellung rückwirkend zum 1.1.1993 erfolgt ist. Durch diese Art der Beschlussfassung konnte der Beteiligten ... nicht rückwirkend die Verwaltereigenschaft im Sinne des WEG verschafft werden. Denn die Verwalterbestellung durch die Wohnungseigentümerversammlung im Sinne des § 26 WEG kann jeweils nur mit Wirkung für die Zukunft erfolgen. Mit Rückwirkung geregelt werden kann ausschließlich das schuldrechtliche Rechtsverhältnis zwischen der Verwalterin und den Wohnungseigentümern in dem Sinne, dass die Wohnungseigentümer eine in der Vergangenheit tatsächlich ausgeübte Verwaltertätigkeit billigen und der Verwalterin für ihre zurückliegende Geschäftsbesorgung Vergütung zusagen.“ (OLG Hamm WE 1996, 33, 35 = DWE 1995, 125)

Damit ist u. E. auch vorliegend eine **rückwirkende Verwalterbestellung nicht möglich**. Ein Vergleich zum Fall der Bevollmächtigung eines Dritten zeigt, dass das Gesetz bei fehlender Vertretungsmacht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses einen Ausweg dadurch vorsieht, dass der Vertretene die Erklärungen des Vertreters nachträglich genehmigen kann (§ 177 Abs. 1 BGB). Eine rückwirkende Bevollmächtigung sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Vielmehr wird das Fehlen der Vertretungsmacht bei Vornahme des Rechtsgeschäfts durch die Möglichkeit der Genehmigung kompensiert.

## 3. Genehmigung der unbefugten Zustimmung (§ 184 BGB)

### a) Genehmigung durch die Eigentümerversammlung

Die Wohnungseigentümer können dem Verwalter durch Mehrheitsbeschluss bindende Weisungen über die Erteilung oder Versagung der Zustimmung geben (BayObLGZ 1980, 29 = DNotZ 1980, 751 = Rpfleger 1980, 142). Darüber hinaus **ersetzt die Zustimmung durch alle Wohnungseigentümer die fehlende Zustimmung durch den Verwalter** (OLG Saarbrücken DNotZ 1989, 439 = MittBayNot 1989, 29; OLG Zweibrücken DWE 1987, 31 = MDR 1987, 326 = Rpfleger 1987, 157; Pick, in: Bärman/Pick/Merle, § 12 WEG Rn. 21; Weitnauer/Lüke, § 12 WEG Rn. 12).

Man könnte daher erwägen, ob die Wohnungseigentümergeinschaft nicht mit der rückwirkenden Verwalterbestellung auch die Verwalterhandlungen in der Zwischenzeit **konkludent genehmigt** hat, insbesondere die vorliegende Veräußerungszustimmung, da diese erst den Anlass zur rückwirkenden Verwalterbestellung gab. Nach dem geschilderten Ablauf spricht manches dafür, dass die Wohnungseigentümer damit konkludent auch ihr Einverständnis mit der erteilten Veräußerungszustimmung zum Ausdruck brachten (und zu anderen ihnen bei der Beschlussfassung bekannten Handlungen des Verwalters). Fraglich ist aber, ob dies auch als Zustimmungsersetzung im Außenverhältnis gemeint war (wofür die Zustimmung aller Wohnungseigentümer erforderlich gewesen wäre). Jedenfalls ist diese ersetzende Zustimmung dem Grundbuchamt aber nicht nachgewiesen, da sie nicht in grundbuchmäßiger Form vorliegt (d.h. nicht mit beglaubigter Unterschrift aller Wohnungseigentümer).



## b) Genehmigung durch den Verwalter

Möglicherweise hat jedoch der Verwalter die bereits erteilte Zustimmung nachträglich genehmigt – etwa indem er dem Notar die nachträgliche Verwalterbestellung zum Vollzug des Kaufvertrages mitteilte. Materiell wäre darin wohl eine Genehmigung der bereits erteilten Zustimmung oder eine erneute Zustimmung zu sehen. Grundbuchverfahrensrechtlich würde aber auch hier der Nachweis am Formerfordernis des § 29 GBO scheitern.

## 4. Ergebnis

Die Verwalterbestellung hat daher u. E. im Außenverhältnis keine Rückwirkung. Die erneute Erteilung bzw. die Bestätigung der Veräußerungszustimmung bedarf grundbuchverfahrensrechtlich einer erneuten Unterschrift des WEG-Verwalters und einer neuen Unterschriftsbeglaubigung.

## Gutachten im Fax-Abruf

Folgende Gutachten können Sie im Fax-Abruf-Dienst anfordern (Telefon **0931/355 76 43** – Funktionsweise und Bedienung s. DNotI-Report 2000, 8). Ein Inhaltsverzeichnis findet sich unter Fax-Abruf-Nr. 1.

**Bitte beachten Sie:** Unser Fax-Abruf-Dienst ist sprachmenügesteuert. Bitte benutzen Sie deshalb nicht die Fax-Abruf-Funktion an Ihrem Gerät, sondern wählen Sie vorstehende Telefonnummer und warten Sie dann auf die Eingabeaufforderung.

**AktG § 105; BGB § 167**  
**Spezialvollmacht einer Aktiengesellschaft für ein Aufsichtsratsmitglied**  
Fax-Abruf-Nr.: **13181**

**EGBGB Art. 25, 3 Abs. 3, 43**  
**Frankreich: Grundbuchberichtigung bei Erbengemeinschaft**  
Fax-Abruf-Nr.: **14213**

**EGBGB Art. 15, 14, 43; GBO § 32**  
**Italien: Erwerb eines Grundstücks zu Alleineigentum durch in Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts lebenden Ehegatten**  
Fax-Abruf-Nr.: **14214**

**EGBGB Art. 25**  
**Vietnam: Gesetzliche Erbfolge (Ehefrau und gemeinsame Kinder, Eltern)**  
Fax-Abruf-Nr.: **14215**

**BeurkG §§ 46, 44, 13; GmbHG § 15 Abs. 3 und 4**  
**Teilweise Ersetzung der Urschrift bei nur teilweise richtiger Ausfertigung**  
Fax-Abruf-Nr.: **11432**

## Rechtsprechung

### BGB §§ 323 Abs. 1, 262

**Keine erneute Nachfristsetzung für Rücktritt erforderlich, wenn Gläubiger nach erfolgloser Nachfristsetzung zunächst weiter Erfüllung verlangt hatte**

**Ein einmal begründetes Rücktrittsrecht nach § 323 Abs. 1 BGB geht nicht dadurch unter, dass der Gläubiger zunächst weiterhin Erfüllung verlangt.**

BGH, Urt. v. 20.1.2006 – V ZR 124/05  
Kz.: L I 1 – § 323 Abs. 1 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: **10600**

### Problem

Bei einem Grundstückskaufvertrag setzte die Käuferin der Verkäuferin eine Nachfrist zur Vorlage der zur Lastenfreistellung erforderlichen Unterlagen. Nach erfolglosem Fristablauf erhob die Käuferin zunächst Klage auf Überweisung des Grundstücks. Später erklärte sie den Rücktritt vom Grundstückskaufvertrag. Erst danach erteilte die Grundpfandgläubigerin die erforderliche Löschungsbewilligung.

Nach der Entscheidung des Berufungsgerichtes lagen die Rücktrittsvoraussetzungen zwar zunächst vor. Mit der Wahl der Vertragserfüllung durch die Käuferin sei aber das Rücktrittsrecht untergegangen. Die Käuferin hätte nur zurücktreten können, wenn sie erneut erfolglos eine Nachfrist gesetzt hätte.

### Entscheidung

Nach der Entscheidung des BGH geht das Rücktrittsrecht nicht dadurch unter, dass der Gläubiger zunächst weiter Erfüllung verlangt. Insbesondere sind die Vorschriften über eine vertragliche Wahlschuld nach § 262 BGB nicht auf die vorliegende gesetzliche Befugnis des Gläubigers zur Auswahl (elektive Konkurrenz) anwendbar, da der dadurch bezweckte Schuldnerschutz hier nicht angebracht ist. Umgekehrt ist der Anspruch auf Erfüllung erst dann ausgeschlossen, wenn der Gläubiger sein gesetzliches Rücktrittsrecht ausgeübt hat (§ 346 Abs. 1 BGB) oder wenn der Gläubiger einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung geltend gemacht hat (§ 281 Abs. 4 BGB).

### BGB § 1020 S. 2

**Unterhaltungsanspruch besteht auch bei unbefestigtem Weg**

**Auch ein unbefestigter, aus zwei Fahrspuren bestehender Weg, der ständig mit Kraftfahrzeugen befahren wird, ist eine Anlage im Sinne von § 1020 Satz 2 BGB.**

BGH, Urt. v. 17.2.2006 - V ZR 49/05  
Kz.: L I 1 – § 1020 S. 2 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: **10601**

### Problem

Zugunsten eines Hinterliegergrundstücks war eine Grunddienstbarkeit in Form eines Wegerechts bestellt. Der Weg

war unbefestigt und bestand lediglich aus zwei Fahrspuren. Nachdem sich dort Regen sammelte, wollten die Eigentümer des dienenden Grundstücks den Weg herrichten lassen und verlangten von den Eigentümern des herrschenden Grundstücks eine hälftige Kostenbeteiligung.

### **Entscheidung**

§ 1020 S. 2 BGB verpflichtet den Dienstbarkeitsberechtigten zur Instandhaltung einer von ihm auf dem belasteten Grundstück unterhaltenen Anlage, soweit es das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks erfordert. Der BGH hatte bereits entschieden, dass diese Instandhaltungspflicht auch für Anlagen gilt, die gemeinsam vom berechtigten und vom dienenden Grundstück genutzt werden (BGHZ 161, 115 = DNotI-Report 2005, 13 = DNotZ 2005, 217 m. Anm. Amann = NJW 2005, 894 = ZfIR 2005, 362 m. Anm. Dümig). Ergänzend dazu entschied der BGH im vorliegenden Fall, dass auch ein unbefestigter und nur aus zwei Fahrspuren bestehender Weg, der aber jedenfalls durch ständiges Befahren mit Kraftfahrzeugen entstanden ist, eine Anlage i. S. v. § 1020 S. 2 BGB und damit vom Berechtigten zu unterhalten ist.

---

### **BGB §§ 1059, 1065; ZPO § 857 Abs. 3, 4; ZVG §§ 146 ff. Pfändung des Nießbrauchs an einem Grundstück**

**a) Die Pfändung des Nießbrauchs an einem Grundstück gibt dem Pfändungsgläubiger gegen den Nießbraucher keinen Anspruch auf Räumung und Herausgabe des Grundstücks.**

**b) Ist mit der Pfändung des Nießbrauchs an einem Grundstück die Anordnung der Verwaltung verbunden worden, richtet sich das Verwaltungsverfahren grundsätzlich nach den Vorschriften der §§ 146 ff. ZVG.**

**c) Der Schuldner, der nicht Eigentümer ist, kann sich dem Verwalter gegenüber nicht auf ein Wohnrecht berufen (Ergänzung von BGHZ 130, 314, 318f).**

BGH, Urt. v. 12.1.2006 – IX ZR 131/04  
Kz.: L I 1 – § 1059 BGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10602

### **Problem**

An einem Grundstück bestand ein Nießbrauchsrecht zugunsten zweier Gesamtberechtigter. Ein Gläubiger eines der Nießbraucher pfändete den Nießbrauch und ließ sich die Befugnis zur Ausübung der aus dem Nießbrauch folgenden Rechte überweisen. Auf der Grundlage dieses Pfändungsbeschlusses verlangte er vom Nießbraucher und dessen Mitbewohnerin die Räumung des Grundstücks.

### **Entscheidung**

Nach der Entscheidung des BGH kann der Gläubiger sein wirtschaftliches Ziel, nämlich die Fremdvermietung der jetzt vom Nießbraucher bewohnten Räume und den Einzug des Mietzinses, nur durch einen Antrag auf **Verwaltung nach § 857 Abs. 4 ZPO** erreichen, der zu einer Verwaltung entsprechend der Zwangsverwaltung der §§ 146 ff. ZVG führt (OLG Düsseldorf Rpfleger 1997, 315 = ZfIR 1997, 410).

Der geltend gemachte Herausgabeanspruch aus § 1065 BGB besteht hingegen nicht. Zwar kann der Nießbrauch gepfändet werden (§ 857 Abs. 3 ZPO i. V. m. § 1059 S. 2 BGB) (BGHZ 62, 133, 136 = NJW 1974, 796; BayObLG DNotZ 1998, 302 = Rpfleger 1998, 69 = ZIP 1997, 1852). Wegen der Unveräußerlichkeit des Nießbrauchs kann jedoch nur dessen Ausübung überwiesen werden, nicht der Nießbrauch als solcher. Daher kann der Pfändungsgläubiger den Herausgabeanspruch des § 1065 BGB nicht unmittelbar geltend machen.

Auch eine entsprechende Anwendung von § 1065 BGB scheidet aus, da ein Herausgabeanspruch nur im Verhältnis des Pfändungsgläubigers zum Grundstückseigentümer besteht (OLG Düsseldorf Rpfleger 1997, 315 = ZfIR 1997, 410). Würde man dem Pfändungsgläubiger gestatten, den Besitz durch Räumung unbefristet auf sich überzuleiten, führte dies zu einer dem Zweck der Zwangsvollstreckung widersprechenden Überkompensation.

---

### **HGB §§ 18 Abs. 2, 19 Abs. 1 Nr. 3 Bildung der Personenfirma einer KG mit dem Namen eines Kommanditisten**

**Eine Kommanditgesellschaft kann bei der Bildung einer Personenfirma den Namen eines ihrer Kommanditisten verwenden.** (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Saarbrücken, Beschl. v. 25.2.2006 – 5 W 42/06-14  
Kz.: L IV 1 – § 18 Abs. 2 HGB  
Fax-Abruf-Nr.: 10603

### **Problem**

Vor Änderung des Firmenrechts durch das HRefG von 1998 musste eine KG den Namen ihres persönlich haftenden Gesellschafters in der Firma führen. Die Neuregelung der §§ 17 ff., insbesondere § 19 HGB, ermöglicht es jetzt einer KG, auch eine Sach- oder Fantasiefirma zu führen. Doch war weiterhin umstritten, ob eine KG – wenn sie denn eine Personenfirma wählt – ihre Firma mit dem Namen eines Nichtgesellschafters oder mit dem Namen eines Kommanditisten bilden darf (für Zulässigkeit **Gutachten, DNotI-Report 2004, 43**; a. A. etwa LG Limburg GmbHR 2006, 261 m. abl. Anm. Römermann).

### **Entscheidung**

Das OLG Saarbrücken erteilt der an den alten Firmenrechtsgrundsätzen vor dem HRefG verhafteten Meinung eine Absage. Mit neueren Stellungnahmen (vgl. Münch-KommHGB/Heidinger, 2. Aufl. 2005, § 18 Rn. 95 ff.) lässt es die Bildung der Firma einer Kommanditgesellschaft mit dem Namen eines existierenden Kommanditisten zu. Schon nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 Nr. 3 HGB und in dem vorauszusetzenden Bewusstsein der Änderungen des deutschen Firmenrechts dürfe sich der Geschäftsverkehr nicht mehr darauf verlassen, dass der Namensbestandteil der Firma einer KG geeignet sei, den persönlich haftenden Gesellschafter zu identifizieren. Die Bezeichnung „Kommanditgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung gebe hinreichend Aufschluss darüber, dass es sich um eine Personenhandelsgesellschaft mit einem persönlich haftenden Gesellschafter handele. Für die Anwendung des Irreführungsverbots gab es im hier vorliegenden Fall daher keine Anhaltspunkte.

## UmwG §§ 7, 5 Abs. 1 S. 1, 17 Abs. 2 S. 4, 18 Abs. 1; HRV § 26 S. 2

### Beurkundung einer Kettenverschmelzung

1. Ein Verschmelzungsvertrag kann unter der aufschiebenden Bedingung geschlossen werden, dass ein früherer Verschmelzungsvertrag, an dem die nunmehr übertragende Gesellschaft als aufnehmender Rechtsträger beteiligt ist, durch Eintragung im Handelsregister wirksam wird.

2. In einem solchen Vertrag muss die übertragende Gesellschaft entsprechend ihrer gegenwärtigen Eintragung im Handelsregister ohne Berücksichtigung einer im Zusammenhang mit der Erstfusion vorgenommenen, erst mit deren Eintragung im Handelsregister wirksam werdenden Firmenänderung bezeichnet werden.

3. § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG steht dem Erlass einer Zwischenverfügung nicht entgegen, durch die die Möglichkeit einer Klarstellung der Bezeichnung der an der Verschmelzung beteiligten übertragenden Gesellschaft eingeräumt wird.

OLG Hamm, Beschl. v. 19.12.2005 – 15 W 377/05

Kz.: L V 5 – § 7 UmwG

Fax-Abwurf-Nr.: 10604

#### Problem

Durch notariellen Vertrag nebst zustimmenden Gesellschafterbeschlüssen vom 24.4.2004 wurde die „N und L-GmbH“ als übertragender Rechtsträger auf die B-GmbH als übernehmende Gesellschaft verschmolzen. Gleichzeitig änderte die B-GmbH ihre Firma in „N und L-GmbH“.

Noch vor Handelsregistereintragung dieser Verschmelzung wurde eine weitere Verschmelzung durch die als „N und L-GmbH“ bezeichnete übertragende Gesellschaft (womit die umfirmierte B-GmbH gemeint war) auf die W-GmbH als übernehmenden Rechtsträger beurkundet.

#### Entscheidung

Nach der Entscheidung des OLG Hamm konnte die durch die Verschmelzung aus der N und L-GmbH und der B-GmbH neu entstehende, nunmehr ebenfalls unter „N und L-GmbH“ firmierende Gesellschaft noch vor Handelsregistereintragung der ersten Verschmelzung Beteiligte eines weiteren Verschmelzungsvertrages sein. Der zweite Verschmelzungsvertrag der Kettenverschmelzung stand zulässigerweise unter der Bedingung des Vollzuges der ersten Verschmelzung.

Dabei mussten die beteiligten Gesellschaften aber entsprechend ihrer gegenwärtigen Eintragung im Handelsregister zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses angegeben werden – also die übertragende Gesellschaft der zweiten Verschmelzung als B-GmbH und noch nicht mit der noch nicht eingetragenen Umfirmierung auf „N und L-GmbH“. Es handelte sich aber lediglich um eine nachträgliche Klarstellung, die das Handelsregister auch durch Zwischenverfügung aufgeben konnte.

## Literaturhinweise

G. C. Schwarz, SE-VO – Verordnung (EG) Nr. 2157/2001 des Rates über das Statut der Europäischen Gesellschaft, C. H. Beck Verlag, München 2006, 1149 Seiten, 198.– €

Im Oktober 2001 erließ der Rat der Europäischen Union die Verordnung zur Europäischen Aktiengesellschaft (SE). Diese Verordnung trat am 8.10.2004 in Kraft. Ergänzt werden die Bestimmungen der SE-Verordnung im innerstaatlichen Recht durch das SE-Ausführungsgesetz und das Gesetz über die Beteiligung der Arbeitnehmer in einer europäischen Gesellschaft vom Dezember 2004.

Der hier zu besprechende Kommentar des leider viel zu früh verstorbenen Universitätsprofessors und Vorstands des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg Prof. Dr. Günter Christian Schwarz stellt – soweit ersichtlich – die **erste vollständige Kommentierung der SE-Verordnung aus deutscher Sicht** dar. Besonders zu erwähnen sind die im Rahmen der Kommentierung dargestellten Bezüge zum deutschen Aktienrecht sowie zum deutschen SE-Ausführungsgesetz. Ergänzende Ausführungen finden sich darüber hinaus zum Konzernrecht und zum Steuerrecht der SE sowie zur Arbeitnehmermitbestimmung. Breiten Raum nehmen vor allen Dingen die Darstellungen zum Verhältnis der SE-VO zum nationalen Recht ein. Insbesondere wird bei den einzelnen Vorschriften jeweils dargestellt, ob und wenn ja in welchem Umfang nationales Recht zur Anwendung gelangen kann und inwieweit in diesem Rahmen Satzungsfreiheit besteht. Gerade diese Hinweise, aber auch die Bezüge zu Parallelvorschriften im nationalen Recht erleichtern dem Rechtsanwender den Zugang zu dieser neuen Materie. Dies gilt auch und vor allem im Hinblick auf die Kommentierung zu den Vorschriften über das im deutschen Recht bislang unbekannt monistische Verwaltungssystem bei der SE.

Notar a. D. Dr. Adolf Reul

Jannott/Frodermann (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Aktiengesellschaft, C. F. Müller-Verlag, 2005, 1108 Seiten, 134.– €

Seit Oktober 2004 steht mit der Europäischen Aktiengesellschaft erstmals eine in wesentlichen Punkten einheitliche europäische Rechtsform für Kapitalgesellschaften zur Verfügung. Daraus ergeben sich für den Praktiker vielfältige Probleme, da in der SE-Verordnung der EU eine Normenhierarchie bestimmt wird und nebeneinander ganz unterschiedliche Rechtsquellen Anwendung finden.

Das Handbuch ist zweigeteilt. Während sich etwa die erste Hälfte mit den Darstellungen der Europäischen Aktiengesellschaft im **deutschen Recht** beschäftigt, wird in einem zweiten Teil ein Überblick über die nationalen Rahmenbedingungen in den **anderen Mitgliedsstaaten** der Europäischen Union zur SE gegeben. Ergänzt werden die Ausführungen mit einem ausführlichen **Muster der Satzung** einer dualistischen SE und einer monistischen SE.

Das Buch gibt einen guten Überblick über alle mit der SE-Gründung, aber auch sonstigen mit der SE im Laufe ihres

Geschäftslebens zusammenhängenden Fragen. Daneben wird auch das Umwandlungsrecht und Konzernrecht ebenso wie das Steuerrecht und Kartellrecht der SE dargestellt. Ausführlich erörtert werden ebenso die Mitbestimmungsregeln in der SE nach dem SE-Beteiligungsgesetz.

**Notar a. D. Dr. Adolf Reul**

---

**Lutter/Hommelhoff (Hrsg.), Die Europäische Gesellschaft, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2005, 72 Seiten, 99.- €**

Die Europäische Aktiengesellschaft (SE) ist derzeit in aller Munde und in den letzten Monaten erschienen bereits diverse Aufsätze, Handbücher und Kommentare. Wer sich intensiv mit der Europäischen Gesellschaft beschäftigen will, findet in dem vorliegenden Sammelband Beiträge namhafter Experten, die die verschiedensten rechtlichen Blickwinkel dieser neuen Gesellschaftsform durchleuchten. Gründung, Satzung und Finanzverfassung werden ebenso erläutert wie die Hauptversammlung, steuerrechtliche Fragen, Mitbestimmung, Probleme der Börsennotierung oder des Konzerns. Da das vorliegende Buch vom Konzept her kein Handbuch ist, enthält es keine Muster oder Formulierungsvorschläge.

**Dr. Andreas Heidinger**

---

**T. Raiser/R. Veil, Recht der Kapitalgesellschaften, 4. Auflage, Verlag Franz Vahlen, München 2005, 877 Seiten, 75.- €**

In 4. Auflage liegt nunmehr das hier zu besprechende Handbuch von *Raiser/Veil* zum Recht der Kapitalgesellschaften vor. Lehrbuchartig werden darin zunächst die Grundlagen des Kapitalgesellschaftsrechts sowie im Anschluss daran das Aktienrecht und das GmbH-Recht im Einzelnen dargestellt. Ausführungen finden sich darüber hinaus zur Kapitalgesellschaft & Co., zum Umwandlungsrecht, zum Konzernrecht sowie zum internationalen Recht der Kapitalgesellschaften. Allein diese Inhaltsübersicht zeigt, dass dieses Handbuch nur einen allgemeinen, wenn auch in vielen Teilen vertieften Überblick geben kann. Hilfreich sind in diesem Zusammenhang die Hinweise zur weiterführenden Literatur und Rechtsprechung. Demjenigen, der sich einen rechtsformübergreifenden Überblick über das Kapitalgesellschaftsrecht verschaffen will, kann dieses Buch ohne Einschränkung empfohlen werden. Dem Praktiker ersetzt es allerdings nicht den Rückgriff auf Einzeldarstellungen in der Kommentarliteratur.

**Notar a. D. Dr. Adolf Reul**

**C. Armbrüster, Kapitalanleger als Verbraucher? Zur Reichweite des europäischen Verbraucherschutzrechtes, ZIP 2006, 406**

**S. Engler, Handlungsbedarf bei Sachvermächtissen und Verbindlichkeiten im Nachlass aus erbschaftsteuerrechtlicher Sicht, NJW 2006, 649**

**J. Fetsch, Auslandsvermögen im Internationalen Erbrecht, RNotZ 2006, 1 und 77**

**D. Fischer, Die verdeckte Sacheinlage bei der GmbH und ihre Heilung, BWNotZ 2006, 13**

**P. R. Gottschalk, Erbschaftsteuerfreie Zuwendungen auf den Todesfall durch französischen Ehevertrag, ZEV 2006, 99**

**S. Gottwald, Grunderwerbsteuerbelastung bei Schenkungen unter Auflagen, ZErB 2006, 83**

**H.-U. Graba, Die Entwicklung des Unterhaltsrechts nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Jahr 2005, FamRZ 2006, 297**

**H. Grziwotz, Verbraucherverträge zugunsten Dritter, ZfIR 2006, 189**

**M. Habersack, Das Aktiengesetz und das Europäische Recht, ZIP 2006, 445**

**H. R. Horst, Wohnraummietrechtliche Aspekte des Energiepasses, NZM 2006, 1**

**C. Kessler, Insolvenzfestigkeit der bedingten Abtretung künftiger Ansprüche, ZNotP 2006, 94**

**F. Kruis, Grundbuchfähigkeit einer Partnerschaft englischen Rechts, IPRax 2006, 98**

**S. Leible, Nachlassspaltung und Testamentsform: Probleme der Testamentsabwicklung bei Nachlassspaltung wegen Grundbesitzes im Ausland, ZEV 2006, 93**

**S. Meier, Die Gesamtgläubigerschaft – ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?, AcP 2006, 858**

**L. Müller, Neues baden-württembergisches Naturschutzgesetz, BWNotZ 2006, 10**

**J.-P. Naujok, Neue Entwicklungen im Immobilienrecht, ZfIR 2006, 180**

**C. v. Oertzen/E. Cornelius, Behandlung von Anteilen an einer englischen Limited im Nachlassvermögen eines deutschen Erblassers, ZEV 2006, 106**

**A. Peters, Das Vertretungsverbot nach § 181 BGB bei der Beschlussfassung in der GmbH, ZNotP 2006, 89**

**M. Rastätter, Grundstücksschenkungen an Minderjährige, BWNotZ 2006, 1**

**A. Richter, Die Unternehmensstiftung nach der Stiftungsrechtsreform, ZErB 2006, 75**

**H. Siegwart, Die Abwicklung von Erbfällen in den USA, ZEV 2006, 110**

**J. C. Schippers, 10-Jahres-Frist und Nießbrauchsvorbehalt beim Rückforderungsanspruch des verarmten Schenkers (§§ 528, 529 BGB) – Kann eine zeitliche „Schwelle“ sich zur „Hürde“ wandeln?, RNotZ 2006, 42**

## Veranstaltungen

Termine für **Juni 2006** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 ([www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)).

**Umstrukturierungen in der gesellschaftsrechtlichen Praxis** (Heckschen), 10.06.2006 Kiel

**Personengesellschaften, Gesellschafts- und Steuerrecht** (Herzig/Spiegelberger/Wälzholz), 21. – 22.07.2006 Timmendorfer Strand





**Einladung zur 9. Mitgliederversammlung  
der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.**

Der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. lädt alle Mitglieder zur

**9. ordentlichen Mitgliederversammlung gem. § 7 Abs. 1 der Satzung  
am Freitag, dem 30. Juni 2006, 17.00 Uhr,**

im Gartenpavillon des Juliusspitals, Klinikstraße 1, 97070 Würzburg, herzlich ein

**Tagesordnung:**

1. Begrüßung
2. Bericht des Vorstandes
3. Bericht des Schatzmeisters
4. Bericht der Rechnungsprüfer
5. Aussprache
6. Entlastung des Vorstandes
7. Verschiedenes

Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter  
(Vorsitzender)

RA und Notar a. D. Paul Wagner  
(stellv. Vorsitzender)

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. Christian Hertel, 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 155,00 €, Einzelheft 6,65 €, 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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg