

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
März 2015
ISSN 1434-3460

6/2015

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 1 u. 2, 5 Abs. 1 – Abgeschlossenheit; Entstehung von Sondereigentum bei sog. „Luftschranken“; fehlende bauliche Abgrenzung zu Gemeinschaftseigentum und weiterem Sondereigentum

GmbHG §§ 35 Abs. 2 S. 1, 39, 10 Abs. 1 S. 2, 53, 54 – Gesetzliche Vertretung der GmbH durch ihre Geschäftsführer; Gesamtvertretung durch namentlich bestimmte Vertreterpaare; Beschränkung der statutarischen Vertretungsbefugnis durch Gesellschafterbeschluss ohne ausdrückliche Satzungsermächtigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

HGB § 12 Abs. 1; BGB § 129; BeurkG §§ 39, 39a, 40 – Vorlage beglaubigter Abschriften bei Handelsregistervollmachten

BGB §§ 2300 Abs. 2, 1638 Abs. 1 – Rücknahme eines Erbvertrags aus amtlicher Verwahrung; Beschränkung des elterlichen Vermögenssorgerechts; Qualifikation als Verfügung von Todes wegen

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

WEG §§ 3 Abs. 1 u. 2, 5 Abs. 1 Abgeschlossenheit; Entstehung von Sondereigentum bei sog. „Luftschranken“; fehlende bauliche Abgrenzung zu Gemeinschaftseigentum und weiterem Sondereigentum

I. Sachverhalt

Ein Bauträger hat eine Wohnanlage errichtet. Die Teilungserklärung ist im Grundbuch vollzogen worden.

Im zweiten Obergeschoss der Anlage liegen zwei Einheiten nebeneinander (WE 1 und WE 2). Auf Wunsch des Käufers hat der Bauträger die Wohnungen baulich zusammengeführt. Die Trennwände zwischen den Wohnungen sind teilweise nicht errichtet und die beiden Wohnzimmer zu einem Raum verbunden worden. In die verbleibenden Zwischenwände hat man zum Teil Türen eingebaut.

Im dritten Obergeschoss befindet sich nur eine Wohnung (Dachwohnung, WE 3). Vor dieser Wohnung liegt ein Vorflur, der im Gemeinschaftseigentum steht. Der Eigentümer der WE 3 hat jedoch ein Sondernutzungsrecht am Vorflur. Der Vorflur verbindet die WE 3 mit dem Treppenhaus. Die Trennwand zwischen der WE 3 und dem Vorflur hat der Bauträger wunschgemäß nicht errichtet.

Stattdessen hat er eine Wand samt Wohnungseingangstür dort gesetzt, wo der Vorflur in das Treppenhaus übergeht. Der Vorflur wurde baulich Bestandteil der Wohnung.

Die finanzierenden Banken der drei Wohnungseigentümer haben Bedenken geäußert. Ihres Erachtens ist die Fläche der Wohnungseinheiten Gemeinschaftseigentum geworden.

II. Fragen

1. Ist Sondereigentum an den Einheiten WE 1, WE 2 und WE 3 entstanden?
2. Ergeben sich aus der fehlenden Abgeschlossenheit irgendwelche Bedenken?

III. Zur Rechtslage

Infolge der Abweichungen zwischen Aufteilungsplan und Bauausführung könnte das Sondereigentum an den Wohnungseigentumseinheiten nicht entstanden sein. Nach der Bauausführung fehlt die Abgeschlossenheit zwischen den beiden Sondereigentumseinheiten WE 1 und WE 2 (Trennwände) sowie zwischen Sondereigentum WE 3 und Gemeinschaftseigentum (Vorflur).

1. Begriff der Abgeschlossenheit

Nach § 3 Abs. 2 WEG erfordert die Einräumung von Sondereigentum an Wohnungen oder sonstigen Räumen, dass diese jeweils in sich abgeschlossen sind. Eine gesetzliche Definition der Abgeschlossenheit enthält das WEG nicht. Jedoch gibt Ziff. 5a der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zu § 7 Abs. 4 Nr. 2 WEG v. 19.3.1974 (AV, BAnz Nr. 58 v. 23.3.1974) einen gewissen Anhaltspunkt:

„Abgeschlossene Wohnungen sind solche Wohnungen, die baulich vollkommen von fremden Wohnungen und Räumen abgeschlossen sind, z. B. durch Wände und Decken, die den Anforderungen der Bauaufsichtsbehörden (Baupolizei) an Wohnungstrennwände und Wohnungstrenndecken entsprechen, und einen eigenen abschließbaren Zugang unmittelbar vom Freien, von einem Treppenhaus oder einem Vorraum haben. Zu abgeschlossenen Wohnungen können zusätzliche Räume außerhalb des Wohnungsabschlusses gehören [...].“

2. Sinn und Zweck des Abgeschlossenheitsanfordernisses

Das in § 3 Abs. 2 WEG als **Sollvorschrift** ausgestaltete Abgeschlossenheitsanfordernis bezweckt es, dem Grundbuchamt die Prüfung bautechnischer und baurechtlicher Fragen zu ersparen; ferner soll es eine **eindeutige räumliche Abgrenzung** der Sondereigentumsbereiche untereinander sowie zum gemeinschaftlichen Eigentum gewährleisten und dadurch Streitigkeiten verhindern, wie sie unter Geltung des früheren Stockwerkseigentums infolge unklarer Verhältnisse entstanden sind (BGHZ 119, 42, 46 = DNotZ 1993, 48; DNotZ 1990, 259; DNotZ 2002, 127, 129; Staudinger/Rapp, BGB, Neubearb. 2005, § 3 WEG Rn. 13; vgl. auch BVerwG NJW 1997, 71, 74).

Die Abgeschlossenheit erfordert im Grunde dreierlei: **Abgeschlossenheit** gegenüber anderem Sonder- oder Gemeinschaftseigentum, eine **Zugangsmöglichkeit** und eine bestimmte **Ausstattung** (Röll, MittBayNot 1991, 240, 241).

3. Abgeschlossenheit keine notwendige Voraussetzung für Sondereigentum

Nach der heute herrschenden Auffassung ist die Abgeschlossenheit aber **keine notwendige Voraussetzung für Entstehung oder Fortbestand von Sondereigentum** (BGH DNotZ 2009, 50, 51 f. Tz. 14 f. = NJW 2008, 2982; NJW 2011, 3237, 3238 Tz. 19; BeckOK-BGB/Hügel, Std.: 1.2.2015, § 3 Rn. 6; Jennißen/Zimmer, WEG, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 22; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2819; Elzer/Schneider, in: Riecke/Schmid, WEG, 4. Aufl. 2015, § 3 Rn. 63a). Dies gilt sowohl für die nachträglich wegfallende (BGH DNotZ 2002, 127, 129) als auch für die anfänglich fehlende Abgeschlossenheit (BGH DNotZ 2009, 50, 52 Tz. 15).

Der BGH führt dazu in seiner Entscheidung vom 18.7.2008 aus (DNotZ 2009, 50, 51 f. Tz. 14 f.):

„Das Erfordernis der Abgeschlossenheit bedeutet nach § 3 Abs. 2 Satz 1 WEG ebenso wenig eine notwendige Voraussetzung für das Entstehen von Sondereigentum (BayObLG, Rpfleger 1980, 295; OLG Düsseldorf, DNotZ 1970, 42 [...]) wie die zum Vollzug der Teilung im Grundbuch notwendige Bescheinigung der Abgeschlossenheit des Sondereigentums durch die Baubehörde. Diese dient der Erleichterung der Prüfung des Eintragungsantrages durch das GBA [...] und ist nicht Voraussetzung für dessen Entstehen (BayObLGZ 1981, 332; Riecke/Schmid/Elzer, aaO, § 3 WEG Rdn. 62; Röll, Rpfleger 1983, 380, 382). Für das Entstehen des Sondereigentums ist die Bescheinigung vielmehr ohne Bedeutung, sofern die Eintragung in das Grundbuch erfolgt (Pick, in: Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 3 Rdn. 37).

Dem entspricht es, dass der Senat entschieden hat, dass die Aufhebung der Abgeschlossenheit den Bestand des Sondereigentums unberührt lässt (Senat, BGHZ 146, 241, 246 [=DNotZ 2002, 127]). In der Sache macht es

insoweit keinen Unterschied, ob die Abgeschlossenheit nachträglich aufgehoben wird oder ob sie schon bei der Errichtung des Gebäudes fehlt.“

Der BGH betont in seiner Entscheidung die Funktion des Aufteilungsplans: Dieser – nicht die Abgeschlossenheit im tatsächlichen Sinne – trete an die Stelle der Vermessung und katastermäßigen Erfassung. Der **Aufteilungsplan** sei der Eintragungsbewilligung beizufügen; durch die Bezugnahme der Grundbucheintragung auf die Bewilligung werde der Aufteilungsplan Inhalt des Grundbuchs (§ 7 Abs. 3 WEG) und **sichere** auf diese Weise die sachenrechtlich notwendige **Bestimmtheit** (BGH DNotZ 2009, 50, 51 Tz. 12).

4. Abweichung der Bauausführung vom Aufteilungsplan

Von der Abgeschlossenheit zu unterscheiden ist indes die Frage, ob die vom Teilungsplan abweichende Bauausführung derart gravierend ist, dass eine eigentumsrechtliche Zuordnung der Räumlichkeiten unmöglich wird. Grundlage der Entstehung von Sondereigentum ist die ausreichende Bestimmtheit der Teilungserklärung und entsprechende **Bestimmbarkeit in der tatsächlichen Gebäudesituation**. Sind die Abweichungen des tatsächlichen Gebäudes gegenüber den Erklärungen der Teilungserklärung so umfassend, dass sich nicht mehr mit Bestimmtheit feststellen lässt, welche Räume in welches Sondereigentum fallen, entsteht das Sondereigentum nicht (BGH DNotZ 2004, 371; DNotZ 1996, 289; BayObLG DNotZ 1999, 212; OLG Hamburg ZWE 2002, 592; Bärmann/Armbrüster, WEG, 12. Aufl. 2013, § 2 Rn. 72; Schöner/Stöber, Rn. 2878).

In seiner vorgenannten Entscheidung vom 18.7.2008 (DNotZ 2009, 50 Tz. 9) stellt der **BGH** insoweit fest (Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

„Abweichungen der Bauausführung von dem Aufteilungsplan berühren das Entstehen des Sondereigentums so lange nicht, wie die **Abgrenzung des Sondereigentums gegen das Gemeinschaftseigentum und das weitere Sondereigentum in dem Gebäude nicht unmöglich ist** (Senat, Urt. v. 5.12.2003 – V ZR 447/01, ZfIR 2004, 108, 110 m. w. Nachw. [= DNotZ 2004, 371]).“

Im gleichen Sinne hat sich das **OLG Frankfurt** geäußert (Beschl. v. 4.4.2011 – 20 W 75/08, BeckRS 2011, 21890): Aus § 3 Abs. 1 u. 2 und § 8 WEG ergebe sich, dass die genaue Umgrenzung der Wohnungseigentumseinheiten **durch die Teilungserklärung in Verbindung mit dem Aufteilungsplan und der Abgeschlossenheitsbescheinigung festgelegt** werde, auch soweit das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder bestimmten Räumen in einem auf dem Grundstück noch zu errichtenden Gebäude eingeräumt werde. **Ausgangspunkt** der Aufteilung seien **nicht die bestehenden Raumverhältnisse**, sondern sei der Grundbuchinhalt. Seien die Räume bei Bildung des Wohnungseigentums noch nicht oder noch nicht vollständig vorhanden, entstehe das Sondereigentum auch, wenn die tatsächliche Bauausführung nicht unwesentlich vom rechtsverbindlich gewordenen Aufteilungsplan abweiche (vgl. auch KG NZM 2001, 1127, 1128). Maßgeblich für die Begründung von Sondereigentum sei der Aufteilungsplan. Dies gelte grundsätzlich auch, wenn die tatsächliche bauliche Ausführung wesentlich vom Aufteilungsplan abweiche. Eine abweichende Bauausführung bewirke **erst dann gemeinschaftliches Eigentum** anstelle des Sondereigentums, **wenn** die Bauausführung vom Aufteilungsplan in einer Weise ab-

weiche, dass die **Zuordnung der errichteten Räume zu einer im Aufteilungsplan ausgewiesenen Raumeinheit unmöglich** sei (OLG Frankfurt, BeckRS 2011, 21890, m. Verw. auf BGH DNotZ 2004, 371). Dagegen sei selbst die fehlende Abgeschlossenheit gegenüber dem Gemeinschaftseigentum und anderem Sondereigentum unschädlich, wenn die Begrenzung des Sondereigentums nach Aufteilungsplan und Bauausführung eindeutig sei (OLG Frankfurt, BeckRS 2011, 21890).

Allerdings hat der **BGH** die Entstehung von **Sondereigentum** in einem Fall **verneint**, in dem der Baukörper „hinsichtlich seiner Grundfläche und inneren Aufteilung **keine auch nur teilweise Übereinstimmung mit dem vorgesehenen Objekt**“ aufwies (DNotZ 2004, 371, 372).

5. Fehlende Abgrenzung von Sondereigentum und Sondereigentum – WE 1 und WE 2

Der Entstehung von Sondereigentum an WE 1 und WE 2 könnte entgegenstehen, dass die **Trennwände** zwischen ihnen **nicht errichtet** worden und die Sondereigentumseinheiten damit baulich nicht voneinander abgegrenzt sind.

Die **Literatur** differenziert teilweise danach, ob trotz der fehlenden Wand/Wände überhaupt ein abgrenzbarer Raum vorliegt (dann Trennung entlang der „Luftschranken“) oder nicht (dann keine Trennung). So führen etwa *Elzer/Schneider* (§ 3 Rn. 135) aus, dass **Sondereigentum** an einem „Nicht-Raum“ nicht entstehen könne und deshalb **nur dort denkbar** sei, **wo die Bauabweichung die „Raumeigenschaft“ nicht gefährde**. Die Gefährdung bejahen sie, wenn drei Wände, in der Regel aber bereits, wenn zwei Wände fehlen. **Fehlen Trennwände zwischen zwei Wohnungseigentumseinheiten**, sehen sie lediglich **einen Raum** gegeben. Dieser Raum könne nicht unterschiedlichen Wohnungseigentümern gehören.

Diese Ansicht lässt sich u. E. jedoch nicht mit der Rechtsprechung des **BGH** vereinbaren. In der oben zitierten Entscheidung vom 18.7.2008 (DNotZ 2009, 50) bejahte der BGH die Entstehung von Sondereigentum, obwohl die beiden Räume nicht voneinander getrennt waren. Im zugrunde liegenden Fall ging es um das Sondereigentum an zwei Wohnungen. Die Bauausführung wich von den Aufteilungsplänen dergestalt ab, dass ein Zimmer baulich in die eine Wohnung (Wohnung Nr. 2) integriert und mit einem Raum dieser Wohnung verbunden wurde, obwohl es laut Aufteilungsplan eigentlich zur anderen Wohnung (Wohnung Nr. 3) gehörte und mit einer zu dieser gehörenden Diele durch eine Tür verbunden sein sollte. Der Raum war nur von der Wohnung Nr. 2 aus zugänglich. Der BGH (DNotZ 2009, 50, 52 Tz. 16) stellte fest, dass es für die Bildung des Sondereigentums auf die Aufteilungspläne ankomme und es nicht schade, wenn die tatsächliche Abgrenzung der Sondereigentumseinheiten durch Trennwände den Aufteilungsplänen widerspreche (Hervorhebung durch die DNotI-Redaktion):

„Vorliegend entspricht die Bauausführung nur insoweit nicht dem Aufteilungsplan, als der streitgegenständliche Teil der Wohnung Nr. 3 gegen die Wohnung der Beklagten [Wohnung Nr. 2] nicht abgeschlossen und nur von hierher zugänglich ist. Der nach dem Aufteilungsplan zur Wohnung Nr. 3 gehörende Wohnraum lässt sich nach Lage und Umgrenzung ohne Weiteres identifizieren. Die Außengrenzen der jeweiligen Teile des Raumes entsprechen dem Aufteilungsplan. Obwohl die zwischen den Wohnräumen der Parteien vorgesehene Trennwand nicht errichtet worden ist, ist die

Abgrenzung der Räume gegeneinander aufgrund der in dem Aufteilungsplan angegebenen Maße eindeutig. Der Grundriss beider Wohnungen und die Aufteilung des Gebäudes im Übrigen sind nicht berührt.“

Der BGH brachte damit zum Ausdruck, dass eine hinreichend **bestimmbare Abgrenzung zweier Sondereigentumseinheiten gegeneinander auch dann** vorliegen kann, **wenn** beide Einheiten sich *einen* Raum (im tatsächlichen Sinne) „teilen“, d. h., die **planerische Grenze innerhalb eines einheitlichen Raums verläuft** („Luftschranke“). Die Luftschranke zwischen den beiden Wohnungseigentümern der BGH für ausreichend. Es war nicht einmal schädlich, dass der mit der anderen Sondereigentumseinheit verbundene Raum nicht von der Einheit aus zu erreichen war, zu deren Sondereigentum er gehörte. Abweichende Ansichten (OLG Düsseldorf NJW-RR 1988, 590) verwarf der BGH ausdrücklich. Darüber hinaus nahm der BGH auf seine frühere Rechtsprechung zum nachträglichen Wanddurchbruch Bezug, wonach der spätere Wegfall der Abgeschlossenheit die Sondereigentumseigenschaft der betroffenen Wohnungen unberührt lasse; dabei hob der BGH hervor, dass Entsprechendes für die anfänglich fehlende Abgeschlossenheit gelte. Auch in der Literatur interpretiert man die BGH-Entscheidung daher zu Recht so, dass die Errichtung seitlicher Begrenzungen innerhalb des Gebäudes verzichtbar sei (vgl. Bärmann/Armbrüster, § 5 Rn. 15).

Stimmen die Wohnungen vorliegend somit in ihrer Lage und Umgrenzung mit den Aufteilungsplänen überein, dürfte die Abweichung der baulichen Ausführung von diesen Plänen (fehlende Trennwände) nach der vorgenannten BGH-Entscheidung unschädlich sein. Dass in die verbleibenden Zwischenwände Türen eingebaut wurden, sollte erst recht unschädlich sein. Das Sondereigentum an den Räumen entsteht gemäß den Aufteilungsplänen; maßgeblich ist allein die planerische Grenze bzw. Bauabweichung zwischen den beiden Sondereigentumseinheiten.

Im **Ergebnis** gehen wir daher auch im vorliegenden Fall davon aus, **dass das jeweilige Sondereigentum** gemäß dem Aufteilungsplan **entstehen kann**; es erscheint nämlich möglich, die errichteten Räume einer im Aufteilungsplan ausgewiesenen Raumeinheit zuzuordnen.

6. Fehlende Abgrenzung von Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum – WE 3

Bzgl. WE 3 könnte der Entstehung von Sondereigentum zuwiderlaufen, dass sie in der tatsächlichen Bauausführung nicht räumlich vom Gemeinschaftseigentum abgegrenzt ist.

Mit dieser Frage hatte sich jüngst das **OLG München** auseinanderzusetzen (Beschl. v. 31.3.2014, ZWE 2014, 257 = NotBZ 2014, 308). Im zugrunde liegenden Fall wurde am Treppenaufgang zu einer Dachgeschosswohnung ein Sondernutzungsrecht zugunsten des Eigentümers der Dachgeschosswohnung begründet. Das **Treppenhaus wurde „eingehaust“ und mit der Dachgeschosswohnung verbunden**. Dafür entfernte man die Tür zwischen Sondereigentum und Gemeinschaftseigentum (bisherige Tür zwischen Dachgeschosswohnung und Treppenhaus). Die baulichen Abweichungen legte man gegenüber dem Grundbuchamt offen und bewilligte und beantragte die Eintragung eines Sondernutzungsrechts am „eingehausten“ Treppenaufgang. Das Grundbuchamt lehnte die Eintragung des Sondernutzungsrechts unter Hinweis auf die fehlende Abgeschlossenheit von Sonder- und Gemeinschaftseigentum ab.

Das OLG München (ZWE 2014, 257, 258) entschied, dass die bauliche Veränderung der Entstehung von Sondereigentum an der Dachgeschosswohnung nicht entgegenstehe; vielmehr **reichten** insoweit bloße „**Luftschranken**“ aus:

„Nach wie vor lässt sich vertikal wie horizontal das Sondereigentum vom Gemeinschaftseigentum durch eine wenn auch in der Natur dann nicht mehr vorhandene ‚gedachte Linie‘ trennen. Das Einreißen der Außenwand zur Treppe hin bedingt dazu keine Veränderung. Nicht anders wäre es, wenn dem Sondereigentümer an dem ausschließlich dessen Wohnung erschließenden gemeinschaftlichen Treppenaufgang ein Sondernutzungsrecht eingeräumt würde (siehe Bärmann/Armbrüster WEG 12. Aufl. § 5 Rn. 123), ohne die damit einhergehend geplante bauliche Veränderung dem Grundbuchamt offenzulegen, nämlich den Aufgang durch Umbaumaßnahmen in den im Sondereigentum stehenden Raum zu integrieren. Der Legalitätsgrundsatz ist nicht berührt, weil das Grundbuch weder durch die unterbliebene Eintragung von Änderungen im Sondereigentum noch durch die Eintragung des [...] Sondernutzungsrechts unrichtig wird. Der nachträgliche Wegfall der Abgeschlossenheit von Sondereigentum zu Gemeinschaftseigentum berührt Bestand und Umfang des in der Teilungserklärung ausgestalteten Wohnungseigentums ebenfalls nicht [...].“

Diese Entscheidung kann sich auf die Rechtsprechung des **BGH zu einer ähnlichen Konstellation** stützen (Urt. v. 20.5.2011, NJW 2011, 3237). Das Sondereigentum des Klägers umfasste dort zwei Kellerräume mit Sondernutzungsrechten an abgesenkten Flächen im Vorbereich des Kellers. Die Kellermauern des einen Kellerraums wurden teilweise entfernt. Dazu entschied der BGH (NJW 2011, 3237, 3239 Tz. 22):

„Die teilweise Entfernung der Kelleraußenwände des anderen Kellerraums zu den in der Teilungserklärung vorgesehenen ‚Sondernutzungsflächen‘ im Souterrain ändert nichts daran, dass sich das der Kl. zugewiesene Sondereigentum nach den weiterhin erkennbaren äußeren Grenzen des Baukörpers des Gebäudes hinreichend eindeutig feststellen lässt. Den mit dem Umbau verbundenen Verlust der Abgeschlossenheit hat das BerGer. zu Recht als unerheblich angesehen (vgl. Senat, BGHZ 177, 338 [342] [= DNotZ 2009, 50]).“

Der BGH machte damit deutlich, dass für die Abgrenzung zwischen Sonder- und Gemeinschaftseigentum keine anderen Maßstäbe gelten, sondern auch insoweit „**Luftschranken**“ **zulässige Grenzen** zur Bestimmung des Sondereigentums sind.

Sollte die Bauausführung der WE 3 hinsichtlich der Abgrenzung von Sonder- und Gemeinschaftseigentum (Vorflur) vom Aufteilungsplan somit **nicht derart abweichen, dass die Zuordnung** der errichteten Räume **zu den eigentumsrechtlichen Vorgaben des Aufteilungsplans unmöglich** ist, wäre das Sondereigentum an der Wohnung wirksam entstanden. So wie im Fall des OLG München kann es nicht darauf ankommen, dass die Wohnung zum Vorflur nicht mehr abgeschlossen i. S. v. § 3 Abs. 2 WEG ist.

7. Ergebnis

Nach dem Sachverhalt gehen wir davon aus, dass die fehlende Abgeschlossenheit von WE 1 und WE 2 untereinander und von WE 3 gegenüber dem Gemeinschaftseigentum es nicht unmöglich macht, die Räume nach dem Aufteilungsplan zu identifizieren. Damit ist das Sondereigentum jeweils

wirksam entstanden. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass sich eine Abweichung der Bauausführung vom Aufteilungsplan letztlich nur im Wege einer wertungsabhängigen Einzelfallbetrachtung beurteilen lässt.

GmbHG §§ 35 Abs. 2 S. 1, 39, 10 Abs. 1 S. 2, 53, 54

Gesetzliche Vertretung der GmbH durch ihre Geschäftsführer; Gesamtvertretung durch namentlich bestimmte Vertreterpaare; Beschränkung der statutarischen Vertretungsbefugnis durch Gesellschafterbeschluss ohne ausdrückliche Satzungsmächtigung

I. Sachverhalt

Die Satzung einer GmbH enthält folgende Vertretungsregelung:

„Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Geschäftsführer. Ist nur ein Geschäftsführer bestellt, vertritt dieser die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, so wird die Gesellschaft durch zwei Geschäftsführer gemeinschaftlich oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Jedem Geschäftsführer kann durch Beschluss der Gesellschafter die Befugnis erteilt werden, die Gesellschaft stets allein zu vertreten, auch wenn mehrere Geschäftsführer bestellt sind. Jedem Geschäftsführer kann durch Beschluss der Gesellschafter die Befugnis erteilt werden, Geschäfte mit sich als Vertreter eines Dritten vorzunehmen (Befreiung von den Beschränkungen des § 181 Var. 2 BGB).“

Zurzeit hat die Gesellschaft vier Geschäftsführer. Die Gesellschafter wollen einen von ihnen abberufen und hinsichtlich der verbleibenden Geschäftsführer A, B und C eine veränderte Vertretungsregelung beschließen: Jeder der beiden Geschäftsführer A und B soll nur gemeinschaftlich mit dem Geschäftsführer C vertretungsberechtigt sein, der Geschäftsführer C umgekehrt nur zusammen mit einem der beiden Geschäftsführer A und B. Prokuristen sind für die Gesellschaft nicht bestellt.

II. Fragen

1. Lässt sich die Vertretungsbefugnis eines gemeinschaftlich vertretungsberechtigten Geschäftsführers im Außenverhältnis derart ausgestalten, dass er die Gesellschaft nicht mit einem beliebigen, sondern nur mit einem bestimmten, namentlich benannten weiteren Geschäftsführer vertreten darf?

2. Wenn ja: Bedarf diese Vertretungsregelung einer förmlichen Satzungsänderung?

III. Zur Rechtslage

1. Bildung bestimmter Vertreterpaare

Die gesetzliche Vertretungsbefugnis der GmbH-Geschäftsführer ergibt sich aus § 35 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GmbHG: Soweit für die Gesellschaft mehrere Geschäftsführer bestellt sind, sind sie nur gemeinschaftlich vertretungsbefugt. Allerdings kann die Satzung diese gesetzliche Gesamtvertretungsbefugnis in unterschiedlichster Weise modifizieren (§ 35 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG). So **spricht wohl nichts dagegen**, dass die Satzung namentlich besonders bestimmte Vertreterpaare festlegt.

Dabei ist auch denkbar, dass einzelne Geschäftsführer generell zur gemeinschaftlichen Vertretung berechtigt sind, andere dagegen nur in Verbindung mit einem bestimmten Geschäftsführer (GroßkommGmbHG/Paefgen, 2. Aufl. 2014, § 35 Rn. 97; ähnl. Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 107; MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 2012, § 35 Rn. 122; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 35 Rn. 46). Einzutragen wären die Kombinationen bei der **konkreten Vertretungsbefugnis**: Hier müsste beim jeweiligen Geschäftsführer vermerkt sein, mit welchem oder welchen anderen er gemeinschaftlich vertreten darf (Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 994).

2. Erfordernis einer Satzungsermächtigung

Als Abweichung von der gesetzlichen Vertretungsregelung bedürfte die Bildung bestimmter Vertretungspaare an sich einer Satzungsgrundlage (vgl. § 35 Abs. 2 S. 1 Hs. 2 GmbHG). Sie deckt sich nicht mit der konkret gegebenen Satzungsregel – diese gestattet nämlich eine personell nicht näher konkretisierte Gesamtvertretung zu zweien oder mit einem Prokuristen. Enthielte die Satzung darüber hinaus keinerlei Ermächtigung zur Abwandlung der Vertretungsbefugnis, müsste eine Bildung von Vertretungspaaren durch einfachen Gesellschafterbeschluss wahrscheinlich ausscheiden (vgl. OLG Hamm GmbHR 1992, 807 = NJW-RR 1993, 867; GroßkommGmbHG/Paefgen, § 35 Rn. 93a; anders wohl Link, RNotZ 2009, 351 f.).

Existiert – wie vorliegend – eine **Ermächtigung zur Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis**, mag dies anders zu sehen sein: Lässt die Satzung die Erweiterung der statutarischen Vertretungsbefugnis zu, so könnte deren **Beschränkung** durch Bildung von Vertretungspaaren *erst recht* erlaubt sein. Dafür spricht auf den ersten Blick die fehlende Schutzbedürftigkeit des Rechtsverkehrs (vgl. Link, RNotZ 2009, 351, 352; zustimmend MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, § 35 Rn. 134 m. Fn. 265; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, § 35 Rn. 104; wohl auch Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 35 Rn. 106).

Gegen eine „freie“ Beschränkungsmöglichkeit hat indes das **LG Mönchengladbach** (RNotZ 2009, 350, 351) entschieden (i. E. ebenso Frenzel, GmbHR 2011, 515, 517; wohl auch GroßkommGmbHG/Paefgen, § 35 Rn. 93a). Im betroffenen Fall sah die Satzung – wie vorliegend – eine Gesamtvertretung zu zweien oder gemeinsam mit einem Prokuristen vor und daneben eine Ermächtigung zur Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis. Einer der Geschäftsführer sollte nur noch gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer vertretungsbefugt sein. Die Beteiligten meinten, dass eine Verschärfung der konkreten gegenüber der abstrakten Vertretungsregelung stets zulässig sei. Nach Ansicht des LG bewegte sich die Verschärfung jedoch nicht im Rahmen der Ermächtigung. Jede Änderung der gesetzlichen und statutarischen Vertretungsbefugnis bedürfe aber grundsätzlich einer Satzungsänderung, wenn die Satzung nicht selbst zu dieser Änderung ermächtige.

Die strengere Auffassung steht **dem Wortlaut des § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG u. E. näher** als die großzügigere. Dass das Satzungsgebot nur Erweiterungen der Vertretungsbefugnis betreffe, lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen, ebenso wenig, dass eine Erweiterungsermächtigung zugleich die Beschränkung gestatte (vgl. Frenzel, GmbHR 2011, 515, 517). Der Wortlaut auch der vorliegend gegebenen Erweiterungsermächtigung ist an sich klar und hebt nur auf die Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis ab.

Hält man eine ausdrückliche Satzungsermächtigung für erforderlich, könnte eine Beschränkung durch einfachen Gesellschafterbeschluss auch als **Satzungsdurchbrechung** nicht wirksam werden (LG Mönchengladbach RNotZ 2009, 350, 351; Frenzel, GmbHR 2011, 515, 518). Der Beschluss würde nämlich mit Festlegung der Vertreterpaare einen dauerhaft satzungswidrigen Zustand begründen. In diesem Fall wären grundsätzlich alle Satzungsänderungskautelen einzuhalten (vgl. Gutachten DNotI-Report 2014, 1).

3. Fazit und Praxishinweis

Die Bildung namentlich bestimmter Vertreterpaare ist zulässig. Sie ist jedoch nicht ohne Weiteres von einer statutarischen Ermächtigung gedeckt, die die Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis gestattet. Abschließend geklärt erscheint Letzteres aber nicht.

Die Gestaltungspraxis kann Unsicherheiten dadurch begegnen, dass sie in der GmbH-Satzung eine allgemein gefasste Abwandlungsermächtigung vorsieht. So sollte bereits eine Formulierung genügen, wonach die Gesellschafterversammlung die (zuvor statutarisch definierte) allgemeine Vertretungsbefugnis der Geschäftsführer abweichend regeln darf (vgl. auch den Formulierungsvorschlag bei Link, RNotZ 2009, 351, 352).

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.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 §§ 309 Nr. 8b, 309 Nr. 7

Möglichkeit der Haftungsbeschränkung in Sanierungsfällen (hier: Fertigstellung eines Rohbaus)

Abruf-Nr.:

BGB §§ 1184, 1185; GBO §§ 19, 22, 27

Löschungsbewilligung eines Miterben, dessen Miterbenanteil gepfändet wurde; Möglichkeit einer löschungsfähigen Quittung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

HGB § 12 Abs. 1; BGB § 129; BeurkG §§ 39, 39a, 40

Vorlage beglaubigter Abschriften bei Handelsregistervollmachten

Beim Nachweis der Erteilung einer Registervollmacht mittels beglaubigter Abschrift der öffentlich beglaubigten Vollmachtserklärung kann das Registergericht die Vorlage einer aktuellen Beglaubigung verlangen, wenn seit dem Zeitpunkt der Beglaubigung der Abschrift eine erhebliche Zwischenzeit vergangen ist.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 12.11.2014 – 11 Wx 61/14

Problem

Bei der **Kommanditgesellschaft** ist nicht nur die Neugründung, sondern auch jeder **Ein- und Austritt** eines Gesellschafters **von sämtlichen Gesellschaftern** (Komplementäre und Kommanditisten) zur Eintragung in das Handelsregister **anzumelden** (§§ 162, 161 Abs. 2, 108 HGB). Für Gesellschaften mit einem großen Kreis von Kommanditisten kann dies mit erheblichen praktischen Schwierigkeiten verbunden sein. Die Praxis behilft sich daher damit, dass jeder Kommanditist einem bestimmten Komplementär bzw. dem jeweiligen Komplementär eine **Handelsregistervollmacht** erteilt (Muster bei Blaum/Scholz, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 11. Aufl. 2013, VIII, 30; Giehl, in: BeckOF Vertrag, Std.: 1.12.2014, 7.6.1.5.2).

Vor Einführung des elektronischen Handelsregisters bestand die Möglichkeit, die beglaubigte Originalvollmacht zu den Registerakten zu nehmen. Bei späteren Anmeldungen konnte man auf die **in den Registerakten befindliche Originalvollmacht** verweisen. **Seit Einführung** des elektronischen Handelsregisters ist dies nicht mehr möglich (vgl. Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2445). Vollmachten können nur noch **in elektronisch beglaubigter Form** beim Handelsregister eingereicht werden (§ 12 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 HGB).

Die vorliegende Entscheidung des **OLG Karlsruhe** beleuchtet Probleme im Zusammenhang mit dem Vollmachtsnachweis bei Handelsregisteranmeldungen. Die Antragstellerin ist eine GmbH & Co. KG. Durch notarielle Urkunde wurden der Eintritt neuer Kommanditisten und der Eintritt der Sonderrechtsnachfolge bei einem Kommanditisten zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Der Anmeldende handelte dabei aufgrund einer Handelsregistervollmacht für die Kommanditisten. Allerdings wurde dem Registergericht lediglich eine elektronisch beglaubigte Abschrift (§ 39a BeurkG) der **beglaubigten Abschrift** der Vollmacht erteilt. Die Erstellung der beglaubigten Abschrift der Vollmacht lag acht Jahre zurück.

Das Registergericht beanstandete, dass die Vollmacht nicht in der für § 12 Abs. 1 S. 2 HGB ausreichenden Form nachgewiesen sei. Hiergegen legte die Antragstellerin Beschwerde ein.

Entscheidung

Die Beschwerde vor dem OLG Karlsruhe blieb ohne Erfolg.

Die Anmeldung zum Handelsregister durch einen Bevollmächtigten sei grundsätzlich möglich. Nach § 12 Abs. 1 S. 2 HGB sei für die Vollmacht zur Handelsregisteranmeldung die gleiche Form wie in § 12 Abs. 1 S. 1 HGB vorgesehen, also die öffentliche Beglaubigung. Anzuwenden seien deshalb § 129 BGB und die §§ 39, 40 BeurkG. **Maßgeblicher Zeitpunkt für das Bestehen der Vertretungsmacht** sei derjenige der **Registeranmeldung**.

Bzgl. des Nachweises der Vollmacht müsse man zwischen Erteilung und Fortbestand unterscheiden. Für den Nachweis der **Erteilung der Vollmacht** reiche eine **beglaubigte Abschrift** der öffentlich beglaubigten Vollmachtserklärung aus. Dass die Vollmacht zum maßgeblichen Zeitpunkt der Anmeldung noch **nicht erloschen** sei, müsse im Wege der **Amtsermittlung** geklärt werden. Die Verwendung beglaubigter Abschriften hindere den Vollmachtgeber nicht daran, die Vollmacht zu widerrufen, die Urschrift her-

auszuverlangen und auf diese Weise den Rechtsschein des § 172 Abs. 2 BGB zu zerstören. Die nur gedachte Möglichkeit des Erlöschens der Vollmacht gebe weiteren Nachforschungen jedoch keinen Anlass. Solche seien nur bei begründeten Zweifeln anzustellen. Sei seit Erteilung der Vollmacht kein zu langer Zeitraum verstrichen, bestehe für begründete Zweifel kein Anhaltspunkt. Das Gericht könne sich dann mit dem bloßen Nachweis der Erteilung begnügen. Dagegen stelle der **Ablauf einer erheblichen Zwischenzeit** einen **Anlass für weitere Nachforschungen** dar. Im vorliegenden Fall sei eine erhebliche Zwischenzeit vergangen, da die beglaubigte Abschrift bereits vor acht Jahren erteilt worden sei. Es handele sich bei den verfahrensgegenständlichen Vollmachten auch nicht um unwiderrufliche Vollmachten (zur Entbehrlichkeit der Vorlage neuer beglaubigter Abschriften bei unwiderruflichen Vollmachten BayObLGZ 1975, 137, 142; MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl. 2010, § 12 Rn. 38).

Praxishinweis

Dass die Vollmacht weiterhin besteht, muss dem Handelsregister durch elektronisch beglaubigte öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Liegt die Vollmacht dem Notar in Urschrift vor, kann er eine elektronisch beglaubigte Abschrift der Urschrift fertigen (§§ 39a S. 1, 39 BeurkG). Liegt die Vollmacht bereits dem Registergericht vor, ist dieses Verfahren unnötig kompliziert (vgl. Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2445). Der Notar kann auf die (elektronisch) beglaubigten Abschriften beim Registergericht verweisen und eine notarielle Bescheinigung darüber erteilen, dass die Vollmacht dem Notar in Urschrift vorliegt (§ 12 Abs. 1 S. 3 HGB i. V. m. § 21 Abs. 3 BNotO). So formuliert z. B. *Kilian* (notar 2014, 14, 17; ähnl. Jeep/Wiedemann, NJW 2007, 2439, 2445):

„Der die Anmeldung elektronisch signierende Notar bescheinigt, dass ihm die bereits zum Handelsregister in elektronisch beglaubigter Form eingereichten Vollmachtsurkunden immer noch in der für die Eintragung erforderlichen Form, d. h. in Urschrift/Ausfertigung, vorliegen bzw. am Tag der Unterschriftsbeglaubigung zu seiner Einsichtnahme vorgelegt wurden.“

BGB §§ 2300 Abs. 2, 1638 Abs. 1

Rücknahme eines Erbvertrags aus amtlicher Verwahrung; Beschränkung des elterlichen Vermögenssorgerechts; Qualifikation als Verfügung von Todes wegen

Der Rücknahme eines Erbvertrages aus der amtlichen Verwahrung steht nicht entgegen, dass die darin enthaltene Zuwendung an einen Minderjährigen mit der Bestimmung verknüpft ist, dass die elterliche Vermögenssorge in Ansehung des Zuwendungsgegenstandes nur von dem Kindesvater soll ausgeübt werden können.

OLG Hamm, Beschl. v. 24.11.2014 – 15 W 425/14

Problem

Im Jahr 2010 schlossen die Beteiligten einen Erbvertrag, worin dem Sohn des einen Beteiligten in vertragsmäßiger Form ein Vermächtnis zugewandt wurde. Für den Fall, dass der Vermächtnisnehmer bei Eintritt des Erbfalles noch minderjährig wäre, beschränkte der Erblasser

die elterliche Vermögenssorge bei der Verwaltung des Vermächtnisgegenstands insoweit, als diese allein beim Vater des Minderjährigen (d. h. dem anderen Beteiligten) liegen sollte. Der Notar gab den Erbvertrag auftragsgemäß in amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts.

Im August 2014 erschienen die Beteiligten beim Nachlassgericht und baten um Rückgabe des Erbvertrags aus der amtlichen Verwahrung. Die zuständige Rechtspflegerin lehnte dies ab, da sie die Beschränkung der elterlichen Sorge (§ 1638 BGB) hinsichtlich der Verwaltung des Vermächtnisgegenstands als Rechtsgeschäft unter Lebenden wertete. Ein erneuter Antrag der Beteiligten wurde durch Beschluss zurückgewiesen. Hiergegen legten die Beteiligten Beschwerde ein.

Entscheidung

Laut OLG Hamm hätte der Erbvertrag den Beteiligten gem. § 2300 Abs. 2 BGB zurückgegeben werden müssen, da er **nur Verfügungen von Todes wegen** enthielt. **Auch** die für den Fall des erbrechtlichen Rechtserwerbs getroffene **Anordnung zur Beschränkung des elterlichen Vermögenssorgerechts** nach § 1638 Abs. 1 BGB stellt aus Sicht des OLG eine letztwillige Verfügung i. S. v. § 2300 Abs. 2 S. 1 BGB dar und steht einer Rückgabe des Erbvertrags nicht entgegen (so bereits Gutachten DNotI-Report 2007, 100, 101; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2015, § 2300 Rn. 3). Zur Begründung führt das OLG Hamm u. a. die enge sachliche **Verknüpfung der gegebenen Rechtsfolgen mit der konkreten erbrechtlichen Regelung** an: Die Anordnung zur Verwaltung des Vermächtnisgegenstands komme nur zum Tragen, wenn auch die letztwillige Zuwendung Bestand habe, d. h., sie stehe und falle mit der Zuwendung. Im Übrigen wird die familienrechtliche Anordnung des § 1638 BGB nicht nur durch letztwillige Verfügung getroffen, sondern ebenso widerrufen. Insoweit handelt es sich jedenfalls nicht um ein lebzeitiges Rechtsgeschäft (wie etwa bei einem Ehevertrag, Pflichtteilsverzichtvertrag etc.; hierzu BeckOGK-BGB/G. Müller, Std.: 10.2.2015, § 2300 Rn. 16), dessen Aufnahme die Rückgabe des Erbvertrags gem. § 2300 Abs. 2 S. 1 BGB gehindert hätte (vgl. Gutachten DNotI-Report 2007, 100, 101).

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

Termine für **Mai 2015** – 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).

Workshop: Elektronischer Rechtsverkehr im Grundbuchbereich (Klein/Kühnelt), 6.5.2015 Kiel

Aktuelles aus dem Handelsregister (Melchior), 8.5.2015 Heusenstamm

Die Europäische Erbrechtsverordnung in der notariellen Praxis (Keim/Wandel), 9.5.2015 Berlin

Die Gestaltung von Eheverträgen (Reetz), 29.5.2015 Melle

Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare (Weiler), 30.5.2015 Kassel

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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

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 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