

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 42, 47 ff.; InsO § 258 – Insolvenz des Vereins; Auflösung des Vereins; Vertretung des Vereins nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, jedoch vor Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses

BGB § 1854 Nr. 4 – Familiengerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen

Rechtsprechung

BGB § 707a Abs. 2 S. 1 – Namensrecht der GbR; Verpflichtung zur Führung des Zusatzes „eGbR“; Positionierung des Zusatzes „eGbR“ in der Gesamtbezeichnung

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 42, 47 ff.; InsO § 258

Insolvenz des Vereins; Auflösung des Vereins; Vertretung des Vereins nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens, jedoch vor Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses

I. Sachverhalt

Über das Vermögen eines Vereins war das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Dieses wurde nach Bestätigung des Insolvenzplans wieder aufgehoben, was so auch im Vereinsregister vermerkt ist. Im Insolvenzplan ist folgende Regelung enthalten:

„Der infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über dessen Vermögen aufgelöste Verein wird aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt eines Fortsetzungsbeschlusses der Mitgliederversammlung nach Aufhebung des Insolvenzverfahrens fortgesetzt.“

Eine Mitgliederversammlung hat bislang noch nicht stattgefunden. Der im Vereinsregister eingetragene Vorstand soll eine Grundschuld bestellen.

II. Frage

1. Ist die Grundschuldbestellung vor dem Fortsetzungsbeschluss möglich
2. Kann der Notar einen entsprechenden Vertretungsnachweis erteilen?

III. Zur Rechtslage

Die Grundschuld soll hier in einer Art „Zwischenphase“ bestellt werden, die nach der Aufhebung des Insolvenzverfahrens, jedoch noch vor Fassung des Fortsetzungsbeschlusses liegt. Während des Insolvenzverfahrens verfügt nach allgemeinen Grundsätzen (§ 80 InsO) der Insolvenzverwalter über das betroffene Vereinsvermögen (Grüneberg/Ellenberger, BGB, 83. Aufl. 2024, § 42 Rn. 1; BeckOK-BGB/Schöpflin, Std.: 1.5.2024, § 42 Rn. 3). Nach Fassung des Fortsetzungsbeschlusses wird der Verein durch den Vorstand vertreten, § 75 Abs. 2 S. 1 BGB (vgl. Leuschner, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 5, 5. Aufl. 2021, § 60 Rn. 120

a. E. zur Pflicht des Vorstands zur Anmeldung der Fortsetzung durch Beschluss).

Fraglich ist im vorliegenden Fall insbesondere, **wer den Verein in dieser Zwischenphase vertritt**.

1. Ausgangspunkt: § 42 Abs. 1 BGB

a) Auflösung des Vereins durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens

§ 42 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB bestimmt, dass der **Verein durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens aufgelöst** wird. Folge der Auflösung des Vereins ist grundsätzlich (wie bei einer Gesellschaft) dessen Abwicklung. Im Fall der Auflösung aufgrund Eröffnung des Insolvenzverfahrens findet jedoch nicht die Regelliquidation statt (vgl. § 47 a. E. BGB), sondern eben – sozusagen als besonderes Abwicklungsverfahren – das Insolvenzverfahren nach den Regeln der InsO.

Die Organe des Vereins bestehen im Insolvenzverfahren unverändert fort. Es kommt also **nicht** – wie etwa bei der Auflösung aufgrund eines Beschlusses der Mitglieder/Gesellschafter – zum **Erlöschen der Organstellungen** (jurisPK-BGB/D. U. Otto, Std.: 25.8.2023, § 42 Rn. 11; BeckOK-BGB/Schöpflin, § 42 Rn. 3; Leuschner, § 60 Rn. 71). Der **Insolvenzverwalter** tritt (anders als ein Liquidator) also **nicht an die Stelle des Vorstands des Vereins, sondern bildlich gesprochen neben diesen** und übt die ihm gesetzlich zugewiesenen Kompetenzen aus (§ 80 InsO), während der Vorstand für bestimmte Aufgaben weiterhin zuständig und (etwa im Hinblick auf das insolvenzfreie Vermögen) vertretungsbefugt bleibt (vgl. Leuschner, § 60 Rn. 72).

b) Einstellung oder Aufhebung des Verfahrens, § 42 Abs. 1 S. 2 BGB

Das Insolvenzverfahren kann „eingestellt“ oder „aufgehoben“ werden. Für diesen Fall bestimmt § 42 Abs. 1 S. 2 BGB:

„Wird das Verfahren auf Antrag des Schuldners eingestellt oder nach der Bestätigung des Insolvenzplans, der den Fortbestand des Vereins vorsieht, aufgehoben, so kann die Mitgliederversammlung die Fortsetzung des Vereins beschließen.“

Im vorliegenden Fall wurde der Insolvenzplan, der den Fortbestand des Vereins auch vorsieht, bestätigt (§ 42 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB). Nach der Bestätigung des Insolvenzplans wurde das Insolvenzverfahren aufgehoben (s. a. § 258 Abs. 1 InsO).

2. Rechtsfolge der Aufhebung des Insolvenzverfahrens, § 259 InsO

§ 259 Abs. 1 InsO bestimmt, dass mit der Aufhebung

des Insolvenzverfahrens die Ämter des Insolvenzverwalters und der Mitglieder des Gläubigerausschusses erlöschen sowie dass der Schuldner das Recht zurückerhält, über die Insolvenzmasse frei zu verfügen. Daraus ergibt sich jedenfalls, dass **mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens eine Vertretung des Vereins im Außenverhältnis durch den Insolvenzverwalter nicht mehr stattfindet**.

Daraus, dass der Schuldner das Recht zurückerhält, über die Insolvenzmasse frei zu verfügen, ergibt sich für den konkreten Fall, dass **der Verein wieder verfügungsbefugt** ist, nicht jedoch unmittelbar, wer den Verein insoweit **vertritt**. Jedoch ist zu fragen, welche Möglichkeiten insofern überhaupt bestehen: Da eine Vertretung durch den Insolvenzverwalter ausscheidet, bleiben letztlich nur noch der **Vorstand** oder der oder die **Liquidatoren** (§§ 48 ff. BGB).

3. Vertretung des aufgelösten Vereins durch Liquidatoren

Da der **Verein** vor der Fassung des Fortsetzungsbeschlusses infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens **immer noch aufgelöst** ist, § 42 Abs. 1 S. 1 BGB, ist fraglich, ob er nun denklogisch **von den Liquidatoren** und nicht durch den Vorstand **vertreten wird**.

Hierfür spricht u. E. die Grundregel, wonach der aufgelöste Rechtsträger nicht mehr durch die bisherigen organschaftlichen Vertreter vertreten wird. Eine Vertretung des aufgelösten Rechtsträgers durch die bisherigen Organe wäre **systemfremd**. Der Umstand, dass das Amt des Vorstands durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens und die damit einhergehende Auflösung des Vereins zunächst nicht erlischt, steht dem nicht entgegen. Denn die Besonderheiten des Insolvenzverfahrens (Nebeneinander von Verwalter und Vorstand) greifen in der jetzigen Phase nach der Aufhebung des Verfahrens gerade keinen Platz mehr. Es mag zwar wertungsmäßig verwundern, ist systematisch aber folgerichtig: Mit der Aufhebung des Insolvenzverfahrens verliert der Vorstand der aufgelösten Gesellschaft seine Organstellung *als Vorstand*. Der **aufgelöste Verein** wird bis zur Fassung des Fortsetzungsbeschlusses **durch die Liquidatoren vertreten**.

Dies gilt u. E. ebenso im Rahmen von § 60 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG, der Parallelvorschrift zu § 42 Abs. 1 S. 2 BGB im GmbH-Recht. Auch entspricht die Ablösung des Insolvenzverfahrens durch das **allgemeine gesellschaftsrechtliche Liquidationsregime** der soweit ersichtlich h. A. im Schrifttum zu den Kapitalgesellschaften (Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 32; MünchKommAktG/Koch, 5. Aufl. 2021, § 264 Rn. 84).

Gegen dieses Ergebnis spricht u. E. auch nicht, dass die Liquidatoren sich u. U. einem gewissen Zielkonflikt ausgesetzt sehen könnten: Einerseits sind sie als Vertreter des Vereins an die Umsetzung des Insolvenzplans gebunden, §§ 258 ff. InsO, andererseits bestimmt § 49 BGB allgemeine Aufgaben der Liquidatoren. Sofern sich hieraus allerdings ein Konflikt ergibt, gehen nach unserer Einschätzung die Vorgaben der InsO als *leges speciales* vor.

4. Konsequenzen der Vertretung des aufgelösten Vereins durch Liquidatoren

Fraglich ist, welche Konsequenzen sich für den vorliegenden Fall daraus ergeben, dass die Liquidatoren den aufgelösten Verein in der Phase zwischen der Aufhebung des Insolvenzverfahrens und vor der Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses vertreten.

Materiell-rechtlich ist zunächst von Bedeutung, durch wen die Liquidation erfolgt, wer also Liquidator ist. Insofern bestimmt § 48 Abs. 1 S. 1 BGB, dass die Liquidation durch den Vorstand erfolgt, jedoch auch andere Personen bestellt werden können (S. 2 Hs. 1). Für den vorliegenden Fall wird davon ausgegangen, dass die Vertretung im Außenverhältnis weiterhin von denjenigen Personen vorgenommen werden soll, die bisher das Vorstandsamt innehatten. Liquidatoren und somit materiell-rechtlich zur Vertretung im Außenverhältnis berufen sind daher die Vorstandsmitglieder. Waren mehrere Vorstandsmitglieder vorhanden, die nun Liquidatoren sind, so sind diese nach § 48 Abs. 3 BGB grundsätzlich nur gemeinschaftlich zur Vertretung befugt.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass die Liquidatoren durch den Vorstand zum Vereinsregister anzumelden sind, § 76 Abs. 1, 2 S. 1 BGB (zum diesbezüglichen Zuständigkeitsstreit vgl. Gutachten DNotI-Report 2012, 181). Üblicherweise erfolgt die Anmeldung der Liquidatoren wohl gemeinsam mit der Anmeldung der Auflösung, in deren Folge die Liquidation stattfindet, §§ 74 Abs. 2 S. 1 Alt. 1, 76 Abs. 1 BGB.

Die Besonderheit im vorliegenden Fall besteht darin, dass die Auflösung nicht mehr gesondert zum Vereinsregister angemeldet werden muss bzw. kann, da sie dort bereits eingetragen ist. Dies dürfte u. E. aber nicht von der Pflicht des Vereins entbinden, die Liquidatoren zum Vereinsregister anzumelden. Für eine solche Ausnahme ist kein Grund ersichtlich. Unter Wertungsgesichtspunkten ist die Situation im Hinblick auf die Eintragungspflicht der Liquidatoren nicht anders zu beurteilen, als ob das Regelliquidationsverfahren durchgeführt wird. Die materiell-rechtliche Lage (Vertretung des aufgelösten Rechtsträgers durch

Liquidatoren) ist im Handelsregister nachzuvollziehen.

Mit Blick auf die Möglichkeiten der Erstellung einer **Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO** durch den Notar (Frage 2) ist damit zu konstatieren, dass eine solche **zum jetzigen Zeitpunkt nicht errichtet werden kann**, da sich die (materielle) Vertretungsmacht der handelnden Personen **als Liquidatoren** (noch) nicht aus dem Handelsregister ergibt.

5. Sonstige Beschränkungen mit Blick auf die zu stellende Grundschuld

Der aufgelöste Verein ist weiterhin rechtsfähig, er ist lediglich nach seinem Zweck bis zur Fassung eines Fortsetzungsbeschlusses auf Abwicklung gerichtet. Dass eine Grundschuldbestellung durch die Liquidatoren der Abwicklung dient, ist zwar unwahrscheinlich, aber auch nicht unmöglich und hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

Ob die Vertretungsbefugnis des Liquidators im Außenverhältnis auf den Liquidationszweck beschränkt ist, ist wegen des Wortlauts von § 48 Abs. 2 BGB („soweit sich nicht aus dem Zwecke der Liquidation ein anderes ergibt“) umstritten. Die h.M. geht allerdings davon aus, dass es im Außenverhältnis keine Beschränkung gibt (BeckOGK-BGB/Köten, Std.: 1.7.2024, § 48 Rn. 20, § 49 Rn. 23; MünchKommBGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 49 Rn. 12; Staudinger/Schwennicke, BGB, 2023, § 49 Rn. 30; Weiß, in: Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 3. Aufl. 2022, § 13 Rn. 277; a. A. Grüneberg/Ellenberger, § 49 Rn. 2, allerdings mit dem Hinweis, dass die Beschränkung nur den „Neuerwerb“ von Rechten betreffe; Stöber/Otto, Handbuch zum Vereinsrecht, 12. Aufl. 2021, Rn. 1345 unter Hinweis darauf, dass die Vertretungsmacht nur fehle, wenn ihr Fehlen für den Vertragspartner erkennbar sei). Ob die Bestellung der Grundschuld auch nach der engeren Auffassung von der Vertretungsmacht der Liquidatoren umfasst ist, ist letztlich Tatfrage. Allerdings kann nach der Rechtsprechung durchaus auch eine Grundschuldbestellung zur Sicherung einer Forderung gegen den Liquidationsverein als Abwicklungsgeschäft dem Aufgabenbereich der Liquidatoren zuzuordnen sein (s. für den Fall einer GmbH & Co. KG: OLG Frankfurt MittBayNot 1980, 158; Stöber/Otto, Rn. 664 Fn. 8).

Der Zweck des Vereins bindet die Liquidatoren u. E. jedenfalls lediglich im Innenverhältnis (§ 49 Abs. 1 BGB), im Außenverhältnis ist ihre Vertretungsmacht grundsätzlich unbeschränkt. Keinerlei Zweifel bestehen u. E. überdies auch für den Fall, dass die Grundschuldbestellung in Umsetzung des Insolvenzplans erfolgt (s. o. Ziff. 3 letzter Absatz).

6. Zusammenfassung

Der Verein wird in der hier betroffenen Zwischenphase durch Liquidatoren vertreten, die zur Eintragung ins Vereinsregister anzumelden sind. Zweifel an der Möglichkeit der Grundschuldbestellung durch den im Übrigen im Außenverhältnis weiterhin uneingeschränkt rechtsfähigen, wenngleich aufgelösten Verein bestehen nicht.

BGB § 1854 Nr. 4

Familiengerichtliche Genehmigungspflichtigkeit der Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen

I. Sachverhalt

Es wurde ein Nießbrauch zugunsten eines Minderjährigen (fünf Jahre alt) an einem Wohnungseigentum bestellt. Der Nießbrauchsberechtigte hat gemäß der Vereinbarung sämtliche Kosten und auch die außerordentlichen Lasten zu tragen. Hierbei wirkte ein Ergänzungspfleger als Vertreter des Minderjährigen mit. Der Grundbuchvollzug erfolgte ohne Beanstandung. Nun teilt das Familiengericht, das zufällig von dem Vorgang erfahren hat, mit, dass aus seiner Sicht eine familiengerichtliche Genehmigung für das Rechtsgeschäft erforderlich sei, da es sich um eine gem. §§ 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1854 Nr. 4 BGB genehmigungspflichtige Übernahme einer fremden Verbindlichkeit handele.

II. Frage

Ist die Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten eines Minderjährigen nach § 1854 Nr. 4 BGB genehmigungspflichtig, sodass die Auffassung des Familiengerichts zutrifft?

III. Zur Rechtslage

1. Neufassung des Genehmigungstatbestandes des § 1854 Nr. 4 BGB zum 1.1.2023

Gem. §§ 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1, 1854 Nr. 4 BGB bedürfte die Bestellung des Nießbrauchs zugunsten des Minderjährigen durch den Ergänzungspfleger dann der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn es sich hierbei um ein Rechtsgeschäft handelte, **das auf Übernahme einer fremden Verbindlichkeit gerichtet** ist. § 1854 Nr. 4 BGB enthält seit dem 1.1.2023 in modifizierter Form den Inhalt des bisherigen § 1822 Nr. 10 Var. 1 BGB a. F. (BT-Drucks. 19/24445, S. 289). Nach dem Gesetzeswortlaut des § 1822 Nr. 10 Var. 1 BGB a. F. war die Genehmigung des Familiengerichts zur *Übernahme einer fremden Verbindlichkeit* erforderlich.

2. Leitlinien zur Auslegung des neu gefassten Genehmigungstatbestandes

a) Der Gesetzgeber führt zu der Modifikation der bisherigen Rechtslage aufgrund des neuen § 1854 Nr. 4 BGB zunächst aus (BT-Drucks. 19/24445, S. 289), dass nunmehr die **Haftung des Betreuten für eine Verbindlichkeit, die sich lediglich als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergebe, ausgenommen werde**. Dies diene der Klarstellung, da der Tatbestand sonst weit über seinen Zweck hinaus alle möglichen gesetzlichen Folgen erfasse. Gerade in den alltäglichen Fällen der gesamtschuldnerischen Verpflichtung liege kein besonders großes Schutzbedürfnis vor.

In der Sache liegt darin eine Abkehr von der bereits durch das RG zu § 1822 Nr. 10 BGB a. F. begonnenen „Sekundärfolgenrechtsprechung“, wonach auch gesetzliche Folgen eines anderen Rechtsgeschäfts zur „Übernahme einer Verbindlichkeit“ führen können (RGZ 133, 7, 13 f.; vgl. hierzu Eble, RNotZ 2021, 117, 125). Aus dieser Neuorientierung wird beispielsweise abgeleitet, dass der Erwerb von Bruchteilen eines Wohnungseigentums, der als weitere Folge gem. § 16 Abs. 2 WEG eine gesamtschuldnerische Haftung mit den anderen Bruchteilinhabern für die Lasten des gemeinschaftlichen Eigentums sowie die Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Verwaltungskosten auslöst, nunmehr – anders als zu § 1822 Nr. 10 BGB a. F. – nicht mehr unter § 1854 Nr. 4 BGB n. F. subsumiert werden kann. Denn es handelt sich bei dieser Haftung lediglich um eine gesetzliche Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts (BeckOGK-BGB/Schöpflin, Std.: 15.5.2023, § 1854 Rn. 21). Allerdings ist nach der neuen Rechtslage der unentgeltliche Erwerb von Wohnungseigentum aufgrund eines eigenen Tatbestandes unter Genehmigungsvorbehalt gestellt (§ 1850 Nr. 4 BGB n. F.).

b) Im Übrigen gilt zur Auslegung des § 1854 Nr. 4 BGB n. F. dieselbe restriktive Grenzziehung wie bereits zu § 1822 Nr. 10 BGB a. F. (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 9. Aufl. 2024, § 1854 Rn. 17 m. w. N.; BT-Drucks. 19/24445, S. 289): § 1854 Nr. 4 BGB will – insoweit unverändert gegenüber der Vorgängervorschrift – den Betreuten davor schützen, dass seine Erwartungen, er werde nicht in Anspruch genommen oder könne beim Schuldner der Primärverbindlichkeit Regress nehmen, enttäuscht werden. Durch die Norm wird **daher nur die Übernahme von Schulden erfasst, für die der Betreute nur subsidiär haftet und Regress nehmen kann**. Folglich greift die Vorschrift nicht ein, wenn der Betreute die Schuld als eigene übernimmt und auch nicht bei einem Dritten Regress nehmen kann (BeckOGK-BGB/Schöpflin, § 1854 Rn. 18; BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.8.2024, § 1854

Rn. 8). Dementsprechend ist beispielsweise eine befreiende Schuldübernahme dann nicht genehmigungsbedürftig, wenn keinerlei Rückgriff möglich ist. Soweit darin eine Schenkung liegt, sind allerdings die Schenkungsverbote nach §§ 1641, 1798 Abs. 3 BGB bzw. der Genehmigungsvorbehalt nach § 1854 Nr. 8 BGB zu beachten (BeckOGK-BGB/Schöpfli, § 1854 Rn. 19.2; BT-Drucks. 19/24445, S. 289 f.). Weiter werden durch die Beschränkung der Genehmigungsbedürftigkeit auf Fälle der Subsidiärhaftung etwa auch der Erbteilerwerb ausgeschieden, der die Haftungsquote im Innenverhältnis vergrößert, sowie die Beteiligung an einer GmbH, eG oder Personengesellschaft aufgrund Gründung der Gesellschaft oder Erwerb einer Beteiligung (BeckOGK-BGB/Schöpfli, § 1854 Rn. 19.2).

3. Folgerungen für den vorliegenden Sachverhalt

a) Als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs wurde im Ausgangsfall bestimmt, dass der Nießbrauchsberechtigte sämtliche Kosten und Lasten (auch die außerordentlichen) zu tragen hat. Damit liegt eine Abweichung von den Regelungen in §§ 1041 S. 2, 1047 BGB vor. Diese Vorschriften sind zulässigerweise mit dinglicher Wirkung abdingbar (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 1375 m. w. N.). Infolge dieser Ausgestaltung des Nießbrauchs hat aber der minderjährige Nießbraucher sämtliche Kosten und Lasten zu tragen, **ohne hierfür beim Grundstückseigentümer Regress nehmen zu können. § 1854 Nr. 4 BGB** ist daher bereits wegen der auch unter dem Regime des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. geltenden Beschränkung des Genehmigungstatbestandes auf ein enttäuschtes Vertrauen des Mündels/Minderjährigen auf eine bestehende Regressmöglichkeit **nicht einschlägig**.

Wir neigen darüber hinaus zu der Einschätzung, dass sich die Übernahme der in der Bestellungsurkunde angesprochenen Kosten und Lasten lediglich als **gesetzliche Nebenfolge** des auf die Nießbrauchsbestellung gerichteten Rechtsgeschäfts ergibt und der Genehmigungstatbestand des § 1854 Nr. 4 BGB auch aus diesem Grunde ausscheidet. Die Haftungsübernahme ist gerade nicht unmittelbarer Inhalt des Geschäftswillens der Parteien (vgl. Eble, RNotZ 2021, 117, 125). Freilich ließe sich diese Einordnung u. U. deswegen bezweifeln, weil der Minderjährige im unterbreiteten Sachverhalt im Verhältnis zum Eigentümer noch über den gesetzlichen Regelfall der §§ 1041 S. 2, 1047 BGB hinaus belastet wird. Letztlich kann dieser Gesichtspunkt aber dahinstehen. Denn bereits der Umstand, dass der Minderjährige die betreffenden Verbindlichkeiten ohne Regressmöglichkeit beim Eigentümer zu begleichen hat, ist tragendes Argument für die Ablehnung einer Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1854 Nr. 4 BGB.

b) Nach dem Gesagten könnte man allenfalls dann zu einem abweichenden Ergebnis kommen, wenn man § 1854 Nr. 4 BGB im unterbreiteten Sachverhalt **analog** anwenden wollte. Gegen die Zulassung einer solchen Analogie spricht freilich schon grundsätzlich, dass die gerichtlichen Genehmigungstatbestände jedenfalls nach der herrschenden Rechtsprechung und überwiegenden Literaturauffassung zum alten Betreuungs- und Vormundschaftsrecht wegen des in diesem Bereich besonders dringlichen Bedarfs an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit **rein formal auszulegen** sind. Daher wurde eine Ausdehnung der Genehmigungstatbestände durch Zulassung von Analogien grundsätzlich abgelehnt (BGH NJW 1983, 228; NJW 1985, 136, 138; BeckOGK-BGB/Eitzinger, Stand: 1.7.2024, § 1643 Rn. 11 m. w. N.). Die bisherige Rechtsprechung dürfte auch zum neuen Recht wegen des unveränderten Systems enumerativer Genehmigungstatbestände weiterhin gelten (so MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, § 1850 Rn. 3). Freilich ist diese Ansicht auch auf Kritik gestoßen: Es sei vorzugswürdig, sich von dem Gebot der formalen Auslegung der Genehmigungstatbestände zu verabschieden und die Problemlösung jeweils – wie bei jeder anderen Vorschrift auch – mithilfe der klassischen Auslegungsmethoden zu suchen (hierfür ausführlich plädierend Herberger, FamRZ 2023, 1927).

Auch wenn man mit der genannten Literaturkritik eine Gesetzesanalogie in diesem Bereich nicht *a priori* für ausgeschlossen hält, müssten doch deren allgemeine Bedingungen erfüllt sein. Voraussetzung für die analoge Anwendung einer Gesetzesvorschrift ist allgemein zum einen das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke. Zum anderen muss der im Gesetz unmittelbar geregelte Sachverhalt mit dem zur konkreten Beurteilung vorliegenden vergleichbar sein. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht so weit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH NJW-RR 2022, 233 Rn. 29; NZM 2017, 847 Rn. 34; ausf. Möllers, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2019, § 6 Rn. 102 ff.).

Im unterbreiteten Sachverhalt **fehlt es u. E.** bereits an einer **planwidrigen Regelungslücke**. Die hier ausschlaggebende Beschränkung des Genehmigungstatbestandes auf Fälle der Subsidiärhaftung hat der Gesetzgeber – insoweit unverändert – aus der Vorgängervorschrift des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. übernommen und dies in der Gesetzesbegründung ausdrücklich wie-

derholt (BT-Drucks. 19/24445, S. 289). Der Minderjährige kann kein schutzwürdiges Vertrauen auf eine Regressmöglichkeit beim Grundstückseigentümer haben, da ihm bekannt ist, dass er die in der Bestellungsurkunde angesprochenen Lasten und Kosten – über §§ 1041 S. 2, 1047 BGB hinaus – als wirtschaftlich eigene ohne Rückgriffsmöglichkeit tragen soll.

4. Ergebnis

Nach unserer Einschätzung ist die Auffassung des Familiengerichts unzutreffend. Die Bestellung des Nießbrauchs ist **nicht nach § 1854 Nr. 4 BGB genehmigungsbedürftig**. Auch wenn man eine Gesetzesanalogie im Bereich der Genehmigungstatbestände nicht von vornherein für ausgeschlossen hält, liegen doch die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung der Vorschrift in diesem Fall nicht vor.

Rechtsprechung

BGB § 707a Abs. 2 S. 1

Namensrecht der GbR; Verpflichtung zur Führung des Zusatzes „eGbR“; Positionierung des Zusatzes „eGbR“ in der Gesamtbezeichnung

1. **§ 707a Abs. 2 S. 1 BGB regelt, dass eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister verpflichtet ist, als Namenszusatz die Bezeichnungen „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu führen.**

2. **Der Rechtsformzusatz „eGbR“ muss nicht den Abschluss der Gesamtbezeichnung bilden. Der Namenszusatz kann auch vor dem Namenskern der Gesellschaft stehen. Auch kann dem Namenszusatz noch ein weiterer geographischer Zusatz folgen.**

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Köln, Beschl. v. 22.4.2024 – 4 Wx 4/24

OLG Hamburg, Beschl. v. 22.4.2024 – 11 W 19/24

Problem

Nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB muss die Erstanmeldung der Gesellschaft zum Gesellschaftsregister den *Namen* der Gesellschaft enthalten. § 707a Abs. 2 S. 1 BGB bestimmt zudem, dass die Gesellschaft mit der Eintragung verpflichtet ist, als *Namenszusatz* die Bezeichnungen „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ zu führen.

Es stellte sich daher die Frage, ob auch die Anmeldung einer GbR mit dem Namen „ABC eGbR Schlossallee 2“

oder „eGbR ABC“ zur Eintragung in das Gesellschaftsregister zulässig ist.

Entscheidungen

Mit der erstgenannten Konstellation hatte sich das OLG Köln zu beschäftigen. Die Gesellschafter wollten die „... eGbR K1.str. ...“ anmelden. Der **Namenszusatz** befand sich also nicht am Ende, sondern **in der Mitte** der Gesamtbezeichnung.

Das OLG Köln entschied, dass kein Verstoß gegen § 707a Abs. 2 S. 1 BGB vorliegt. Es schließt sich damit i. E. der Auffassung von *Servatius* (*Servatius, Gesellschaft bürgerlichen Rechts*, 1. Aufl. 2023, § 707a BGB Rn. 7) an, wonach der *Namenszusatz* lediglich vom *Namenskern* deutlich abgesetzt sein müsse und nicht damit „verschwimmen“ dürfe. Das OLG Köln argumentiert zudem, der **Wortlaut** von § 707a Abs. 2 S. 1 BGB **mache keine Vorgaben**. Aus der Bezeichnung „-zusatz“ könne nicht auf die Positionierung in der Gesamtbezeichnung geschlossen werden. Auch der Schutzzweck gebiete es nicht, den Zusatz zwingend dem Namen der Gesellschaft anzufügen, um diesen abzuschließen. **Telos der Norm** sei die Information des Rechtsverkehrs über die Gesellschafts- und Haftungsverhältnisse. An diesem Zweck sei die Zulässigkeit der Positionierung des Rechtsformzusatzes zu messen. Die Rechtsform dürfe nicht unklar werden. Eine solche Unklarheit sei im zu entscheidenden Fall nicht gegeben, die Zusammensetzung aus „*Namenskern* + *Namenszusatz* + *geographischer Zusatz*“ sei daher zulässig. Insgesamt könne auch nicht der Eindruck entstehen, die Gesellschaft sei **mit einem anderen Unternehmen** wirtschaftlich oder rechtlich **verflochten**. Das OLG Köln spielt hiermit (vermutlich) auf die Firmengebung bei Zweigniederlassungen (XY e.K. *Zweigniederlassung Hamburg*) an, sieht hierin aber i. E. kein Problem.

Der Fall des OLG Hamburg lag ganz ähnlich. Hier sollte die „eGbR B“ eingetragen werden. Der Rechtsformzusatz sollte mithin **vor dem Namenskern** stehen.

Interessant ist hierbei, wie zwei Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte *vom selben Tag* zur im Wesentlichen selben Frage doch in der Argumentation voneinander abweichen können. Im Ergebnis **bejaht** auch das OLG Hamburg die **Möglichkeit einer solchen Eintragung**, argumentiert jedoch anders: Auf das von *Servatius* betonte Kriterium, wonach lediglich *Namenskern* und *Namenszusatz* deutlich voneinander abgesetzt sein müssten, komme es letztlich nicht an, ebenso wenig auf ein etwaiges Wortlautargument mit Blick auf § 707a Abs. 2 S. 1 BGB.

Vielmehr sei ein **Vergleich mit § 19 HGB, § 4 AktG und § 4 GmbHG** angezeigt: Zwar verwendeten diese Vorschriften nicht den Begriff „-zusatz“, es gebe aber keine Anhaltspunkte dafür, dass § 707a Abs. 2 S. 1 BGB hiervon abweichend zu verstehen sei. Für diese Normen sei allgemein anerkannt, dass der **Rechtsformzusatz irgendwo innerhalb der Firma** stehen könne, solange die Rechtsform eindeutig erkennbar sei.

Den **Gleichlauf** dieser Vorschriften begründet das OLG Hamburg mit der **Formulierung in § 707a Abs. 2 S. 2 BGB**. Diese Norm regle, dass der Name einer GbR ohne haftende natürliche Person eine Bezeichnung enthalten müsse, die diese Haftungsbeschränkung erkennen lasse. Nach der Gesetzesbegründung sei Regelungsvorbild § 19 Abs. 2 HGB und die GbR in diesen Fällen verpflichtet, „einen erweiterten Namenszusatz zu führen“ (Begr. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 133). Hieran werde deutlich, dass der Gesetzgeber den Begriffen „Name“ und „Namenszusatz“ in § 707a Abs. 2 BGB keine unterschiedliche Bedeutung beimesse.

Schließlich geht auch das OLG Hamburg auf das Telos der Norm ein und gelangt dabei im Wesentlichen zu denselben Schlüssen wie das OLG Köln. Ergänzend führt das Gericht weiter aus, dass „nach der Erfahrung des Senats“ viele Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die nur ein einzelnes Grundstück halten, nach der Adresse des Grundstücks benannt seien und dieser wiederum das „GbR“ vorangestellt sei. Es sei nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber diese Gesellschaften vor der Eintragung im Gesellschaftsregister zu einer Namensänderung habe zwingen wollen.

Praxishinweis

Dass der Rechtsformzusatz „eGbR“ nicht stets am Ende der gewählten Bezeichnung stehen muss, hat zwischenzeitlich auch das KG mit Beschl. v. 9.7.2024 – 22 W 19/24 bestätigt.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessorin Katharina Baunach

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

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