

# MittBayNot

Begründet 1864

## 4|2018

Juli/August 2018

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

### Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,  
Notar a. D., Berchtesgaden  
Dr. Johann Frank,  
Notar in Amberg  
Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz,  
Notar in Regen  
Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München  
Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

### Schriftleitung:

Veronika Burghardt,  
Notarassessorin  
Dr. Claudius Eschwey,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Eschwey:** Der wundersame Aufstieg des § 179a AktG – ein Stolperstein auch beim Grundstückskaufvertrag ..... 299
- **Hallerbach:** Umsatzsteuerrechtliche Behandlung von Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft ..... 317

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Grziwotz** zu **BGH:** Kaufpreisfälligkeit nach Ausübung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück ..... 330
- **Falkner** zu **OLG Hamm:** Gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten ..... 342
- **Bandel** zu **BGH:** Keine einseitige Zuweisung von Streitigkeiten über den Pflichtteilsanspruch an ein Schiedsgericht durch den Erblasser ..... 352
- **S. Braun** zu **OLG Hamburg:** Mindestanforderungen an ein Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 BGB ..... 361
- **Weber** zu **OLG Stuttgart:** Aufschiebend bedingte Enterbung ohne Erbeinsetzung durch Pflichtteilsstrafklausel ..... 365
- **Aumann** zu **OLG Koblenz:** Unwirksame Zustellung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments ..... 368
- **Sakka** zu **EuGH:** Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen und Europäisches Nachlasszeugnis – Zugewinnausgleich ..... 377
- **Strauß** zu **OLG Köln:** Haftung des Alleingesellschafter-Geschäftsführers für die Notargebühren der Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen und deren Eintragung ..... 382
- **Geck** zu **BFH:** Schenkungsteuer bei Zahlung eines überhöhten Entgelts durch eine GmbH an eine dem Gesellschafter nahestehende Person ..... 390
- **Spiegelberger** zu **BFH:** Gewerbliche Prägung einer Einheits-GmbH & Co. KG ..... 394

## Impressum

# MittBayNot

Mitteilungsblatt für die im Bereich der Notarkasse tätigen Notare und Notarassessoren sowie für die Angestellten der Notarkasse

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München  
Telefon: (089) 551660  
Telefax: (089) 55166234  
E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de)  
Internet: <http://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

### Herausgeberbeirat:

Notar a. D. Dr. Hermann Amann,  
Notare Dr. Johann Frank,  
Dr. Susanne Frank, Prof. Dr. Dr. Herbert  
Grziwotz, Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Dr. Eckhard Wälzholz, Dr. Dietmar Weidlich

### Schriftleitung:

Notarassessorin Veronika Burghardt,  
Notarassessor Dr. Claudius Eschwey

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2018

<b>AUFSÄTZE</b> <b>299</b>		<b>SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT</b>	
<b>Eschwey:</b> Der wundersame Aufstieg des § 179a AktG – ein Stolperstein auch beim Grundstückskaufvertrag	299	6. Beschlusskompetenz der Untergemeinschaften einer WEG bei einer Mehrhausanlage (BGH, Urteil vom 10.11.2017, V ZR 184/16)	336
<b>Hallerbach:</b> Umsatzsteuerrechtliche Behandlung von Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft	317	7. Grundbuchrechtliche Anforderungen an die Eintragungsbewilligung eines Betreuers nach Genehmigung durch das Betreuungsgericht (KG, Beschluss vom 11.1.2018, 1 W 5/18)	340
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b> <b>322</b>		<b>FAMILIENRECHT</b>	
<b>Diehn:</b> Notarkostenberechnungen ( <b>Sträuber</b> )	322	9. Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags mit einem von der Ausweisung bedrohten Ausländer (BGH, Beschluss vom 17.1.2018, XII ZB 20/17 – Ls.)	344
<b>Krafka/Kühn:</b> Registerrecht ( <b>Hecht</b> )	323	10. Beachtlichkeit des Betreuervorschlags eines nicht geschäftsfähigen Betroffenen (BGH, Beschluss vom 19.7.2017, XII ZB 57/17 – Ls.)	345
<b>Reithmann/Terbrack:</b> Kauf vom Bauträger ( <b>Machleidt</b> )	324	<b>ERBRECHT</b>	
<b>Schulz:</b> Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht – Die Gretchenfrage des modernen Erbrechts? ( <b>Everts</b> )	325	11. Keine einseitige Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht durch den Erblasser (BGH, Beschluss vom 17.5.2017, IV ZB 25/16) vgl. Anmerkung <b>Bandel</b> zu nachstehender Entscheidung Nr. 12	345
<b>RECHTSPRECHUNG</b> <b>328</b>		12. Keine einseitige Zuweisung von Streitigkeiten über den Pflichtteilsanspruch an ein Schiedsgericht durch den Erblasser (BGH, Beschluss vom 16.3.2017, I ZB 50/16) mit Anmerkung <b>Bandel</b>	347 352
<b>Bürgerliches Recht</b>		13. Mindestanforderungen an ein Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 BGB (OLG Hamburg, Urteil vom 28.9.2016, 2 U 29/15) mit Anmerkung <b>S. Braun</b>	357 361
ALLGEMEINES		14. Aufschiebend bedingte Enterbung ohne Erbeinsetzung durch Pflichtteilsstrafklausel (OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.8.2017, 8 W 336/15) mit Anmerkung <b>Weber</b>	363 365
1. Analoge Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität von Veräußerer und Vermieter (BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16 – Ls.)	328		
2. Eigentumserwerb durch eine Erbengemeinschaft und Sittenwidrigkeit eines Mietvertrags wegen Vereitelung eines Vorkaufsrechts durch Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Vermieters (BGH, Urteil vom 30.6.2017, V ZR 232/16 – Ls.)	328		
3. Kaufpreisfälligkeit nach Ausübung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück (BGH, Urteil vom 12.5.2017, V ZR 210/16) mit Anmerkung <b>Grziwotz</b>	328 330		
4. Mehrfachvertretung Minderjähriger beim Gesellschafterbeschluss (OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.4.2018, 12 W 669/18)	333		
5. Aufklärungspflichten des Verkäufers hinsichtlich etwaiger Mängel beim Wohnungskaufvertrag (OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.12.2017, 1 U 145/14 – Ls.)	335		

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2018

15. Unwirksame Zustellung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments (OLG Koblenz, Urteil vom 29.6.2017, 1 U 1238/16) 366  
mit Anmerkung **Aumann** 368

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Missbrauch der Vertretungsmacht bei Vornahme eines Insihgeschäfts durch den nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten GmbH-Geschäftsführer (BGH, Urteil vom 18.10.2017, I ZR 6/16) 369

17. Auffüllung der Kommanditeinlage durch Rückzahlung zuvor gewährter Ausschüttungen (BGH, Urteil vom 10.10.2017, II ZR 353/15 – Ls.) 371

18. Übergang von der UG zur Voll-GmbH durch Kapitalerhöhung (OLG Celle, Beschluss vom 12.12.2017, 9 W 134/17 – Ls.) 372

19. Anmeldung der Sitzverlegung einer im vereinfachten Verfahren mit Musterprotokoll errichteten GmbH (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.8.2017, 11 W 73/17 (Wx) – Ls.) 372

20. Beendigung einer AG – endgültige Aufgabe des Gründungswillens (OLG München, Urteil vom 9.8.2017, 7 U 2663/16) 372

## Internationales Privatrecht

21. Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen und Europäisches Nachlasszeugnis – Zugewinnausgleich (EuGH, Urteil vom 1.3.2018, C-558/16) 375  
mit Anmerkung **Sakka** 377

## Beurkundungs- und Notarrecht

22. Beurkundung befristeter Fortgeltungsklauseln (BGH, Urteil vom 24.8.2017, III ZR 558/16 – Ls.) 380

## Kostenrecht

23. Haftung des Alleingeschäftsführers für die Notargebühren der Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen und deren Eintragung (OLG Köln, Beschluss vom 18.9.2017, 2 Wx 204/17) 380  
mit Anmerkung **Strauß** 382

## Öffentliches Recht

24. Vollwertigkeitsnachweis bei gemeindlichem Grundstücksverkauf (OLG München, Beschluss vom 9.10.2017, 34 Wx 221/17) 383

25. Zur Genehmigungspflicht von Übertragungen land- bzw. forstwirtschaftlicher Flächen bei Ausgliederungen zur Aufnahme nach dem UmwG (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.10.2017, 20 W 222/17) 385

## Steuerrecht

26. Schenkungsteuer bei Zahlung eines überhöhten Entgelts durch eine GmbH an eine dem Gesellschafter nahestehende Person (BFH, Urteil vom 13.9.2017, II R 32/16) 386  
mit Anmerkung **Geck** 390

27. Gewerbliche Prägung einer Einheits-GmbH & Co. KG (BFH, Urteil vom 13.7.2017, IV R 42/14) 391  
mit Anmerkung **Spiegelberger** 394

## SONSTIGES 397

- Tagungsbericht** 397

**Winkelmann:** Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung des letzten Willens – Klassische Familie, Patchwork und andere Herausforderungen

- Veranstaltungshinweise** 400

- Neuerscheinungen** 402

## STANDESNACHRICHTEN 403

## AUFsätze

# Der wundersame Aufstieg des § 179a AktG – ein Stolperstein auch beim Grundstückskaufvertrag

Von Notarassessor Dr. **Claudius Eschwey**, LL.M. (Harvard), München

Man muss gestehen: § 179a AktG hat eine steile Karriere hingelegt – zumindest für eine Vorschrift des Aktienrechts, die mit „Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens“ überschrieben ist. Denn es ist heute allgemeine Meinung, dass die Norm auch für Verträge gilt, mit denen eine Aktiengesellschaft einen einzelnen Vermögensgegenstand wie etwa ein Grundstück überträgt, und das selbst dann, wenn dieser Gegenstand wertmäßig gar nicht das „ganze“ Vermögen der Gesellschaft ausmacht. Mehr noch hat § 179a AktG die Grenze des Aktienrechts mühelos übersprungen und wird von der überwiegenden Meinung analog auf sämtliche andere Gesellschaftsformen angewandt. Dass nicht jeder beim Verkauf eines Grundstücks durch eine GbR an das Aktienrecht denkt, dürfte nicht erstaunen. Die Norm droht in der Praxis daher übersehen zu werden.<sup>1</sup> Deshalb nimmt es nicht wunder, dass immer mehr Stimmen vor der Bedeutung der Norm und den damit verbundenen Haftungsgefahren auch für den Notar warnen,<sup>2</sup> der auf Grundlage von § 311b Abs. 1 BGB mit der Beurkundung der Veräußerung eines Grundstücks betraut ist. Die herrschende, den Anwendungsbereich ausdehnende Ansicht gilt es im Folgenden auf den Prüfstand zu stellen<sup>3</sup> und daraus Schlussfolgerungen für die Praxis zu ziehen.

## I. § 179a AktG in seinem unmittelbaren Anwendungsbereich

### 1. Tatbestand

Verpflichtet sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens, ohne dass die Übertragung dem UmwG unterfällt, so bedarf der Vertrag auch dann eines zustimmenden Hauptversammlungsbeschlusses nach § 179 AktG, wenn damit keine Änderung des Unternehmensgegen-

standes verbunden ist. Der in Bezug genommene § 179 AktG regelt satzungsändernde Beschlüsse und verlangt für sie ein Beschlussquorum von drei Vierteln des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals. Unberührt bleibt § 133 Abs. 1 AktG, der für Hauptversammlungsbeschlüsse die (einfache) Mehrheit der abgegebenen Stimmen vorschreibt. § 179a Abs. 2 AktG erlegt dem Vorstand weitgehende Informationspflichten gegenüber den Aktionären auf: Wenn der Vertragstext von der Einberufung der Hauptversammlung an nicht über die Internetseite der AG zugänglich gemacht wird, muss er in den Geschäftsräumen zur Einsicht ausgelegt und interessierten Aktionären in Abschrift ausgehändigt werden. Auch in der Hauptversammlung muss der Vertragstext zugänglich sein und der Vorstand hat ihn zu Beginn der Verhandlung zu erläutern. Schließlich ist er der Niederschrift über die Hauptversammlung als Anlage beizufügen. Nach überwiegender Ansicht kann der Zustimmungsbeschluss vor oder nach Abschluss des Vertrages gefasst werden.<sup>4</sup> Im ersten Fall ist § 179a Abs. 2 AktG dahin gehend zu verstehen, dass der Entwurf des Vertrages entsprechend zugänglich zu machen ist.<sup>5</sup>

Ein gesondertes Formerfordernis enthält § 179a AktG nicht. Es bleibt daher bei § 130 Abs. 1 Satz 1 und 3 AktG, der die notarielle Beurkundung verlangt und dessen Missachtung § 241 Nr. 2 AktG mit dem Nichtigkeitsverdict sanktioniert.<sup>6</sup> Auch für den Veräußerungsvertrag sieht § 179a AktG kein Formerfordernis vor. Zwar soll nach der Gesetzesbegründung<sup>7</sup> und einigen

1 So auch *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419; Beck'sches Notarhandbuch/*Heckschen*, 6. Aufl. 2015, Kap. D. Rdnr. 230: „In der Praxis [...] vielfach übersehen“; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 492, der eine erhebliche „Dunkelziffer“ in der Praxis vermutet.

2 *Eickelberg/Mühlen*, NJW 2011, 2476, 2479: „erhebliches Haftungspotenzial“; *Hermanns*, DNotZ 2013, 9, 10: „besonderes Risikopotenzial“; *Leitzen*, NZG 2012, 491: „erhebliche[r] Sprengstoff“; *Scheel* in FS Wegen, 2015, S. 297: „ergiebige Quelle von Haftungsfällen“; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 97: „die Vorschrift [gehört] zu den heikelsten Bestimmungen in der Transaktionsberatung“.

3 Kritisch auch *Vossius*, notar 2016, 414, 417, wonach die Frage „ohne Not von der Literatur ‚herbeigeschrieben‘“ worden sei.

4 BGH, Urteil vom 16.11.1981, II ZR 150/80, NJW 1982, 933; *Grigoleit/Ehmann*, AktG, 1. Aufl. 2013, § 179a Rdnr. 9; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 83; *Bürgers/Körber/Körber*, AktG, 4. Aufl. 2017, § 179a Rdnr. 4, 11; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a Rdnr. 14; a. A. *Lutter*, AG 1977, 113, 114.

5 Zumindest aus Gründen der Vorsicht sollte der endgültige Vertrag dann aber vollständig mit dem der Beschlussfassung zugrunde gelegten Entwurfstext übereinstimmen; vgl. dazu BGH, Urteil vom 16.11.1981, II ZR 150/80, NJW 1982, 933, 935; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.12.1993, 6 U 2/93, AG 1994, 228, 231; OLG Hamm, Urteil vom 9.6.1980, 8 U 70/77, AG 1981, 198, 200; LG Hamburg, Urteil vom 8.6.1995, 405 O 203/94, AG 1996, 233, 234; ferner dazu *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 34 f.; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 83; DNotI-Gutachten Nr. 119791, S. 2.

6 MünchKomm-AktG/*Hüffer/Schäfer*, 4. Aufl. 2016, § 241 Rdnr. 38; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 83.

7 BT-Drucks. 12/6699, S. 177: „Das Erfordernis der notariellen Beurkundung (vgl. § 361 Abs. 1 Satz 4 AktG) folgt bereits aus § 311 BGB [Anm.: nun § 311b Abs. 3 BGB] und braucht deshalb nicht besonders geregelt zu werden.“

Äußerungen in Literatur<sup>8</sup> und Rechtsprechung<sup>9</sup> in Fällen des § 179a AktG der Verpflichtungsvertrag immer nach § 311b Abs. 3 BGB beurkundungsbedürftig sein.<sup>10</sup> Doch greift diese Norm nach herrschender<sup>11</sup> (wenn auch zunehmend bestrittener<sup>12</sup>) Ansicht nur ein, wenn das gesamte Vermögen „in Bausch und Bogen“ veräußert wird, nicht aber bei der hier im Fokus stehenden Veräußerung von einzelnen Vermögensgegenständen, selbst wenn sie wertmäßig das gesamte Vermögen ausmachen. Zudem wird der Notar mit den Problemen des § 179a AktG ohnehin zumeist nur dann befasst sein, wenn das Geschäft schon anderweitig dem notariellen Beurkundungserfordernis unterfällt, namentlich nach § 311b Abs. 1 BGB.<sup>13</sup>

Für den Tatbestand genügt die Übertragung des Aktivvermögens; der Übernahme etwaiger Verbindlichkeiten bedarf es nicht.<sup>14</sup> Anders als nach früherem Recht (dazu sogleich) verlangt der Tatbestand auch nicht die gleichzeitige Auflösung der Gesellschaft, wie ein Umkehrschluss zu § 179a Abs. 3 AktG zeigt.<sup>15</sup> Ein solches Erfordernis wäre ohnehin nicht sachgerecht, bleiben der Gesellschaft doch etwa zurückbehaltenes Vermögen und jedenfalls die Gegenleistung, um werbende unternehmerische oder vermögensverwaltende Tätigkeit zu

entfalten.<sup>16</sup> Aus dem Wortlaut der Norm, namentlich der Formulierung „[e]in Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft (...) verpflichtet, (...) bedarf (...) eines Beschlusses der Hauptversammlung“, wird abgeleitet, dass sich die Wirkungen der Norm nur auf das Verpflichtungsgeschäft – nicht auch auf das Verfügungsgeschäft – beziehen, der Norm insoweit aber Außenwirkung zukommt und ihre Verletzung damit zur Unwirksamkeit des Vertrages führt.<sup>17</sup>

## 2. Historie

Die Geschichte des § 179a AktG reicht über § 361 Abs. 1 AktG 1965 und § 255 AktG 1937 zurück bis in das 19. Jahrhundert, als im dritten Abschnitt „Aktiengesellschaft“ unter dem Titel „Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft“ mit § 303 HGB 1897 eine entsprechende Norm eingeführt wurde.<sup>18</sup> Nach der damaligen Fassung hatte der Beschluss allerdings zugleich die Auflösung der Gesellschaft zur Folge, wozu die Gesetzesmaterialien weiter ausführten, dass das Vorgehen eine „besondere Art der Liquidation“ sei<sup>19</sup> und sich das Zustimmungserfordernis auf den Gedanken des Gläubigerschutzes gründe.<sup>20</sup>

Mit Erlass des Aktiengesetzes im Jahr 1937 wurde die Norm in § 255 Abs. 1 AktG 1937 neu gefasst. Sie sah nun vor, dass ein gleichzeitiger Beschluss der Auflösung der Gesellschaft möglich, aber nicht zwingend sei.<sup>21</sup> Der Gesetzgeber hat diesen Punkt bewusst geändert, da der Fortbestand der AG als „einmal erfolgte Zusammenfassung von Kapital“ für die Wirtschaft sinnvoll sei.<sup>22</sup> Zudem sollte die Funktion der Norm geändert werden und nicht (mehr) auf den Schutz der Gesellschaftsgläubiger vor einer heimlichen Liquidation, sondern auf den Schutz der Aktionäre ausgerichtet sein.<sup>23</sup> Dies lässt sich neben der Gesetzessystematik<sup>24</sup> insbesondere der Gesetzesbegründung entnehmen.<sup>25</sup>

- 8 *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 817; *Heckschen*, NZG 2006, 772, 773; *Hüffer/Koch*, AktG, 13. Aufl. 2018, § 179a Rdnr. 16; *Spindler/Stilz/Holzborn*, AktG, 3. Aufl. 2015, § 179a Rdnr. 17; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 32.
- 9 LG Düsseldorf, Beschluss vom 25.6.2015, 19 T 123/14, RNotZ 2015, 664, 665.
- 10 Mit berechtigten Zweifeln daran *Böttcher/Grewe*, NZG 2005, 950, 953, 954; *Eickelberg/Mühlen*, NJW 2011, 2476, 2481; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 84; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 495; *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983, 1987.
- 11 RG, Urteil vom 12.11.1908, VI 633/07, RGZ 69, 416, 420; RG, Urteil vom 3.2.1919, IV 323/18, RGZ 94, 314, 316 f.; RG, Urteil vom 12.1.1933, IV 353/32, RGZ 139, 199, 203 f.; BGH, Urteil vom 19.6.1957, IV ZR 214/56, NJW 1957, 1514; BGH, Urteil vom 5.5.1958, VII ZR 102/57, WM 1958, 756, 757; BGH, Urteil vom 30.10.1990, IX ZR 9/90, NJW 1991, 353, 355; OLG München, Urteil vom 15.2.2012, 3 U 3885/11, juris.
- 12 *Heckschen*, NZG 2006, 772, 775 ff.; *Erman/Grziwotz*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 311b Rdnr. 91; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 95; DNotI-Gutachten Nr. 63907, S. 2 und Nr. 89508, S. 2; ebenfalls sympathisierend *Eickelberg/Mühlen*, NJW 2011, 2476, 2478; in diese Richtung auch *Servatius* in FS Stilz, 2014, S. 601, 614 f., der allerdings für Ausnahmen *de lege ferenda* eintritt.
- 13 Sollte der Notar doch einmal mit der Frage konfrontiert sein, ob § 311b Abs. 3 BGB anwendbar ist, kann sich schon aus Gründen der Vorsicht die Beurkundung des Veräußerungsvertrages empfehlen; ebenso *Leitzen*, NZG 2012, 491, 495.
- 14 *Spindler/Stilz/Holzborn*, AktG, § 179a Rdnr. 19; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 8; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 17; *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983, 1984; nach *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 304 f. wolle § 179a AktG die Aktionäre auch vor gravierenden Änderungen auf der Passivseite der Bilanz schützen und sei deshalb auch dann anzuwenden, wenn das „ganze Fremdkapital“ der Gesellschaft ersetzt werde.
- 15 *Hüffer/Koch*, AktG, § 179a Rdnr. 1; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 79; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 4, 68; vgl. zur – in diesem Aufsatz nicht näher behandelten – sog. übertragenden Auflösung durch Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens auf den Mehrheitsgesellschafter BVerfG, Beschluss vom 23.8.2000, 1 BvR 68/95 und 1 BvR 147/97, DNotZ 2000, 868 m. Anm. *Fleischer*; *Hölters/Haberstock/Greitemann*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 179a Rdnr. 17 ff.

- 16 Ebenso *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 87; *Koppensteiner* in FS Sigle, 2000, S. 163, 172.
- 17 Näher zu den Verletzungsfolgen noch unten, I. 4.
- 18 Eingehend zur Historie mit vollständiger Wiedergabe der Vorgängernormen *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 298; knapp auch *Hadding* in FS Lutter, 2000, S. 851, 852; *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 12 f.
- 19 *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, 1987, Bd. II 2, S. 1087.
- 20 *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum HGB von 1897, Bd. II 2, S. 1088 f., wonach bei der „Liquidation“ durch Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im Ganzen an die Stelle der Verteilung des Gesellschaftsvermögens die Übertragung des Vermögens an den Erwerber trete, die daher erst nach Ablauf des Sperrjahres und nach erfolgter Befriedigung oder Sicherstellung der Gläubiger geschehen dürfe.
- 21 Vgl. auch *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 298 f.
- 22 *Klausung*, AktG, 1937, S. 219; vgl. dazu auch *Bredoll/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1420; *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 299, 301.
- 23 So auch BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704.
- 24 Das Dritte Buch des AktG 1937 (§§ 233-287) erfasste neben der Vermögensübertragung noch die Verschmelzung und die Umwandlung.
- 25 Wie die Regelungen zu Verschmelzungen und Konzernverträgen sei die Norm dem „Interesse der freien Aktionäre“ zu dienen bestimmt, siehe *Klausung*, AktG, 1937, S. 219 f.



§ 361 Abs. 1 AktG 1965 als letzte Evolutionsstufe vor der heutigen Fassung ließ schon eine hohe Ähnlichkeit zu § 179a AktG erkennen. In § 361 Abs. 2 AktG 1965 wurden erstmals Informationspflichten zugunsten der Aktionäre eingeführt, die weitgehend mit dem heutigen § 179a Abs. 2 AktG übereinstimmen. Unverändert blieb, dass die gleichzeitige Auflösung der Gesellschaft lediglich mögliche, nicht aber notwendige Komponente war. Ebenfalls gleich geblieben ist die systematische Verortung im Teil Vermögensübertragung, der umrahmt von den weiteren Teilen Verschmelzung und Umwandlung ein eigenständiges Buch des AktG 1965 bildete.

Ihre jetzige Form hat die Norm durch Art. 6 Nr. 3 des Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994<sup>26</sup> erhalten. Zugleich hat der Gesetzgeber sie aus dem Umwandlungsrecht, wo er sie nun als „Fremdkörper“<sup>27</sup> empfand, herausgelöst und in den Abschnitt Satzungsänderung (§§ 179 ff. AktG) neu eingeführt.

### 3. Telos

Die Historie des § 179a AktG gibt wichtige Fingerzeige für das Verständnis vom Zweck der Norm. Gleichwohl wird die Frage nach dem Schutzzweck in Rechtsprechung und Lehre sehr uneinheitlich beantwortet, wobei eine gewisse Mitschuld für die Verwirrung auch die wenig eindeutig formulierte Gesetzesbegründung zum heutigen § 179a AktG<sup>28</sup> trägt.

Rechtstechnisch betrachtet handelt es sich zunächst um eine Norm der gesellschaftsinternen Zuständigkeitsverteilung. Im Ausgangspunkt unterfällt die Verwendung des Gesellschaftsvermögens der umfassenden Geschäftsführungsbefugnis des Vorstands nach § 76 Abs. 1 AktG und seiner nach § 82 Abs. 1 AktG unbeschränkbaren Vertretungsmacht.<sup>29</sup> Hiervon abweichend bestimmt § 179a AktG, dass über Gesamtvermögensgeschäfte der Vorstand nicht in alleiniger Zuständigkeit entscheiden, sondern er nur mit Zustimmung der Hauptversammlung handeln kann.<sup>30</sup> Die Hauptversammlungszuständigkeit ist dabei freilich kein Selbstzweck. Zu klären ist daher, welche konkreten Interessen der Aktionäre durch die Begründung ihrer Zuständigkeit geschützt werden sollen.

Einige Stimmen heben insoweit auf den Schutz der Satzungsmaßigkeit der AG bzw. der Satzungscompetenz der Aktionäre ab.<sup>31</sup> Mittelbar werde damit auch die Entscheidungsmacht der Aktionäre hinsichtlich der Geschäftstätigkeit der Gesellschaft geschützt, denn § 179a AktG verlange die Zustimmung der Aktionäre zu Transaktionen, durch die das tatsächlich betriebene Geschäftsmodell der Gesellschaft geändert wird, sodass es im Widerspruch zum satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand steht.<sup>32</sup> Für den Schutz der Satzungsmaßigkeit

als Normzweck spricht der Wortlaut ebenso wie die systematische Stellung, wonach tatbestandsmäßige Vermögensveräußerungen der in § 179 AktG geregelten Satzungsänderung – konkret der Änderung des Unternehmensgegenstandes – gleichgestellt sind. Eine ähnliche Beschreibung des Normtelos findet sich in der Gesetzesbegründung,<sup>33</sup> die ergänzend von einer „faktischen Satzungsänderung“ spricht.

In eine ähnliche Richtung, aber mit stärkerem Fokus auf die wirtschaftlichen Interessen der Aktionäre, tragen andere vor, § 179a AktG schütze das Vertrauen der Aktionäre darauf, dass die AG ihre bisherige Einnahmequelle nicht vollständig aufgibt.<sup>34</sup> Denn das von der Gesellschaft – nach Maßgabe des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes – betriebene Unternehmen bilde einen wesentlichen Faktor für die Investitionsentscheidung des Aktionärs.<sup>35</sup> Auch wenn in der Praxis die Motive einer Anlageentscheidung vielgestaltig sind, dürfte es sich hierbei um eine vertretbare Typisierung handeln.<sup>36</sup>

Andere Stimmen sehen den Zweck der Norm sogar überwiegend im Schutz der Vermögensinteressen der Aktionäre. Die Hauptversammlungszuständigkeit solle dazu dienen, dass die Aktionäre bei Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens die Angemessenheit der Vertragsgestaltung, namentlich des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung überprüfen können sollen.<sup>37</sup> Dies ergebe sich zwar nicht aus der Gesetzeshistorie,<sup>38</sup> zeige sich aber in den besonderen Informationspflichten des Vorstandes nach § 179a Abs. 2 AktG, die den Aktionären eine entsprechende Prüfung ermöglichen bzw. erleichtern sollen.<sup>39</sup>

33 BT-Drucks. 12/6699, S. 177: „[W]esentlicher Zweck ist, die Zuständigkeit der Hauptversammlung für den Fall zu begründen, dass sich die wirtschaftliche Struktur des Unternehmens der Aktiengesellschaft ändert, ohne dass die Zuständigkeit der Hauptversammlung schon aus anderen Gründen, etwa durch das Erfordernis einer Satzungsänderung infolge Veränderung des Unternehmensgegenstandes, gegeben ist.“

34 In diese Richtung BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704, wonach § 361 Abs. 1 AktG 1965 die Aktionäre davor schütze, dass „die Gesellschaft ohne ihren Willen das Gesellschaftsvermögen als die Grundlage ihrer satzungsmäßigen Unternehmenstätigkeit völlig aus der Hand gibt“; ähnlich zuvor schon BGH, Urteil vom 16.11.1981, II ZR 150/80, NJW 1982, 933, 935.

35 *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 13 f., 21; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 2; ähnlich *Weber*, DNotZ 2018, 96, 108 f.; vgl. ferner *Timm*, AG 1980, 172, 175, 178, wonach die Gesellschaft mit dem Veräußerungserlös zwar ein neues Unternehmen aufbauen könne, die Aktionäre damit aber (erneut) einem Gründerrisiko ausgesetzt wären.

36 Zu warnen ist allerdings vor einer allzu weitgehenden Gering-schätzung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes, zumal der Gesetzgeber mit § 23 Abs. 5 AktG sein Interesse an einem verlässlichen Bezugspunkt für neu eintretende Aktionäre ebenso wie für Vertragspartner zum Ausdruck gebracht hat.

37 *Hüffer/Koch*, AktG, § 179a Rdnr. 1; *Noack*, ZIP 2002, 1873, 1878; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 2; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 5; vgl. auch *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 13; zumindest sekundärer Schutzzweck.

38 Die Auffassung aus diesem Grunde ablehnend *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1421, die jedoch sehr der früheren Fassung der Norm anhaften.

39 *Hermanns*, DNotZ 2013, 9, 11; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 78; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 2; ferner in diese Richtung BGH, Urteil vom 16.11.1981, II ZR 150/80, NJW 1982, 933, 934 und 935.

26 BGBl. 1994 I, S. 3210.

27 BT-Drucks. 12/6699, S. 177; dazu auch *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 308 f.

28 BT-Drucks. 12/6699, S. 177.

29 *Timm*, AG 1980, 172, 177 f.

30 In den Worten des BGH, Urteil vom 16.11.1981, II ZR 150/80, NJW 1982, 933, 935: „das Schwergewicht der Willensbildung [ist] unabdingbar auf die Hauptversammlung verlagert“.

31 *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 6 m. w. N.; *Timm*, AG 1980, 172, 175.

32 *Timm*, AG 1980, 172, 175, 178.

Eine vermittelnde Ansicht vereint – überzeugend – die eben beschriebenen Strömungen. Danach dient § 179a AktG sowohl dem Schutz der Satzungsmaßigkeit und der Dispositionsbefugnis der Aktionäre als auch dem Schutz der Aktionäre vor unangemessener Vertragsgestaltung.<sup>40</sup> Dafür lässt sich anführen, dass sich diese Zielrichtungen nicht ausschließen, sondern ergänzen. § 179a AktG unterstellt somit das „Ob“ und das „Wie“ eines Gesamtvermögensgeschäftes der Zuständigkeit der Hauptversammlung. Beide Fragen sind für die Interessen der Aktionäre bedeutsam und daher von diesen zu beantworten.<sup>41</sup>

Eine neuere, bisher aber vereinzelt gebliebene Auffassung formuliert das Telos wieder anders: § 179a AktG schütze allein die Mitwirkungsbefugnisse der Aktionäre bei wesentlichen Änderungen der *Vermögensstruktur*.<sup>42</sup> Im Zentrum stünden also die wirtschaftlichen Interessen der Gesellschafter, und zwar ohne Rückkopplung zum satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand, auf den es gerade nicht ankommen soll. Die von dieser Ansicht vorgetragene Argumente überzeugen indes nicht. So soll es für faktische Satzungsänderungen keines eigenen Tatbestandes bedürfen, da der Vorstand bereits nach § 179 AktG verpflichtet sei, die Zustimmung der Hauptversammlung einzuholen.<sup>43</sup> Diese Sichtweise verkennt, dass § 179a AktG eine Sonderregelung<sup>44</sup> gerade für die dort erfasste „faktische Satzungsänderung“ in Form einer Gesamtvermögensveräußerung ist und die im Außenverhältnis geltende Unwirksamkeit solcher Rechtsgeschäfte anordnet,<sup>45</sup> um das Interesse der Aktionäre auch an einer fairen Vertragsgestaltung zu schützen.<sup>46</sup> Der Umstand, dass sich die Gesetzesbegründung zu § 179a AktG zum Verhältnis zwischen § 179 AktG und § 179a AktG widersprüchlich äußert,<sup>47</sup> mag misslich sein; der Gesetzeszweck ist jedoch nicht allein aus der Gesetzeshistorie abzuleiten, sondern auch aus dem Wortlaut und der Systematik der heutigen Gesetzesfassung<sup>48</sup>.

Im Ergebnis überzeugend ist daher, dass § 179a AktG dem Schutz der Aktionäre sowohl in ihrem Vertrauen auf die Satzungsmaßigkeit der AG als auch hinsichtlich ihrer Vermögensinteressen mit Blick auf die Konditionen einer Gesamtvermö-

gensveräußerung dient. Bereits an dieser Stelle soll jedoch betont werden, dass die Begründung des Normtelos mit dem Aktionärsschutz über einen wesentlichen Aspekt nicht hinwegtäuschen darf: Der erweiterte Schutz der Aktionäre geht auf Kosten des Rechtsverkehrs und konkret des Vertragspartners, der mit der AG ein Gesamtvermögensgeschäft schließt. Denn er vertraut seinerseits auf die Wirksamkeit des Vertrages, die zum Schutz der Aktionäre jedoch nur mit Zustimmung der Hauptversammlung eintritt. Eine wertende Interessenabwägung dieser in einem Spannungsverhältnis stehenden Belange ist § 179a AktG also immanent.<sup>49</sup>

#### 4. Verletzungsfolgen

Schließt der Vorstand einen Vertrag zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens, ohne dass die Hauptversammlung dem (formwirksam) zustimmt, so kommt dieser Verletzung des § 179a AktG Außenwirkung zu.<sup>50</sup> Diese Außenwirkung besteht darin, dass die sonst nach § 82 AktG umfassende Vertretungsmacht des Vorstandes beschränkt ist. Missachtet der Vorstand das Zustimmungserfordernis, handelt er also als Vertreter ohne Vertretungsmacht i. S. v. §§ 177 ff. BGB.<sup>51</sup> In Konsequenz ist das schuldrechtliche Geschäft zunächst schwebend unwirksam.<sup>52</sup> Verweigert die Hauptversammlung ihre Zustimmung, ist der Vertrag endgültig unwirksam.<sup>53</sup> Die Außenwirkung beschränkt sich allerdings nach weit überwiegender Meinung auf das schuldrechtliche Geschäft und erstreckt sich nicht auch auf das dingliche Erfüllungsgeschäft.<sup>54</sup> Hierfür spricht der Wortlaut der Norm, der nur den Verpflichtungsvertrag betrifft.<sup>55</sup> Ferner wird zur Begründung angeführt, der Gesetzgeber habe bei der Abwägung von Verkehrerschutz und Aktionärsschutz einen Kompromiss fin-

40 Brocker/Schulenburg, BB 2015, 1993, 1994; Hüren, RNotZ 2014, 77, 78; Leitzen, NZG 2012, 491, 492; Servatius in FS Stilz, S. 601, 603 und 604; Zintl/Singbartl, GWR 2015, 375; DNotl-Gutachten Nr. 107115, S. 2 f.

41 Ebenso Zintl/Singbartl, GWR 2015, 375, 376 f.; ferner DNotl-Report 2017, 41, 43; vgl. auch Weber, DNotZ 2018, 96, 111 f.

42 Scheel in FS Wegen, S. 297.

43 Scheel in FS Wegen, S. 297, 302, 306; in diese Richtung auch schon Mertens in FS Zöllner, 1998, S. 385, 390 f.; im Ergebnis wohl auch MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 18; dagegen aber Arnold, ZIP 2005, 1573, 1577 mit Fn. 42.

44 Vgl. auch MünchKomm-AktG/Stein, § 179 Rdnr. 115.

45 In der Sache ebenso Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 8; vgl. auch BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1705.

46 Servatius in FS Stilz, S. 601, 604.

47 Sich darauf berufend Scheel in FS Wegen, S. 297, 301 f.; die Gesetzesbegründung ebenfalls als widersprüchlich bezeichnend, jedoch mit anderem Ergebnis Bredol/Natterer, ZIP 2015, 1419, 1421; Weber, DNotZ 2018, 96, 108.

48 Dazu oben bei Fn. 31 ff.

49 So ist auch der BGH in seinem Holzmüller-Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704 zu verstehen, der die analoge Anwendung des § 179a AktG auf die Übertragung (nur) wesentlicher Vermögensteile mit der Begründung ablehnt, dass „die dann auftretenden Abgrenzungsschwierigkeiten zu einer Rechtsunsicherheit führen [würden], die im Hinblick auf die durch § 361 AktG eingeschränkte Vertretungsmacht des Vorstands untragbar wäre“.

50 BGH, Urteil vom 25.10.2002, V ZR 243/01, DNotZ 2003, 336, 337; BGH, Urteil vom 26.4.2004, II ZR 155/02, ZIP 2004, 993, 995, 997; Spindler/Stilz/Holzborn, AktG, § 179a Rdnr. 7; Hüffer/Koch, AktG, § 179a Rdnr. 1; Hüren, RNotZ 2014, 77, 84; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 30 V 2 a), S. 928 f.; Servatius in FS Stilz, S. 601, 605.

51 Hüren, RNotZ 2014, 77, 84; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1987.

52 Stimmt die Hauptversammlung nur teilweise zu, dürfte analog § 139 BGB regelmäßig trotzdem der gesamte Vertrag unwirksam sein, zumal es sich regelmäßig um wirtschaftlich unteilbare Rechtsgeschäfte handeln wird, vgl. Hausch, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 36; Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 13.

53 MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 35; Stellmann/Stoeckle, WM 2011, 1983, 1987.

54 BGH, Urteil vom 8.7.1991, II ZR 246/90, DNotZ 1992, 167, 169; LG Mainz, Urteil vom 8.6.1998, 4 O 189/97, AG 1998, 538; Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Hüffer/Koch, AktG, § 179a Rdnr. 13, 18; Bürgers/Körber/Körber, AktG, § 179a Rdnr. 4; Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 12; MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 39.

55 DNotl-Report 2017, 41, 42.



den wollen, da bei Unklarheiten über die dingliche Zuordnung der Vermögensgegenstände der Rechtsverkehr zu stark belastet wäre.<sup>56</sup>

Dieser Mittelweg ist in der Literatur nicht unumstritten; es lässt sich kritisieren, dass er für keinen der zu schützenden Beteiligten ein befriedigendes Ergebnis erreicht.<sup>57</sup> Eine Mindermeinung möchte § 179a AktG daher die Außenwirkung gänzlich aberkennen und verweist hierfür auf einen Umkehrschluss zu § 361 Abs. 1 Satz 1 AktG 1965: Früher sei ausdrücklich der Verpflichtungsvertrag „nur mit Zustimmung der Hauptversammlung wirksam“ geworden, wohingegen die heutige Fassung wegen der Rechtsfolgen schlicht auf § 179 AktG Bezug nehme, dessen Missachtung gerade keine Außenwirkung zeitige.<sup>58</sup> Die andere Extremmeinung macht hingegen auch die Wirksamkeit des Erfüllungsgeschäfts von der Zustimmung der Hauptversammlung abhängig; dies vermeide ein Leerlaufen des Schutzzwecks und lasse sich auf eine Parallele zu § 1365 Abs. 1 Satz 2 BGB stützen.<sup>59</sup>

Folgt man der überwiegenden Auffassung und geht von der Unwirksamkeit (nur) des Verpflichtungsgeschäftes aus, begründet dies erhebliche Haftungsgefahren. Das gilt zwar vorrangig für den Vorstand, der sich einerseits Ansprüchen des Vertragspartners aus § 179 BGB (und damit gerichtet auf das Erfüllungsinteresse) ausgesetzt sehen kann, andererseits Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft aus § 93 Abs. 1 AktG.<sup>60</sup> Auch für den Notar droht aber eine Haftung, trifft ihn doch grundsätzlich die Pflicht, eine rechtswirksame Urkunde zu errichten.<sup>61</sup>

Für Immobilienkaufverträge gilt dies ganz besonders. Ist der Veräußerungsvertrag unwirksam, vermag auch eine etwa eingetragene Vormerkung mangels zu sichernden Anspruches keine Sicherungswirkung zu entfalten.<sup>62</sup> Selbst wenn die Eigentumsumschreibung erfolgt, tritt keine Heilung des Schuldvertrages nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB ein, da es nicht um

die Missachtung des notariellen Formerfordernisses des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB geht. Zwar erhält der Erwerber das Eigentum, muss dieses jedoch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zurückgeben und wird abgesehen vom Entreicherungs- einwand des § 818 Abs. 3 BGB – bei Immobilientransaktionen ohnehin eher theoretischer Natur – allenfalls durch die Verjährung geschützt. Die Missachtung des § 179a AktG bedeutet daher ein erhebliches wirtschaftliches Risiko für alle an der Transaktion Beteiligten.<sup>63</sup>

## II. Erweiternde Auslegung des § 179a AktG

Überwiegend legen Rechtsprechung und Literatur § 179a AktG weit aus. Eine Ausweitung erfährt die Norm namentlich in zweierlei Hinsicht:

Anders als der Wortlaut des § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG nahelegt (und anders, als es die noch herrschende Meinung zu § 311b Abs. 3 BGB vertritt<sup>64</sup>), muss der Vertrag nicht buchstäblich „das ganze Gesellschaftsvermögen“ als Veräußerungsobjekt bezeichnen. Ähnlich wie bei § 1365 BGB genügt vielmehr, dass einzelne konkret benannte Vermögensgegenstände – es reicht ein einziger – veräußert werden, wenn sie das ganze Vermögen der AG ausmachen.<sup>65</sup> Bei Grundstücksveräußerungen (insbesondere durch Projektgesellschaften<sup>66</sup>) ist dies nicht selten der Fall.

Eng mit dieser erweiternden Auslegung verknüpft ist eine zweite Ausdehnung: Wiederum vergleichbar mit § 1365 BGB soll es nach überwiegender Ansicht unschädlich sein, wenn vernachlässigbare Vermögensgegenstände („nur unwesentliche einzelne Vermögensteile“<sup>67</sup>) bei der AG zurückbleiben, sodass die Norm auch bei der Verpflichtung zur Übertragung nur des *nahezu* ganzen Vermögens greift.<sup>68</sup> Auch das wird bei Übertragung nur einzelner besonders wertvoller Gegenstände wie einem Grundstück häufig gegeben sein.

Begründen lassen sich beide Erweiterungen – und auch dies in Parallele zu § 1365 BGB – damit, dass die Norm andernfalls in vielen Fällen leerliefe (oder sich sogar bewusst umgehen

56 *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 241, 270 und ferner *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 22, jedoch ohne zu erwähnen, dass für den Sekundärerwerb grundsätzlich Gutgläubenschutz nach §§ 892, 932 ff. BGB besteht.

57 Vgl. dazu auch *Grunewald*, JZ 1995, 577, 578; vgl. ferner *Weber*, DNotZ 2018, 96, 98; „Für den Vertragspartner [...] nur ein schwacher Trost.“; a. A. aber *Bayer/Lieder/Hoffmann*, AG 2017, 717, 721; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 242 f.

58 *Mülbert*, Aktiengesellschaft, Unternehmensgruppe und Kapitalmarkt, 2. Aufl. 1996, S. 180; *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 307 ff.

59 *Timm*, AG 1980, 172, 175 f., allerdings zur Vorgängernorm des § 361 AktG 1965.

60 *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1987 f.

61 BGH, Urteil vom 19.12.1991, IX ZR 8/91, DNotZ 1992, 457, 458; BGH, Urteil vom 20.6.2000, IX ZR 434/98, DNotZ 2001, 486; *Schippel/Bracker/Kanzleiter*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 14 Rdnr. 11; *Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler*, BNotO, 8. Aufl. 2016, § 14 Rdnr. 91; *Winkler*, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 17 Rdnr. 213.

62 *Leitzen*, NZG 2012, 491, 495; DNotI-Gutachten Nr. 108787, S. 3; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 127 f., auch dazu, dass das Grundbuchamt die Eintragung gleichwohl grundsätzlich nicht ablehnen oder vom Nachweis eines Zustimmungsbeschlusses abhängig machen darf.

63 So auch *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 98; *Scheel* in FS Wegen, S. 297; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 98.

64 Dazu oben bei Fn. 11 f.

65 *Böttcher/Grewe*, NZG 2005, 950, 954; *Eickelberg/Mühlen*, NJW 2011, 2476, 2480; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 492; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 8; *MünchKommAktG/Stein*, § 179a Rdnr. 18; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1985 f.

66 Dazu weiterführend *Zintl/Singbartl*, GWR 2015, 375, 376 f.; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 114 f.; ferner *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254, 1255; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 81; *Krauß*, notar 2017, 312 f.; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 494.

67 BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704; schädlich sei es demgegenüber, wenn „verhältnismäßig beträchtliches Restvermögen“ zurückbleibe.

68 RG, Urteil vom 15.1.1929, 27/28, JW 1929, 1371, 1372; RG, Urteil vom 13.5.1929, II 313/28, RGZ 124, 279, 294; BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704; OLG Hamm, Urteil vom 9.6.1980, 8 U 70/77, AG 1981, 198, 199; *Bürgers/Körper/Körper*, AktG, § 179a Rdnr. 9; *Lutter/Leinekugel*, ZIP 1998, 225, 226; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 8; *Timm*, AG 1980, 172, 176.

ließe), obwohl der Schutzzweck gleichermaßen erfüllt ist.<sup>69</sup> Unmittelbar einleuchtend ist der Beispielsfall der Veräußerung des gesamten Vermögens mit Ausnahme von bloßem Büromaterial, etwa einiger Kugelschreiber.

## 1. Maßstab für das „ganze Gesellschaftsvermögen“

Doch bleibt es freilich nicht bei derartigen Lehrbuchkonstellationen. In der Praxis kann es vielmehr zu schwierigen Zweifelsfällen kommen, in denen ein klarer Maßstab zur Abgrenzung nötig ist, wann das „ganze Gesellschaftsvermögen“ veräußert wird bzw. es sich um „wesentliches“ oder „unwesentliches“ zurückbehaltenes Vermögen handelt. Dieser Maßstab ist aus dem Schutzzweck der Norm abzuleiten, zumal die erweiternde Auslegung gerade dessen Verwirklichung sicherstellen soll.<sup>70</sup> Das ist nun leichter gesagt als getan, besteht doch wie gesehen Uneinigkeit darüber, welchem Zweck § 179a AktG überhaupt zu dienen bestimmt ist.

### a) Differenzierung nach quantitativen Merkmalen

Eine erste Auffassung<sup>71</sup> möchte anhand quantitativer Merkmale abgrenzen. Sie stellt das zu übertragende und das verbleibende Vermögen der Gesellschaft gegenüber und betrachtet deren Wertverhältnis. Welches Wertverhältnis konkret erforderlich sein soll, wird nur selten diskutiert. Eine Untergrenze ließe sich aus der Holz Müller-Entscheidung des BGH<sup>72</sup> ableiten, der die Anwendung des § 361 AktG 1965 in einem Fall abgelehnt hat, in dem wertmäßig etwa 80 % des Unternehmens übertragen wurden. Strenge Vertreter dieser Ansicht verlangen in Anlehnung an § 320 Abs. 1 Satz 1 AktG und § 327a Abs. 1 Satz 1 AktG, dass der Gesellschaft höchstens 5 % ihres Vermögens verbleiben darf, sie also mindestens 95 % übertragen muss.<sup>73</sup> Großzügigere Stimmen ziehen die

Grenze anknüpfend an § 419 BGB a. F. bei 90 %<sup>74</sup> oder treten für eine Übertragung der zu § 1365 BGB entwickelten Grundsätze ein, wonach bei großen Vermögen höchstens 10 % und bei kleinen Vermögen höchstens 15 % verbleiben dürften<sup>75</sup>.

Zur Begründung beruft sich diese Meinung neben dem heutigen Wortlaut, der eine quantitative Anknüpfung nahelege,<sup>76</sup> auf die Gesetzeshistorie. Bei der Vorgängernorm § 303 HGB 1897 sei die Gesamtvermögensveräußerung zwingend mit der Auflösung der Gesellschaft einhergegangen und habe daher den Verlust des wertmäßig ganzen bzw. wesentlichen Vermögens vorausgesetzt.<sup>77</sup> Auch ungeachtet des Umstandes, dass die Auflösung der Gesellschaft seit dem AktG 1937 keine zwingende Folge der Gesamtvermögensveräußerung mehr ist, vermag dieses Argument indes nicht zu überzeugen. Die Folge der Veräußerung wird selten sein, dass die Gesellschaft vermögenslos ist, da ihr ja zumindest der Veräußerungserlös zufließt, sodass nicht einsichtig ist, warum es (ausschließlich) auf das wirtschaftliche Wertverhältnis ankommen soll.

Weiter führen die Vertreter der quantitativen Differenzierung an, quantitative Maßstäbe seien für den Vertragspartner ebenso wie für die Gesellschaft einfach zu handhaben und trügen deshalb zur Rechtssicherheit bei.<sup>78</sup> Dies mag zutreffend sein, wenn den Beteiligten sämtliche Fakten und namentlich die Werte aller Bestandteile des Gesellschaftsvermögens zahlenmäßig bekannt sind und die Wesentlichkeit sodann durch eine einfache Rechenoperation bestimmt werden kann. Jedenfalls für den Vertragspartner der AG ist dieses Wissen jedoch nicht ohne Weiteres zu erlangen. Bei Aktiengesellschaften von gewisser Größe sind zwar die Jahresabschlüsse über das Unternehmensregister abrufbar; deren Aussagekraft ist indes begrenzt.<sup>79</sup> Auch die Bereitschaft des Vorstands, unternehmensinterne Informationen (gerade in Bezug auf nicht vom konkreten Geschäft betroffener Vermögensteile) zu offenbaren, sollte aufgrund der Verschwiegenheitspflicht nach § 93 Abs. 1 Satz 3 AktG<sup>80</sup> nicht überschätzt werden. Eine exakte prozentuale Schwelle ist deshalb nur ein scheinbar verlässlicher Anknüpfungspunkt.<sup>81</sup>

Zugunsten der quantitativen Betrachtung kann schließlich wiederum auf § 1365 BGB rekuriert werden, in dessen Rahmen

69 *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 15 f., 16 f.; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 492; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 40; *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983, 1986; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 100 f.; ergänzend wird auf einen Umkehrschluss zu § 303 HGB 1897 (Vermögen „im Ganzen“) und zum heutigen § 174 Abs. 1 UmwG (Vermögen „als Ganzes“) verwiesen, siehe dazu *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 15 f.; *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 237 mit Fn. 41; *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983, 1985.

70 In der Sache ebenso *Bredoll/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1420 f.

71 RG, Urteil vom 13.5.1929, II 313/28, RGZ 124, 279, 294 f.; andeutungsweise auch OLG Hamm, Urteil vom 9.6.1980, 8 U 70/77, AG 1981, 198, 199; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.7.2005, 20 U 1/05, ZIP 2005, 1415, 1417; ferner *Grigoleit/Ehmann*, AktG, § 179a Rdnr. 5; *KK-AktG/Kraft*, 2. Aufl. 1990, § 361 Rdnr. 10 f.; *Mertens* in FS Zöllner, S. 385, 386 ff.; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 46 ff.; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 18; *Timm*, AG 1980, 172, 176.

72 Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704 f., allerdings unter Ablehnung des Substanzwertvergleichs zumindest für den konkret entschiedenen Fall.

73 *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 77 ff., insb. S. 97 ff., 113 f.

74 *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983, 1984 f.: nur als „unverbindliche Orientierungshilfe“ (mit Hinweis auf BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704 f., wonach die Wertungen des § 419 BGB a. F. aufgrund des abweichenden Schutzzwecks [Gläubigerschutz] nicht übertragbar seien).

75 Ablehnend *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 95 ff.

76 *Mertens* in FS Zöllner, S. 385, 386.

77 *Mertens* in FS Zöllner, S. 385, 386 ff.; siehe dazu auch RG, Urteil vom 13.5.1929, II 313/28, RGZ 124, 279, 295 f.

78 RG, Urteil vom 13.5.1929, II 313/28, RGZ 124, 279, 295 f.; *Mertens* in FS Zöllner, S. 385, 389; *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 305; kritisch hingegen *Hüffer/Koch*, AktG, § 179a Rdnr. 4.

79 Zu optimistisch insoweit *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 238, 273.

80 Dazu *MünchKomm-AktG/Spindler*, 4. Aufl. 2014, § 93 Rdnr. 113 ff. und speziell zu Due-Diligence-Verfahren Rdnr. 137 ff.

81 Vgl. auch *Feldhaus*, BB 2009, 562, 569.

ebenfalls rein quantitativ und nicht nach qualitativen Maßstäben<sup>82</sup> abgegrenzt wird. Dieser Vergleich erscheint allerdings zweifelhaft, geht es bei § 1365 BGB doch primär um den Schutz der wirtschaftlichen Existenzgrundlage der Familie,<sup>83</sup> sodass es sich förmlich aufdrängt, dem Schutz des Rechtsverkehrs hier tendenziell weniger Gewicht beizumessen, als bei Veräußerungsgeschäften einer AG.

#### b) Differenzierung nach qualitativen Merkmalen

Die Gegenauffassung grenzt anhand eines qualitativen Maßstabes ab und fragt, ob die Gesellschaft auch mit dem ihr verbleibenden Vermögen noch in der Lage ist, ihren satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand – zumindest in eingeschränktem Umfang<sup>84</sup> – weiter zu verfolgen.<sup>85</sup> Praktische Beispielfälle wären etwa, wenn eine auf den Betrieb eines Industrieunternehmens gerichtete Gesellschaft das Betriebsgrundstück veräußert oder der Unternehmensgegenstand der Gesellschaft in der Vermietung von Grundbesitz besteht und sie den vermieteten Grundbesitz überträgt. Erfasst die Satzung mehrere Unternehmensgegenstände, genügt es, dass sich noch einer von ihnen verwirklichen lässt, zumindest wenn er nicht gänzlich unbedeutend ist.<sup>86</sup>

Zur Begründung lässt sich auf die obige Diskussion zum Schutzzweck des § 179a AktG verweisen: Die Norm schützt die Aktionäre insbesondere in ihrem Vertrauen auf die Satzungsmäßigkeit der AG, zumal die in Übereinstimmung mit dem satzungsmäßigen Unternehmensgegenstand betriebene Geschäftstätigkeit der AG eine wesentliche Grundlage für die Investitionsentscheidung der Aktionäre bildet.<sup>87</sup> Die systematische Stellung und die Gesetzesmaterialien<sup>88</sup> begründen den

Bezug zur Satzung der AG;<sup>89</sup> der Konnex zum Unternehmensgegenstand kommt sogar im Wortlaut der Norm zum Ausdruck.<sup>90</sup>

#### c) Kombination quantitativer und qualitativer Merkmale

Auch wenn diese Darstellung des Meinungsspektrums den Eindruck zweier sich gegenüberstehender Lager erweckt, verläuft die Bruchlinie keineswegs so klar. Vielmehr treten die meisten Stimmen, wenn auch mit unterschiedlichen Herangehensweisen, für eine Berücksichtigung beider Kriterien ein.<sup>91</sup> So spricht auch der BGH davon, dass (selbst) dann, wenn das zurückbleibende Vermögen zur Verfolgung des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes ausreicht, quantitative Kriterien „nicht außer Betracht bleiben“ dürften.<sup>92</sup>

Beide Kriterien ließen sich zunächst im Sinne einer Art Gesamtschau kombinieren, sodass ein „Mehr“ an quantitativer Wesentlichkeit ein „Weniger“ an qualitativer Wesentlichkeit – und vice versa – ausgleichen könnte. Eine solche diffuse Lösung wäre jedoch der Rechtssicherheit abträglich.<sup>93</sup> Betrachtet man beide Kriterien isoliert, stellt sich die nach wie vor ungeklärte Frage, ob der Tatbestand *kumulativ* qualitative und quantitative Wesentlichkeit erfordert<sup>94</sup> oder ob es genügt, dass das übertragene Vermögen *alternativ* nach einem der Maßstäbe wesentlich ist.<sup>95</sup> Gegen die letztgenannte Lösung spricht, dass sie in Konflikt mit dem Wortlaut geraten kann. Veräußert die Gesellschaft Vermögenswerte, denen für die unternehmerische Tätigkeit eine zentrale Funktion zukommt, die aber wirtschaftlich nur einen verhältnismäßig geringen Wert haben, kann kaum davon gesprochen werden, es werde das „ganze Gesellschaftsvermögen“ übertragen. Beispielfälle

82 So ist für § 1365 BGB nicht zu fragen, ob das veräußerte Vermögen „zur Fortführung der Ehe erforderlich“ ist.

83 MünchKomm-BGB/Koch, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rdnr. 4.

84 Kritisch insbesondere dazu Scheel in FS Wegen, S. 297, 307.

85 BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704, wonach § 179a AktG nicht einschlägig sei, „wenn die Gesellschaft mit dem zurückbehaltenen Betriebsvermögen noch ausreichend in der Lage bleibt, ihre in der Satzung festgelegten Unternehmensziele weiterhin, wenn auch in eingeschränktem Umfang, selbst zu verfolgen“; ähnlich schon RG, Urteil vom 15.1.1929, 27/28, JW 1929, 1371, 1372; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.12.1993, 6 U 2/93, AG 1994, 228, 231; OLG München, Urteil vom 11.10.1994, 24 U 1036/93, AG 1995, 232; LG Hamburg, Urteil vom 8.6.1995, 405 O 203/94, AG 1996, 233, 234; Bayer/Lieder/Hoffmann, AG 2017, 717, 721; Bredol/Natterer, ZIP 2015, 1419, 1421; Feldhaus, BB 2009, 562 f.; Bürgers/Körber/Körber, AktG, § 179a Rdnr. 5; Henze in FS Boujong, 1996, S. 233, 244 f.; Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 8; Timm, AG 1980, 172, 176 f.

86 BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704 f.; Feldhaus, BB 2009, 562 f.; Hüffer/Koch, AktG, § 179a Rdnr. 5; Hausch, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 22; Hüren, RNotZ 2014, 77, 81; Weber, DNotZ 2018, 96, 105, 110; ferner Timm, AG 1980, 172, 177, wonach es auf das „Gepräge“, mithin den Unternehmensschwerpunkt ankomme.

87 Vgl. Hausch, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 21.

88 BT-Drucks. 12/6699, S. 177: „faktische Satzungsänderung“.

89 In diese Richtung auch Hausch, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 21 f.; im Ergebnis auch Bredol/Natterer, ZIP 2015, 1419, 1421, die allerdings die Gesetzesbegründung von 1994 als perplex bezeichnen und ihr deshalb keine Bedeutung beimessen wollen.

90 Stellmann/Stoockle, WM 2011, 1983, 1984.

91 So etwa BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1704 f.; RG, Urteil vom 15.1.1929, 27/28, JW 1929, 1371, 1372; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 200; OLG Düsseldorf, Urteil vom 9.12.1993, 6 U 2/93, AG 1994, 228, 231 f.; Grigoleit/Ehmann, AktG, § 179a Rdnr. 5; Hüren, RNotZ 2014, 77, 81; Packi, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 220 f.; Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 8; Stellmann/Stoockle, WM 2011, 1983, 1985; Timm, AG 1980, 172, 176; MünchKomm-AktG/Stein, § 179a Rdnr. 18 f.; Weber, DNotZ 2018, 96, 104 ff.

92 BGH, Urteil vom 25.2.1982, II ZR 174/80, NJW 1982, 1703, 1705, konkret den „Wert einer zurückbehaltenen Beteiligung und die Erträge daraus“.

93 Sehr kritisch daher auch Weber, DNotZ 2018, 96, 110 f.

94 So OLG Stuttgart, Urteil vom 13.7.2005, 20 U 1/05, ZIP 2005, 1415, 1417 und 1418; im Ergebnis auch Scheel in FS Wegen, S. 297, 307 und Weber, DNotZ 2018, 96, 110 f., die zunächst die quantitative Erheblichkeit prüfen und (nur) bei deren Vorliegen (qualitativ) fragen, ob die Gesellschaft den bisherigen Unternehmensgegenstand noch verwirklichen kann.

95 So OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 200; Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, § 179a Rdnr. 8; Stellmann/Stoockle, WM 2011, 1983, 1985.



hierfür sind etwa Lizenzen, Patente<sup>96</sup> oder auch ein Betriebsgrundstück, das aufgrund seiner Lage oder eines Altlastenverdachts nur einen geringen Marktwert hat, der im Vergleich zu den auf dem Grundstück betriebenen hochwertigen Maschinen marginal ist.<sup>97</sup> Überzeugend dürfte daher sein, kumulativ quantitative und qualitative Wesentlichkeit des veräußerten Vermögens zu fordern.

## 2. Berücksichtigung der Gegenleistung?

Ein weiterer Streitpunkt bei der Auslegung des § 179a AktG ist die Frage, ob es für die Übertragung des „ganzen Gesellschaftsvermögens“ auch auf die Gegenleistung, die der Erwerber an die Gesellschaft leistet, ankommt. Die überwiegende Ansicht lehnt das ab.<sup>98</sup> Für den Rechtsverkehr wäre die Beachtlichkeit dieses zusätzlichen Aspekts mit noch größeren Unsicherheiten verbunden.<sup>99</sup> Zudem lässt sich auf § 1365 BGB und § 419 BGB a. F. verweisen, in deren Rahmen die Gegenleistung ebenfalls keine Rolle spielt(e).<sup>100</sup>

Eine Gegenauffassung differenziert im Unterschied dazu wie folgt: Soweit ein quantitativer Wertvergleich von übertragenem und zurückbehaltenem Vermögen angestellt werde, könne die Gegenleistung grundsätzlich keine Berücksichtigung finden, da sonst das Abgrenzungskriterium entwertet würde und die Norm praktisch nie einschlägig wäre. Soweit hingegen qualitative Kriterien herangezogen würden, sei die Gegenleistung durchaus bedeutsam, da es gerade auf die Fortführbarkeit des Unternehmensgegenstandes ankomme und es hierfür „willkürlich und realitätsfremd“ sei, nicht auch die Gegenleistung zu berücksichtigen, wie sich am Beispiel eines Tauschvertrages – etwa dem Tausch eines Hafens gegen einen anderen Hafen – zeige.<sup>101</sup>

Doch selbst dieser vermeintlich klare Beispielfall ist keineswegs eindeutig. So ließe sich entgegen „Hafen ist nicht gleich Hafen“, etwa in puncto Größe oder Wirtschaftlichkeit. Darüber hinaus lassen sich zahllose weitere Vergleichsfälle bilden, in denen es zu schwierigen Abgrenzungsfragen kommt, ob und inwieweit die Gegenleistung und die weiteren Vertragsbedingungen die Anwendung des § 179a AktG ausschließen. Als Beispiel seien Sale-and-lease-back-Geschäfte genannt, mittels derer ein betriebswesentlicher Vermögensgegenstand

verkauft und zugleich langfristig zurückgemietet/-gepachtet wird, der Gesellschaft also weiterhin zur Verfügung steht, wenn auch nicht als Eigentümerin.<sup>102</sup>

Im Kern geht es also um die Frage, ob Leistung und Gegenleistung in einem angemessenen Verhältnis stehen. Es ist aber gerade diese Frage, die nach dem Schutzzweck des § 179a AktG von den Aktionären zu beantworten ist, wenn es um die Veräußerung des Gesamtvermögens der AG geht. Mithin ist der herrschenden Meinung beizupflichten, wonach die Gegenleistung für die Anwendbarkeit des § 179a AktG keine Rolle spielt, sondern erst bei der Anwendung der Norm im Rahmen der Entscheidung der Aktionäre.

## 3. Begrenzung durch zusätzliches subjektives Element

Die Schwierigkeiten bei der Ermittlung des „ganzen Gesellschaftsvermögens“ zeigen, dass die erweiternde Auslegung des § 179a AktG den Rechtsverkehr mit erheblichen Unsicherheiten belastet. Daher lässt sich überlegen, in den Erweiterungsfällen, wenn Vertragsgegenstand also nicht ausdrücklich das ganze Gesellschaftsvermögen ist, sondern etwa nur ein einzelner Gegenstand veräußert wird, der ggf. auch nur nahezu das ganze Vermögen ausmacht, für die Anwendbarkeit des § 179a AktG zusätzlich zu fordern, dass der Vertragspartner dies positiv weiß oder er zumindest die Umstände kennt, aus denen sich dies ergibt. Anders gewendet geht es um eine teleologische Reduktion zum Schutz des gutgläubigen Erwerbers.<sup>103</sup>

Dafür lässt sich abermals auf § 1365 BGB<sup>104</sup> verweisen, bei dem ein vergleichbares subjektives Tatbestandsmerkmal verlangt wird.<sup>105</sup> Selbst wenn es um die Veräußerung der Existenzgrundlage der Familie durch einen der Ehegatten geht, der Rechtsverkehr also weniger schutzwürdig ist als beim Erwerb von einer AG,<sup>106</sup> wird dem gutgläubigen Erwerber im Rahmen von § 1365 BGB Schutz gewährt; ein Erst-recht-Schluss liegt nahe.<sup>107</sup> Aber auch unabhängig vom Vergleich mit dieser familienrechtlichen Vorschrift ist es überzeugender, dass die Abwägung zwischen dem Aktionärsschutz und dem Ver-

96 Dazu auch *Scheel* in FS Wegen, S. 297, 306.

97 Dazu auch *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 24; ferner *Weber*, DNotZ 2018, 96, 105.

98 *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 91; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 224 ff.; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1984; ferner *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 818, zumindest auf Grundlage des Gebots des sichersten Weges; implizit *Spindler/Stilz/Holzborn*, AktG, § 179a Rdnr. 19; *Hüffer/Koch*, AktG, § 179a Rdnr. 4 f.; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 8.

99 So auch *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 818.

100 Dazu etwa BGH, Urteil vom 5.11.1992, III ZR 77/91, NJW 1993, 921, 922 und BGH, Urteil vom 7.11.1990, XII ZR 11/89, NJW-RR 1991, 205, 207, je m. w. N.

101 So *Brocker/Schulenburg*, BB 2015, 1993, 1996 unter Verweis auf *Spindler/Stilz/Holzborn*, AktG, § 179a Rdnr. 10 und Münch-Komm-AktG/*Stein*, § 179a Rdnr. 12; ferner *Decker*, NZG 2018, 447, 451 f.; in Ausnahmefällen bei Zug-um-Zug-Abwicklung auch *Weber*, DNotZ 2018, 96, 113.

102 Andeutungsweise *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 20, der für die Anwendbarkeit von § 179a AktG wohl auf die konkrete Gestaltung des Nutzungsvertrages und darauf, ob der Gesellschaft ein Rückkaufsrecht eingeräumt ist, abstellen möchte.

103 Bejahend *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 817 f.; *Brocker/Schulenburg*, BB 2015, 1993, 1996 f.; *Grigoleit/Ehmann*, AktG, § 179a Rdnr. 5; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 8; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 118 f.; zu Personengesellschaften und mit gewisser Einschränkung *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 238; offenlassend DNotI-Gutachten Nr. 115438, S. 5; ablehnend etwa *Hüffer/Koch*, AktG, § 179a Rdnr. 4 m. w. N.

104 Siehe hierzu BGH, Urteil vom 26.2.1965, V ZR 227/62, NJW 1965, 909, 910; *Jauernig/Budzikiewicz*, BGB, 16. Aufl. 2015, § 1365 Rdnr. 3.

105 Siehe entsprechend zu § 419 BGB a. F. BGH, Urteil vom 18.12.1970, IV ZR 1082/68, NJW 1971, 505; BGH, Urteil vom 19.2.1976, III ZR 75/74, NJW 1976, 1398, 1400.

106 Siehe dazu schon oben bei Fn. 83.

107 A. A. *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1986, die den Vergleich wegen der anderen Schutzzwecke und der anderen Rechtsfolgen ablehnen.

kehrerschutz zugunsten des Rechtsverkehrs und zulasten der Gesellschafter ausfällt.<sup>108</sup> Es ist nochmals zu betonen, dass Ausgangspunkt der durch die unbeschränkbare Vertretungsmacht des Vorstandes (§ 82 AktG) verwirklichte Verkehrsschutz ist, der durch § 179a AktG eine punktuelle Durchbrechung zum Schutz der Aktionäre erfährt.<sup>109</sup> Um diesem Ausnahmecharakter gerecht zu werden, sollte die geschilderte erweiternde Auslegung kompensiert werden, indem der Tatbestand durch ein subjektives Erfordernis eingeschränkt wird. Zudem haben sich die Aktionäre (vermittelt durch den Aufsichtsrat) den Vorstand als Vertreter der AG ausgesucht, können ihn überwachen und werden bei pflichtwidrigem Verhalten durch interne (Schadensersatz-)Ansprüche geschützt. Demgegenüber ist der Vertragspartner in einer schutzwürdigeren Position, da von ihm die Prüfung der „Wesentlichkeit“ des übertragenen Vermögens kaum zu leisten ist, insbesondere (aber nicht nur) wenn es sich um einen Verbraucher handelt. Gerade wegen der Erweiterung auf einzelne Vermögensgegenstände, wie etwa Grundstücke, ist es sehr gut möglich, dass es sich nicht um den „klassischen“ Fall eines Unternehmenskaufs im Wege des asset deals handelt. Schließlich wird noch die Publizitätsrichtlinie,<sup>110</sup> namentlich ihr Art. 10 Abs. 1 UAbs. 2<sup>111</sup> (nunmehr Art. 9 Abs. 1 UAbs. 2 der EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie<sup>112</sup>) für die subjektive Komponente ins Feld geführt.<sup>113</sup>

Dieser teleologischen Reduktion kann nur schwerlich entgegengehalten werden, dass ein zusätzliches subjektives Erfordernis im Gesetzeswortlaut keinen Halt finde,<sup>114</sup> denn bei § 1365 BGB ist dies nicht anders. Die Gegner der teleologischen Reduktion argumentieren zudem, es ergebe sich sonst

108 Im Ergebnis ebenso *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 817, 818; *Brockner/Schulenburg*, BB 2015, 1993, 1997; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 82; *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 238; vgl. auch *Grunewald*, JZ 1995, 577, 578.

109 Bezeichnend für die zu kurz greifende Betrachtungsweise der Gegenansicht etwa *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 42, wonach „der Schutz des Rechtsverkehrs oder der Vertragspartner gerade nicht von § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG bezweckt“ sei.

110 Richtlinie 2009/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.9.2009 zur Koordinierung der Schutzbestimmungen, die in den Mitgliedstaaten den Gesellschaften i. S. d. Art. 48 Abs. 2 des Vertrags im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind, um diese Bestimmungen gleichwertig zu gestalten, Abl. EU Nr. L 258 vom 1.10.2009, S. 11.

111 „Für Handlungen, die den Rahmen des Gegenstands des Unternehmens überschreiten, können die Mitgliedstaaten jedoch vorsehen, dass die Gesellschaft nicht verpflichtet wird, wenn sie beweist, dass dem Dritten bekannt war, dass die Handlung den Unternehmensgegenstand überschreitet, oder dass er darüber nach den Umständen nicht in Unkenntnis sein konnte. Allein die Bekanntmachung der Satzung reicht zu diesem Beweis nicht aus.“

112 Richtlinie (EU) 2017/1132 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14.6.2017 über bestimmte Aspekte des Gesellschaftsrechts, Abl. EU Nr. L 46 vom 30.6.2017.

113 *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 817, 818: „Diese Formulierung spricht für sich.“

114 So aber *Leitzen*, NZG 2012, 491, 492; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 41; ferner *Bayer/Lieder/Hoffmann*, AG 2017, 717, 721.

ein Wertungswiderspruch zu den §§ 177 ff. BGB, weil die Kenntnis des Vertragspartners von der fehlenden Vertretungsmacht nach § 179 Abs. 3 BGB lediglich dazu führe, dass die Haftung des Vertreters nach § 179 Abs. 1 BGB (falls die Genehmigung verweigert wird) entfalle, es im Ausgangspunkt aber bei der Anwendung des § 177 BGB (schwebende Unwirksamkeit) bleibe.<sup>115</sup> Auch das vermag nicht zu überzeugen. Zur Geltung der §§ 177 ff. BGB gelangt man erst dann, wenn der Tatbestand des § 179a AktG erfüllt ist. Hier geht es jedoch um die Frage, ob der tatbestandliche Anwendungsbereich überhaupt eröffnet ist.<sup>116</sup> Schließlich kann nicht pauschal kritisiert werden, die teleologische Reduktion würde das Telos des § 179a AktG vereiteln, weil der Aktionärsschutz bei Gutgläubigkeit des Erwerbers leerliefe.<sup>117</sup> Dies verkennt, dass nicht einseitig die Aktionärsinteressen in den Blick genommen werden dürfen, sondern § 179a AktG eine wertende Abwägung zwischen den Interessen der Aktionäre und des Rechtsverkehrs beinhaltet. Würde ausschließlich der Aktionärsschutz durch die tatbestandliche Erweiterung gestärkt, so wäre das eine Missachtung der gesetzgeberischen Abwägung. Zudem lässt sich dem Aktionärsschutz dadurch Rechnung tragen, dass es im Innenverhältnis beim Zustimmungserfordernis verbleibt und lediglich die Außenwirkung von der Bösgläubigkeit des Vertragspartners abhängt.<sup>118</sup>

### III. Analoge Anwendung auf andere Rechtsformen

Über die erweiternde Auslegung des Tatbestandes hinaus erfährt § 179a AktG eine weitere Ausdehnung, weil die überwiegende Meinung in Rechtsprechung und Literatur die Vorschrift auf andere Gesellschaftsformen überträgt. Im Gesetz ist dies lediglich für die Kommanditgesellschaft auf Aktien<sup>119</sup> und für die Societas Europaea<sup>120</sup> vorgesehen. Für die anderen Gesellschaftsformen kommt nur eine Analogie in Betracht.

#### 1. Grundsätzliche Übertragbarkeit

##### a) GmbH

Zunächst soll die GmbH in den Blick genommen werden, da sie als Kapitalgesellschaft mit der AG vergleichbar ist, aufgrund der abweichenden Struktur und des anderen Erscheinungsbildes (nach dem Gesetz ebenso wie in der Praxis) aber zugleich eine gewisse Nähe zu den Personengesellschaften aufweist und damit ein „Zwischenglied bei der Herausbildung allgemeiner Lehren“<sup>121</sup> bildet.

115 *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1986.

116 Ebenfalls ablehnend *Brockner/Schulenburg*, BB 2015, 1993, 1997; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 82.

117 So aber *Bayer/Lieder/Hoffmann*, AG 2017, 717, 721; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1987.

118 So etwa *Weber*, DNotZ 2018, 96, 119.

119 Vermittelt durch die allgemeine Verweisung des § 278 Abs. 3 AktG.

120 Art. 52 UAbs. 2 SE-VO; dazu *Lutter/Hommelhoff/Teichmann/Spindler*, SE-Kommentar, 2. Aufl. 2015, Art. 52 Rdnr. 44; ferner *Brockner/Schulenburg*, BB 2015, 1993; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983 Fn. 11.

121 *K. Schmidt* in FS Stimpel, 1985, S. 217, 219, auch allgemein zur Institutionenbildung im Gesellschaftsrecht.



Ohne große Umschweife hat der BGH im Jahr 1995 obiter dictum und unter Berufung auf „die herrschende Meinung“ entschieden, dass „der Rechtsgedanke“ des § 361 AktG 1965 auf die GmbH entsprechend anwendbar sei.<sup>122</sup> Die Literatur folgt dem überwiegend und trägt zur Begründung vor, § 361 AktG 1965 bzw. heute § 179a AktG sei Ausdruck eines verallgemeinerungsfähigen Prinzips des Verbandsrechtes.<sup>123</sup> Der Schutzzweck greife auch bei der GmbH, weil die GmbH-Gesellschafter gleichermaßen wie Aktionäre (und im Gegensatz zum Vertragspartner der GmbH) schutzwürdig seien.<sup>124</sup> Es gebe keine relevanten Unterschiede, die der Übertragbarkeit entgegenstünden.<sup>125</sup>

Indes lässt sich bezweifeln, ob die Voraussetzungen für einen Analogieschluss – planwidrige Regelungslücke und Vergleichbarkeit der Interessenlage – gegeben sind.<sup>126</sup> Ähnlich wie § 82 AktG statuiert § 37 Abs. 2 GmbHG die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers (im Außenverhältnis).<sup>127</sup> Darin ist eine grundsätzliche Entscheidung des Gesetzgebers zu sehen, dem Schutz des Rechtsverkehrs einen hohen Stellenwert einzuräumen.<sup>128</sup> Eine Ausnahmenvorschrift für Gesamtvermögensgeschäfte enthält das GmbH-Recht demgegenüber nicht. Fraglich ist nun, ob in dieses Normgefüge einzugreifen ist, indem § 179a AktG analog zur Anwendung gebracht und damit die in dieser Norm enthaltene wertende Interessenabwägung zwischen dem Schutz der Gesellschafter einerseits und dem Schutz des Rechtsverkehrs andererseits übertragen wird. Dies ist freilich nicht ausgeschlossen, bedeutet ein Analogieschluss doch gerade, eine gesetzliche Wertung auf einen anderen Bereich zu übertragen, obwohl der dortige Normbestand diese Wertung nicht beinhaltet.<sup>129</sup> Die bisherigen Ausführungen sollten jedoch verdeutlicht haben, dass sich die analoge Anwendung des § 179a AktG nicht mit der pauschalen Aussage begründen lässt, auch die Interessen der GmbH-Gesellschafter seien durch Gesamtvermögensgeschäfte der Geschäftsführung be-

droht.<sup>130</sup> Vielmehr sind die betroffenen Interessen umfassend in den Blick zu nehmen und es ist nach Unterschieden zwischen Aktien- und GmbH-Recht Ausschau zu halten, die gerade mit Blick auf das Telos des § 179a AktG bedeutsam sein könnten.

Derartige Unterschiede bestehen zunächst betreffend die Einflussmöglichkeiten der Anteilshaber auf das Management. Die GmbH-Gesellschafter bestimmen unmittelbar (und nicht vermittelt durch den Aufsichtsrat) den Geschäftsführer; sie sind ihm gegenüber weisungsbefugt und haben daher direktere Möglichkeiten, unternehmerische Entscheidungen an sich zu ziehen und satzungswidrige Vermögensübertragungen durch den Geschäftsführer zu unterbinden, als bei der AG. Dort kann die Geschäftsführungskompetenz des Vorstandes nur durch die Satzung eingeschränkt werden und der Vorstand ist ausweislich § 83 Abs. 2 AktG nur insoweit an Beschlüsse der Hauptversammlung gebunden, als der Hauptversammlung durch Gesetz oder Satzung eine Beschlusskompetenz zugewiesen ist oder aber der Vorstand die Frage nach § 119 Abs. 2 AktG freiwillig zur Entscheidung vorlegt.<sup>131</sup> Vor diesem Hintergrund sind die GmbH-Gesellschafter also weniger schutzwürdig als die Aktionäre. Gleiches gilt im Hinblick auf ihre Befugnis, den Geschäftsführer jederzeit abzu-berufen.<sup>132</sup> Auch auf die besonderen Informationen entsprechend § 179a Abs. 2 AktG sind die GmbH-Gesellschafter nicht angewiesen, da § 51a GmbHG ihnen ein umfassendes und unentziehbares Informationsrecht gewährt.<sup>133</sup> Mag das Konzept des § 179a AktG aufgrund der schwachen Stellung der Aktionäre für die AG sinnvoll sein, fehlt ihm für die GmbH aufgrund der weitergehenden Rechte der Gesellschafter die Grundlage.<sup>134</sup>

Dem könnte entgegengehalten werden, dass diese Rechte den Gesellschaftern nicht helfen, wenn das Kind schon in den Brunnen gefallen ist und der Vertrag – im Außenverhältnis wirksam – abgeschlossen wurde.<sup>135</sup> Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass zwischen der AG und der GmbH ein genereller Unterschied in der gesellschaftsinternen Machtverteilung besteht: Der Vorstand der AG hat die Gesellschaft nach

122 BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961, 962, wobei der BGH, anders als noch im Urteil vom 8.7.1991, II ZR 246/90, DNotZ 1992, 167, 168 f., gar keine Fundstellen für die Gegenansicht zitiert.

123 Goette, DStR 1995, 425, 426; dezidiert auch Bayer/Lieder/Hoffmann, AG 2017, 717, 718.

124 Eickelberg/Mühlen, NJW 2011, 2476, 2479 f.; Hausch, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 29 f.; Henssler/Strohn/Strohn, Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2016, § 179a AktG Rdnr. 2; Michalski/Hoffmann, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 53 Rdnr. 165; Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Lutter in FS Werner, 1984, S. 477, 482; Packi, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 238; Stellmann/Stoockle, WM 2011, 1983; Weber, DNotZ 2018, 96, 120 f.

125 Hüren, RNotZ 2014, 77, 86; Stellmann/Stoockle, WM 2011, 1983.

126 Ebenfalls zweifelnd Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; klar ablehnend KK-AktG/Kraft, § 361 Rdnr. 4; Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Kropff, AktG, Stand: 1993, § 361 Rdnr. 11.

127 Bredthauer, NZG 2008, 816, 819; Servatius in FS Stilz, S. 601, 605 f.

128 Vgl. auch Timm, AG 1980, 172, 177 f.

129 Vgl. nur Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaften, 3. Aufl. 1995, S. 202 ff.

130 Im Ausgangspunkt ebenso Lutter in FS Werner, S. 477, 482: „[Die] Rechtsfolge geht hier auf Einschränkung der Vertretungsmacht des Vorstands, also zulasten Dritter. Eine solche Analogie zulasten Dritter aber ist problematisch und, jedenfalls ohne gewisse Einschränkungen, nur schwer begründbar.“

131 Geßler/Hefermehl/Eckardt/Kropff/Kropff, AktG, § 361 Rdnr. 11; Servatius in FS Stilz, S. 601, 605, 608; vgl. auch Scheel in FS Wegen, S. 297, 310; vgl. zur besonderen Schutzbedürftigkeit der Aktionäre auch Decker, NZG 2018, 447, 448, der aber im Ergebnis gleichwohl von einer analogen Anwendung des § 179a AktG auf andere Gesellschaftsformen ausgeht.

132 Bredthauer, NZG 2008, 816, 819.

133 Servatius in FS Stilz, S. 601, 610.

134 Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass zu Zeiten des § 303 HGB 1897 die Machtverteilung innerhalb der AG noch abweichend geregelt war, namentlich § 235 Satz 1 HGB 1897 den Aktionären ein Weisungsrecht gegenüber dem Vorstand einräumte, denn § 303 HGB 1897 hatte einen gänzlich anderen Zweck (Gläubigerschutz), siehe oben, I. 2.

135 Ebenso Hausch, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 30; in diese Richtung auch Packi, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 238.

§ 79 Abs. 1 AktG unter eigener Verantwortung zu leiten, wohingegen der Geschäftsführer der GmbH die Gesellschaft in von der Gesellschafterversammlung abgeleiteter Verantwortung führt.<sup>136</sup> Das ist zugleich Ausprägung dessen, dass die GmbH typischerweise personalistischer ausgestaltet ist, wohingegen die Aktionäre der AG regelmäßig vorrangig Kapitalgeber sind. Das mit der Zuständigkeitsteilung einhergehende Prinzipal-Agent-Problem<sup>137</sup> ist bei der GmbH merklich schwächer ausgeprägt, als bei der AG. Bei der GmbH greifen deshalb andere Schutzinstrumente. Namentlich ist der Geschäftsführer bei besonders bedeutsamen Geschäften verpflichtet, diese der Gesellschafterversammlung vorzulegen.<sup>138</sup> Anders als § 179a AktG (aber vergleichbar mit der zur AG entwickelten Holzmüller-Doktrin des BGH) kommt diesem Schutzinstrument gerade keine Außenwirkung zu,<sup>139</sup> wenn nicht – und auch dieses Institut schützt die Gesellschafter<sup>140</sup> – ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt.

Es kann somit nicht davon gesprochen werden, dass die GmbH-Gesellschafter ebenso schutzwürdig seien wie die Aktionäre der AG; ihr Schutz ist auf anderem Wege sichergestellt. Die dem § 179a AktG immanente Interessenabwägung passt also für die GmbH nicht.

Unabhängig von der Frage der Analogievoraussetzungen lässt sich der Übertragung der Norm außerdem entgegenhalten, das deutsche Recht stünde bei einer analogen Anwendung auf die GmbH im Widerspruch zu Art. 10 Abs. 1 und 2 der Publizitätsrichtlinie (nunmehr Art. 9 Abs. 1 und 2 der EU-Gesellschaftsrechtsrichtlinie), der die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht des Vertretungsorgans vorschreibt und Abweichungen nur durch nationales Gesetz erlaubt. Ob eine bloß analoge Anwendung dem genügt, ist zu bezweifeln.<sup>141</sup>

Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente dafür, § 179a AktG nicht analog auf die GmbH anzuwenden.

## b) Personengesellschaften

Gesamtvermögensgeschäfte von Personengesellschaften sollen nach der überwiegenden Auffassung ebenfalls von der Zu-

stimmung der Gesellschafter abhängen.<sup>142</sup> Wiederum wird in der Literatur mit der vergleichbaren Schutzwürdigkeit von Personengeschaftern und Aktionären bzw. sogar mit einem Erst-recht-Schluss argumentiert.<sup>143</sup> Der BGH hat zur Begründung im Jahr 1995<sup>144</sup> (also noch zu § 361 AktG 1965 und damit vor der gesetzessystematischen Neuorientierung der Norm) ausgeführt, dass das Veräußerungsgeschäft in aller Regel die Einstellung des Geschäftsbetriebes bedeute und damit die Gesellschaft ihre Eigenschaft als werbendes Unternehmen verliere, die Veräußerung also zu einer Änderung des Gesellschaftszwecks führe. Dieser Gedanke sei Grundlage des § 361 AktG 1965 und treffe auch für das (gesamte) Personengesellschaftsrecht zu.<sup>145</sup> Die Konsequenz sei, dass der Vertragsschluss von der Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter nicht gedeckt sei, sondern der Zustimmung aller bedürfe.<sup>146</sup> Dies sei zumindest (entsprechend den Maßstäben des § 179a AktG) dann der Fall, wenn die Gesellschaft nicht mehr im Rahmen ihres Unternehmensgegenstandes unternehmerisch tätig sein könne.<sup>147</sup> Betreffend die dahinterstehenden Interessen wird auch hier nur pauschal darauf abgehoben, dass die Gesellschafter einer Personengesellschaft nicht weniger schutzwürdig seien als die Aktionäre der AG.<sup>148</sup>

Die Begründung des BGH überrascht schon deshalb, weil die Auflösung der Gesellschaft und damit die Zweckänderung bereits seit dem AktG 1965 nicht mehr als zwingender Bestandteil der Gesamtvermögensveräußerung vorgesehen ist.<sup>149</sup> Für

142 BGH, Urteil vom 8.7.1991, II ZR 246/90, DNotZ 1992, 167 (zwar offenlassend, aber mit bejahender Tendenz); BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961 f.; BGH, Urteil vom 16.12.2004, III ZR 119/04, NJW 2005, 753, 754; LG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.2016, 39 O 3/16, NZG 2017, 1260, 1262; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 199; *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254; *Goette*, DStR 1995, 425, 426; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 88 f.; *Krauß*, notar 2017, 312, 313; *K. Schmidt*, ZGR 1995, 675, 679 ff.; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 14; *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 30 ff.; *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983.

143 So *Weber*, DNotZ 2018, 96, 122 f. und andeutungsweise auch OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 199 f.; gegen einen pauschalen Erst-recht-Schluss spricht, dass § 179a AktG eine wertende Abwägung gegenläufiger Interessen immanent ist, diesen Interessen im Aktien- und im Personengesellschaftsrecht aber unterschiedliches Gewicht zukommt und sie in den jeweiligen Rechtsgebieten unterschiedlichen Niederschlag gefunden haben; siehe im Einzelnen sogleich unter III. 1. b) aa).

144 BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961 f.

145 BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961 f.; BGH, Urteil vom 16.12.2004, III ZR 119/04, NJW 2005, 753, 754; ferner OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.7.2004, 5 W (Lw) 55/03, juris Rdnr. 48; *Goette*, DStR 1995, 425, 426; *K. Schmidt*, ZGR 1995, 675, 679 f.; *Schmidt/Lutter/Seibt*, AktG, § 179a Rdnr. 4; *MünchKomm-AktG/Stein*, § 179a Rdnr. 14.

146 BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961 f.; *Goette*, DStR 1995, 425, 426; *MünchKomm-HGB/K. Schmidt*, 3. Aufl. 2012, § 126 Rdnr. 13.

147 Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, HGB, 3. Aufl. 2014, § 126 Rdnr. 7, 9; *MünchKomm-HGB/K. Schmidt*, § 126 Rdnr. 13; vgl. dazu auch *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 235 f.

148 *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 267 f.

149 *Bredoll/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1420.

136 *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, 2. Aufl. 2016, § 37 Rdnr. 69 ff., 115; *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 37 Rdnr. 11; *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 37 Rdnr. 4; ferner *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2014, § 8 Rdnr. 123 f. im Rahmen der Frage, ob die Holzmüller- und Gelatine-Grundsätze auch im GmbH-Recht Anwendung finden.

137 Dazu grundlegend *Berle/Means*, The Modern Corporation and Private Property, 1932; *Jensen/Meckling*, 3 J. Fin. Econ. 305 (1976); ferner dazu *Fleischer*, NJW 2004, 2335, 2336 f. m. w. N.

138 Vgl. § 49 Abs. 2 GmbHG; ferner *Roth/Altmeyden/Altmeyden*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 37 Rdnr. 8; *Hommelhoff*, ZIP 1983, 383, 385; *Michalski/Lenz*, GmbHG, § 37 Rdnr. 14 f.; *Servatius* in FS Stilz, S. 601, 608 f.

139 *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, § 37 Rdnr. 16.

140 *Servatius* in FS Stilz, S. 601, 611.

141 *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 819; *Servatius* in FS Stilz, S. 601, 606, 611; a. A. DNotI-Gutachten Nr. 115438, S. 4; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 86.

die Personengesellschaften entsprach es ohnehin über Jahrzehnte hinweg der herrschenden Meinung, dass derartige Geschäfte von der Vertretungsmacht erfasst seien.<sup>150</sup> Noch weitergehend wird vorgetragen, der Gesetzgeber habe bei den mehrfachen Gesetzesänderungen ausreichend Gelegenheit gehabt, die Norm für entsprechend anwendbar zu erklären, wenn es seinem Willen entsprochen hätte.<sup>151</sup>

Die Begründung des BGH ist aber auch deshalb zu bemängeln, weil sie zwei zu trennende Fragen vermengt: einerseits, ob die gesetzgeberische Wertung des § 179a AktG auf die Personengesellschaften übertragbar ist, andererseits, ob ein Grundlagengeschäft vorliegt und daraus ein Zustimmungserfordernis folgt. Es handelt sich hierbei um zwei unterschiedliche Kategorien, die separat zu untersuchen sind.

#### aa) Vergleichbarkeit von Aktiengesellschaft und Personengesellschaften

Hinsichtlich der ersten Frage bestehen erhebliche Zweifel. Es lassen sich wesentliche Unterschiede zwischen Personengesellschaften und der AG ausmachen, die der Übertragung der gesetzgeberischen Interessenabwägung des § 179a AktG zwischen dem Gesellschafterschutz und dem Schutz des Rechtsverkehrs auf die Personengesellschaften entgegenstehen.<sup>152</sup>

Die Struktur der Personengesellschaften ist im Vergleich zur GmbH und erst Recht zur AG noch personalistischer.<sup>153</sup> Aufgrund ihres direkten Einflusses auf die Geschäftsführung und ihrer Informationsrechte und -möglichkeiten sind die Gesellschafter weniger schutzwürdig als die Aktionäre der AG. Insbesondere aufgrund der zwingenden Selbstorganschaft weicht die Interessenlage bei den Personengesellschaften erheblich von derjenigen bei den Kapitalgesellschaften ab.<sup>154</sup> Die Aktionäre können auf den Vorstand im Wesentlichen nur vermittelt durch die Wahl des Aufsichtsrates Einfluss nehmen, sodass das Prinzipal-Agent-Problem hier am stärksten ausgeprägt ist. Bei der GmbH besteht zumindest ein Weisungsrecht der Gesellschafter. Bei den Personengesellschaften ist demgegenüber eine Fremdorganschaft gar nicht möglich. Diese Unterschiede im Machtgefüge sprechen gegen die Übertragbarkeit des § 179a AktG, der, wie eingangs erläutert, rechtstechnisch eine Regelung der Zuständigkeitsverteilung und der internen Willensbildung ist. Bei gleichwohl möglichen Meinungsverschiedenheiten der Gesellschafter sind sie nicht schutzlos, bestehen doch auch hier (interne) Zustimmungser-

fordernisse und der Schutz durch die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht.<sup>155</sup>

Zwischen den verschiedenen Typen von Personengesellschaften bestehen freilich Unterschiede, die jedoch nicht notwendigerweise zu einer abweichenden Behandlung führen:

Bei der OHG und der KG ist die umfassende und im Außenverhältnis unbeschränkbare Vertretungsmacht der gesetzliche Regelfall (§§ 126, 161 Abs. 2 HGB); insoweit besteht eine Parallele zu AG und GmbH. Die hier besonders beachteten Grundstücksveräußerungen werden von § 126 Abs. 1 HGB sogar ausdrücklich erfasst. Der Zeiger schlägt damit auch hier grundsätzlich in Richtung des Vertrauensschutzes des Rechtsverkehrs aus. Diese Entscheidung darf nicht ohne sorgsamem Abgleich der Interessenlagen durch Übertragung des § 179a AktG und der darin enthaltenen Interessenabwägung ersetzt werden.<sup>156</sup> Die eben genannten Unterschiede sprechen vielmehr klar dagegen. Die KG mag insofern den Kapitalgesellschaften angenähert sein, als die Kommanditisten wegen ihrer eingeschränkten Kontroll- und Informationsrechte (§§ 164, 166 HGB) und der Beschränkung ihrer Haftung auf die Einlage (§ 161 Abs. 1, § 171 Abs. 1 HGB) nicht unähnlich den Aktionären vorrangig als bloße Kapitalgeber fungieren.<sup>157</sup> Gleichwohl bleibt es auch hier bei der grundsätzlich personalistischen Struktur, zumal die Binnenstruktur ausweislich § 163 HGB weitgehend der Dispositionsbefugnis der Gesellschafter unterliegt.

Bei der GbR fehlt es an einer dem § 126 Abs. 1 HGB entsprechenden Regelung. Daraus kann allerdings nicht abgeleitet werden, bei der GbR sei § 179a AktG nun eher übertragbar als bei OHG und KG. Vielmehr sind auch hier die fundamentalen Unterschiede zwischen Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften und umso ausgeprägter zwischen der GbR und der AG zu sehen: Die Personengesellschaften zeichnen sich durch bedeutend größere Freiheit bei der Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages aus. Diese Gestaltungsfreiheit ist bei der GbR als Grundform der Gesellschaften am größten und nimmt über die Personenhandelsgesellschaften und die GmbH bis hin zur AG mit ihrer Satzungsstrenge (§ 23 Abs. 5 AktG) immer weiter ab, weil sie im Interesse des Schutzes des Rechtsverkehrs<sup>158</sup> gesetzlich zwingenden Strukturen weichen muss.<sup>159</sup> Bei der GbR ist daher sogar die Beschränkung der Vertretungsmacht im Außenverhältnis zulässig.<sup>160</sup> Eine solche

<sup>150</sup> Dazu *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 856 f. mit zahlreichen Nachweisen; vgl. dazu auch DNotI-Gutachten Nr. 115438, S. 2.

<sup>151</sup> *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 862 f., der ferner darauf hinweist, das Problem sei bereits früh in Rechtsprechung und Literatur behandelt worden und habe dem Gesetzgeber daher bekannt sein müssen.

<sup>152</sup> Ebenso *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 867 f.; Großkomm. HGB/*Burgard*, 5. Aufl. 2009, § 22 Rdnr. 39 ff.; ferner *Grunewald*, JZ 1995, 577; MünchKomm-HGB/*Grunewald*, § 164 Rdnr. 18; *Kirsch*, EWIR 1995, 483, 484.

<sup>153</sup> Vgl. auch DNotI-Report 2017, 41, 42.

<sup>154</sup> Siehe auch *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 863 f.

<sup>155</sup> *Grunewald*, JZ 1995, 577, 578; dem folgend *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 867 f.

<sup>156</sup> Vgl. auch *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 862 f., 866 f.; ferner *Grunewald*, JZ 1995, 577 und *Grunewald/Müller*, JZ 1997, 698, 700.

<sup>157</sup> Vgl. auch *Packl*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 271 f.

<sup>158</sup> Bei der AG insbesondere wegen der Fungibilität der Anteile, namentlich zwecks Handelbarkeit an der Börse; dazu *Hüffer/Koch*, AktG, § 23 Rdnr. 34; MünchKomm-AktG/*Pentz*, § 23 Rdnr. 158.

<sup>159</sup> Vgl. *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 863 f.; *Kirsch*, EWIR 1995, 483, 484.

<sup>160</sup> MünchKomm-BGB/*Schäfer*, 7. Aufl. 2017, § 714 Rdnr. 24; Henssler/Strohn/*Servatius*, Gesellschaftsrecht, § 714 BGB Rdnr. 7; Prinz/Hoffmann/*Stengel*, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 4. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 316.



Beschränkung muss dann aber auch vereinbart werden, wenn sie von den Gesellschaftern gewünscht wird. Der Gesetzgeber überlässt also den Ausgleich von Gesellschafter- und Verkehrerschutz hier einer privatautonomen Lösung. Auch diese Entscheidung ist zu respektieren und nicht durch eine Übertragung des § 179a AktG zu überspielen.<sup>161</sup>

Bei den Personengesellschaften rückt zudem neben dem fehlenden Schutzbedürfnis der Gesellschafter die erhöhte Schutzbedürftigkeit des jeweiligen Vertragspartners der Gesellschaft stärker in den Blick, insbesondere bei der Veräußerung einzelner Gegenstände, die nur nahezu das ganze Gesellschaftsvermögen ausmachen.<sup>162</sup>

Die oben erwähnten Strukturunterschiede (personalistische vs. kapitalistische Struktur) beeinflussen die Wahrnehmung des Rechtsverkehrs. Bei der OHG, der KG und umso mehr bei der GbR ist typischerweise von einer viel engeren internen Abstimmung auszugehen als bei einer AG, die nicht ständig Hauptversammlungen einberufen kann. Dass der Rechtsverkehr hierauf vertraut, ist anzuerkennen und in die Abwägung mit dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter einzustellen. Ferner ist zu bedenken, dass der Vertragspartner die im Rahmen der qualitativen Betrachtung<sup>163</sup> erforderliche Prüfung anhand des satzungsmäßigen Unternehmensgegenstandes kaum zu leisten vermag, da der Unternehmensgegenstand selbst bei OHG und KG nicht im Handelsregister eingetragen werden kann.<sup>164</sup> Der Gesellschaftsvertrag muss mangels Formgebot nicht einmal schriftlich niedergelegt sein und selbst wenn dies der Fall ist, sind formlose Änderungen nicht auszuschließen.<sup>165</sup> Soweit auf quantitative Kriterien abgestellt wird, gereicht dem Vertragspartner zum Nachteil, dass er aufgrund der geringeren Publizität der Personengesellschaften die Vermögenssituation und die Wertverhältnisse nur unzureichend ermitteln kann.<sup>166</sup>

Mangels vergleichbarer Interessenlage ist eine analoge Übertragung des § 179a AktG auf Personengesellschaften folglich abzulehnen.

161 Siehe zum Ganzen auch *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 90 f.; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 714 Rdnr. 24; für die analoge Anwendung aber *Goette*, DSr 1995, 425, 426; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 494; DNotI-Gutachten Nr. 119791, S. 1.

162 Siehe zu den Kriterien oben, II. 1.; umso bedeutsamer ist das Schutzbedürfnis des Vertragspartners, hegt man nicht – wie hier, siehe oben unter II. 3. – Sympathie für ein zusätzliches subjektives Erfordernis.

163 Dazu oben, II. 1. b).

164 Dazu *Baumbach/Hopt/Roth*, HGB, § 106 Rdnr. 2; der Unternehmensgegenstand ist allenfalls in der Bekanntmachung nach § 34 HRV enthalten.

165 Vgl. dazu auch *Leitzen*, NZG 2012, 491, 494; *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 237; ferner *Hausch*, Forum Immobilienrecht 2009, S. 11, 33 f., der aus diesem Umstand jedoch die Folgerung zieht, es müsse statt der qualitativen die quantitative Betrachtung für die Beurteilung des „ganzen Gesellschaftsvermögens“ gelten, wenn nicht – zumindest bei OHG und KG – der Unternehmensgegenstand aus den Registerakten (namentlich aus einer Erklärung gemäß § 24 Abs. 4 HRV) ersichtlich sei.

166 Vgl. auch *Grunewald*, JZ 1995, 577, 578; ferner *Grunewald/Müller*, JZ 1997, 698, 700.

## bb) Zustimmungspflichtigkeit bei Grundlagengeschäften

Unabhängig davon kann es sich bei der Gesamtvermögensveräußerung einer Personengesellschaft um ein Grundlagengeschäft handeln, das die Zustimmung aller Gesellschafter erfordert. Grundlagengeschäfte sind solche Geschäfte, die die Grundlagen des Gesellschaftsverhältnisses berühren. Für derartige Geschäfte fehlt es den Gesellschaftern an der Vertretungsmacht,<sup>167</sup> da es sich gar nicht um ein unternehmerisches Geschäft der Gesellschaft handelt, sondern um ein das Innenverhältnis betreffendes Geschäft zwischen den Gesellschaftern.<sup>168</sup>

Die meisten Stimmen qualifizieren die Veräußerung des gesamten Gesellschaftsvermögens als Grundlagengeschäft.<sup>169</sup> Denn es werde dadurch faktisch der Gesellschaftszweck geändert.<sup>170</sup> Andere lehnen den Grundlagencharakter gerade wegen dieser bloß faktischen Wirkung auf das Gesellschafterverhältnis ab. Es handele sich um ein Veräußerungsgeschäft zwischen der Gesellschaft und einem Dritten, nicht um ein Geschäft zwischen den Gesellschaftern, deren Verhältnis nur mittelbar durch die praktischen Konsequenzen des Geschäftes betroffen sei.<sup>171</sup>

Letzteres überzeugt. Es ist gerade eine der Erkenntnisse aus der Entwicklung des § 179a AktG, dass die Veräußerung des gesamten Vermögens und die Auflösung der Gesellschaft (allgemeiner: eine Änderung des Unternehmenszwecks) nicht zwingend Hand in Hand gehen. Vielmehr sind auch andere Zwecksetzungen denkbar, etwa die bloße Umschichtung des (wesentlichen) Vermögens, insbesondere bei rein vermögensverwaltenden Gesellschaften. Ein Grundlagengeschäft – sei es die Auflösung der Gesellschaft, sei es die Änderung des Unternehmensgegenstandes – kann im Zusammenhang mit einer Gesamtvermögensveräußerung auftreten und bedarf dann der ausdrücklichen oder konkludenten Zustimmung aller Gesellschafter. Die Veräußerung ist jedoch auch ohne dies möglich. Gleichwohl wird die Veräußerung regelmäßig ein außergewöhnliches Geschäft der Geschäftsführung i. S. d. § 116 Abs. 1, 2, § 161 Abs. 2 HGB sein;<sup>172</sup> dies führt allerdings nur

167 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 714 Rdnr. 25; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 126 Rdnr. 10; Prinz/Hoffmann/Stengel, Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, § 3 Rdnr. 320.

168 Vgl. BGH, Urteil vom 11.2.1980, II ZR 41/79, ZIP 1980, 369, 370; RG, Urteil vom 20.12.1939, II 88/39, RGZ 162, 370, 374; Koller/Kindler/Roth/Morck/Kindler, HGB, 8. Aufl. 2015, § 114 Rdnr. 2; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 126 Rdnr. 10; vgl. auch *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 236.

169 OLG Hamm, Beschluss vom 24.5.2007, 15 W 145/07, NZG 2008, 21, 23; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, HGB, § 126 Rdnr. 9; *Baumbach/Hopt/Hopt*, HGB, § 114 Rdnr. 3, § 126 Rdnr. 3; Koller/Kindler/Roth/Morck/Kindler, HGB, § 114 Rdnr. 2; *Kirsch*, EWIR 1995, 483, 484; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 122; ferner *Beisel/Klumpp/Beisel*, Der Unternehmenskauf, 7. Aufl. 2016, § 8 Rdnr. 57 f.

170 So etwa MünchKomm-BGB/Schäfer, § 714 Rdnr. 25.

171 *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 859 ff.; vgl. dazu auch *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 236.

172 Vgl. auch OLG Stuttgart, Urteil vom 25.2.2009, 14 U 24/08, ZIP 2010, 131, 133.

zu einem intern wirkenden Zustimmungserfordernis; die Vertretungsmacht bleibt – vorbehaltlich eines Missbrauchs der Vertretungsmacht – unberührt.<sup>173</sup>

Für diese Sichtweise spricht des Weiteren, dass dann, wenn auch bloß faktische Wirkungen auf das Gesellschaftsverhältnis für die Annahme eines Grundlagengeschäfts genügen, das Problem der Abgrenzung und Grenzziehung entsteht. In der Literatur werden insoweit Parallelen zu den zu § 179a AktG entwickelten Kriterien und Maßstäben erkennbar und es wird etwa danach gefragt, ob sich die Veräußerung im Rahmen des Unternehmensgegenstandes hält.<sup>174</sup> Zu bedenken ist allerdings, dass sich die Abgrenzungsfrage hier bei sämtlichen Gesamtvermögensveräußerungen stellt und nicht lediglich bei den Zweifelsfällen, in denen das „nahezu“ ganze Vermögen veräußert wird.<sup>175</sup> Wie schwierig diese Abgrenzung insbesondere bei den Personengesellschaften aufgrund der Formfreiheit und der mangelnden Transparenz ist, wurde oben<sup>176</sup> bereits ausgeführt. Zwar beschränkt die überwiegende Meinung zum Schutz des Rechtsverkehrs auch hier die Wirkung einer fehlenden Zustimmung – keine Vertretungsmacht – auf das Verpflichtungsgeschäft und betrachtet die Erfüllungsgeschäfte regelmäßig als wirksam,<sup>177</sup> doch ist dies, wie bereits im Rahmen des § 179a AktG gesehen, nur ein dürftiger Kompromiss.<sup>178</sup>

### c) Weitere Rechtsformen

Die Analogiefrage stellt sich gleichermaßen für andere Formen von Personenverbänden. Für die notarielle Praxis dürften insbesondere Gesamtvermögensgeschäfte von Genossenschaften<sup>179</sup> und Vereinen<sup>180</sup> relevant sein. Soweit Literatur und Rechtsprechung die Frage bejahen, rekurrieren sie allerdings ähnlich wie der BGH und die ihm folgende Literatur zu GmbH und Personengesellschaften lapidar auf die (vermeintliche) Verallgemeinerungsfähigkeit des Rechtsgedankens und postulieren eine vergleichbare Schutzwürdigkeit der Mitglieder.<sup>181</sup> Demgegenüber sollten die bisherigen Ausführungen gezeigt haben, dass Zurückhaltung angebracht ist. Eine eingehende

173 Dazu *Hadding* in FS Lutter, S. 851, 861; MünchKomm-HGB/*Jickeli*, 4. Aufl. 2016, § 116 Rdnr. 44.

174 So *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 236.

175 Ebenso *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 236 f.

176 Bei Fn. 162 ff.

177 Für eine Beschränkung auf das Verpflichtungsgeschäft BGH, Urteil vom 8.7.1991, II ZR 246/90, DNotZ 1992, 167, 169; Baumbach/*Hopt/Hopt*, HGB, § 126 Rdnr. 3; MünchKomm-HGB/*K. Schmidt*, 4. Aufl. 2016, § 126 Rdnr. 13; *K. Schmidt*, ZGR 1995, 675, 680 f.; a. A. aber *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1425.

178 Vgl. *Grunewald*, JZ 1995, 577, 578.

179 Bejahend OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.7.2004, 5 W (Lw) 55/03, juris Rdnr. 48; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1984; offenlassend *Leitzen*, NZG 2012, 491, 493.

180 Bejahend *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1984; offenlassend *Leitzen*, NZG 2012, 491, 493; für den Idealverein mit eingehender Begründung ablehnend *Lettl*, AcP 203 (2003), 149, 199 f.; wohl zustimmend hingegen MünchKomm-AktG/*Stein*, § 179a Rdnr. 14 mit Fn. 23.

181 So etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 29.7.2004, 5 W (Lw) 55/03, juris Rdnr. 48; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1984.

Beantwortung der Analogiefrage für andere Rechtsformen kann an dieser Stelle jedoch nicht geleistet werden.

## 2. Mehrheitserfordernis bei anderen Rechtsformen

Soweit man entgegen der oben geschilderten Einwände die analoge Anwendung auf GmbH und Personengesellschaften grundsätzlich bejaht, stellen sich einige Folgefragen zum Umfang der Analogie, die in der gebotenen Kürze zu beleuchten sind. Zunächst ist zu diskutieren, welchem Mehrheitserfordernis der Zustimmungsbeschluss unterliegt.

### a) GmbH

Nach einer Mindermeinung bedeutet die Analogie zu § 179a AktG, dass auch die zugehörigen Regelungen der § 133 Abs. 1 AktG und § 179 Abs. 2 Satz 1 AktG anzuwenden seien, sodass die Mehrheit der abgegebenen Stimmen und mindestens drei Viertel des bei der Beschlussfassung vertretenen Stammkapitals erforderlich seien.<sup>182</sup> Dafür ließe sich anführen, dass alle Vorgängernormen des § 179a AktG die Drei-Viertel-Mehrheit ausdrücklich und unmittelbar (nicht lediglich durch Verweisung) vorsahen und ebene Gesetze Fassungen auch die Grundlage für die Rechtsprechung des BGH waren. Überzeugender ist es jedoch, auf die allgemeinen Regeln des GmbH-Rechts, namentlich § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, zurückzugreifen.<sup>183</sup> Im Ergebnis führt dies zwar ebenso zum Erfordernis der Drei-Viertel-Mehrheit der abgegebenen Stimmen. Die Erstreckung der Analogie auf weitere, nicht unmittelbar von § 179a AktG in seiner heutigen Fassung angeordneten Rechtsfolgen würde jedoch selbst nach dem Verständnis der überwiegenden Meinung die Verallgemeinerungsfähigkeit des Aktienrechts überspannen.<sup>184</sup> Dogmatisch ließe sich anführen, dass die Analogie nur soweit reichen kann wie die Regelungslücke, sodass vorrangig auf Regelungen des GmbH-Rechts zurückzugreifen ist.

### b) Personengesellschaften

Für die Personengesellschaften kann nichts anderes gelten, sodass auch hier die rechtsformspezifischen Vorgaben zu berücksichtigen sind.<sup>185</sup> Demnach ist im Erstrecht-Schluss zu §§ 116, 119 Abs. 1, § 164 Satz 1 Hs. 2 HGB<sup>186</sup> die Zustimmung aller Gesellschafter nötig, sofern nicht der Gesellschafts-

182 MünchKomm-GmbHG/*Harbarth*, § 53 Rdnr. 229; *Scholz/Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rdnr. 176.

183 *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 8 Rdnr. 89c; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1987; *BeckOK-GmbHG/Tröllitzsch*, Stand: 1.2.2018, § 53 GmbHG Rdnr. 8, 8.3; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 121; *Wicke*, GmbHG, § 53 Rdnr. 3.

184 Vgl. nur *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 86 f.

185 *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1422; *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254, 1255; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 89; *Mayr*, EWIR 2018, 199, 200; *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 334; im Ergebnis auch *Leitzen*, NZG 2012, 491, 494.

186 *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 89; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 494; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 123.



vertrag etwas anderes besagt.<sup>187</sup> Würde man demgegenüber das aktienrechtliche Erfordernis der Drei-Viertel-Mehrheit übertragen,<sup>188</sup> würde der Schutz der Gesellschafter insoweit sogar verschlechtert.<sup>189</sup> Bei der GbR stellt sich mangels Registerpublizität das zusätzliche Problem, dass für den Vertragspartner (und gleichermaßen für den Notar) schwierig zu beurteilen ist, ob alle Gesellschafter zugestimmt haben. Die beschränkte Vermutungswirkung des § 899a BGB wird insoweit selbst bei Grundstücksveräußerungen durch eine GbR nicht greifen.

### 3. Form des Zustimmungsbeschlusses

#### a) GmbH

Bei der GmbH ist es weit überwiegende Meinung, dass der Zustimmungsbeschluss der notariellen Beurkundung bedarf.<sup>190</sup> Da § 179a AktG selbst keine bestimmte Form anordnet,<sup>191</sup> lässt sich dieses Ergebnis erreichen, indem die Analogie zum Aktienrecht auch auf § 130 Abs. 1 Satz 1 AktG erstreckt wird. Überzeugender dürfte auch hier sein, die vorhandenen Regelungen des GmbH-Rechts, namentlich den für Satzungsänderungen geltenden § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, heranzuziehen.<sup>192</sup> Bei Missachtung der Form ist der Beschluss analog § 241 Nr. 2 AktG nichtig.<sup>193</sup> Nur eine Mindermeinung hält einen formfreien Beschluss für möglich.<sup>194</sup>

187 Dazu näher *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 89; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 494 f.; unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des BGH zu Mehrheitsklauseln *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1422 f.; eingehend zur neuen Rechtsprechung ferner *Wicke*, MittBayNot 2017, 125.

188 So aber jüngst OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 199 f.; zustimmend *Weitnauer*, GWR 2018, 1, 2 (der § 179a AktG bei analoger Anwendung aber die Außenwirkung aberkennt); kritisch hingegen *Findeisen*, BB 2018, 585, 587; *Mayr*, EWIR 2018, 199, 200; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 123.

189 Vgl. *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1422; ferner Großkomm. HGB/Burgard, § 22 Rdnr. 40.

190 *Eickelberg/Mühlen*, NJW 2011, 2476, 2480 f.; *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 8 Rdnr. 89c; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 87 f.; *Scholz/Priester*, GmbHG, § 53 Rdnr. 176; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1987; *BeckOK-GmbHG/Tröllitzsch*, § 53 GmbHG Rdnr. 8.3; a. A. *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rdnr. 25 mit Fn. 93.

191 Anders als § 361 Abs. 1 Satz 4 AktG 1965, der auf § 341 AktG 1965 (notarielle Beurkundung von Verschmelzungsverträgen) verwies; vgl. *Burmeister/Schmidt-Hern*, NZG 2016, 580, 581 f.; *Decker*, NZG 2018, 447, 448; *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254, 1255; DNotI-Report 2017, 41, 43; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 124; in diese Richtung auch LG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.2016, 39 O 3/16, NZG 2017, 1260, 1262.

192 *Eickelberg/Mühlen*, NJW 2011, 2476, 2480 f.; *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 8 Rdnr. 89c; *Krauß*, notar 2017, 312; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 239, 259 f.; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1987; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 121; im Ergebnis auch MünchKomm-GmbHG/Harbarth, § 53 Rdnr. 229; ablehnend *Decker*, NZG 2018, 447, 448.

193 *Leitzen*, NZG 2012, 491, 493.

194 *Leitzen*, NZG 2012, 491, 493; *Michalski/Hoffmann*, GmbHG, § 53 Rdnr. 165; differenzierend *Decker*, NZG 2018, 447.

#### b) Personengesellschaften

Im Personengesellschaftsrecht geht demgegenüber die herrschende Auffassung davon aus, die Gesellschafter könnten den Zustimmungsbeschluss formfrei fassen, da nach den rechtsformspezifischen Grundsätzen selbst die Satzungsänderung keiner Form bedürfe.<sup>195</sup> Auch eine Analogie zu den nicht ganz fernliegenden Vorschriften des Umwandlungsrechts<sup>196</sup> scheidet aus, weil dort aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge mit unmittelbarer Wirkung gegenüber Dritten ein gesteigertes Interesse an Rechtssicherheit bestehe.<sup>197</sup> Nur eine vereinzelte Literaturstimme äußert, der Beschluss bedürfe der notariellen Form.<sup>198</sup> Die Rechtsprechung hat bisher in denkbaren Fällen ein Formerfordernis zumindest nicht positiv festgestellt.<sup>199</sup> Das LG und das OLG Düsseldorf haben in notarkostenrechtlichen Beschlüssen entschieden, dass die Beurkundung mit Blick auf die umstrittene Rechtslage jedenfalls keine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 17 Abs. 1 Satz 2 BNotO bedeutet.<sup>200</sup> In späteren Entscheidungen haben sie dann in der Sache Stellung bezogen und ein Beurkundungserfordernis verneint.<sup>201</sup>

### 4. Beschlussverfahren

Abschließend stellt sich die Frage, ob auch bei der GmbH und den Personengesellschaften die besonderen Verfahrensvorgaben analog § 179a Abs. 2 und 3 AktG zu beachten sind. Dafür wird ein Erst-recht-Schluss vorgebracht: Wenn schon bei der kapitalistischen AG, deren typischerweise nur vermögensmäßig beteiligte Aktionäre weniger Einflussrechte haben als die Gesellschafter einer GmbH oder Personengesellschaft,

195 *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1424; *Findeisen*, BB 2018, 585, 588 f.; *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254, 1255; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 90; *Krauß*, notar 2017, 312, 313; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 494; *Packi*, Die Veräußerung des ganzen Gesellschaftsvermögens, S. 285; *Picot/Temme*, Unternehmenskauf und Restrukturierung, 4. Aufl. 2013, § 5 Rdnr. 39; *Spranger*, ZfIR 2011, 234, 237; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1987; DNotI-Report 2017, 41, 43.

196 Namentlich § 13 Abs. 3 Satz 1, § 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG.

197 DNotI-Report 2017, 41, 43; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 124; vgl. ferner *Burmeister/Schmidt-Hern*, NZG 2016, 580, 582 m. w. N. zur allgemeinen Diskussion um die Übertragbarkeit von Vorschriften des UmwG auf Strukturmaßnahmen außerhalb des UmwG.

198 So *Hermanns*, DNotZ 2013, 9, 12, der allerdings wohl (irrig) davon ausgeht, es handele sich um die „überwiegende Auffassung“.

199 Vgl. etwa BGH, Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961; ferner BGH, Beschluss vom 28.11.2008, BLW 4/08, ZIP 2009, 264; OLG Köln, Urteil vom 4.9.2012, 15 U 27/12, juris.

200 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.11.2015, I-10 W 120/15, RNotZ 2016, 129 und die Vorinstanz LG Düsseldorf, Beschluss vom 25.6.2015, 19 T 123/14, RNotZ 2015, 664; nachfolgend LG Düsseldorf, Beschluss vom 4.4.2016, 25 T 697/14, juris; dazu auch *Tiedtke*, DNotZ 2016, 576, 584 f.; *Volpert*, RNotZ 2015, 665; *Wudy*, notar 2016, 253; ferner *Burmeister/Schmidt-Hern*, NZG 2016, 580.

201 LG Düsseldorf, Urteil vom 11.11.2016, 39 O 3/16, NZG 2017, 1260, 1262; OLG Düsseldorf, Urteil vom 23.11.2017, I-6 U 225/16, RNotZ 2018, 191, 203 und insoweit zustimmend *Mayr*, EWIR 2018, 199, 200 und *Weitnauer*, GWR 2018, 1, 3 f.; die beim BGH eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde (II ZR 431/17) wurde mittlerweile zurückgenommen.

derart strenge Anforderungen anzulegen seien, könne für das grundsätzlich strengere Personengesellschaftsrecht nichts anderes gelten.<sup>202</sup> Überzeugender ist jedoch, die Analogie – wenn man sie denn befürwortet – auf § 179a Abs. 1 AktG zu beschränken und es im Übrigen bei den allgemeinen Grundsätzen der jeweiligen Gesellschaftsform zu belassen.<sup>203</sup> Wie oben bereits ausgeführt spricht die personalistischere Struktur der GmbH und umso mehr der Personengesellschaften gegen die Übertragbarkeit, da die Gesellschafter aufgrund der ausgeprägten Informations- und Einflussrechte gerade nicht auf den besonderen Schutz mittels Verfahren angewiesen sind, den § 179a Abs. 2 und 3 den Aktionären gewährt.<sup>204</sup> Gleichwohl kann sich in der Praxis anbieten, die Vorgaben nicht gänzlich zu ignorieren.<sup>205</sup>

#### IV. Dogmatische Schlussbetrachtung

Die derzeit überwiegend vertretene Ansicht, die den Anwendungsbereich des § 179a AktG erheblich ausdehnt, ist als zu weitgehend abzulehnen. Kern der Norm ist, einen angemessenen Ausgleich der widerstreitenden Interessen (Gesellschaftererschutz vs. Verkehrerschutz) zu erreichen. Die vorstehende Untersuchung hat mehrere dogmatische (auch miteinander kombinierbare<sup>206</sup>) Ansatzpunkte zu Tage gefördert, um einen solchen Ausgleich zu finden:

Auf der Tatbestandsebene böte sich an, die Norm nicht extensiv auszulegen und namentlich die Veräußerung einzelner Gegenstände und die Veräußerung nur des nahezu ganzen Vermögens auszuschneiden. Es ist jedoch anzuerkennen, dass der Norm dann nur ein relativ geringer Anwendungsbereich bliebe und sie sogar bewusst umgangen werden könnte. Trotz der damit einhergehenden Abgrenzungsschwierigkeiten dürfte die tatbestandliche Erweiterung des § 179a AktG daher im Sinne des Aktionärsschutzes unumgänglich sein. Als Korrektiv bietet sich aber an, in den genannten Fällen den Tatbestand um ein zusätzliches subjektives Element zu ergänzen und zu verlangen, dass der Vertragspartner der Gesellschaft positiv weiß oder zumindest die Umstände kennt, aus denen sich ergibt, dass es sich bei einzelnen Veräußerungsgegenständen um das (nahezu) ganze Gesellschaftsvermögen handelt. Ist der Erwerber gutgläubig, beschränken sich die Folgen der Missachtung von § 179a AktG dann auf das Innenverhältnis zwischen den Aktionären bzw. der AG und dem Vorstand.

Ein weiterer Ansatzpunkt wäre, die Rechtsfolgen abweichend von der überwiegenden Lesart zu bestimmen und der Norm die Außenwirkung gänzlich abzuerkennen, sie also nicht als Beschränkung der Vertretungsmacht des Vorstandes zu verstehen. Mit Blick auf den Wortlaut und die Gesetzeshistorie scheint dies jedoch kein gangbarer Weg.

Auf der dritten und letzten Ebene steht die Frage, ob § 179a AktG analog auf andere Gesellschaftsformen anzuwenden ist.

202 Vgl. DNotI-Gutachten Nr. 71698, S. 5.

203 Vgl. zur Teilanalogie auch *Fleischer*, NJW 2004, 2335, 2337 m. w. N.

204 Vgl. auch *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1423 f.; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 121 f. und 123.

205 Siehe dazu noch unten, V.

206 So auch *Servatius* in FS Stilz, S. 601, 607.

Entgegen der überwiegenden Auffassung enthält § 179a AktG nach hier vertretener Ansicht gerade kein verallgemeinerungsfähiges Prinzip des Verbandsrechtes. Vielmehr lässt sich die unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsmacht von Vorstand (§ 82 AktG), GmbH-Geschäftsführer (§ 37 Abs. 2 GmbHG) und geschäftsführendem Gesellschafter in der Personenhandelsgesellschaft (§§ 126, 161 Abs. 2 HGB) als eine „allgemeine Ausprägung der organschaftlichen Vertretungsmacht im Handelsrecht“<sup>207</sup> bezeichnen, zu der § 179a AktG eine „systemwidrige“ und deshalb nicht übertragbare Ausnahme darstellt.<sup>208</sup>

#### V. Folgen für die Praxis

Obschon die tatbestandliche Ausdehnung und die analoge Übertragung des § 179a AktG dogmatisch zweifelhaft sind, empfiehlt sich in der Praxis mit Blick auf die BGH-Rechtsprechung und die noch vorherrschende Ansicht ein vorsichtiger Umgang mit der Norm.<sup>209</sup>

So sollte sowohl für die GmbH<sup>210</sup> als auch für sämtliche Arten von Personengesellschaften<sup>211</sup> vorerst weiterhin von der grundsätzlichen analogen Anwendbarkeit des § 179a Abs. 1 AktG ausgegangen werden. Nötig ist zunächst das Problembewusstsein, dass zur Wirksamkeit einer Vermögensübertragung durch eine Gesellschaft ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter erforderlich sein kann. Dabei sollte nicht unterschätzt werden, dass die Prüfung, ob der Tatbestand der Norm erfüllt ist, im Einzelfall schwierig sein kann, zumal schon die Übertragung des wesentlichen Vermögens genügt.

Da der Maßstab für die Wesentlichkeit umstritten und die Bedeutung von quantitativen und qualitativen Kriterien ungeklärt ist, müsste es der Notar, wollte er einen absolut sicheren Kurs fahren, ausreichen lassen, dass nach einem der beiden Kriterien von der Übertragung des wesentlichen Vermögens auszugehen ist.<sup>212</sup> Für die quantitative Betrachtung sollte der Schwellenwert nicht zu hoch gegriffen sein (mit Blick auf die Holz Müller- und Gelatine-Rechtsprechung des BGH maßvoll über 80 % des Vermögens).<sup>213</sup> Die Gegenleistung ist bei der Beurteilung des Zustimmungserfordernisses trotz anderslautender Literaturstimmen außer Betracht zu lassen.

Es empfiehlt sich daher insbesondere bei Grundstücksveräußerungen von Gesellschaften, auch die Hintergründe abzu-

207 *Servatius* in FS Stilz, S. 601, 605 f.

208 *Servatius* in FS Stilz, S. 601, 605 f.; siehe zur insoweit anderen Rechtslage bei der GbR oben bei Fn. 157 ff., jedoch ohne Abweichung im Ergebnis.

209 Siehe auch *Bayer/Lieder/Hoffmann*, AG 2017, 717, die in ihrer rechtstatsächlichen Untersuchung zu Anwendungsfällen des § 179a AktG zu dem Schluss kommen, dass die Zustimmungsbeschlüsse oftmals rein prophylaktisch gefasst werden, um rechtlichen Unsicherheiten aus dem Weg zu gehen.

210 So auch *Eickelberg/Mühlen*, NJW 2011, 2476, 2480; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 86.

211 So auch *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 88; DNotI-Report 2017, 41, 42.

212 So auch *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 80 f.; *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 333.

213 *Weber*, DNotZ 2018, 96, 104, 106 schlägt 90 % vor; vgl. ferner *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 82.

klären.<sup>214</sup> Ein Indiz für ein Gesamtvermögensgeschäft wäre etwa, wenn eine GbR ohne eigene Bezeichnung als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen ist<sup>215</sup> oder aber die Bezeichnung auf die Eigentümerschaft nur dieses einen Grundstücks hinweist (zum Beispiel „Maximilianstr. 1 GbR“). Es bleibt natürlich auch hier dabei, dass sich der Notar grundsätzlich auf die Angaben der Beteiligten verlassen darf.<sup>216</sup> Nur in ersichtlichen Zweifelsfällen wird initiativ der Gesellschaftsvertrag (soweit verfügbar) einzusehen sein, um den Unternehmensgegenstand und dessen Gefährdung durch die Transaktion zu ermitteln.

Eine für die Beteiligten wie für den Notar unglückliche Situation entsteht, wenn sich nicht klären lässt, ob das Geschäft das wesentliche Vermögen erfasst, etwa weil die Gesellschafter selbst die tatsächlichen Wertverhältnisse nicht hinreichend einschätzen können oder die weitere Fortführbarkeit des Unternehmensgegenstandes schwierig zu beurteilen ist. Am sichersten ist es freilich, alle Gesellschafter am Veräußerungsgeschäft mitwirken zu lassen und ausdrücklich einen Zustimmungsbeschluss in die Urkunde aufzunehmen. Bei Mitwirkung aller dürfte regelmäßig von einem konkludenten Beschluss auszugehen sein, doch sollte sich der vorsichtige Gestalter darauf nicht verlassen.<sup>217</sup> Zumindest sollte aber ein separater Zustimmungsbeschluss eingeholt werden.<sup>218</sup> Ein etwaiger vor Beurkundung privatschriftlich gefasster Beschluss kann als Anlage zur Urkunde genommen werden.<sup>219</sup>

Dem Gebot des sichersten Weges entspricht die Beurkundung des Beschlusses;<sup>220</sup> jedenfalls bei der GmbH ist die Beurkundung dringend anzuraten,<sup>221</sup> anderenfalls sind die Beteiligten auf die drohende Unwirksamkeit des Vertrages hinzuweisen. Bei anderen Gesellschaften als der AG dürften die Informationsanforderungen des § 179a Abs. 2 AktG zwar nicht gelten; gleichwohl kann den Beteiligten geraten werden, das dort geregelte Informations- und Beschlussverfahren zu

mindest als Orientierungspunkt aufzugreifen und das gewählte Vorgehen vom Notar in der Urkunde abbilden zu lassen.<sup>222</sup>

Auch die Kostenfolgen sollte der Notar im Hinterkopf behalten: Wird der Zustimmungsbeschluss beurkundet, fällt eine 2,0-Beurkundungsgebühr nach Nr. 21100 KV-GNotKG mit einem Geschäftswert in Höhe des Geschäftswerts des Kaufvertrages an, § 108 Abs. 2 GNotKG (begrenzt auf 5 Mio. €, § 108 Abs. 5 GNotKG). Das ist auch dann der Fall, wenn der Notar den Zustimmungsbeschluss zusammen mit dem Kaufvertrag beurkundet, da Beschluss und Vertrag gegenstandsverschieden sind, § 110 Nr. 1 GNotKG; es bleibt der Progressionsvorteil.<sup>223</sup>

Im Übrigen kann sich der Notar darauf beschränken, auf die Bedeutung des § 179a AktG (analog) und die damit einhergehenden Risiken hinzuweisen und dies in der Urkunde zu dokumentieren.<sup>224</sup> Sind die Beteiligten trotz gewisser Zweifel davon überzeugt, dass § 179a AktG nicht einschlägig ist, kommt ein entsprechender Klarstellungsvermerk in Betracht, in dem die gegen die Einschlägigkeit sprechenden Umstände referiert werden.<sup>225</sup> Wenn allerdings der Notar an der Entbehrlichkeit des Beschlusses zweifelt, die Beteiligten aber gleichwohl auf die Beurkundung ohne Einholung eines Zustimmungsbeschlusses bestehen, bleibt ihm nur der Zweifelsvermerk nach § 7 Abs. 2 Satz 2 BeurkG.<sup>226</sup>

Befürchtet der Vertragspartner der Gesellschaft, dass die Gesellschafter die Zustimmung verweigern werden, bereitet seine Absicherung einiges Kopfzerbrechen. Empfehlenswert ist eine Versicherung des für die Gesellschaft Handelnden, wonach keine Veräußerung des ganzen Vermögens vorliege. Zwar ist ungeklärt, ob der gutgläubige Erwerber bei Geschäften über lediglich „nahezu“ das gesamte Vermögen geschützt wird, so dass sich die Praxis nicht auf diese Sichtweise verlassen sollte.<sup>227</sup> Da eine entsprechende Versicherung aber im schlimmsten Fall nutzlos ist, im besten Fall jedoch die Wirksamkeit des Vertrages rettet, ist sie durchaus zu empfehlen.<sup>228</sup> Naheliegender ist ferner, den Zustimmungsbeschluss (und ggf. den Ablauf der Anfechtungsfrist) als weitere Voraussetzung für die

214 *Leitzen*, NZG 2012, 491, 493, 496; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 98; vgl. insoweit auch *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 818.

215 *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 333.

216 Vgl. BGH, Urteil vom 7.11.1957, III ZR 131/56, DNotZ 1958, 99, 100 f.; BGH, Urteil vom 23.5.1960, III ZR 110/59, DNotZ 1961, 162, 163; BGH, Urteil vom 11.3.1999, IX ZR 260/97, NJW-RR 1999, 1214, 1215; *Staudinger/Hertel*, Neub. 2017, Anh. §§ 125-129 (BeurkG) Rdnr. 453; *Winkler*, BeurkG, § 17 Rdnr. 213.

217 Siehe *Krauß*, notar 2017, 312 f. und *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 335 f. je mit Formulierungsvorschlag für einen im Veräußerungsvertrag mitbeurkundeten Zustimmungsbeschluss; vgl. ferner DNotI-Report 2017, 41, 44.

218 *Bredoll/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1424; *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 335; DNotI-Gutachten Nr. 71698, S. 5.

219 Vgl. auch *Burmeister/Schmidt-Hern*, NZG 2016, 580, 583.

220 *Bredoll/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1424; *Krauß*, notar 2017, 312, 313; *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 335; DNotI-Gutachten Nr. 71698, S. 5.

221 So auch *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 88; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 493; *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 335.

222 So *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 335 f. mit Formulierungsvorschlag; vgl. auch *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 8 Rdnr. 89d; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 87; *Weitnauer*, GWR 2018, 1, 4.

223 Vgl. auch *Volpert*, RNotZ 2015, 665.

224 Vgl. auch *Stellmann/Stoockle*, WM 2011, 1983, 1988.

225 *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 333 mit Formulierungsvorschlag; ebenfalls mit Formulierungsvorschlag *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 741.

226 Vgl. *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 333 und 335 mit Formulierungsvorschlägen.

227 Ebenso *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 82; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 496; *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 333.

228 A. A. *Spranger*, ZfR 2011, 234, 237, wonach derartige Versicherungen keine Sicherheit schufen.

Kaufpreisfälligkeit aufzunehmen.<sup>229</sup> Dies hilft allerdings nicht weiter, fehlt dem Vertreter der Gesellschaft ohne Zustimmungsbeschluss doch die Vertretungsmacht, sodass der Vertrag insgesamt nicht wirksam wird und mangels eines zu sichernden Anspruches selbst eine eingetragene Vormerkung keine Sicherheit bedeuten würde. Will sich der Vertragspartner insoweit nicht auf die mögliche Haftung des Vertreters nach § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB verlassen, bleibt nur, dass sich der Vertreter persönlich für das Erfüllungsinteresse stark sagt<sup>230</sup> oder etwaige Ersatzansprüche für den Fall der (endgültigen) Unwirksamkeit des Vertrages zum Beispiel durch eine Bankbürgschaft abgesichert werden.

## VI. Fazit

Man mag sich ob der erheblichen Einwände gegen die von der herrschende Meinung vertretene Ausweitung des § 179a AktG (im Wege der Auslegung auf die Veräußerung auch nur des

„nahezu“ ganzen Vermögens, selbst wenn der Vertragspartner hiervon nichts weiß, und im Wege der Analogie auf sämtliche andere Gesellschaftsformen einschließlich Personengesellschaften) verwundert die Augen reiben, wie es der Norm gelingen konnte, eine solch steile Karriere hinzulegen. Es ist zu hoffen, dass der BGH in Zukunft seine pauschale Entscheidung für eine extensive Anwendung von § 179a AktG<sup>231</sup> nicht durch ein ebenso pauschales „Das haben wir doch schon immer so gemacht!“ perpetuiert, sondern sich differenzierter mit dem gesetzlichen Interessenausgleich zwischen Gesellschafter- und Verkehrsschutz sowie den Unterschieden der Gesellschaftsformen auseinandersetzt. Bis zu einer solchen möglichen Wendung ist dem Praktiker zu raten, der überwiegenden Auffassung zu folgen und bei (insbesondere: Grundstücks-) Veräußerungsgeschäften von Gesellschaften egal welcher Rechtsform Vorsicht walten zu lassen. Bleiben Zweifel, ob die Gesellschaft über ihr ganzes Vermögen verfügt, ist auf das Mitwirken aller Gesellschafter oder zumindest einen Zustimmungsbeschluss hinzuwirken. Jedenfalls bei der GmbH sollte ein solcher Beschluss beurkundet werden. Wollen die Beteiligten trotz Belehrung des Notars nicht den sichersten Weg gehen, bleibt ihm nur, sie auf die möglichen Konsequenzen hinzuweisen und selbiges zu dokumentieren.

<sup>229</sup> So etwa *Deilmann/Messerschmidt*, NZG 2004, 977, 979; *Krauß*, notar 2017, 312, 313 und mit Formulierungsvorschlag *ders.*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 739; *Leitzen*, NZG 2012, 491, 496; *Wagner/Herzog*, NotBZ 2016, 332, 336 mit Formulierungsvorschlag; gerade bei privatschriftlichen Beschlüssen könnte die Beurteilung der Wirksamkeit für den Notar schwierig sein, etwa wenn er sich nicht vom aktuellen Gesellschafterbestand einer GbR vergewissern kann; *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 818 empfiehlt demgegenüber die Abwicklung über Notaranderkonto mit Auszahlung erst nach erfolgter Eigentumsumschreibung.

<sup>230</sup> Vgl. auch *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983, 1989.

<sup>231</sup> Namentlich im Urteil vom 9.1.1995, II ZR 24/94, DNotZ 1995, 961.



# Umsatzsteuerrechtliche Behandlung von Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft

Von Notarassessor Dr. **Christian Hallerbach**, Saarbrücken

Das Umsatzsteuerrecht zählt nicht gerade zu den Kernbereichen der notariellen Beratungspraxis. Neben den Spezialfällen der Betriebsveräußerung im Ganzen oder der Ausübung einer Umsatzsteueroption bei Immobilienveräußerung beschränkt sich der direkte Kontakt mit der Umsatzsteuer nicht selten auf die eigene Buchhaltung und Steuererklärung. Dennoch – oder gerade deswegen – lohnt eine Beschäftigung mit den durch das Gesellschaftsrecht ausgelösten umsatzsteuerrechtlichen Folgen, die im Folgenden hinsichtlich der Besteuerung von Leistungen eines Gesellschafters an „seine“ Gesellschaft in den Blick genommen werden.

## I. Umsatzsteuerpflichtige Tatbestände

Die Umsatzsteuer ist die – an absoluten Erträgen gemessen – aus staatlicher Sicht nach der Einkommensteuer wichtigste Steuer und als (europäisch harmonisierte) Verbrauchsteuer ausgestaltet. Sie soll wirtschaftlich lediglich den Endverbraucher belasten. Aufgrund der großen Bedeutung als Handelsschranke und ihrer damit verbundenen Wirkung als politisches Instrument wurden in der Mehrwertsteuerrichtlinie unionsweit angegliche Besteuerungstatbestände und Mindeststeuersätze normiert, was in der Bundesrepublik Deutschland durch Änderungen bzw. Anpassungen des UStG vollzogen wurde.<sup>1</sup> Die Steuersätze innerhalb der EU konnten jedoch noch nicht vereinheitlicht werden. Vor dem Hintergrund der Harmonisierungsvorschriften und der Notwendigkeit der EU-weit gleichlautenden Rechtsauslegung gewinnt die Rechtsprechung des EuGH stetig größere Bedeutung. Nationalrechtlich wurden – wie üblicherweise im Steuerrecht – neben dem UStG und der UStDV zur gleichlaufenden Anwendung des UStG mehrere BMF-Schreiben<sup>2</sup> sowie Umsatzsteuer-Anwendungserlasse<sup>3</sup> veröffentlicht.

- 1 Auf der Grundlage des Art. 113 AEUV (vormals Art. 93 EGV) wurden zahlreiche europäische Richtlinien erlassen, die die Systeme der Umsatzsteuer innerhalb der Europäischen Union angleichen sollten. Insbesondere ist hierbei die 6. EG-Richtlinie 77/388/EWG des Rates vom 17.5.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern – Gemeinsames Mehrwertsteuersystem: einheitliche steuerpflichtige Bemessungsgrundlage, neu gefasst durch die RL 2006/112/EG vom 28.11.2016 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (sog. Mehrwertsteuerrichtlinie) zu nennen.
- 2 Zum aktuellsten Schreiben bezüglich der umsatzsteuerlichen Behandlung von Leistungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter vgl. BFM, 31.5.2007, IV A 5-S 7100/07/0031, FMNR 293000007, abrufbar über juris.
- 3 Die konsolidierte Fassung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses (Stand: 27.2.2018) ist abrufbar unter: [http://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Steuern/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer\\_Anwendungserlass/umsatzsteuer\\_anwendungserlass.html](http://www.bundesfinanzministerium.de/Web/DE/Themen/Steuern/Steuerarten/Umsatzsteuer/Umsatzsteuer_Anwendungserlass/umsatzsteuer_anwendungserlass.html).

## II. Besteuerungsvoraussetzungen

Nach dem umsatzsteuerrechtlichen Grundtatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG unterliegen Lieferungen und sonstige Leistungen, die ein Unternehmer im Inland gegen Entgelt im Rahmen seines Unternehmens ausführt, der Umsatzsteuer.

Der Begriff des Unternehmers ist in § 2 Abs. 1 Satz 1 UStG legaldefiniert. Unternehmer ist hiernach derjenige, der eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbstständig ausübt. Gewerblich oder beruflich ist nach § 2 Abs. 1 Satz 3 UStG jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt oder eine Personenvereinigung nur gegenüber ihren Mitgliedern tätig wird.

## III. Umsatzsteuerpflichtigkeit der Leistungen eines Gesellschafters an die Gesellschaft

Werden Gesellschafter gegenüber ihrer Gesellschaft tätig, richtet sich eine mögliche Umsatzsteuerpflicht erhaltener Leistungen in Ermangelung spezieller Vorschriften nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG.<sup>4</sup> In der Folge stellt sich auch beim Tätigwerden des Gesellschafters die Frage, wann eine Leistung im Sinne des UStG vorliegt und ob dem Gesellschafter bei der Leistungserbringung an die Gesellschaft Unternehmereigenschaft zukommt.

### 1. Vorliegen einer Leistung

Der steuerrechtlich auszulegende Begriff der Leistung umfasst jedes willentliche Verhalten (Tun, Dulden oder Unterlassen), das zum Gegenstand des Wirtschaftsverkehrs gemacht werden kann. § 3 UStG unterscheidet zwei Arten der Leistung: Lieferungen und sonstige Leistungen. Eine Lieferung liegt gemäß § 3 Abs. 1 UStG vor, wenn einem anderen die Verfügungsmacht an einem Gegenstand verschafft wird. Eine sonstige Leistung ist gemäß § 3 Abs. 9 Satz 1 UStG eine Leistung, die keine Lieferung darstellt.

Im Hinblick auf die unterschiedlichen Arten der von Gesellschaftern zu erbringenden Leistungen sind diese jeweils gesondert zu betrachten. Leistungen können zum Beispiel Geschäftsführungstätigkeit, Haftungsübernahme oder sonstige Leistungen des Gesellschafters sein.

- 4 In der bis zum 31.3.1999 geltenden Fassung enthielt § 1 Abs. 1 Nr. 3 UStG a. F. eine Regelung, wonach auch Lieferungen und sonstige Leistungen, die Körperschaften und Personenvereinigungen an ihre Anteilseigner und Gesellschafter ausführen, für die die Leistungsempfänger kein Entgelt aufwenden, der Umsatzsteuer unterliegen. Nach Entfallen dieses Spezialtatbestandes bleibt auch für die Besteuerung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter lediglich § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG.



## a) Geschäftsführungstätigkeit

Bei der Geschäftsführung von Kapitalgesellschaften besteht aufgrund des Prinzips der Fremdorganschaft regelmäßig eine arbeitsvertragliche Anstellung des Geschäftsführers, sodass die Geschäftsführungstätigkeit das Erbringen der aus dem Anstellungsvertrag geschuldeten Leistung durch den (Gesellschafter-)Geschäftsführer darstellt. Das Handeln des Geschäftsführers einer Kapitalgesellschaft ist daher als Leistung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG anzusehen.<sup>5</sup>

Bei Personengesellschaften erfolgt die Geschäftsführung regelmäßig im Wege der Selbstorganschaft durch die Gesellschafter (gemäß §§ 114 ff. HGB bei der OHG, gemäß § 161 HGB bei der KG durch den Komplementär), sodass die Leistungseigenschaft der Geschäftsführungstätigkeit bei Personengesellschaften nicht immer unumstritten war.

Nachdem der BFH im Jahre 1980 entschied, dass die Geschäftsführung einer Personengesellschaft keine Leistung im Sinne des UStG darstellt,<sup>6</sup> da in der Geschäftsführung lediglich eine Ausübung des gesellschaftsrechtlichen Verwaltungsrechts und somit ein organschaftliches Verhalten als Ausfluss der Mitgliedschaftsrechte zu sehen sei, hat er diese Rechtsprechung mit Urteil vom 6.6.2002<sup>7</sup> explizit aufgegeben. Hiernach setzt ein umsatzsteuerpflichtiger Leistungsaustausch (lediglich) voraus, dass ein Leistender und ein Leistungsempfänger vorhanden sind und der Leistung eine Gegenleistung (Entgelt) gegenübersteht, also ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Ob der Gesellschafter bei der Führung der Geschäfte einer Personengesellschaft zugleich auch Mitgliedschaftsrechte ausübt, sei daher für das Vorliegen einer Leistung nicht erheblich, auch wenn eine Umsatzsteuerpflicht nur eintrete, wenn er dafür ein Entgelt erhalte.

Auch ist es nach Ansicht des BFH für die Qualifikation als Leistung unerheblich, ob sich das der Leistung zugrunde liegende Rechtsverhältnis aus gesellschaftsvertraglichen oder individualvertraglichen Vereinbarungen ergibt.<sup>8</sup>

Somit differenziert der BFH bei Personengesellschaften nicht mehr danach, ob der Gesellschafter mit der Führung der Geschäfte zugleich Mitgliedschaftsrechte ausübt, sondern nimmt stets das Bestehen einer Leistung auch bei Geschäftsführungstätigkeiten für eine Personengesellschaft an,<sup>9</sup> sodass für die Frage, ob im Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschafter Leistungen i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG vorliegen, keine Besonderheiten gegenüber sonstigen Leistungen gelten.

Die Finanzverwaltung hat sich dieser Ansicht des BFH unter expliziter Bezugnahme auf das Urteil vom 5.12.2007<sup>10</sup> in

ihrem Umsatzsteuer-Anwendungserlass<sup>11</sup> angeschlossen und nimmt in der Folge – unabhängig von dem Rechtsgrund der Geschäftsführung – das Bestehen einer Leistung im umsatzsteuerrechtlichen Sinne an. Ob daraus tatsächlich im konkreten Fall eine Umsatzsteuerpflicht resultiert, hängt jedoch davon ab, ob der Leistende Unternehmer ist, d. h. insbesondere die Leistung gegen Entgelt erbracht wird (siehe dazu nachfolgend).

## b) Übernahme der Haftung

Auch die Übernahme der Haftung kann – unabhängig davon, ob sie auf gesetzlicher oder privatrechtlicher Grundlage erfolgt – eine Leistung im umsatzsteuerrechtlichen Sinne darstellen.<sup>12</sup> Insofern sind die zu Geschäftsführungs- und Vertretungsleistungen aufgestellten Rechtsgrundsätze nach Ansicht der Rechtsprechung<sup>13</sup> auf die entgeltliche Haftungsübernahme übertragbar.<sup>14</sup>

So sieht der BFH auch in der persönlichen und unmittelbaren Haftung des Komplementärs einer Personengesellschaft eine Leistung, selbst wenn die Haftung nicht aufgrund besonderer Vereinbarung, sondern kraft Gesetzes eintritt.<sup>15</sup>

Dieser Ansicht schloss sich die Finanzverwaltung durch Schreiben vom 14.11.2011 an, in dem diese Abschnitt 1.6 Abs. 6 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses vom 1.10.2010 dergestalt änderte, dass sowohl die Haftungsübernahme als auch die Geschäftsführung und Vertretung ihrer Art nach Leistungscharakter besitzen und daher auch im Fall der isolierten Erbringung jeweils Gegenstand eines umsatzsteuerbaren Leistungsaustauschs sein können.<sup>16</sup>

## c) Sonstige Leistungen des Gesellschafters

Unter den umsatzsteuerlichen Leistungsbegriff fallen ferner auch solche Leistungen, die in Erfüllung einer Einlageverpflichtung getätigt werden, wie beispielsweise Sacheinlagen.<sup>17</sup>

Auch werden häufig bei Gesellschaften im (Vor-)Gründungsstadium bereits Anschaffungen im Hinblick auf das künftige Handeln der Gesellschaft getätigt. Dabei tritt in der Praxis nicht selten ein Gesellschafter im eigenen Namen – oder bei Kapitalgesellschaften die Vorgründungsgesellschaft – als Be-

5 Eine Umsatzsteuerpflicht wird jedoch regelmäßig an der Selbstständigkeit scheitern, vgl. Abschn. III. 2. lit. a.

6 BFH, Urteil vom 17.7.1980, V R 5/72, BStBl. II 1980, S. 622.

7 V R 43/01, BStBl. II 2003, S. 36.

8 BFH, Urteil vom 5.12.2007, V R 60/05, BStBl. II 2009, S. 486.

9 A. A. Rau/Dürwächter/Stadie, UStG, Stand: Oktober 2017, § 2 Rdnr. 520 ff.

10 V R 60/05, BStBl. II 2009, S. 486.

11 Vgl. insbesondere die erfolgte Ergänzung durch Schreiben des BMF vom 14.11.2011, IV D 2 – S 7100/07/10028:003.

12 A. A. Rau/Dürwächter/Stadie, UStG, § 2 Rdnr. 521.1 f., der keinen geldwerten Nutzen aufseiten der Gesellschaft und mithin keine steuerpflichtige Leistung anerkennt und das Gebot der rechtsformneutralen Umsatzsteuerbelastung als verletzt ansieht.

13 FG Niedersachsen, Urteil vom 25.2.2010, 16 K 347/09, DStRE 2010, 1118.

14 Weder Geschäftsführung noch Übernahme der Haftung haben den Charakter eines Finanzgeschäfts, sodass die sachliche Steuerbefreiung des § 4 Nr. 8 lit. g UStG nicht in Betracht kommt.

15 BFH, Urteil vom 3.3.2011, V R 24/10, BStBl. II 2011, S. 950.

16 Vgl. insbesondere die Ergänzung durch Schreiben des BMF vom 14.11.2011, IV D 2 – S 7100/07/10028:003.

17 Allerdings begründet die bloße Erfüllung einer Einlageverpflichtung noch keine Unternehmereigenschaft, vgl. Abschn. III. 2. lit. a.

steller einer Ware oder als Leistungsnehmer auf. Aus der Sicht des liefernden Unternehmers ist der jeweilige Gesellschafter selbst – bzw. die Vorgründungsgesellschaft – und nicht die (spätere) Gesellschaft der maßgebliche Leistungsempfänger. Die Vorgründungsgesellschaft, die regelmäßig eine GbR darstellt, kann selbst Leistungsempfänger sein. Anders ist dies jedoch bei Personen(handels)gesellschaften zu beurteilen, die vor ihrer Gründung noch nicht existent sind. Hier liegt eindeutig eine Leistung an den Gesellschafter vor. Eine spätere Übertragung von dem Gesellschafter auf die Gesellschaft stellt ebenfalls eine Leistung im umsatzsteuerrechtlichen Sinne dar.

## 2. Vorliegen einer Unternehmereigenschaft

Weder die Beteiligung auf gesellschaftsrechtlicher Ebene noch das Vorliegen einer Leistung im umsatzsteuerlichen Sinne macht den Geschäftsführer per se zum Unternehmer. Dies gilt gleichsam für Gesellschafter einer Personengesellschaft, auch wenn diese ertragsteuerlich als Mitunternehmer i. S. d. § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG anzusehen sind. Zur Erfüllung der Voraussetzungen einer Unternehmereigenschaft bedarf es zusätzlich einer selbstständigen und nachhaltigen, d. h. auf Erzielung von Einnahmen gerichteten (entgeltlichen), Tätigkeit.

### a) Selbstständige Ausübung

Im Hinblick auf eine Geschäftsführertätigkeit erfordert die selbstständige Ausübung, dass der Geschäftsführer nicht in einem weisungsabhängigen Unterordnungsverhältnis zur Gesellschaft oder den Gesellschaftern stehen darf. Eine solche kann sich zum Beispiel aus dem Anstellungsvertrag oder dem Gesellschaftsvertrag ergeben.<sup>18</sup> Dies wird im Hinblick auf den weisungsgebundenen Geschäftsführer mit der arbeitnehmerähnlichen Stellung des Geschäftsführers begründet.<sup>19</sup> Geschäftsführer von Kapitalgesellschaften sind daher grundsätzlich nicht selbstständig tätig, sogar wenn sie sozialversicherungsrechtlich nicht abhängig beschäftigt sind. Erhalten sie ein Entgelt, beruht dies in aller Regel auf einem Geschäftsführeranstellungsvertrag. Liegt ein solcher Anstellungsvertrag nicht vor, wird auch kein (Sonder-)Entgelt gezahlt werden.

Soweit die Geschäftsführung durch eine Kapitalgesellschaft erfolgt, ist eine Unselbstständigkeit aufgrund einer arbeitnehmerähnlichen Stellung nicht denkbar.<sup>20</sup>

Das bloße Tätigen von Sacheinlagen begründet noch keine Unternehmereigenschaft.<sup>21</sup> Bezüglich des Erwerbs von Gegenständen oder der Inanspruchnahme von Leistungen vor der Gründung der (Personen-)Gesellschaft kann aufgrund des Umfangs der getätigten Geschäfte (auch bei späterer Sach-

einlage der Gegenstände) eine Unternehmereigenschaft im Einzelfall durchaus begründet werden.<sup>22</sup>

### b) Nachhaltigkeit bzw. Entgeltlichkeit der Leistung

Die Entgeltlichkeit der erbrachten Leistung ist zwar ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG und wird auch für die Bestimmung der Bemessungsgrundlage herangezogen. Im Rahmen der Definition des Unternehmerbegriffs erlangt diese insbesondere bei Gesellschaftern, die einzelne Leistungen an die Gesellschaft erbringen, jedoch eine zusätzliche Bedeutung, da eine nachhaltige, auf die Erzielung von Einnahmen gerichtete Tätigkeit in der Regel ausscheidet, wenn die Leistungen des Gesellschafters unentgeltlich sind. Im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Gesellschaft bereitet die Feststellung der Entgeltlichkeit häufig Probleme, da Geldzahlungen zwischen diesen auf unterschiedlichsten rechtlichen Grundlagen erfolgen können und regelmäßig auch erfolgen. Aufgrund der individuellen Gestaltungsmöglichkeiten ist die Differenzierung stark einzelfallgeprägt, sodass im Folgenden lediglich die Grundzüge der vornehmlich durch den BFH, zunehmend auch durch den EuGH, vollzogenen Abgrenzung von Entgeltlichkeit und Unentgeltlichkeit dargestellt werden können:

- Eine Entgeltlichkeit liegt vor, wenn einem Gesellschafter für die Leistung (zum Beispiel Geschäftsführung, Haftungsübernahme, Überlassung von Grundstücken etc.) ein konkret bezifferter Betrag als (Sonder-)Entgelt gezahlt wird.<sup>23</sup>
- Eine Entgeltlichkeit der Leistung liegt hingegen nicht vor, soweit diese durch eine Beteiligung am Gewinn der Gesellschaft abgegolten wird – auch wenn eine gegenüber anderen Gesellschaftern erhöhte Gewinnbeteiligung vereinbart wird –, da Gewinnanteile und Gewinnausschüttungen kein steuerpflichtiges Entgelt darstellen.<sup>24</sup>
- Allerdings können gewinnabhängige Vergütungen dann ein zur Steuerbarkeit führendes Sonderentgelt sein, wenn sie sich nicht nach den vermuteten, sondern nach den tatsächlich erbrachten Gesellschafterleistungen bemessen. Verteilt zum Beispiel eine GbR nach dem Gesellschaftsvertrag den gesamten festgestellten Gewinn je Geschäftsjahr an ihre Gesellschafter nach der Menge der jeweils gelieferten Gegenstände, handelt es sich –

<sup>22</sup> Ob und wie in diesem Fall ein Vorsteuerabzug ermöglicht wird, ist noch nicht letztinstanzlich entschieden und daher äußerst umstritten. Der EuGH gesteht den Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Umsetzung des auf dem Grundsatz der Neutralität der Umsatzsteuer basierenden Rechts auf Vorsteuerabzug ein Wahlrecht zu, ob der Vorsteuerabzug dem handelnden Gesellschafter, auch wenn dieser selbst keine Unternehmereigenschaft besitzen sollte, oder der Gesellschaft zu gewähren ist. Vgl. ausführlich zum Streitstand: Reiß/Kraeusel/Langer/Wäger, UStG, § 2 Rdnr. 49.9 ff.

<sup>23</sup> Bezüglich Geschäftsführungsleistungen vgl. BFH, Urteil vom 3.3.2011, V R 24/10, BStBl. II 2011, S. 950 mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 18.10.2007, C-355/06 (van der Stehen), Slg. 2007, I-8863 = BFH/NV 2008, Beilage 1, 48 Rdnr. 21 bis 24.

<sup>24</sup> BFH, Urteil vom 5.12.2007, V R 60/05, BStBl. II 2009, S. 486; ebenso die Rspr. des EuGH, u. a. Urteil vom 27.1.2000, C-23/98 (Heerma), EuGHE 2000, I-419; Urteil vom 27.9.2001, C-16/00 (Cibo Participations), EuGHE 2001, I-6663.

<sup>18</sup> BFH, Urteil vom 14.4.2010, XI R 14/09, BStBl. II 2011, S. 433.

<sup>19</sup> Vgl. zur Ansicht der Finanzverwaltung Ziffer 2.2 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses. Auch der EuGH differenziert zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, vgl. EuGH, Urteil vom 1.3.2012, C-280/10 (Polski Trawertyn), UR 2012, 366.

<sup>20</sup> Hier käme einzig eine Unselbstständigkeit aufgrund einer Organschaft in Betracht, vgl. hierzu Reiß/Kraeusel/Langer/Wäger, UStG, Stand: Mai 2016, § 2 Rdnr. 49.8, 107, 111.9.

<sup>21</sup> BFH, Beschluss vom 24.8.2006, V B 167/04, BFH/NV 2007, 280.

unabhängig von der Bezeichnung als Gewinnverteilung – umsatzsteuerrechtlich um Entgelt für die Lieferungen der Gesellschafter an die Gesellschaft.<sup>25</sup>

- Wird für Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft neben einem Sonderentgelt auch eine gewinnabhängige Vergütung gezahlt (sog. Mischentgelt), sind das Sonderentgelt und die gewinnabhängige Vergütung umsatzsteuerrechtlich getrennt zu beurteilen. Das Sonderentgelt ist als Entgelt einzuordnen, da es einer bestimmten Leistung zugeordnet werden kann. Die gewinnabhängige Vergütung ist dagegen kein Entgelt.<sup>26</sup>
- Für die Abgrenzung des (Sonder-)Entgelts vom Gewinnanteil ist die ertragsteuerliche Behandlung ohne Belang, sodass auch entgeltliche Mietverträge<sup>27</sup> eine Unternehmereigenschaft des Gesellschafters im umsatzsteuerrechtlichen Sinne begründen können.<sup>28</sup> Die Ausgestaltung der Überlassung als entgeltlich oder unentgeltlich steht dem Gesellschafter frei. Ein Umgehungsgeschäft i. S. d. § 42 AO liegt grundsätzlich nicht vor.
- Lediglich gewinnunabhängige Entgelte, zu denen auch Umsatzbeteiligungen, Aufwendungs- und Kostenerstattungen zählen, sind demgegenüber umsatzsteuerrechtlich relevant und begründen ein umsatzsteuerpflichtiges Entgelt.<sup>29</sup>
- Eine Entgeltlichkeit liegt auch dann vor, wenn die Gegenleistung der Gesellschaft nicht in einer Geldzahlung, sondern – ähnlich wie bei einem Tausch – in einer anderen Leistung liegt.<sup>30</sup>
- Der Annahme einer Entgeltlichkeit schadet nicht, wenn ein Gesellschafter mehrere Leistungen erbringt, die sich gegenüber der Gesellschaft als einheitliche Leistung darstellen, zum Beispiel wenn der geschäftsführungs- und vertretungsberechtigte Komplementär einer KG von dieser für seine Haftung nach §§ 161, 128 HGB, die Geschäftsführung und Vertretung eine Festvergütung als (Sonder-)Entgelt erhält.<sup>31</sup>

#### IV. Praktische Anwendungsbereiche und Gestaltungsmöglichkeiten

Notarseitig können Berührungspunkte mit den oben genannten umsatzsteuerlichen Abgrenzungskriterien in unterschiedlichen Konstellationen in Betracht kommen. In der Regel wird sich die Verpflichtung des Notars jedoch auf seine Warn- und Hinweis-

funktion beschränken. Zunächst sollte der Notar – soweit nicht bereits sichergestellt – eine fachmännische steuerliche Beratung der Beteiligten anregen. Unabhängig davon ist es ratsam, durch ein Gespräch mit den Beteiligten herauszufinden, ob eine umsatzsteuerliche Problematik in der konkreten Gesellschaftssituation überhaupt entstehen kann. Auf jeden Fall sollte er auf möglicherweise entstehende umsatzsteuerpflichtige Sachverhalte zwischen Gesellschafter und Gesellschaft hinweisen und – soweit es ihm aufgrund seines Gestaltungsauftrags überhaupt möglich ist – die folgenden Aspekte bedenken:

Auf der Ebene der Gestaltung eines Gesellschaftsvertrags sollte der Notar in einer vorbereitenden Besprechung auf die Abgrenzung zwischen Sonderentgelt und Gewinnbeteiligung hinweisen. Soweit er in die Erstellung des Gesellschaftsvertrags eingebunden ist, sollte er darauf achten, dass einem Gesellschafter, der besondere Leistungen wie eine Geschäftsführungstätigkeit übernimmt, nicht im Gesellschaftsvertrag eine bestimmte bezifferbare Gegenleistung zuteilwird. Insbesondere bei der Regelung der Gewinnverwendung sollte er sicherstellen, dass diese eine Umsatzsteuerpflicht nur dann auslöst, wenn dies zwischen Gesellschaft und Gesellschafter – zum Beispiel aufgrund eines möglichen Vorsteuerabzugs – tatsächlich gewünscht ist.

Formulierungsvorschlag der Gewinnverwendung bei gewünschtem Ausschluss der Umsatzsteuerpflichtigkeit:

C erhält im Gewinnfall 25 % des entnahmefähigen Gewinns vorab, im Übrigen wird der Gewinn nach dem Verhältnis der Beteiligung der Gesellschafter am Festkapital der Gesellschaft (Kapitalkonto I) verteilt; ein Verlust wird ausschließlich nach dem Verhältnis der Beteiligung der Gesellschafter am Festkapital der Gesellschaft (Kapitalkonto I) verteilt.

Formulierungsvorschlag der Gewinnverwendung bei gewünschter Umsatzsteuerpflichtigkeit:

Der Gesellschafter A einer OHG erhält neben seinem nach dem Verhältnis der Beteiligung der Gesellschafter am Festkapital der Gesellschaft (Kapitalkonto I) bemessenen Gewinnanteil für die Führung der Geschäfte und die Vertretung der OHG unabhängig vom Jahresergebnis der Gesellschaften einen festen Betrag von \*\*\* € vorab zugewiesen. Diese Vergütung ist unabhängig vom Vorliegen eines entnahmefähigen Gewinns geschuldet.

Bei einer geschäftsführenden GmbH:

Die GmbH erhält eine jährliche (gewinnabhängige oder gewinnunabhängige) Management-Fee (einmalige Gebühr („Konzeptions-Fee“)) in Höhe von \*\*\* €.

Ähnliches gilt auch für Beschlüsse über die Gewinnverwendung, auch wenn der Notar nur selten mit originären Gewinnverwendungsbeschlüssen konfrontiert ist, da dies regelmäßig von Angehörigen der steuerberatenden Berufe übernommen wird. Ausnahmen stellen Geschäftsanteilsübertragungen und -abtretungen dar, in deren Gestaltung regelmäßig dem Erwerber der Gewinn zugeteilt wird, soweit über dessen Verwendung noch nicht beschlossen worden ist. Hierbei sollte darauf geachtet werden, dass die Zuweisung eines noch nicht verteilten Gewinns nicht als Gegenleistung für eine konkrete Leistung des eintretenden bzw. erwerbenden Gesellschafters erfolgen soll.

25 BFH, Urteil vom 10.5.1990, V R 47/86, BStBl. II 1990, S. 757.

26 Vgl. Ziffer 1.6 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses sowie FG Schleswig-Holstein, Urteil vom 27.4.2016, 4 K 108/13, DStRE 2017, 927.

27 BFH, Urteil vom 16.3.1993, XI R 45/90, BStBl. II 1993, S. 560, 562.

28 BFH, Urteil vom 3.3.2011, V R 24/10, BStBl. II 2011, S. 950.

29 BFH, Urteil vom 6.6.2002, V R 43/01, BStBl. II 2003, S. 36; EuGH, Urteil vom 27.1.2000, C-23/98 (Heerma), EuGHE 2000, I-419; Urteil vom 18.10.2007, C-355/06 (van der Stehen), EuGHE 2007, I-8863 = UR 2007, 889.

30 BFH, Urteil vom 10.7.2012, XI R 31/10, UR 2013, 52; BFH, Urteil vom 15.4.2010, V R 10/08, BStBl. II 2010, S. 879; sowie zur Ansicht der Finanzverwaltung Ziffer 1.6 Abs. 6a Umsatzsteuer-Anwendungserlass.

31 BFH, Urteil vom 3.3.2011, V R 24/10, BStBl. II 2011, S. 950.

Die standardmäßig verwendeten Formulierungen dürften hierbei jedoch in aller Regel ausreichend sein:

Soweit über die Ausschüttung eines Gewinns aus zurückliegender Zeit noch nicht beschlossen ist, steht der auf den verkauften Teilanteil entfallende Gewinnanteil vollständig dem Käufer zu. Dies gilt insbesondere für den auf das laufende Geschäftsjahr entfallenden Gewinn.

Eine in der notariellen Praxis häufiger vorkommende Situation dürften Übertragungen von Grundbesitz von einem Gesellschafter auf die Gesellschaft sein. Auch dieser kann bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG umsatzsteuerpflichtig sein. Auch insofern sollte der Notar darauf hinweisen, dass eine Umsatzsteuerpflicht eintreten kann. Dies gilt natürlich in noch viel größerem Umfang für Mietverträge zwischen dem Gesellschafter und der Gesellschaft, die jedoch – wenn sie nicht ausnahmsweise im Zuge einer Eigentumsübertragung relevant werden – selten Bedeutung in der notariellen Beratung erlangen.

Formulierungsvorschlag:

Der Notar hat auf eine mögliche Umsatzsteuerpflichtigkeit der Leistungen eines Gesellschafters an die Gesellschaft, insbesondere auf die Differenzierung zwischen Gewinnbeteiligung und Sonderentgelt, hingewiesen.

Auch bei Sacheinlagen im Rahmen einer Gesellschaftsgründung oder Kapitalerhöhung sind die umsatzsteuerrechtlichen Folgen nicht außer Acht zu lassen, insbesondere wenn es sich um eine Lieferung/sonstige Leistung im Rahmen des Unter-

nehmens des Gesellschafters handelt. Dies sollte im Rahmen einer Vorbesprechung erläutert werden. Ferner bietet sich zudem aus Nachweisgründen eine entsprechende Belehrung an.

Formulierungsvorschlag:

Der Notar hat auf eine mögliche Umsatzsteuerpflichtigkeit der Leistungen eines Gesellschafters an die Gesellschaft, insbesondere bei der Erbringung einer unternehmerischen Leistung bei Erfüllung der Sacheinlageverpflichtung, hingewiesen.

## V. Fazit

Leistungen eines Gesellschafters an die Gesellschaft stellen regelmäßig solche im Sinne des UStG dar. Sie treten in unterschiedlichsten Formen auf, wobei nunmehr höchstrichterlich entschieden ist, dass auch eine Geschäftsführung – sowohl bei Kapital- als auch Personengesellschaften – ebenso wie die Haftungsübernahme eine Leistung darstellt. Die Leistungen des Gesellschafters realisieren den Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 UStG jedoch nur dann, wenn der Gesellschafter selbstständig als Unternehmer auftritt und die Leistung gegen Entgelt erfolgt. Eine selbstständige Tätigkeit setzt insbesondere Weisungsunabhängigkeit voraus, sodass Geschäftsführer einer Kapitalgesellschaft regelmäßig nicht selbstständig handeln. Für die Entgeltlichkeit der Leistung ist es erforderlich, dass für die getätigte Leistung ein (Sonder-)Entgelt gezahlt wird, das von einer Gewinnbeteiligung als Ausfluss der Gesellschaftsrechte im Einzelfall abzugrenzen ist.



## BUCHBESPRECHUNGEN

Thomas Diehn:

### Notarkostenberechnungen

5. Aufl., C. H. Beck, 2017. 460 S., 35,90 €

Von Notarassessorin **Angelika Sträuber**, Hof

In nun schon 5. Auflage erscheint *Diehns* Notarkostenberechnungen mit Mustern und Erläuterungen zum GNotKG, das sich seit erstmaligem Erscheinen mit der Reform des notariellen Kostenrechts im Jahr 2013 nunmehr bereits als ein Standardwerk zum GNotKG etabliert hat. Dabei wurde das Ziel einer praxisorientierten Ausgestaltung anhand möglichst konkreter alltäglicher wie auch spezieller Beispiele für Notarinnen und Notare sowie deren Mitarbeiter – gleich welchen Erfahrungsniveaus – stets weiter vertiefend verfolgt. Aber auch Kostenprüfern und Gerichten kann das Werk aufgrund der übersichtlichen Darstellung der einzelnen Bewertungsvorgänge als hilfreiche Orientierung dienen.

Abermals gewachsen, aber nach wie vor kompakt auf rund 450 Seiten, bleibt die altbewährte Struktur der Darstellungsweise erhalten. So werden dem Leser zunächst insbesondere die Grundvoraussetzungen für notarielle Kostenrechnungen, wie in formaler Hinsicht von § 19 GNotKG gefordert, samt umsatzsteuergesetzlicher Vorgaben sowie Begrifflichkeiten der Bewertung näher gebracht. In diesem Rahmen wird auch die mit dem im Juni 2017 in Kraft getretenen „Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer“ eingeführte Bewertung der Prüfung der Eintragungsfähigkeit im Grundbuch- und Registerverkehr verortet.

Nach dieser Einführung folgen eigene Kapitel zu Grundstücks-, Gesellschafts-, Familien- und Erbrecht sowie zu Vollmachten, Zustimmungen, vorzeitiger Beendigung, Beratung und Entwurf. Im letzten Teil werden die kostenrechtliche Bewertung in sonstigen notariellen Tätigkeitsfeldern, etwa Beglaubigung von Dokumenten (in Papier- und elektronischer Form), aber auch Tatsachen- und Vorgangsprotokolle sowie Streitschlichtung behandelt. Die übersichtliche und dennoch detaillierte Gliederung sowie das Stichwortverzeichnis ermöglichen ein unproblematisches Auffinden der gesuchten Themenbereiche, wobei sich das Stichwortverzeichnis lediglich an groben Überbegriffen orientiert.

Die einzelnen Erläuterungen folgen dabei konsequent der gleichen Struktur: Der jeweilige Themenbereich wird mit einem

Beispielsfall eingeleitet, dem eine Auflistung der einzelnen Kostenpunkte in Form einer vollumfänglichen, praxistauglichen Rechnung folgt. Anschließend wird die vorstehende Kostenberechnung näher erörtert. Anzumerken ist, dass stets auch sämtliche Auslagen samt Umsatzsteuer penibel aufgeführt werden. Damit sind die Ausführungen auch für Anfänger in Sachen Bewertung bestens handhabbar. Verweisungen werden vom Autor weitestgehend vermieden. Lediglich in Ausnahmefällen bespricht er innerhalb einer Erläuterung anderweitige Konstellationen knapp. Im Übrigen werden verwandte Themen in nachfolgenden Abwandlungsfällen bearbeitet, die jedoch dem jeweiligen Ausgangsfall an inhaltlicher Ausführlichkeit in nichts nachstehen. Bemerkenswert erscheint dabei, dass die betroffene Problematik stets punktgenau und in gebotener Kürze näher gebracht wird, wiederum ohne dabei wiederholend zu wirken. Hinweise auf die Rechtslage unter Geltung der KostO halten sich – zu Recht – in Grenzen. Dadurch gelingt eine Darstellung, die sich sowohl für in Bewertungsfragen mehr als auch weniger routinierte Nutzer eignet.

Bei bislang richterlich weitgehend ungeklärten Konstellationen vertritt *Diehn* tendenziell einen aus Bewertungssicht großzügigen, die umfassende Einbeziehung in die Gebührenberechnung favorisierenden Ansatz. Dies geschieht zum Teil allerdings, ohne auf relevante Gegenansichten, auch anderer ähnlich konzipierter Standardwerke wie etwa dem „Streifzug durch das GNotKG“ der Notarkasse München, aufmerksam zu machen, was ein vollumfängliches Problembewusstsein des Lesers erschweren kann. Eine ergänzende Heranziehung einschlägiger GNotKG-Kommentierungen kann daher bei vertieftem Interesse zu einzelnen Themen – in seltenen Fällen – zweckdienlich sein.

Aufgrund der versierten Meinungen des Autors kann eine Anschaffung zum Basisbestand einer notariellen Bibliothek sicherlich empfohlen werden. Als praktikables Nachschlagewerk in angenehm komprimierter Form bietet *Diehn* mit Notarkostenberechnungen umfassende Leitlinien zur Rechnungserstellung und beantwortet beinahe ausnahmslos alle Kostenfragen des Lesers.

Alexander Krafka/Ulrich Kühn:

## Registerrecht

10. Aufl., C. H. Beck, 2017. 988 S., 99 €

Von Notar Dr. **Johannes Hecht**, Hengersberg

„Kaufen, kaufen, kaufen“ – mit diesem Slogan der Marktwirtschaft lässt sich das bekanntlich zum Standardwerk an Gerichten und Notarstellen avancierte Werk *Krafkas und Kühns*, ihres Zeichens Notar bzw. Amtsgerichtsdirektor und vormaliger Leiter des Registergerichts München, kurz und prägnant bewerben. Ungeachtet des Grundsatzes der Schnelligkeit und Leichtigkeit des Handelsverkehrs hat die Pflichtlektüre zum Registerrecht eine ausführliche Rezension verdient.

Bereits der logisch und klar strukturierte Aufbau des Werks – stets vom Allgemeinen zum Speziellen gerichtet und an der Gliederung der maßgeblichen Gesetze, namentlich des HGB, GmbHG, AktG, GenG und PartGG orientiert – spiegelt in formeller Hinsicht die profunde Fachkenntnis der Autoren wider, die dem Leser zudem durch ein hervorragendes Inhalts- und Stichwortverzeichnis den schnellen und gezielten Einstieg in ein bestimmtes Thema ermöglicht. Besonders hervorzuheben ist, dass die Verfasser Problemfelder konsequent gleichermaßen aus der Gerichts- wie aus der Notarperspektive erörtern. Dieser Anspruch wird sowohl im Hinblick auf die theoretischen Ausführungen – etwa bei der Erläuterung des Verfahrens zur Eintragung in das Handelsregister zunächst aus Sicht des einreichenden Notars (Rdnr. 75 ff.), sodann aus dem Blickwinkel des „weiterverarbeitenden“ Gerichts (Rdnr. 140 ff.) – als auch bei den für den Praktiker so wichtigen Einzeldarstellungen der verschiedenen Anmeldungsfälle voll erfüllt.

Überaus gelungen, um nur zwei im notariellen Alltag häufig relevante Beispiele zu nennen, sind die Erörterungen zur Prokura (Rdnr. 359 ff.) und zur Anmeldung von Änderungen des GmbH-Gesellschaftsvertrags (Rdnr. 1012 ff.). Hier kommt dem Werk die bereits eingangs gelobte, klare und durchdachte Gliederungsstruktur zugute – von allgemein-theoretischen Ausführungen über konkrete Anmeldungsfälle (aus Sicht des Notars) hin zur finalen Prüfung und Eintragung (aus Sicht des Registergerichts). Die Darstellungen sind in diesem Bereich auch inhaltlich so umfangreich, dass der Rückgriff auf weitere Literatur – wie etwa den *Gustavus* – zur Urkundsvorbereitung häufig entbehrlich wird. Selbst den an vielen Notarstellen sicher nicht alltäglichen Umwandlungen im Sinne des UmwG schenkt das Werk erfreulich viel Raum (der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften werden immerhin drei Druckseiten gewidmet, Rdnr. 1188a-f), wobei sich neben zahlreichen Checklisten und Formulierungsvorschlägen unter Rdnr. 1212 ff. einige prägnante Muster zur Darstellung des typischen registermäßigen Ablaufs einiger Umwandlungsmaßnahmen – wie gewohnt sowohl aus der Perspektive des Notars als auch des Richters – finden, die zur Erleichterung der praktischen Arbeit beitragen. Beeindruckend sind zudem Anzahl und Aktualität der in das Handbuch eingearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Literaturzitate (etwa im Rahmen der Darstellung des Meinungsstreits, in-

wieweit Organe einer Gesellschaft zugleich zum ständigen Vertreter einer Zweigniederlassung bestellt werden können, Rdnr. 317).

Das Streben der Autoren nach Perfektion und Vollständigkeit selbst in den Randbereichen des Registerrechts setzt sich in den Kapiteln zum Genossenschafts-, Partnerschafts- und Vereinsregister fort, die in erfreulicher Ausführlichkeit (Umwandlungsvorgänge bei Beteiligung von eingetragenen Genossenschaften werden auf fünf Seiten erörtert, Rdnr. 1941 ff.) unter Beibehaltung der präzisen Unterscheidung zwischen notarieller und registergerichtlicher Tätigkeit (wenngleich die Aufgaben der Notare im Bereich des Vereinsregisters, Rdnr. 2107, insbesondere die Möglichkeit der elektronischen Einreichung von Anmeldungen, Rdnr. 2152, bzw. die elektronische Registerführung i. S. d. § 55a BGB, Rdnr. 2108, verhältnismäßig knapp behandelt werden) dem etwa zwei Drittel des Werks einnehmenden Hauptteil „Handelsregister“ folgen. Der solchermaßen verwöhnte Leser empfindet es als nahezu selbstverständlich, im anschließenden Teil „Güterrechtsregister“ eine Fülle von Informationen (einschließlich eines Muster-Eintragungsantrags hinsichtlich vereinbarter Wahlzugewinnsgemeinschaft für deutsch-französische Ehepaare, Rdnr. 2323a) zu erhalten, mit der sich (nahezu) alle in der notariellen Praxis denkbaren Fälle in diesem Bereich lösen lassen.

Das Gesamtwerk schließt mit je einem Kapitel zum Zwangsgeld- und Ordnungsgeldverfahren sowie zum Beschwerdeverfahren, während die einzelnen Abschnitte durch einige Hinweise zu den Kosten in Registersachen abgerundet werden, wobei gerade die prägnante Darstellung der Gerichtskosten Notaren eine rasche überschlägige Information ihrer Mandanten über den voraussichtlichen Transaktionsaufwand ermöglicht.

Aus Sicht des Rechtsanwenders erfreulich ist schließlich der pragmatische Umgang der Autoren mit juristischen Meinungsstreiten, die regelmäßig einer „notarfreundlichen“ Lösung zugeführt werden. Zu nennen ist exemplarisch der großzügige Umgang mit der Versicherung der Liquidatoren, dass kein zu verteilendes Gesellschaftsvermögen mehr vorhanden sei: Insofern könne „das Registergericht davon ausgehen, dass die ordnungsgemäß angemeldete Tatsache auch zutreffend ist“ (Rdnr. 1150). Der Praktiker sollte indes unter dem Gesichtspunkt des Gebots des sichersten Gestaltungsweges diese und weitere im Werk vertretene liberalere Rechtsauffassungen mit einer gewissen Vorsicht genießen, da die Praxis der verschiedenen Registergerichte – gerade was die Nachprüfung der von Liquidatoren (oder auch sonstigen Anmeldenden) behaupteten Tatsachen betrifft – nicht immer einheitlich gehandhabt wird. Dies gilt bspw. auch im Hinblick auf die – von den Autoren (Rdnr. 1051a), nicht aber von allen Registergerichten bejahte – Möglichkeit der Übermittlung einer aktualisierten Ge-

sellschafterliste zeitlich mit der Anmeldung einer Kapitalerhöhung, obgleich diese erst mit ihrer Eintragung im Handelsregister wirksam wird. In diesem Zusammenhang mutet die unter Rdnr. 1062 vertretene Auffassung, bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln erfolge „keine Prüfung hinsichtlich der ordnungsgemäßen Wahl der Prüfer“, etwas lapidar an: In der Praxis verschiedener Registergerichte ist durchaus mit der Zurückweisung entsprechender Anmeldungen zu rechnen, sofern der Prüfvermerk i. S. d. § 57e GmbHG „lediglich“ von einem Steuerberater, der nicht zugleich Wirtschaftsprüfer oder vereidigter Buchprüfer ist, unterzeichnet wurde.

Für die nächste Auflage seien ergänzend einzelne Verbesserungsvorschläge bzw. exemplarische Anregungen erlaubt, etwa im Bereich der Ausführungen zum elektronischen Rechtsverkehr: Hinsichtlich der in Rdnr. 138 pauschal verneinten Pflicht zur Übermittlung strukturierter XML-Daten wäre ein Hinweis auf § 2 Abs. 3 i. V. m. § 5 Abs. 1 Nr. 2 ERVV wünschenswert. Auch wird die (bislang) fehlende Möglichkeit der Erstellung elektronischer Ausfertigungen im Abschnitt „Voll-

machten“ (Rdnr. 116a) nicht erörtert, während sie im Hinblick auf die elektronische Übermittlung von Erbscheinen (Rdnr. 128) nur rudimentär thematisiert ist.

Unter Aktualitätsgesichtspunkten befindet sich die 10. Auflage auf dem Stand des 1.7.2016. Einige seitdem in Kraft getretene Gesetzesänderungen im Bereich des Registerrechts wie zum Beispiel das besonders notarrelevante Gesetz zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs, das 51. Strafrechtsänderungsgesetz, das neue, für die Geschäftsführerversicherung (§ 8 Abs. 3 Satz 1, § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 lit. e GmbHG) relevante Straftatbestände zur Manipulation von Sportwettbewerben geschaffen hat, oder das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, das in § 40 Abs. 1 GmbHG diverse erweiterte Anforderungen an die GmbH-Gesellschafterliste stellt, sind freilich der Berücksichtigung in der 11. Auflage vorbehalten, welche man – *ceterum censeo* – angesichts der außergewöhnlich hohen Qualität dieses Werks mit Vorfreude erwarten darf.

## Christoph Reithmann/Christoph Terbrack (Hrsg.):

### Kauf vom Bauträger

8. Aufl., Dr. Otto Schmidt, 2018. 636 S., 99 €

Von Notar **Florian Machleidt**, Wasserburg a. Inn

Auch wenn die letzte Auflage dieses bisher von *Christoph Reithmann* herausgegebenen Werkes bereits über zwanzig Jahre alt ist, findet sie sich immer noch in vielen Handbibliotheken von Notaren und wird weiter in aktuellen Abhandlungen zitiert. Im Rahmen der nun erschienenen 8. Auflage fand unter dem aktuellen Herausgeber *Christoph Terbrack* eine vollständige Neubearbeitung mit einem jungen Autorenteam bestehend aus Notaren und Rechtsanwälten statt. Demzufolge ist dieses Buch, ebenso wie die anderen Werke zu diesem Thema, auch nicht nur speziell für Notare, sondern auch für Rechtsanwälte, Gerichte sowie für Mitarbeiter von Banken und Bauträgern geschrieben, was die Eignung für die notarielle Praxis jedoch keineswegs schmälert. Inhaltlich ist bereits das zum 1.1.2018 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Bauvertragsrechts sowie zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung berücksichtigt und hierzu am Ende des Werkes erfreulicherweise auch eine Synopse enthalten.

In einem kurzen 1. Kapitel widmet sich *Terbrack* vor allem den beim Bauträgervertrag zu beachtenden Rechtsgrundlagen, ehe *Gebele* und *Schiffner* im 2. Kapitel eingehend den Vertragsabschluss behandeln. Neben den klassischen materiellrechtlichen Fragestellungen im Bereich von Vertragsabschlüssen aufgrund Vollmacht sowie durch Angebot und Annahme

werden in diesem Kapitel auch die wesentlichen Aspekte zu Reservierungsvereinbarungen, vertraglichen Rücktrittsrechten und zur Vertragsaufhebung beleuchtet. Anschließend folgt eine ausführliche und hilfreiche Darstellung zum notariellen Beurkundungsverfahren, die sich unter anderem auch mit den neuen gesetzlichen Mindestvorgaben zur Baubeschreibung und den Prüfungspflichten des Notars bei der Beurkundung von Baubeschreibungen sowie den notariellen Belehrungspflichten und Betreuungstätigkeiten im Zusammenhang mit Bauträgerverträgen befasst.

Das bei weitem ausführlichste 3. Kapitel behandelt dann die für die tägliche notarielle Praxis wesentlichen inhaltlichen Fragen bei der Gestaltung von Bauträgerverträgen. Zu Beginn steht *Vogel's* Abhandlung über das Vertragsobjekt, die sich vor allem mit den zentralen Aspekten im Zusammenhang mit der vom Bauträger zu erbringenden Bauleistung befasst, einschließlich der Abgrenzung zum Kaufrecht bei Bestandsgebäuden. Hierauf folgt die Darstellung von *Martius* zu Abnahme und Besitzübergang sowie den Mängelrechten, die nicht nur klare Empfehlungen zur Vertragsgestaltung enthält, sondern in einer für den Notar gleichermaßen interessanten Weise auch Hinweise für Anwälte als Parteivertreter bietet. *Schiffner* behandelt schließlich prägnant alle relevanten Fragestellungen zu

den Komplexen Kaufpreis und Kaufpreisfälligkeit und gibt hierbei unter anderem auch sinnvolle Hinweise zur Absicherung von Nutzungsrechten in Mehrfachparkanlagen. Im letzten längeren Teil dieses Kapitels gibt *Meyer* einen umfassenden Überblick über die rechtlichen Aspekte der Finanzierung und vor allem über die Finanzierungssicherheiten. Neben allen klassischen notariellen Regelungsbereichen werden hier auch verschiedene vor allem für Banken und Bauträger relevante Punkte dargestellt, wie ergänzende Sicherheiten neben der Globalgrundschuld, die im Rahmen einer weitergehenden Beratung von Bauträgern durchaus auch für Notare hilfreich sein können. Abschließend folgen noch jeweils kürzere, aber absolut ausreichende Ausführungen von *Schiffner* zu Zwangsvollstreckungsunterwerfungen und von *Gebele* zu Schiedsklauseln.

Die bei Bauträgerverträgen über Wohnungseigentum zu berücksichtigenden Besonderheiten werden dann in einem eigenen 4. Kapitel von *Martius* und hinsichtlich der insolvenzrechtlichen Fragen von *Meyer* behandelt. Positiv für den Vertragsgestalter ist hieran, dass in anschaulicher Weise nahezu alle speziellen Gestaltungsanforderungen für diesen in der Praxis wohl häufigsten Fall des Bauträgervertrages zusammenhängend dargestellt werden. Die kurzen Ausführungen von *Vogel* im 5. Kapitel zur streitigen Durchsetzung der Rechte des Erwerbers aus dem Bauträgervertrag tragen auch für Notare sinnvoll zum Gesamtverständnis der entsprechenden vertraglichen Regelungen bei.

Im 6. und letzten Kapitel befasst sich *Meyer* schließlich eingängig mit den wesentlichen insolvenzrechtlichen Fragestel-

lungen im Zusammenhang mit Bauträgerverträgen und dabei insbesondere mit den Auswirkungen einer Insolvenz des Bauträgers oder des Bestellers auf bestehende Verträge. Abschließend enthält das Buch noch hilfreiche Gesamtmuster für fünf verschiedene Konstellationen von Bauträgerverträgen.

Die angenehm lesbare Neuauflage behandelt damit alle für die tägliche Notarpraxis wesentlichen Bereiche des Bauträgervertrages in einer durchgehend klar strukturierten und übersichtlichen Weise. Neben den Gesamtmustern am Ende sind auch in den einzelnen Kapiteln immer wieder gut brauchbare Formulierungsvorschläge sowie klare und überwiegend überzeugende Gestaltungsempfehlungen enthalten. Hilfreich und gut gelungen sind insbesondere die jeweiligen Ausführungen zu den durch die Reform des Bauvertragsrechts geänderten gesetzlichen Bestimmungen. Lediglich vereinzelt wären noch etwas detailliertere Ausführungen oder weiterführende Hinweise wünschenswert, etwa zur genaueren Abgrenzung der Nachzüglerfälle oder zu den Besonderheiten bei in Wohnungseigentum aufgeteilten Mehrhausanlagen. Die an sich erfreulich kompakte Darstellung und Fokussierung auf die wesentlichen Aspekte des Bauträgervertrages hat zudem zur Folge, dass Ausführungen zu echten Spezialfragen wie dem „Tausch mit dem Bauträger“ nicht enthalten sind.

Insgesamt handelt es sich aber um ein bereits in der 1. Auflage der vollständigen Neubearbeitung gut gelungenes Werk und um eine sinnvolle Ergänzung der eigenen Notariatsbibliothek. Die Anschaffung kann in jedem Fall empfohlen werden, insbesondere denjenigen, die ein aktuelles Buch zum Bauträgervertrag mit klaren und praxistauglichen Empfehlungen suchen.

**Fabian Schulz:**

## **Pflichtteilsrecht und Pflichtteilsverzicht – Die Gretchenfrage des modernen Erbrechts?**

Nomos, 2017. 193 S., 52 €

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden

Der Titel dieser einige Zeit vor ihrem Erscheinen unter der Betreuung von *E. Koch* abgeschlossenen Arbeit lässt beim erbrechtlich erfahrenen Leser erst einmal Skepsis aufkommen. Das Stellen von „Gretchenfragen“ ist beliebt und daher tendenziell beliebig. Meine persönliche wäre ja eher die nach Voraussetzungen und Reichweite von Bindungswirkungen letztwilliger Verfügungen im modernen Erbrecht. Und genau genommen enthält der Titel, inhaltlich gesehen, gar keine Frage. Versteht man nun als „Gretchenfrage“ (zurückgehend auf *Goethe*, *Faust I*, Verse 3415 ff.) eine solche, die auf die Hintergrundmotive, den inneren Wahrheitskern dessen abzielt, warum in der ein oder anderen Weise gehandelt oder argumentiert wird, so muss man sich diese Frage – bezogen auf

das Thema der Arbeit – auf deren S. 11 und 12 zunächst erarbeiten. Das aber ist bereits spannend und der Mühe wert:

Ausgangspunkt ist nämlich die These von *Schulz*, dass Untersuchungen zum Pflichtteilsrecht insgesamt und zur Kontrolle von Pflichtteilsverzichtverträgen im Besonderen geprägt seien von einem entgegengesetzten Verständnis der Bedeutung von Individuum und Familie in der Gesellschaft. Daraus entsteht die eigentliche (Gretchen-)Frage des Autors auf S. 11, von ihm gerichtet an all diejenigen, die sich bislang mit der Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichteten beschäftigt haben, einschließlich der Richterschaft (und einschließlich des Rezensenten, vgl. BeckOGK-BGB/*Everts*, Stand: 15.3.2018, § 2346



Rdnr. 14 ff.): Wurde sich jeweils „tatsächlich allein mit der rechtlichen Möglichkeit der Inhaltskontrolle von Pflichtteilsverzichteten auseinandergesetzt oder [sind] vielmehr andere als rechtliche Gesichtspunkte leitend (...); ob etwa allein aufgrund einer bestimmten Anschauung, einer über die Inhaltskontrolle hinausgehenden Motivation versucht wird, diese herzuleiten oder abzulehnen“? Dieser Introitus macht Lust auf mehr.

Die Bestandsaufnahme des Verfassers (S. 23 bis 29) zeigt indes zunächst das bekannte Bild der herrschenden Meinung: Rechtsprechung in diesem Bereich sei generell selten. Schon die allgemeine Missbrauchskontrolle (über § 138 BGB) werde dort, wie in der Literatur, nur sehr eingeschränkt angewendet, wobei der Autor den erst nach Drucklegung entschiedenen „Zahnarztsohnfall“ des OLG Hamm (Urteil vom 8.11.2016, 10 U 36/15, MittBayNot 2018, 54 m. Anm. *Andrissek*) nicht mehr berücksichtigen konnte. Diese Feststellung trifft erst einmal zu. So hat insbesondere der BGH zur Anwendbarkeit von § 138 BGB bislang bekanntlich nur in einem Teilbereich, zumal aus der Perspektive eines Dritten – nämlich des Sozialleistungsträgers – grundlegend entschieden: Zumindest der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialleistungsbeziehers ist grundsätzlich nicht sittenwidrig (Urteil vom 19.1.2011, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138 m. Anm. *Spall*; leider taucht diese Entscheidung an dieser Stelle des Werks gar nicht auf und später dann nur ein einziges Mal in Fußnote (!) 423).

Eine darüber hinausgehende Inhaltskontrolle im Sinne der Herstellung materieller Vertragsgerechtigkeit finde laut *Schulz* schon im Ansatz nicht statt, somit auch keine Inhaltskontrolle solcher Vereinbarungen durch die Rechtsprechung wie bei Eheverträgen. Den Autor verwundert nun diese ablehnende Haltung in Literatur und Rechtsprechung, und zwar „deswegen, da ansonsten der Pflichtteilsanspruch, um den es hier vornehmlich geht, umfassend von einer Ausschaltung bzw. auch nur Aushöhlung geschützt wird“ (S. 29 – Stichworte Pflichtteilsergänzung, erschwerte Pflichtteilsentziehung sowie der Verfassungsrang jedenfalls des Kindespflichtteils, vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.4.2005, 1 BvR 1644/00 u. a., MittBayNot 2016, 512).

Der weitere Gang der Arbeit dient dazu, diesem offensichtlich scheinenden Widerspruch nachzugehen, und zwar zunächst dadurch, dass *Schulz* dem historischen Gesetzgeber seine Gretchenfrage stellt: „Wie hält dieser es mit dem Pflichtteilsverzicht? Hat er diesen als Instrument im Interesse der Familie oder des Erblassers in das BGB aufgenommen?“ (S. 32).

Einer Antwort auf diese Frage spürt der Autor sodann akribisch im ersten Hauptteil seiner Arbeit (S. 23-92) nach. Nach einer *tour d' horizon* durch das römische Recht (verzichtsfeindlich), das germanische Recht (verzichtsfreundlich, sofern dem Erhalt des Familienvermögens dienend) und das Gemeine Recht (tendenziell einschränkungslos verzichtsfreundlich) sowie die Landrechte (generell verzichtsfreundlich, mit Einschränkungen außerhalb des familiären Interesses) läuft alles auf den „Showdown“ hinaus, nämlich die Implementierung dieser Strömungen in das BGB, namentlich über die Diskussionen und Beschlüsse der ersten und zweiten Kommission.

*Schulz* konzentriert sich dabei zunächst auf den Redaktor des Erbrechts, den bayerischen Ministerialrat *Gottfried von Schmitt*,

dessen Person und dessen Stellung zu erbrechtlichen Verträgen. Allein dies wäre einmal eine gesonderte juristische Publikation wert. Deutlich wird dabei allerdings auch, dass *von Schmitt* sich gegen preußische Interessen nicht hatte durchsetzen können und die erste Kommission klar den Willen des Erblassers zur Grundlage des deutschen Erbrechts erhoben hat. Damit wurden erbrechtliche Verzichtsverträge gleichsam als enterbende Testamente mit Zustimmung des Verzichtenden konstruiert, letztlich ein Bruch mit jeder Tradition (S. 69, 75). Nach Analyse des Autors (S. 60 f.) dürfte dies daran gelegen haben, dass das *von Schmitt*'sche Verhandlungsgeschick zu wünschen übrig ließ, weil er nicht das gesamte BGB im Blick hatte und ihm das zweite bayerische Kommissionsmitglied, *Paul von Roth*, beständig in die Parade fuhr, sodass der nach Preußen größte Gliedstaat im Deutschen Reich nicht mit einer Zunge zu sprechen vermochte. Man sieht: Gremienarbeit, erfolgreiche zumal, war offenbar in Voraussetzungen und Ertrag im 19. Jahrhundert nicht viel anders als heute!

Erbrechtsgeschichtlich neu sind sodann die Erkenntnisse, die der Autor aus den Materialien zur zweiten Kommission, erbrechtliche Verzichtsverträge betreffend, gewinnt. Diese habe zum einen in formaler Hinsicht von einer Konstruktion des Verzichts als letztwilliger Verfügung zugunsten einer reinen Vertragskonstruktion Abschied genommen (S. 80 ff.). Das in § 2212 BGB-Entwurf II (später zu § 2347 BGB geworden) enthaltene Höchstpersönlichkeitserfordernis in Bezug auf den Erblasser sei entgegen überkommener Auffassung kein Beleg für die Konstruktion des Erbverzichts als letztwillige Verfügung, sondern lediglich Ausprägung des allgemeinen Grundsatzes der Testierfreiheit (S. 82).

Zum anderen habe, so *Schulz*, die zweite Kommission auch eine inhaltliche Einschränkung dahin gehend vorgenommen, dass erbrechtliche Verzichte nur zur Geltung kommen sollten, wenn diese im Familieninteresse lägen, unter Berufung auf die Fälle von Auswanderung und der bäuerlichen Hofnachfolge (S. 83 ff.). Darin zeige sich auch die Antwort auf die „Gretchenfrage“, dass nämlich erbrechtliche Verzichte trotz ihres aleatorischen Charakters nicht zur Durchsetzung eigensinniger Motivationen des Erblassers in das BGB aufgenommen worden seien, sondern am Familieninteresse gemessen werden müssten (S. 91).

In der Nachzeichnung dieser Ereignisse und der zuletzt genannten Erkenntnisse dürfte der wissenschaftliche Hauptertrag der Arbeit liegen. Allein, den Schlussfolgerungen anzuschließen vermag ich mich nicht. Die bloße unterschiedliche Wortwahl (oder besser: Umstellung der Wörter) in den gesetzgeberischen Konzepten rechtfertigt die Annahme eines Konstruktionsunterschieds nicht; auch im Entwurf der ersten Kommission ist schließlich explizit von einem „Verzicht durch Vertrag“ die Rede. Auch halte ich es bei aller Methodentreue für fragwürdig, ob aus zwei sehr begrenzten, zumal heute weitaus bedeutungsloseren Fallgruppen *pars pro toto* ein zeitlos maßgebendes gesetzliches Gesamtbild gemalt werden kann. Zudem fällt auf, dass diese angeblich gewollte Einschränkung eben keinen unmittelbaren Ausdruck im Gesetz gefunden hat, sondern die Änderungen „stillschweigend“ vollzogen wurden, wie übrigens auch der Autor zugibt (S. 85 f.). Dann kann sich der historische Gesetzgeber aber auch nur an

dem messen lassen, was von ihm zutage lag, und dies war dann eben das von der ersten Kommission bereits geschaffene Bild der uneingeschränkten Zulässigkeit erbrechtlicher Verzichtverträge.

Selbst wenn man aber, wie der Rezensent, die rechtshistorischen Thesen von *Schulz* zur Kontrollfähigkeit erbrechtlicher Verzichtverträge nicht teilen möchte, kann hierbei unter der Geltung des Grundgesetzes, namentlich der von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Privatautonomie und der darauf aufbauenden Ehevertragsentscheidung des BVerfG (Urteil vom 6.2.2001, 1 BvR 12/92, MittBayNot 2001, 207 m. Anm. *Schervier*) nicht stehengeblieben werden. Dies erkennt auch *Schulz* und widmet demgemäß den zweiten Hauptteil seiner Arbeit der Frage, ob und inwieweit die ehevertragliche Inhaltskontrolle auf Pflichtteilsverzichtverträge übertragen werden könne (S. 93-143). In überzeugender Weise dringt der Autor dabei zum Kern der Problematik vor, nämlich, dass dann die Grundwertungen vergleichbar sein müssten, der Pflichtteilsanspruch also eine Unterhaltfunktion innehaben oder für einen typisierten Nachteilsausgleich sorgen müsse (S. 105).

Dabei zeigt sich, wiederum unter rechtshistorischer Analyse des Autors (S. 120-127) und im Einklang mit der herrschenden Meinung, dass dem Pflichtteilsrecht weder eine systematische noch eine eigene erbrechtlich intendierte Unterhaltfunktion zukommt, wie man dies angesichts der Existenz des § 1586b Abs. 1 Satz 3 BGB vermuten könnte. Auch eine Nachteilsausgleichsfunktion komme dem „normalen“ Pflichtteilsrecht nicht zu (S. 136-140). Zu beachten sei aber laut *Schulz*, dass Angehörigenleistungen gemäß § 2057a BGB im Pflichtteilsrecht über § 2316 Abs. 1 Satz 1 BGB (Erhöhungswirkung) gleichwohl Berücksichtigung fänden. Aus diesem schmalen legislativen Ausschnitt nun aber generell folgern zu wollen, in entsprechender Anwendung der Kontrolle von Eheverträgen käme die Unwirksamkeit eines Pflichtteilsverzichts immer dann in Betracht, wenn durch den Verzicht familienbedingte Nachteile ohne anderweitigen Ausgleich auf den Verzichtenden übertragen werden (S. 141), erscheint mir weit hergeholt und methodisch zumindest zweifelhaft.

Aus dem Blickwinkel seiner bislang erzielten Ergebnisse folgerichtig entwickelt der Autor im dritten und letzten Hauptteil eine eigenständige Ausformung einer Inhaltskontrolle bei Pflichtteilsverzicht (S. 144-179). Diese mündet auch bei *Schulz* zunächst in der Feststellung, dass es einen nur schmalen Anwendungsbereich für die Inhaltskontrolle nach Maßgabe der gerichtlichen Kontrolle von Eheverträgen auf Pflichtteilsverzicht gibt (S. 162). Bei der „sonstigen“ Inhaltskontrolle sind die Vergleichsüberlegungen des Autors zur Kontrolle bei Abfindungsbeschränkungen im Gesellschaftsrecht als pfiffig herauszuheben (S. 164 ff.). Dieser Ansatz ist, soweit mir ersichtlich, neu. Indes lehnt der Autor Schlussfolgerungen hieraus für die Wirksamkeit von Pflichtteilsverzicht zu Recht ab. Über die Begründung kann man verschiedener Meinung sein. Laut *Schulz* müsse die Familie am ehesten mit einer ideellen Gesellschaft verglichen werden, in der Abfindungsausschlüsse stets zulässig seien (vgl. BGH, Urteil vom 2.6.1997, II ZR 81/96, MittBayNot 1997, 302). Naheliegender wäre es jedoch gewesen, damit zu argumentieren, dass der BGH Abfindungsausschlüsse auf den Todesfall generell für zulässig hält (Urteil vom

22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186 = DNotZ 1957, 405, st. Rspr.), übrigens mit der Folge, dass solche ein anerkanntes Instrument der Kautelarjurisprudenz zur Pflichtteilsdämpfung sind (statt aller Schlitt/Müller/G. Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2017, § 11 Rdnr. 165 f.).

Nach alledem kommt auch der Autor richtigerweise zu dem Ergebnis, eine Inhaltskontrolle allein im Sinne einer Kontrolle über den Missbrauch der Pflichtteilsverzichtsfreiheit zuzulassen (S. 172). Es irritiert daher, wenn *Schulz* gleichwohl zu einer „teilhabebezogenen Inhaltskontrolle“ übergeht und auf einmal formuliert (S. 174):

„Damit die Unwirksamkeit des Pflichtteilsverzichts bzw. des zugrunde liegenden Kausalgeschäfts in Betracht kommt, muss zwischen diesem Wert und der geleisteten Abfindung ein grobes Missverhältnis bestehen. Von einem solchen ist regelmäßig dann auszugehen, wenn der Wert des erwarteten Pflichtteilsanspruchs den Wert der Abfindung um mehr als 100 Prozent überschreitet.“

Dies ist meines Erachtens reines Wunschenken des Autors, verkennt den aleatorischen Charakter von Pflichtteilsverzicht und wird von der Rechtsprechung anders gesehen: Exemplarisch hat zum Beispiel das LG Düsseldorf (Urteil vom 29.1.2014, 7 O 132/13, MittBayNot 2016, 58) zu einem extremen Wertunterschied zwischen Abfindung und potenziellem Nachlass entschieden:

„Der bloße Umstand, dass der vereinbarte Abfindungsbetrag i. H. v. 50.000 € deutlich unter einem möglichen Pflichtteilsanspruch liegt, den der Kläger auf etwa 5 Mio. € schätzt, rechtfertigt für sich gesehen noch nicht das Verdikt der Sittenwidrigkeit. Vielmehr kann die Bereitstellung eines verhältnismäßig geringen Betrages, die dafür aber zeitnah erfolgt, gleichwohl für einen jungen Menschen attraktiv und für dessen Lebensplanung sinnvoll sein.“

Spannend wäre es gewesen, wie der Autor diese Aussagen, insbesondere im Hinblick auf seine eigenen Thesen zum Pflichtteilsverzicht und das Familieninteresse, gewürdigt hätte. Richtigerweise kann die bloße Unkenntnis des Verzichtenden im Hinblick auf das Vermögen des Erblassers nicht ausreichen. Um von einer Sittenwidrigkeit zu sprechen, muss zu dieser Unkenntnis ein Verhalten des Erblassers hinzukommen, das ihm zum Vorwurf gemacht werden kann, was dann auch *Schulz* thematisiert (S. 176 f.). Das Anbieten einer zu niedrigen Abfindung allein kann diesen Vorwurf aber nicht begründen (so zum Beispiel auch *C. Braun*, MittBayNot 2016, 59, 60).

Auch wenn nicht zuletzt europarechtliche Aspekte – die EU-ErbVO war zum Zeitpunkt der Drucklegung bereits bekannt – bei der Bearbeitung leider ausgeblendet werden, so trägt die stets klar und flüssig geschriebene Arbeit verdientermaßen dazu bei, die Diskussion um die Kontrollierbarkeit erbrechtlicher Verzichtserklärungen am Leben zu erhalten. Jeder, der sich vertieft mit Pflichtteilsverzicht beschäftigt, sollte sich mit ihr, dem Petitum des Autors entsprechend, kritisch auseinandersetzen. Die *Schulz*'sche Gretchenfrage ist für mich aber auch nach der Lektüre des Werks nicht beantwortet – es bleibt spannend!

# RECHTSPRECHUNG

## BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

### 1. Analoge Anwendung von § 566 Abs. 1 BGB bei fehlender Identität von Veräuße- rer und Vermieter

BGH, Urteil vom 12.7.2017, XII ZR 26/16 (Vorinstanz:  
KG, Urteil vom 1.2.2016, 8 U 202/15)

*BGB § 566 Abs. 1, § 578 Abs. 2 Satz 1, §§ 985, 986 Abs. 1  
Satz 1*

#### LEITSATZ:

Bei fehlender Identität zwischen Vermieter und Veräußerer ist § 566 Abs. 1 BGB entsprechend anwendbar, wenn die Vermietung des veräußerten Grundstücks mit Zustimmung und im alleinigen wirtschaftlichen Interesse des Eigentümers erfolgt und der Vermieter kein eigenes Interesse am Fortbestand des Mietverhältnisses hat (Abgrenzung zu Senatsurteil vom 22.10.2003, XII ZR 119/02, NJW-RR 2004, 657).

### 2. Eigentumserwerb durch eine Erben- gemeinschaft und Sittenwidrigkeit eines Mietvertrags wegen Vereitelung eines Vorkaufsrechts durch Ausschluss des ordentlichen Kündigungsrechts des Ver- mieters

BGH, Urteil vom 30.6.2017, V ZR 232/16 (Vorinstanz:  
OLG Bremen, Urteil vom 9.9.2016, 2 U 11/16)

*BGB § 138 Abs. 1, § 542 Abs. 1, § 546 Abs. 1, § 578  
Abs. 2, § 580a Abs. 1 Nr. 3, § 891 Abs. 1, §§ 985, 1004  
Abs. 1 Satz 1, § 2032 Abs. 1, § 2041 Satz 1  
GBO § 47 Abs. 1  
ZPO § 286 Abs. 1 Satz 1*

#### LEITSÄTZE:

1. Eine Auflassungserklärung „an die Erbengemeinschaft“ führt nicht zur Unwirksamkeit der Auflassung. Da die Erbengemeinschaft selbst nicht rechtsfähig ist, ist die Auflassung jedoch dahin auszulegen, dass die Miterben als Gesamthandsgemeinschaft Eigentümer werden sollen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Miterben können in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit nur im Rahmen von § 2041 BGB Eigen-

tum für den Nachlass erwerben, wonach auch das zum Nachlass gehört, was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlass bezieht (Beziehungssurrogation). Dies ist der Fall, wenn der Erwerb nach der Willensrichtung des rechtsgeschäftlich Handelnden dem Nachlass zugute kommen soll (subjektive Komponente) und weiter ein innerer Zusammenhang mit dem Nachlass besteht (objektive Komponente), der auch in einer wirtschaftlichen Zweckmäßigkeit begründet sein kann. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Wird in einem Mietvertrag das Recht zur ordentlichen Kündigung des Vermieters ausgeschlossen, ist die Klausel gemäß § 138 BGB nichtig, wenn sie auf verwerflichen Beweggründen oder der Anwendung unlauterer Mittel beruht oder ausschließlich zu dem Zweck abgeschlossen wird, dem Vorkaufsberechtigten Schaden zuzufügen. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2018, 52.

### 3. Kaufpreisfälligkeit nach Ausübung eines Vorkaufsrechts an einem Grundstück

BGH, Urteil vom 12.5.2017, V ZR 210/16 (Vorinstanz:  
KG, Urteil vom 28.7.2016, 2 U 35/15)

*BGB § 464 Abs. 2, § 873 Abs. 2, § 925 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

Ist zusammen mit einem Grundstückskaufvertrag die Auflassung erklärt worden, führt dies bei Ausübung eines Vorkaufsrechts in der Regel dazu, dass der von dem Vorkaufsberechtigten geschuldete Kaufpreis erst fällig wird, wenn die Auflassung ihm gegenüber erklärt worden ist. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Mitbeurkundung der Auflassung nicht (auch) der Sicherung des Käufers, sondern nur der Erleichterung der Vertragsabwicklung dienen sollte.

#### SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 22.5.2013 verkaufte die Klägerin ein landwirtschaftlich genutztes Grundstück. In der Urkunde wurde die Auflassung erklärt sowie die Eintragung des Käufers als Eigentümer in das Grundbuch bewilligt. Der Kaufpreis war bis zum 30.9.2013 unmittelbar an die Klägerin zu zahlen und im Falle des Verzuges zu verzinsen. Der beurkundende Notar wurde von beiden Vertragsparteien unwiderruflich angewiesen, die Auflassung enthaltende Ausfertigung dem Käufer erst herauszugeben oder bei dem Grundbuchamt einzureichen, nachdem ihm die Zahlung des Kaufpreises nebst Zinsen durch die Verkäuferin schriftlich bestätigt worden war.

2 Die Beklagte übte mit Schreiben vom 17.9.2013 ein Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz aus. Mit Bescheid der zuständigen Genehmigungsbehörde, bestandskräftig seit dem 7.10.2013, wurde



der Klägerin die Ausübung des Vorkaufsrechts mitgeteilt. Nachdem die Parteien die Auflassung des Grundstücks am 26.2.2014 notariell hatten beurkunden lassen, zahlte die Beklagte den Kaufpreis mit Wertstellung zum 27.2.2014.

**3** Die Klägerin verlangt von der Beklagten Verzugszinsen für den Zeitraum vom 21.10.2013 bis zum 27.2.2014 mit der Begründung, dass der Kaufpreis spätestens innerhalb einer Frist von 14 Tagen nach Eintritt der Bestandskraft des Bescheides über die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts fällig geworden sei. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom KG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Zahlungsanspruch weiter.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**4 I.** Nach Ansicht des Berufungsgerichts scheidet der Klageanspruch am fehlenden Verzug der Beklagten. Die Verpflichtung der Beklagten, den Kaufpreis an die Klägerin zu zahlen, habe frühestens mit der am 7.10.2013 eingetretenen Bestandskraft des Bescheids der Genehmigungsbehörde entstehen können. Da der Kaufpreis nach dem Erstvertrag zu diesem Zeitpunkt bereits fällig gewesen sei, müsse die Fälligkeitsvereinbarung in dem Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten sinnentsprechend angepasst werden. Sei im Rahmen des Erstvertrags die Auflassung beurkundet worden, beinhalte dies auch eine Regelung darüber, wann der Verkäufer die Auflassung zu erklären habe, nämlich vor der Kaufpreisfälligkeit. Dies rechtfertige eine Anpassung dahin gehend, die nunmehr zwischen dem Verkäufer und der Vorkaufsberechtigten zu erklärende Auflassung als eine Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs anzusehen. Den neuen Vertragsparteien müsse die Sicherheit des ursprünglichen Vertrages erhalten bleiben. Daher komme der Vorkaufsberechtigte mit der Kaufpreiszahlung nicht in Verzug, solange der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe. Hierzu habe vorliegend die Auflassung gehört, die erst am 26.2.2014 erklärt worden sei.

**5 II.** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Klägerin steht gegen die Beklagte gemäß § 280 Abs. 1, 2, § 286 Abs. 1, 2 Nr. 2 BGB, § 288 Abs. 2 BGB a. F. ein Anspruch auf Zahlung von Verzugszinsen für die Zeit vom 21.10.2013 bis zum 27.2.2014 zu.

**6 1. a)** Im Ausgangspunkt geht das Berufungsgericht allerdings zutreffend davon aus, dass eine nach dem Erstvertrag bestehende Pflicht dem neuen Kaufvertrag mit dem Vorkaufsberechtigten sinnentsprechend angepasst werden muss, wenn diese bedingt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nicht mehr rechtzeitig erfüllt werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 8.10.1982, V ZR 147/81, NJW 1983, 682; BGH, Urteil vom 5.5.1988, III ZR 105/87, NJW 1989, 37, 38). Richtig ist auch, dass eine Fälligkeit des Kaufpreises erst nach Ausübung des Vorkaufsrechts eintreten kann, da erst hierdurch der neue Kaufvertrag und damit auch der Kaufpreisanspruch begründet wird (vgl. Senat, Urteil vom 8.10.1982, V ZR 147/81, NJW 1983, 682).

**7 b)** Ob die weitere Annahme des Berufungsgerichts zutrifft, zwischen den Parteien sei ein Kaufvertrag erst mit Bestandskraft des Bescheids der Genehmigungsbehörde am 7.10.2013 zustande gekommen, bedarf hier keiner Entscheidung (vgl. zu den Wirkungen eines solchen Bescheids BGH, Beschluss

vom 28.4.2017, BLw 2/16, BzAR 2017, 335 Rdnr. 20 ff.), weil die Klägerin Verzugszinsen erst ab dem 21.10.2013 geltend macht.

**8 2.** Rechtlicher Nachprüfung hält demgegenüber nicht stand die Ansicht des Berufungsgerichts, es bedürfe (auch) deshalb einer Vertragsanpassung, weil der Erstvertrag mit der Auflassung des Grundstücks verbunden worden und diese als Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises anzusehen sei.

**9 a)** Richtig ist allerdings, dass sich nach der Vertragsstruktur des Erstvertrages bestimmt, wie der Inhalt des durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zustande gekommenen Vertrages erforderlichenfalls anzupassen ist.

**10 aa)** Die Bestimmungen des Kaufvertrages zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Vorkaufsverpflichteten werden nicht zwischen diesen ausgehandelt, sondern sind, wie aus § 464 Abs. 2 BGB folgt (hier i. V. m. § 8 Abs. 1 [2013] Satz 1 RSG), dem Vertrag des Verpflichteten mit dem Dritten zu entnehmen. Hierbei handelt es sich um eine technische Regel, die der Struktur des Vorkaufs und der für ihn typischen Interessenlage in der Mehrzahl der Fälle entspricht (vgl. Staudinger/Schermaier, § 464 Rdnr. 15). Aus ihr geht zum einen hervor, dass der Vorkaufsberechtigte keine anderen, insbesondere keine ungünstigeren Bedingungen für und gegen sich gelten zu lassen braucht als diejenigen, die mit dem Dritten vereinbart sind. Zum anderen soll auch der Verpflichtete grundsätzlich nicht schlechter gestellt werden als bei der Durchführung des Vertrages mit dem Dritten (vgl. Soergel/Wertenbruch, BGB, 13. Aufl., § 464 Rdnr. 2).

**11 bb)** Ist – wie hier – die Auflassung des Grundstücks im Erstvertrag bereits erklärt worden, wird unterschiedlich beurteilt, ob die Fälligkeit des Kaufpreises die Auflassungserklärung des Vorkaufsverpflichteten voraussetzt. Teilweise wird dies mit der Begründung bejaht, beiden Parteien müsse die Sicherheit des Erstvertrages erhalten bleiben. Daher habe die Zug-um-Zug-Leistung entsprechend den Vereinbarungen des Erstvertrages zu erfolgen. Aus dem Gesetz folge, dass der Vorkaufsberechtigte wegen seiner Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung nicht in Verzug komme, solange der Verkäufer seine Verpflichtungen nicht erfüllt habe (so Grziwotz, NVwZ 1994, 215, 217; ders., MittBayNot 1994, 33 f.; ders., MittBayNot 1992, 173, 175 f.). Dieser Ansicht wird entgegengehalten, sie beachte das Abstraktionsprinzip nicht hinreichend. Dass der Vorkaufsberechtigte im Vergleich zum Erstkäufer eine rechtlich schwächere Position habe, weil ihm ohne Auflassung die Bindungswirkung des § 873 Abs. 2 BGB nicht zugutekomme und er die Auflassung nötigenfalls gerichtlich erstreiten müsse, rechtfertige es nicht, die Kaufpreisfälligkeit erst mit der Auflassung eintreten zu lassen. Die Schlechterstellung sei zudem nur theoretischer Natur, da sich ein Verkäufer nicht einem von vornherein aussichtslosen Prozess und Schadensersatzansprüchen aussetzen werde (so OLG München, MittBayNot 1994, 30, 32).

**12 cc)** Richtigerweise führt die zusammen mit dem Abschluss des Erstvertrages erklärte Auflassung bei Ausübung des Vorkaufsrechts dazu, dass der von dem Vorkaufsberechtigten geschuldete Kaufpreis in der Regel erst fällig wird, wenn die Auflassung des Grundstücks ihm gegenüber erklärt wor-



den ist. Etwas anderes gilt jedoch, wenn die Mitbeurkundung der Auflassung nicht (auch) der Sicherung des Käufers, sondern nur der Erleichterung der Vertragsabwicklung dienen sollte.

**13** Die Mitwirkung an der Auflassung ist – wie auch die Bewilligung, den Käufer als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen – Bestandteil der sich aus dem Kaufvertrag ergebenden Leistungspflicht des Verkäufers. Die Auflassungserklärung wirkt, weil § 464 Abs. 2 BGB nur für die schuldrechtlichen Vereinbarungen gilt, zwar nicht zugunsten des Vorkaufsberechtigten (vgl. Senat, Beschluss vom 21.6.2012, V ZB 283/11, NJW-RR 2012, 1483 Rdnr. 12). Der Aufnahme der für die Eigentumsübertragung erforderlichen Erklärungen des Verkäufers in die notarielle Urkunde zusammen mit dem Kaufvertrag kommt aber Bedeutung für die Bestimmung der Fälligkeit des von dem Vorkaufsberechtigten zu erbringenden Kaufpreises zu. Denn ihr lässt sich, wie das Berufungsgericht richtig erkennt, regelmäßig entnehmen, dass nach dem Willen der Kaufvertragsparteien die Zahlung des Kaufpreises der Erklärung der Auflassung zeitlich nachfolgen soll. Der aus dieser konkludenten Vereinbarung folgende Vorteil, dass die Auflassung bei Zahlung des Kaufpreises unwiderrufflich erklärt ist (§ 873 Abs. 2, § 925 Abs. 1 BGB) und dem Käufer deshalb keine Verzögerung des Eigentumserwerbs bedingt durch eine Nichterreichbarkeit des Verkäufers oder dessen Unwilligkeit, an der Auflassung mitzuwirken, droht, muss auch dem Vorkaufsberechtigten erhalten bleiben.

**14** Allerdings ist eine solche Auslegung des Erstvertrages nicht immer zwingend. Die Aufnahme der Auflassung und der Eintragungsbewilligung in die notarielle Urkunde bei Abschluss des Kaufvertrages kann nämlich auch lediglich Praktikabilitätsinteressen dienen und allein den Zweck haben, einen nochmaligen Beurkundungstermin mit dem Erfordernis des persönlichen Erscheinens der Vertragsparteien oder bevollmächtigter Vertreter zu vermeiden. So kann es etwa liegen, wenn die Zahlung des Kaufpreises nach dem Inhalt des Erstvertrages von keiner Sicherheit abhängig gemacht wurde und sich dies darauf zurückführen lässt, dass dem Verkäufer ein besonderes Vertrauen im Hinblick auf eine ordnungsgemäße Vertragsabwicklung entgegengebracht worden ist. Hiervon wird insbesondere bei einem in staatlicher Hand befindlichen Unternehmen auszugehen sein, weil das bei Privatpersonen bestehende Insolvenzrisiko in diesem Fall von untergeordneter Bedeutung ist. Schließt der Verkäufer den Vertrag zudem in Erfüllung öffentlicher Aufgaben, kann auch dies den Schluss rechtfertigen, dass die Parteien keinen Zweifel an der Vertragserfüllung seitens des Verkäufers gehegt und deshalb eine uneingeschränkte Vorleistungspflicht der Käufer vereinbart haben.

**15 b)** Nach diesen Grundsätzen hält die tatrichterliche Würdigung des Berufungsgerichts einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

(...)

**17 bb)** Die Regelungen in § 3 Abs. 2 und § 14 Abs. 3 des Kaufvertrages, auf die das Berufungsgericht nicht eingeht, legen nahe, dass der Käufer uneingeschränkt vorleistungspflichtig sein sollte. Dieser hatte den Kaufpreis nämlich unab-

hängig von dem Vorliegen der erforderlichen Genehmigungen – also auch im Falle einer schwebenden Unwirksamkeit des Vertrages – bis zum 30.9.2013 unmittelbar an die Klägerin zu zahlen. Und obwohl dem Käufer zur Sicherung seines Anspruchs auf Übertragung des Eigentums eine Vormerkung bewilligt wurde, ist die Fälligkeit des Kaufpreises nicht von ihrer Eintragung in das Grundbuch abhängig gemacht worden. Ebenso wenig hat das Berufungsgericht die besondere Stellung der Klägerin, die mit der Privatisierung ehemals volkseigener landwirtschaftlicher Flächen in den neuen Ländern beauftragt ist und im Eigentum der öffentlichen Hand steht, in seine Überlegungen einbezogen.

**18 III.** Das Berufungsurteil kann daher mit der gegebenen Begründung keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat hat in der Sache selbst zu entscheiden, da weitere tatsächliche Feststellungen, insbesondere zu der Auslegung des Erstvertrages, nicht in Betracht kommen (§ 563 Abs. 3 ZPO).

**19 1.** Die Auslegung des Erstvertrages, die der Senat selbst vornehmen kann (vgl. nur Senat, Urteil vom 16.4.1999, V ZR 37/98, NZM 1999, 677, 678), ergibt, dass die Erklärung der Auflassung seitens der Klägerin keine Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises war. Dass die Pflicht zur Kaufpreiszahlung nicht von den ansonsten üblichen Voraussetzungen – Eintragung einer Auflassungsvormerkung und Vorliegen der erforderlichen Genehmigungen – abhängig gemacht wurde, lässt in Verbindung mit der Stellung der Klägerin den Schluss zu, dass dieser besonderes Vertrauen entgegengebracht und deshalb eine uneingeschränkte Vorleistungspflicht des Käufers vereinbart worden ist. Die Erklärung der Auflassung diente hier nicht dem Sicherheitsbedürfnis des Käufers, sondern der erleichterten Abwicklung des Kaufvertrages.

**20 2.** Da die Fälligkeit des Kaufpreises im Erstvertrag kalendermäßig bestimmt war, geriet die Beklagte mit dem im Wege der sinnentsprechenden Anpassung zu ermittelnden, an den Vertragsschluss anknüpfenden Fälligkeitszeitpunkt und damit spätestens am 21.10.2013 (14 Tage nach Bestandskraft des Genehmigungsbescheids) in Verzug, ohne dass es einer Mahnung bedurfte (§ 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen und Zwiesel

#### 1. Das Problem

Die Entscheidung betrifft die Frage, ob § 464 Abs. 2 BGB, wonach bei Ausübung des Vorkaufsrechts ein Kaufvertrag zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten unter den Bedingungen zustande kommt, welche der Verpflichtete mit dem Dritten vereinbart hat, sich nur auf das schuldrechtliche Geschäft bezieht oder einen allgemeinen Rechtsgedanken eines Schlechterstellungsverbot zugunsten des Vorkaufsberechtigten enthält. Konkret war davon die für die Kaufpreisfälligkeit entscheidende Frage betroffen, ob die im Erstvertrag enthaltene Auflassung, die nicht automatisch auch den aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts zu-

stande kommenden Kaufvertrag betrifft, Voraussetzung für die Fälligkeit des Kaufpreises des „zweiten“ Kaufvertrages ist.

## 2. Der Grundsatz: Das Schlechterstellungsverbot

Der neue mit Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommende selbstständige Vertrag entspricht inhaltlich dem vom Verpflichteten mit dem Dritten geschlossenen Vertrag. Der Vorkaufsberechtigte hat „alle Verbindlichkeiten zu erfüllen, die der Dritte in dem mit ihm geschlossenen Verträge übernommen hat“.<sup>1</sup> Umgekehrt soll auch der Vorkaufsverpflichtete nicht schlechter stehen, als wenn sein Vertrag mit dem Dritten abgewickelt worden wäre.<sup>2</sup> Der Sinn des § 464 Abs. 2 BGB geht damit über die einer „relativ wertneutralen, technischen Regel zur Gewinnung eines sinnvollen Vertragsinhalts für den durch die Vorkaufserklärung zustande gebrachten Kauf“<sup>3</sup> hinaus. Der Inhalt des nicht ausgehandelten Kaufvertrages, der durch die Vorkaufsrechtsausübung zwischen dem Berechtigten und dem Verpflichteten zustande kommt, wird auf diese Weise festgelegt. Nur mit diesem (eingeschränkten) Gerechtigkeitsaspekt lässt sich auch die Fremdkörperrechtsprechung des BGH<sup>4</sup> begründen.

## 3. Kaufpreisfälligkeit im Zweitvertrag

Insbesondere hinsichtlich der Fälligkeit zeigt sich, dass eine Eins-zu-eins-Übernahme häufig beim Zweitvertrag nicht möglich ist. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Fälligkeit des Kaufpreises beim Erstvertrag bereits vor Ausübung des Vorkaufsrechts eingetreten ist.<sup>5</sup> Umgekehrt entfallen diejenigen Fälligkeitsvoraussetzungen, die das nunmehr ausgeübte Vorkaufsrecht betreffen. Dagegen sind Genehmigungen und die Negativbescheinigung hinsichtlich des gemeindlichen Vorkaufsrechts zum Zweitvertrag erneut erforderlich. Diesbezüglich hat allerdings der den Erstvertrag beurkundende Notar keinen Vollzugsauftrag. Gleiches gilt für die im Erstvertrag vorgesehene konstitutive Fälligkeitsmitteilung des Notars. Erteilen beide Vertragsteile, also auch der Vorkaufsberechtigte, hierzu dem Notar einen Auftrag, kann dieser auch den Zweitvertrag abwickeln. Die Fälligkeit hinsichtlich dieses Vertrags tritt jedoch nicht ein, bevor nicht die im Erstvertrag erklärte Auflassung auch zum Zweitvertrag beurkundet wurde. Eine Ausnahme gilt nur bei einem Kaufvertrag ohne Sicherung hinsichtlich des Eintritts der Kaufpreisfälligkeit. Dies ist bei Verträgen mit der öffentlichen Hand üblich, wenn auch im Hinblick auf die Angemessenheit der Vertragsgestaltung nicht immer unproblematisch.<sup>6</sup>

- 1 *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Band, 1899, S. LXIII (§ 482 BGB-E).
- 2 So bereits KG, Urteil vom 19.1.1937, 8 U 6152/36, JW 1937, 1255, 1256.
- 3 Staudinger/*Mader/Schermaier*, Neub. 2014, § 464 Rdnr. 15.
- 4 Vgl. nur BeckOGK-BGB/*Daum*, Stand: 1.10.2017, § 464 Rdnr. 17 ff.
- 5 Vgl. BGH, Urteil vom 8.10.1982, V ZR 147/81, MDR 1983, 217 = NJW 1983, 682.
- 6 Vgl. hierzu *Hagen*, RNotZ 2001, 40, 42 f.

Besonders schwierig kann dies für den Vorkaufsberechtigten sein, wenn bei Kaufverträgen zwischen Privaten der Erstkäufer das Risiko einer ungesicherten Vorausleistung eingegangen ist.<sup>7</sup> Erhebliche Schwierigkeiten können sich auch ergeben, wenn der Erstkäufer, anders als der Vorkaufsberechtigte, keine Drittfinanzierung benötigt und deshalb im Vertrag keine Finanzierungsvollmacht enthalten ist.<sup>8</sup> Außerdem stellt sich die Frage, was gilt, wenn sich Verkäufer und Käufer nicht auf einen Notar hinsichtlich der Erklärung der Auflassung einigen können, insbesondere der Vorkaufsberechtigte dem Notar des Erstvertrages (aus welchen Gründen auch immer) misstraut oder der Eigentümer den mit dem Erstvertrag beauftragten weiter entfernten Notar aufsuchen möchte. Hinsichtlich der Kosten ergeben sich Unterschiede, wenn man als Kausalgeschäft i. S. v. Nr. 21101 Nr. 2 KV-GNotKG den das Vorkaufsrecht auslösenden Kaufvertrag ansieht.<sup>9</sup> Denkbar ist es, hinsichtlich der Zuständigkeit des Notars § 344 Abs. 4a Satz 2 und 3 FamFG analog anzuwenden. Mehrkosten, die wegen der Wahl eines anderen Notars als den der Vorurkunde anfallen, müsste derjenige Beteiligte tragen, der die Beurkundung bei ihm wünscht.

Diese Probleme lassen sich unter Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze lösen. Grundlage ist, dass der Vorkaufsberechtigte einen fremden Vertragsinhalt auf sich überleitet.<sup>10</sup> Der Notar ist zur Abwicklung dieses Zweitvertrags nicht verpflichtet, wenn ihn nicht beide Vertragsteile beauftragen, insbesondere der Vorkaufsberechtigte einer Abwicklung durch ihn widerspricht.<sup>11</sup> Geht man von der Konstruktion des Vorkaufsrechts als doppelt bedingtem Kauf<sup>12</sup> und dem Schlechterstellungsgedanken in § 464 Abs. 2 BGB aus, muss der Vorkaufsberechtigte grundsätzlich hinnehmen, dass der Erstkäufer unter Verzicht auf Sicherheiten den Kaufpreis entrichtet und für ihn deshalb, wenn nicht § 1098 Abs. 2 BGB beim dinglichen Vorkaufsrecht eingreift, ebenfalls keine Sicherheit besteht. Auch die Mitwirkung bei der Finanzierung kann der Vorkaufsberechtigte nach der Wertung des Gesetzgebers nicht verlangen. Ihm bleibt nur die teure und von manchen Banken nicht akzeptierte Möglichkeit der Verpfändung seiner Eigentumsverschaffungsansprüche.<sup>13</sup> Im Hinblick auf Restrisiken von Finanzierungs-

- 7 Für sofortige Fälligkeit *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, 9. Aufl. 2012, § 464 Rdnr. 5.
- 8 Vgl. LG Berlin, Urteil vom 11.2.2016, 67 S 392/15, NJW-Spezial 2016, 290 = ZMR 2016, 545 und *Burbulla*, ZfIR 2017, 121, 128 f.
- 9 Vgl. Fn. 19.
- 10 Zum Maßgeblichkeitsgrundsatz siehe nur MünchKomm-BGB/*Westermann*, 7. Aufl. 2016, § 464 Rdnr. 1; *Staudinger/Mader/Schermaier*, § 464 Rdnr. 14; *Erman/Grunewald*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 464 Rdnr. 5; *Soergel/Wertenbruch*, BGB, 13. Aufl. 2009, § 464 Rdnr. 15; vgl. auch *Lemke/D. Schmitt*, Immobilienrecht, 2. Aufl. 2016, § 464 Rdnr. 7: „vollständige Konkordanz“.
- 11 BGH, Beschluss vom 21.6.2012, V ZB 283/11, DNotZ 2012, 826 = NJW-RR 2012, 1483 = MDR 2012, 960.
- 12 MünchKomm-BGB/*Westermann*, § 463 Rdnr. 7 und § 464 Rdnr. 4.
- 13 Vgl. *Schöner*, DNotZ 1985, 598 ff. und *Bohlsen*, ZfIR 2017, 130, 131 f. Zu den Kosten siehe *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 5. Aufl. 2017, Rdnr. 752 ff.

grundpfandrechten muss der Verkäufer dem Käufer auch keine Finanzierungsvollmacht erteilen. Dies gilt wohl auch beim Mietervorkaufsrecht, wenn nicht die öffentliche Hand Verkäufer ist.<sup>14</sup> Ist der Vorkaufsberechtigte nicht bereit, bei einer Beurkundung der Auflassung mitzuwirken, die Fälligkeit voraussetzung ist, kann ihm § 162 BGB analog entgegengehalten oder seine Leistungsbereitschaft in Frage gestellt werden, sodass im letztgenannten Fall sogar die Ausübung des Vorkaufsrechts unwirksam wäre.<sup>15</sup>

#### 4 . Kostenerstattung und Maklerprovision

Für die Beurkundung des Erstvertrags entstehen Notarkosten, die durch die Ausübung des Vorkaufsrechts nutzlos werden. Hat sie entsprechend der gesetzlichen Regelung der Erstkäufer übernommen (§ 448 Abs. 2 BGB), trifft die Pflicht zur Tragung der zusätzlich anfallenden Kosten den Vorkaufsberechtigten.<sup>16</sup> Mit der Begründung, dass der Vorkaufsberechtigte keinen neuen Vertrag schließen muss, geht die bisher herrschende Meinung davon aus, dass der Vorkaufsberechtigte auch die diesbezüglichen Kosten erstatten muss.<sup>17</sup> Hierzu rechnet die überwiegende Ansicht auch die Kosten einer zugunsten des Dritten bewilligten Auflassungsvormerkung.<sup>18</sup> Bejaht man dies, müssten auch die Löschungskosten hierzu gehören, wenn man sie nicht als Kosten der Lastenfreistellung ansieht, die der Verkäufer zu tragen hat. Allerdings könnte man dem entgegenhalten, dass mit der Eintragung der Vormerkung gewartet werden muss, bis die Ausübung des Vorkaufsrechts geklärt ist. Dies gilt auf jeden Fall für die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld durch den Erstkäufer.

Zum Zweitkauf ist eine Auflassung erforderlich. Wird diese bei dem Notar des Erstkaufs beurkundet, fällt hierfür eine 0,5-Gebühr an (Nr. 21101 Nr. 2 KV-GNotKG), sonst eine 1,0-Gebühr (Nr. 21102 Nr. 1 KV-GNotKG).<sup>19</sup> Zusätzlich wird eine Vollzugsgebühr fällig, wenn die Beteiligten hiermit auch hinsichtlich des Zweitvertrags den Notar beauftragen. Treffen sie diesbezüglich keine Kostentragungsregelung, gilt die Vereinbarung im Erstvertrag, jedenfalls wenn sie § 448 Abs. 2 BGB entspricht. Gleiches gilt wohl auch, wenn der Verkäufer ausdrücklich die diesbezüglichen Kosten im Erst-

vertrag übernommen hat. Gegenstand der notariellen Beurkundung zwischen Eigentümer und Vorkaufsberechtigtem kann auch die Unterwerfung des Drittkäufers unter die sofortige Zwangsvollstreckung hinsichtlich des Kaufpreises sein, da diese im Erstvertrag enthaltene Prozesshandlung nicht gegen den Berechtigten wirkt.<sup>20</sup>

Probleme ergeben sich bei Bestehen eines Vorkaufsrechts hinsichtlich einer Maklerprovision. In diesem Fall will der Erstkäufer meist nicht, dass der Vorkaufsberechtigte den Vertragsbesitz günstiger erhält als er selbst. Mitunter kann auch der Verkäufer ein Interesse daran haben, zu verhindern, dass der Vorkaufsberechtigte den Grundbesitz zu günstigeren Bedingungen kaufen kann als sein Vertragspartner. Aus diesem Grund wurde überwiegend empfohlen, zur „Gleichstellung von Erstkäufer und Vorkaufsberechtigten“ eine Maklerklausel als Vertrag zugunsten des Maklers in den Vertrag aufzunehmen.<sup>21</sup> Hinsichtlich der vom Verkäufer geschuldeten Maklerprovision tritt durch den Wechsel auf Käuferseite infolge der Ausübung des Vorkaufsrechts ohnehin keine Änderung hinsichtlich der Provisionspflicht ein.<sup>22</sup> Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn nach dem Maklervertrag ausdrücklich nur bei einem Verkauf an den Erstkäufer eine Provision geschuldet sein sollte.<sup>23</sup>

Hinsichtlich einer vom Erstkäufer geschuldeten Maklerprovision stellt sich zunächst die Frage, ob sie auch bei Ausübung des Vorkaufsrechts geschuldet sein sollte. Dies richtet sich nach den Vereinbarungen im Maklervertrag: Enthält dieser keine ausdrückliche Regelung für diesen Fall eines „wirtschaftlichen Misserfolgs der Maklertätigkeit“,<sup>24</sup> soll es Treu und Glauben entsprechen, den Maklervertrag so auszulegen, dass es „in aller Regel zu einer Versagung des Lohnanspruchs“ kommt.<sup>25</sup> Erst wenn sich aufgrund der Prüfung ergibt, dass ein Provisionsanspruch des Maklers entweder gegen den Verkäufer oder gegen den Erstkäufer besteht, ist zu prüfen, ob der Vorkaufsberechtigte die diesbezügliche Verpflichtung übernehmen muss. Dies ist bei einer Verkäuferprovision, die der Erstkäufer zusätzlich zum Kaufpreis übernommen hat, unproblematisch der Fall, wenn es sich um eine im üblichen Rahmen liegende Provision

14 Vgl. § 64 Abs. 4, § 154 Abs. 5 Satz 4, § 169 Abs. 1 Nr. 7 BauGB; wie hier *Burbulla*, ZfIR 2017, 121, 129; a. A. LG Berlin, Urteil vom 11.2.2016, 67 S 392/15, NJW-Spezial 2016, 290 = ZMR 2016, 545.

15 Vgl. *Erman/Grunewald*, BGB, § 464 Rdnr. 3.

16 Siehe nur *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, § 464 Rdnr. 10; *Erman/Grunewald*, BGB, § 464 Rdnr. 12.

17 BGH, Urteil vom 13.7.1960, V ZR 62/55, MDR 1960, 1004 (auch Kosten der Schätzung durch Sachverständigen); *MünchKomm-BGB/Westermann*, § 464 Rdnr. 7.

18 BGH, Urteil vom 26.3.1982, V ZR 87/81, NJW 1982, 2069 = MDR 1982, 744; *MünchKomm-BGB/Westermann*, § 464 Rdnr. 7; a. A. LG Bonn, Urteil vom 29.12.1964, 5 S 84/64, NJW 1965, 1606; *Soergel/Wertenbruch*, BGB, § 464 Rdnr. 19.

19 So Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 172 und wohl auch *Fackelmann/Heinemann/Fackelmann*, Handkommentar GNotKG, 2013, Nr. 21100-21102 KV Rdnr. 90; für eine enge Auslegung dagegen *Bormann/Diehn/Diehn*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, Nr. 21101 KV Rdnr. 1.

20 LG Regensburg, Beschluss vom 26.5.1995, 30 T 602/94, MittBayNot 1995, 486.

21 Ausführlich *Spiegelberger/Schallmoser/Wartenbacher*, Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht, 2. Aufl. 2015, Rdnr. 2.253 ff. und ebenso bereits *Wälzholz*, MittBayNot 2000, 357, 359.

22 *MünchKomm-BGB/Westermann*, § 464 Rdnr. 8; *Staudinger/Mader/Schermaier*, § 464 Rdnr. 23; so bereits auch RG, Urteil vom 21.5.1921, V 512/1920, zit. nach RG, Urteil vom 22.3.1938, VII 216/37, RGZ 157, 243.

23 Vgl. OLG Celle, Urteil vom 8.3.1995, 11 U 9/94, NJW-RR 1996, 629.

24 So RG, Urteil vom 22.3.1938, VII 216/37, RGZ 157, 243.

25 So RG, Urteil vom 22.3.1938, VII 216/37, RGZ 157, 243 f.; unklar *Staudinger/Mader/Schermaier*, § 464 Rdnr. 23, wonach dies vom RG in der Entscheidung nicht „als generelle Regel, sondern als Resultat der Auslegung des Maklervertrags“ ausgesprochen worden sei.



handelt.<sup>26</sup> Ergibt sich die Provisionsverpflichtung des Erstkäufer allein aus seinem mit dem Makler geschlossenen Vertrag, geht diese Verpflichtung nicht auf den Vorkaufsberechtigten über, der nicht Rechtsnachfolger des Dritten ist.<sup>27</sup> Gleiches gilt, wenn bisher keine Provisionspflicht bestand und diese erstmalig im Kaufvertrag zugunsten des Maklers vereinbart wird; es handelt sich dann um einen „Fremdkörper“, der nur zulasten des Vorkaufsberechtigten vereinbart wird.<sup>28</sup> Umstritten sind die Zulässigkeit und die Wirkungen von Maklerklauseln, die dem Makler und zusätzlich den Vertragsparteien einen eigenen Anspruch auf Maklerprovision einräumen. Diese Klauseln sollen auch den Vorkaufsberechtigten verpflichten, da derartige Maklerklauseln ebenfalls im Interesse des Verpflichteten eingegangen werden, weil sie Einfluss auf die Höhe des vom Dritten versprochenen Kaufpreises haben.<sup>29</sup> Deshalb sollen derartige Klauseln – nicht Maklerklauseln allgemein<sup>30</sup> – „wesensmäßig zum Kaufvertrag gehören und keinen Fremdkörper“ darstellen. Hintergrund war, dass im entschiedenen Fall die Provision des Verkäufers auf 1,15 % begrenzt war, während der Käufer 3,45 % schuldete. Der BGH ging von einem „Vertragspaket“ aus, in dem Kaufpreishöhe und Maklerprovision insgesamt den „Nettokaufpreis“ für den Käufer und die Gesamtbelastungen des Käufers bestimmten, sodass auch der Vorkaufsberechtigte diese Kaufpreisverpflichtung im weitesten Sinne übernehmen musste. Problematisch an dieser Entscheidung ist, dass die Provisionsklausel fehlende vertragliche Vereinbarungen in den Maklerverträgen gleichsam heilen sollte und ein diesbezügliches Interesse der Vertragsparteien eigentlich nicht gegeben war. Insofern muss die Verallgemeinerungsfähigkeit dieser Entscheidung – auch im Hinblick auf gesetzliche Vorkaufsrechte – nochmals überdacht werden.<sup>31</sup>

26 BGH, Urteil vom 15.10.1981, III ZR 86/80, NJW 1982, 2068; Soergel/Wertenbruch, BGB, § 464 Rdnr. 19 a. E.; zur üblichen Höhe siehe BGH, Urteil vom 12.5.2016, I ZR 5/15, NJW 2016, 3233.

27 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 29.7.2004, 26 U 78/93, NotBZ 2016, 210, 212; Lemke/D. Schmidt, Immobilienrecht, § 464 Rdnr. 7.

28 BGH, Urteil vom 11.1.2007, III ZR 7/06, DNotZ 2007, 528 = ZfIR 2007, 683; ebenso Soergel/Wertenbruch, BGB, § 464 Rdnr. 27 a. E.; Erman/Grunewald, BGB, § 464 Rdnr. 9; Lemke/D. Schmidt, Immobilienrecht, § 464 Rdnr. 7; Staudinger/Mader/Schermaier, § 464 Rdnr. 25 a. E.

29 BGH, Urteil vom 14.12.1995, III ZR 34/95, BGHZ 131, 318 = MittBayNot 1997, 97 = NJW 1996, 654; Staudinger/Mader/Schermaier, § 464 Rdnr. 25; vgl. auch BGH, Urteil vom 28.11.1962, VIII ZR 236/61, MDR 1963, 303, 304.

30 Vgl. BGH, Urteil vom 24.11.2014, NotSt (Brfg) 1/14, BGHZ 203, 280 = DNotZ 2015, 461 = ZfIR 2015, 189.

31 Krit. auch Staudinger/Mader/Schermaier, § 464 Rdnr. 25; Tiedtke, JZ 1997, 931, 932; Altmeyden, Provisionsansprüche bei Vertragsauflösung, 1987, 160 ff.; für unproblematisch hält sie dagegen Wälzholz, MittBayNot 2000, 357, 359.

## 4. Mehrfachvertretung Minderjähriger beim Gesellschafterbeschluss

OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.4.2018, 12 W 669/18

BGB §§ 181, 705, 1629 Abs. 2, § 1795

FamFG § 59 Abs. 2, § 382 Abs. 4

### LEITSATZ:

**§ 181 BGB ist nach seinem Normzweck auf Beschlüsse, die im Rahmen des Gesellschaftsvertrages über Maßnahmen der Geschäftsführung und sonstige gemeinsame Angelegenheiten gefasst werden, nicht anzuwenden. Denn bei einem gewöhnlichen Gesellschafterbeschluss ist das Ziel der verbandsinternen Willensbildung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 705 BGB nicht in der Austragung individueller Interessengegensätze zu sehen, deren Zusammentreffen in derselben Person § 181 BGB verhindern wolle, sondern in der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auf dem Boden der bestehenden Vertragsordnung, sodass eine Mehrfachvertretung ohne Weiteres möglich ist, wenn ein Vertreter keine gegenläufigen, sondern parallel gerichtete Willenserklärungen der von ihm Vertretenen abgibt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 wendet sich mit ihrer Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des AG – Registergerichts – vom 29.3.2018, gemäß der dem Vollzug der Anmeldung des Beteiligten zu 2 zum Geschäftsführer der Beteiligten zu 1 und der Aufnahme der neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister ein Hindernis entgegenstehen würde.

2 Gesellschafter der Beteiligten zu 1, einer in dem Handelsregister des AG eingetragenen Gesellschaft mit beschränkter Haftung, sind die vier Abkömmlinge und Erben des verstorbenen Alleingesellschafters und Geschäftsführers Herrn G. Die beiden volljährigen Abkömmlinge stammen aus der früheren Ehe des Verstorbenen. Die beiden minderjährigen Abkömmlinge stammen aus dessen Verbindung mit Frau F.

3 Die Gesellschafterversammlung der Beteiligten zu 1 beschloss am 19.3.2018 einstimmig, den Beteiligten zu 2 zum alleinvertretungsberechtigten und in allen Fällen von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer der Gesellschaft zu bestellen. Weitere Beschlüsse wurden nicht gefasst.

4 In der Gesellschafterversammlung waren die beiden minderjährigen Gesellschafterinnen jeweils von ihrer Mutter F als deren gesetzliche Vertreterin vertreten worden. Die beiden weiteren Gesellschafter, unter ihnen der Beteiligte zu 2, waren persönlich anwesend.

5 Unter dem 20.3.2018 legte der Beteiligte zu 3, Notar N, dem AG – Registergericht – die Anmeldung zur Eintragung des Ausscheidens des verstorbenen Geschäftsführers Herrn G und der Neubestellung des Beteiligten zu 2 zum alleinvertretungsberechtigten und in allen Fällen von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer der Beteiligten zu 1 vor. Ferner fügte er dieser Anmeldung die neue Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister bei.

6 Mit der Zwischenverfügung vom 29.3.2018 wies das AG – Registergericht – den Beteiligten zu 3 darauf hin, dass derzeit die vorgelegte Anmeldung nicht vollzogen und die neue Gesellschafterliste nicht in das Handelsregister aufgenommen werden könne. Denn der gefasste Gesellschafterbeschluss sei schwebend unwirksam, weil die Mutter der beiden minderjährigen Gesellschafterinnen diese als deren



gesetzliche Vertreterin zugleich vertreten habe. Die Mutter sei jedoch von einer diesbezüglichen gesetzlichen Vertretung nach § 181 BGB ausgeschlossen gewesen. Zur Begründung bezog sich das AG – Registergericht – insbesondere auf das Urteil des BGH vom 24.9.1990 (II ZR 167/89, BGHZ 112, 339).

**7** Der Beteiligte zu 3 hat für die Beteiligte zu 1 (...) Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt.

**8** Das AG – Registergericht – hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9** II. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist die Zwischenverfügung des AG – Registergericht –, (...) aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung über den Eintragungsantrag und die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats an das AG – Registergericht – zurückzuverweisen.

**10** 1. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist zulässig, denn sie ist statthaft gemäß § 59 Abs. 2 FamFG, nachdem es sich vorliegend bei der angefochtenen Entscheidung um eine den Eintragungsantrag bzw. die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste ablehnende Zwischenverfügung des Registergerichts gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG handelt.

**11** Zwar erfasst § 382 Abs. 4 FamFG von seinem Wortlaut her nur Anmeldungen, die zu einer Eintragung in das Handelsregister führen sollen, mithin nicht die auch streitige Aufnahme der neuen Gesellschafterliste vom 20.3.2018 in den Registerordner. Eine an dem Zweck der Einführung von § 382 Abs. 4 FamFG orientierte Auslegung ergibt aber, dass der Gesetzgeber mit der neuen Gesetzesfassung keine Einschränkung gegenüber der bis zum 1.9.2009 bestehenden Rechtsanwendung schaffen wollte. Es muss daher davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber diese Möglichkeit übersehen hat und nicht ausschließen wollte (vgl. MünchKomm-FamFG/*Krafka*, 2. Aufl., § 383 Rdnr. 19; OLG Hamburg, 11 W 51/10; KG, FGPrax 2011, 242).

(...)

**14** 2. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist begründet, denn das AG – Registergericht – ist rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, dass ein Vollzugshindernis besteht.

**15** a) Im Ausgangspunkt noch zutreffend hat das AG – Registergericht – vorliegend problematisiert, dass die beiden minderjährigen Gesellschafterinnen in der Gesellschafterversammlung der Beteiligten zu 1 vom 19.3.2018 jeweils von ihrer Mutter als deren gesetzliche Vertreterin vertreten worden sind.

**16** Ferner setzt sich das AG – Registergericht – zu Recht mit der Möglichkeit eines Ausschlusses der Vertretung der beiden minderjährigen Gesellschafterinnen durch deren Mutter gemäß § 1629 Abs. 2 i. V. m. §§ 1795, 181 BGB auseinander.

**17** b) Allerdings verkennt das AG – Registergericht – letztlich die dem Urteil des BGH vom 24.9.1990 (II ZR 167/89, BGHZ 112, 339) zu entnehmenden Rechtssätze sowie den Regelungsgehalt von § 181 BGB.

**18** aa) Durch den Beteiligten zu 3 ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass der Entscheidung des BGH ein abweichender Sachverhalt zugrunde lag, denn dort hatte ein Gesellschafter seine Wahl zum Geschäftsführer dadurch ermöglicht,

dass er die Stimmen der von ihm in der Gesellschafterversammlung vertretenen übrigen Gesellschafter für sich abgegeben hatte. Für diese Sachlage hat der BGH ausgeführt, dass das persönliche Interesse des Gesellschafter, der sich der Wahl zum Geschäftsführer stelle, an dem Beschlussgegenstand nicht identisch mit den mitgliedschaftlichen Interessen der von ihm vertretenen Gesellschafter sei. Vielmehr sei es geeignet, deren Interessen zu gefährden (vgl. BGH, Urteil vom 24.9.1990, II ZR 167/89, BGHZ 112, 339, 342). Weiter hat der BGH darauf hingewiesen, dass es sich bei der Geschäftsführerwahl in Verbindung mit dem sie umsetzenden Anstellungsvertrag auch nicht um eine rein gesellschaftsinterne Willensbildung über eine Geschäftsführungsmaßnahme handeln würde (vgl. BGH, a. a. O.).

**19** bb) Demgegenüber erfolgte vorliegend die Wahl des Beteiligten zu 2 durch Stimmabgabe der Mutter der beiden minderjährigen Gesellschafterinnen jeweils als deren gesetzliche Vertreterin, die aber selbst nicht Gesellschafterin der Beteiligten zu 1 ist, sowie der beiden weiteren Gesellschafter. Der Beteiligte zu 2 vertrat bei seiner Wahl somit gerade nicht andere Gesellschafter.

**20** cc) Zudem wurde vorliegend ausdrücklich nur ein Beschluss über die Bestellung des Beteiligten zu 2 zum Geschäftsführer und nicht auch ein Beschluss über einen (nachfolgend) mit diesem abzuschließenden Anstellungsvertrag gefasst.

**21** dd) Der Vertretung der beiden minderjährigen Gesellschafterinnen bei der Wahl jeweils durch die Mutter als deren gesetzliche Vertreterin steht – entgegen der Ansicht des AG – Registergericht – nicht das Verbot des Selbstkontrahierens gemäß § 1629 Abs. 2 i. V. m. §§ 1795, 181 BGB entgegen.

**22** § 181 BGB beruht auf dem Gedanken, dass die Mitwirkung derselben Person auf beiden Seiten eines Rechtsgeschäfts die Gefahr eines Interessenkonflikts und damit die Schädigung eines Teils in sich birgt (vgl. BGH, Urteil vom 27.9.1972, IV ZR 225/69, BGHZ 59, 239, 239 f.).

**23** § 181 BGB ist nach seinem Normzweck aber auf Beschlüsse, die im Rahmen des Gesellschaftsvertrages über Maßnahmen der Geschäftsführung und sonstige gemeinsame Angelegenheiten gefasst werden, nicht anzuwenden (vgl. Palandt/*Ellenberger*, 77. Aufl., § 181 Rdnr. 11). Der BGH hat insoweit ausgeführt, die Anwendbarkeit des § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse ließe sich nicht einfach damit begründen, dass der Beschluss oder die Stimmabgabe des einzelnen Gesellschafter eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung sei, die – jedenfalls bei der Personengesellschaft – den anderen Gesellschaftern zugehen müsse. Denn für die Auslegung des § 181 BGB seien nicht allein formalrechtliche oder konstruktive Überlegungen, sondern auch wertende Gesichtspunkte maßgebend. Bei einem Rechtsgeschäft der in § 181 BGB gemeinten Art stünden zwei oder mehr Personen typischerweise in der Rolle von Geschäftsgegnern, von denen jeder zulasten des andern seine eigene Rechtsposition zu verschieben oder stärken trachte, auf jeweils verschiedenen Seiten. So liege es auch beim Abschluss oder der Änderung eines Gesellschaftsvertrags. (...) Demgegenüber sei bei einem gewöhnlichen Gesellschafterbeschluss das Ziel der verbands-

internen Willensbildung nach dem gesetzlichen Leitbild des § 705 BGB nicht in der Austragung individueller Interessenssätze zu sehen, deren Zusammentreffen in derselben Person § 181 BGB verhindern wolle, sondern in der Verfolgung des gemeinsamen Gesellschaftszwecks auf dem Boden der bestehenden Vertragsordnung (vgl. BGH, Beschluss vom 18.9.1975, II ZB 6/74, BGHZ 65, 93, 97 f.). Dementsprechend ist eine Mehrfachvertretung ohne Weiteres möglich, wenn ein Vertreter einen Vertrag mit einem Dritten schließt und dabei keine gegenläufigen, sondern parallel gerichtete Willenserklärungen der von ihm Vertretenen abgibt. Die Gefahr eines Interessenkonflikts besteht nämlich nur, wenn dieselbe Person auf verschiedenen Seiten des Rechtsgeschäfts als Vertreter auftritt (vgl. auch OLG Jena, NJW 1995, 3126).

**24** Soweit ersichtlich hat sich der BGH bislang nicht eindeutig dazu geäußert, ob der gesetzliche Vertreter einen Geschäftsführer, bei dem es sich – wie vorliegend – nicht um einen Ehegatten, Lebenspartner oder Verwandten in gerader Linie i. S. v. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB handelt, mit den Stimmen des vertretenen Minderjährigen wählen könnte.

**25** Nach dem durch das AG – Registergericht – in Bezug genommenen Urteil des BGH scheint dieser der Ansicht zuzuneigen, die Geschäftsführerbestellung sei als Grundlagengeschäft anzusehen, sodass § 181 BGB ohne Rücksicht auf die Person des Geschäftsführers anzuwenden wäre (vgl. BGH, Urteil vom 24.9.1990, II ZR 167/89, BGHZ 112, 339, 342). Allerdings stellt der BGH entscheidend nicht nur auf die (bloße) Geschäftsführerbestellung, sondern auch auf den sie umsetzenden Anstellungsvertrag ab. Es würde sich daher nicht um eine rein gesellschaftsinterne Willensbildung handeln (vgl. BGH, a. a. O.).

**26** Allerdings war Gegenstand der der Entscheidung des BGH zugrunde liegenden Gesellschafterversammlung auch der Anstellungsvertrag und die Festsetzung des Geschäftsführergehalts (vgl. BGH, Urteil vom 24.9.1990, II ZR 167/89, NJW 1991, 691, 692; insoweit nicht abgedruckt bei BGHZ 112, 339, 342).

**27** Zwar lässt sich eine Anwendung des § 181 BGB auf satzungsändernde Beschlüsse mit dem Eingriff in die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander begründen; nicht erklärlich ist aber, warum auch die Bestellung des Geschäftsführers dem Anwendungsbereich des § 181 BGB unterfallen sollte, denn die Geschäftsführerbestellung ist keine Satzungsänderung und greift nicht in das Verhältnis der Gesellschafter untereinander ein (vgl. *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 172).

**28 c)** Bei der Beschlussfassung (lediglich) über die Bestellung des Beteiligten zu 2 zum Geschäftsführer der Beteiligten zu 1 steht § 181 BGB der Vertretung der beiden minderjährigen Gesellschafterinnen jeweils durch die Mutter als deren gesetzliche Vertreterin nicht entgegen. Entgegen der Auffassung des AG – Registergericht – ist der Gesellschafterbeschluss vom 19.3.2018 insoweit nicht schwebend unwirksam. Der Bestellung von Ergänzungspflegern sowie deren Nachgenehmigung bzw. der Vorlage eines familiengerichtlichen Negativattest bedarf es daher nicht.

**29** Nachdem sonstige Gründe für eine Unwirksamkeit des in der Gesellschafterversammlung vom 19.3.2018 gefassten Be-

schlusses ersichtlich sind, steht der Eintragung des Beteiligten zu 2 als Geschäftsführer in das Handelsregister ein Vollzugshindernis nicht entgegen.

**30 d)** Gründe, die einer Aufnahme der durch den Beteiligten zu 2 am 20.3.2018 unterzeichneten neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister entgegenstehen würden, sind nicht ersichtlich.

**31 3.** Die Zwischenverfügung des AG – Registergericht – vom 29.3.2018 war einschließlich des dieser zugrunde liegenden Verfahrens aufzuheben. Über den Eintragungsantrag – und in der Folge über die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister – kann der Senat nicht entscheiden (vgl. Bork/Jacoby/Schwab/Müther, FamFG, 2. Aufl., § 382 Rdnr. 10). Vielmehr wird das AG – Registergericht – über den Eintragungsantrag vom 20. 3.2018 und die Aufnahme der neuen Gesellschafterliste in das Handelsregister unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats nunmehr erneut zu entscheiden haben.

(...)

## 5. Aufklärungspflichten des Verkäufers hinsichtlich etwaiger Mängel beim Wohnungskaufvertrag

OLG Saarbrücken, Urteil vom 27.12.2017, 1 U 145/14

*BGB § 123 Abs. 1 Alt. 1, §§ 124, 142 Abs. 1, § 433 Abs. 2, § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, § 652 Abs. 1 Satz 1*

*ZPO §§ 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795*

*LBO § 61 Abs. 3 Nr. 2*

### LEITSÄTZE:

- 1. Eine Rechtspflicht zur Aufklärung des Vertragspartners auch ohne Nachfrage besteht bei Vertragsverhandlungen dann, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung redlicherweise die Mitteilung von Umständen und Tatsachen erwarten durfte, die für seine Willensbildung von wesentlicher oder ausschlaggebender Bedeutung sind. Davon wird insbesondere bei solchen Tatsachen ausgegangen, die den Vertragszweck vereiteln oder erheblich gefährden können oder die geeignet sind, dem Vertragspartner erheblichen wirtschaftlichen Schaden zuzufügen. Der Käufer kann jedoch nicht erwarten, über solche Mängel aufgeklärt zu werden, die einer Besichtigung zugänglich oder ohne Weiteres erkennbar sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Beim Verkauf einer Eigentumswohnung ist der Verkäufer verpflichtet, dem Verkäufer verborgene Mängel sowie solche Umstände zu offenbaren, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, wenn es sich um Umstände handelt, die für den Entschluss des**

Käufers Bedeutung haben, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind. Maßgeblich ist, ob ein verständiger Verkäufer damit rechnen muss, dass der verschwiegene Mangel Einfluss auf die Entscheidung des Käufers hat, unabhängig von seinem tatsächlichen Einfluss auf den Kaufentschluss. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. Signalisiert der Veräußerer eines Wohnobjekts in einer öffentlichen Verkaufsannonce und ergänzend in einem nachfolgenden Besichtigungstermin, dass Teile des Objekts renoviert bzw. erstmalig neu zu Wohnzwecken ausgebaut worden sind, dann entspricht es dem Erwartungshorizont eines durchschnittlichen Käufers, dass die entsprechenden Baumaßnahmen fachgerecht und dem Stand der Technik entsprechend erfolgt sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Solange er nicht konkrete Umstände kennt, die den Verdacht begründen, dass Arbeiten unzulänglich waren, darf ein Verkäufer, der Sanierungs- oder Baumaßnahmen an einem Gebäude durch ein Fachunternehmen hat durchführen lassen, auf die Fachgerechtigkeit der Arbeiten vertrauen. (Leitsatz der Schriftleitung)

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 6. Beschlusskompetenz der Untergemeinschaften einer WEG bei einer Mehrhausanlage

BGH, Urteil vom 10.11.2017, V ZR 184/16 (Vorinstanz: LG Hamburg, Urteil vom 20.7.2016, 318 S 72/15)

WEG § 10 Abs. 2 Satz 2, Abs. 6 Satz 1, Abs. 8 Satz 2, § 16 Abs. 2, § 21 Abs. 1 und 3, § 23 Abs. 1, § 28 Abs. 5, § 46 Abs. 1 Satz 1

BGB §§ 134, 138, 242, 307 ff.

#### LEITSATZ:

Durch die Gemeinschaftsordnung für eine Mehrhausanlage kann den Mitgliedern der für einzelne Gebäude oder Gebäudekomplexe gebildeten Untergemeinschaften die Kompetenz eingeräumt werden, unter Ausschluss der anderen Eigentümer die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, die ein zu der jeweiligen Untergemeinschaft gehörendes Gebäude betreffen, wenn zugleich bestimmt wird, dass die durch diese Maßnahmen verursachten Kosten im Innenverhältnis allein von den Mitgliedern der jeweiligen Untergemeinschaft zu tragen sind.

#### SACHVERHALT:

1 Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Zu der Anlage gehören mehrere Häuser, für die jeweils Untergemeinschaften gebildet wurden. In § 4 der Gemeinschaftsordnung (nachfolgend GO) heißt es:

„Die Sondereigentümer

a) des Hauses (...),

b) des Hinterhauses (...) und des Hofgebäudes (...),

c) des Stadthauses (...) und der Hofgarage (...) und des Kutscherhauses (...)

bilden verwaltungs- und abrechnungsmäßig jeweils selbstständige Untergemeinschaften, die – soweit nach den tatsächlichen Gegebenheiten möglich – im Ergebnis so behandelt werden sollen, als wenn sie drei juristisch voneinander unabhängige Eigentümergemeinschaften wären, ohne dass damit jedoch dinglich verselbstständigte Untergemeinschaften begründet werden. Die jeweiligen Eigentümer der Untergemeinschaften sind berechtigt, sämtliche Entscheidungen, die ausschließlich ihre Gebäude bzw. die Garagen betreffen, allein unter Ausschluss der anderen Eigentümer zu treffen. Sie sind weiter befugt, zu eigenen Eigentümerversammlungen zu laden und Beschlüsse mit Wirkung für die Untergemeinschaft zu fassen. Sämtliche Lasten und Kosten sind soweit möglich für die drei Untergemeinschaften getrennt zu ermitteln und abzurechnen. Jede Untergemeinschaft soll so selbstständig verwaltet werden, wie es gesetzlich zulässig und tatsächlich möglich ist. Diese Regelungen können nur einstimmig abgeändert werden.“

2 Am 13.12.2012 wurden unter anderem Eigentümerversammlungen für das Haus (nachfolgend Untergemeinschaft A) und für das Hinterhaus nebst Hofgebäude (nachfolgend Untergemeinschaft B) abgehalten.

3 In der Versammlung der Untergemeinschaft A wurde unter TOP 5 beschlossen, ein Unternehmen unter anderem mit der teilweisen Erneuerung des Putzes an einem zu dieser Untergemeinschaft gehörenden Gebäude zu beauftragen. Der Kostenrahmen sollte 4.300 € betragen und die Finanzierung aus der Instandhaltungsrücklage erfolgen. Auf der Versammlung der Untergemeinschaft B wurde unter TOP 2 beschlossen, dasselbe Unternehmen mit der Beseitigung der Ursache für Feuchtigkeit zu beauftragen, die in einer zu dieser Untergemeinschaft gehörenden Wohnung aufgetreten war. Der Kostenrahmen sollte 2.000 € betragen und die Finanzierung „über die laufenden Kosten“ erfolgen. Das AG hat die gegen diese Beschlüsse gerichtete Beschlussmängelklage abgewiesen. Die Berufung des Klägers hat das LG zurückgewiesen und die Revision zugelassen, „beschränkt auf die Frage der Beschlusskompetenz“ der Untergemeinschaften für die genannten Beschlüsse. Mit der Revision verfolgt der Kläger weiterhin das Ziel, die Nichtigkeit dieser Beschlüsse festzustellen bzw. diese für ungültig zu erklären. (...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das Berufungsgericht meint, die angefochtenen Beschlüsse seien nicht mangels Beschlusskompetenz der Untergemeinschaften nichtig. Bei einer Mehrhausanlage könne die Gemeinschaftsordnung die Bildung von Untergemeinschaften mit eigenen Beschlusskompetenzen in allen sie betreffenden Verwaltungsangelegenheiten vorsehen. Zulässig seien dabei auch Regelungen wie die in Rede stehende, wonach allein die Mitglieder einer Untergemeinschaft über die auf das jeweilige Haus entfallenden Kosten zu entscheiden hätten. Die angefochtenen Beschlüsse seien daher von § 4 GO gedeckt. Dem stehe nicht entgegen, dass im Außenverhältnis Kostenschuldner nur die Wohnungseigentümergeinschaft sein könne. Denn die Wohnungseigentümer seien nicht gehindert, unter



Inkaufnahme ihres Haftungsrisikos aus § 10 Abs. 8 WEG durch Vereinbarung eine entsprechende Kompetenzverlagerung auf die Untergemeinschaften vorzunehmen. Im Innenverhältnis handele es sich bei den nur das Gebäude der jeweiligen Untergemeinschaft betreffenden Kosten gleichwohl ausschließlich um Kosten, die die Mitglieder dieser Untergemeinschaft zu tragen hätten. Die von dem BGH für Beschlüsse von Untergemeinschaften über die Jahresabrechnungen und die Wirtschaftspläne entwickelten Grundsätze seien auf die hier streitgegenständlichen Beschlüsse übertragbar.

**5 II.** Die Revision hat keinen Erfolg.

**6 1.** Das Berufungsgericht hat die Revisionszulassung im Tenor und damit unmissverständlich beschränkt auf die Frage der Beschlusskompetenz der Untergemeinschaften für die streitgegenständlichen Beschlüsse. Diese Beschränkung ist wirksam. (...)

**7 2.** Soweit die Revision zulässig ist, ist sie unbegründet.

(...)

**11 b)** Richtig ist auch, dass die angefochtenen Beschlüsse der Mitglieder der Untergemeinschaften A und B über die Durchführung von Sanierungsmaßnahmen in den diesen Untergemeinschaften zuzuordnenden Gebäuden nicht richtig sind.

**12 aa)** Zwar steht die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 21 Abs. 1 WEG den Wohnungseigentümern gemeinschaftlich zu und ist hierüber nach § 23 Abs. 1 WEG in Versammlungen aller Eigentümer Beschluss zu fassen. Die Bestimmung in § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG, nach der die Wohnungseigentümer auch von den Vorschriften des Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen können, ermöglicht es aber, in einer Gemeinschaftsordnung im Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander Untergemeinschaften mit eigener Verwaltungszuständigkeit und selbstständiger Beschlussfassungskompetenz ihrer Mitglieder zu errichten (Senat, Urteil vom 20.7.2012, V ZR 231/11, ZWE 2012, 494 Rdnr. 10 zu der hiesigen Wohnungseigentümergeinschaft).

**13 bb)** Eine solche abweichende Vereinbarung entnimmt das Berufungsgericht zutreffend § 4 GO.

**14 (1)** Die Gemeinschaftsordnung ist Bestandteil der Grundbucheintragung; ihre Auslegung unterliegt daher vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Maßgebend sind ihr Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rdnr. 9 m. w. N.). Dabei müssen Abweichungen von der gesetzlichen Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Kosten klar und eindeutig aus der Gemeinschaftsordnung hervorgehen (vgl. Senat, Urteil vom 23.6.2017, V ZR 102/16, ZWE 2017, 367 Rdnr. 14 m. w. N.).

**15 (2)** Nach diesen Maßstäben legt das Berufungsgericht § 4 GO zutreffend dahin aus, dass den Mitgliedern der für ein-

zelne Gebäude oder Gebäudekomplexe gebildeten Untergemeinschaften die Kompetenz eingeräumt wird, unter Ausschluss der anderen Eigentümer die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, die ein zu der jeweiligen Untergemeinschaft gehörendes Gebäude betreffen, und dass die durch diese Maßnahmen verursachten Kosten allein von den Mitgliedern der jeweiligen Untergemeinschaft zu tragen sind.

**16 (a)** Durch § 4 GO wird den jeweiligen Mitgliedern der Untergemeinschaften die Befugnis eingeräumt, sämtliche Entscheidungen, die ausschließlich ihre Gebäude betreffen, unter Ausschluss der anderen Eigentümer zu treffen, eigene Eigentümerversammlungen durchzuführen und Beschlüsse mit Wirkung für die Untergemeinschaft zu fassen. Diese Regelung erlaubt ihrem Sinn und Zweck nach den jeweiligen Mitgliedern der Untergemeinschaften auch, die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, die ausschließlich die zu ihrer Untergemeinschaft gehörenden Gebäude betreffen, überträgt ihnen aber zugleich in Abweichung von § 16 Abs. 2 WEG im Innenverhältnis zu den anderen Eigentümern die alleinige Kostenlast für die so beschlossenen Maßnahmen.

**17 (b)** Die in § 4 GO enthaltene Einschränkung, dass die Mitglieder der Untergemeinschaften Beschlüsse nur mit Wirkung für die jeweilige Untergemeinschaft fassen dürfen, ist nach dem Sinn und Zweck der Gesamtregelung nicht so zu verstehen, dass keine Beschlüsse gefasst werden dürften, die im Außenverhältnis nur durch eine Verpflichtung der Gesamtgemeinschaft mit entsprechender Haftungsfolge für die übrigen Mitglieder umgesetzt werden können.

**18 (aa)** Richtig ist allerdings, dass ein solcher Beschluss im Außenverhältnis zu einer Verpflichtung der Gesamtgemeinschaft und zu einer Haftung aller Miteigentümer führt, somit auch derer, die an der Untergemeinschaft nicht beteiligt sind. Dies folgt daraus, dass Untergemeinschaften nicht rechtsfähig sind. Nur die (Gesamt-)Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann nach § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG gegenüber Dritten und Wohnungseigentümern selbst Rechte erwerben und Pflichten eingehen. Daher wird der Beschluss einer Untergemeinschaft zur Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- oder Sanierungsmaßnahmen rechtlich umgesetzt, indem der Verwalter den erforderlichen Auftrag im Namen und (im Außenverhältnis) auf Rechnung der Wohnungseigentümergeinschaft erteilt. Deren Verpflichtung hat nach § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG zur Folge, dass im Außenverhältnis alle Wohnungseigentümer und – entgegen der in der Revisionserwiderung geäußerten Auffassung der Beklagten – nicht etwa nur die Mitglieder der Untergemeinschaft dem Gläubiger nach dem Verhältnis ihres Miteigentumsanteils haften (ebenso BeckOK-WEG/Dötsch, Stand: 1.10.2017, § 10 Rdnr. 41; Niefenführ/Kümmel/Vandenhouten/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 25 Rdnr. 27; Gottschalg, NZM 2013, 60, 62; Hügel, NZM 2010, 8, 13, 14; Jennißen, ZWE 2017, 117, 118; Moosheimer, ZMR 2014, 602, 608), auch wenn die Kosten im Innenverhältnis durch andere Miteigentümer zu tragen sind (§ 10 Abs. 8 Satz 2 WEG). Diese Haftung kann durch die Gemeinschaft nicht einseitig, auch nicht durch eine entsprechende Regelung der Gemeinschaftsordnung, abbedungen



werden, da Vereinbarungen unter den Wohnungseigentümern nach dem allgemeinen Grundsatz des Verbots des Vertrags zugunsten Dritter nicht zum Nachteil von Gemeinschaftsgläubigern wirken können (vgl. BeckOGK-WEG/*Falkner*, Stand: 1.7.2017, § 10 Rdnr. 111).

**19** (bb) Ausdrückliches Ziel der Regelung in § 4 GO ist es, die Untergemeinschaften hinsichtlich der Verwaltung und Abrechnung soweit wie (rechtlich und tatsächlich) möglich zu verselbstständigen, insbesondere in Bezug auf sämtliche Lasten und Kosten, die in den drei Untergemeinschaften anfallen. Dieses Ziel würde verfehlt, wenn über alle Maßnahmen, die im Innenverhältnis allein auf Kosten der Mitglieder einer Untergemeinschaft vorzunehmen sind, im Außenverhältnis aber von der Gesamtgemeinschaft als teilrechtsfähigem Verband beauftragt werden müssen, stets alle Miteigentümer zu beschließen hätten. Die Regelung zielt ersichtlich gerade darauf ab, den Untergemeinschaften die Verwaltung der ihnen zuzuordnenden Gebäude so weit wie möglich zu übertragen und hiermit zugleich die übrigen Eigentümer von der Verwaltungsverantwortung für diese Gebäude zu entlasten. Dies lässt sich nur erreichen, wenn die Regelung so verstanden wird, dass auch mit Kosten verbundene Maßnahmen und hierauf bezogene Beschlüsse zulässig sind, sofern die Maßnahmen ausschließlich Gebäude der jeweiligen Untergemeinschaft betreffen und die Kosten im Innenverhältnis allein von den Mitgliedern der Untergemeinschaft zu tragen sind. Dementsprechend ist auch die Regelung in § 7 Abs. 4 GO, wonach die Wohnungs-/Teileigentümer zur Ansammlung einer Instandhaltungsrückstellung verpflichtet sind, anders als die Revision meint, nicht so zu verstehen, dass für alle Gebäude der Gemeinschaft eine einheitliche Instandhaltungsrücklage zu bilden ist. Vielmehr muss diese Regelung im Lichte von § 4 GO dahin ausgelegt werden, dass die jeweiligen Wohnungs-/Teileigentümer der Untergemeinschaften zur Ansammlung von getrennten Instandhaltungsrücklagen verpflichtet sind (vgl. Senat, Urteil vom 17.4.2015, V ZR 12/14, ZWE 2015, 335 Rdnr. 10 ff.). Nur die Bildung buchungstechnisch getrennter Rücklagen ermöglicht die in § 4 GO vorgesehene getrennte Ermittlung und Abrechnung der in den drei Untergemeinschaften jeweils anfallenden Lasten und Kosten.

**20** (cc) Entgegen der Auffassung der Revision und einzelner Stimmen in der Literatur sind Regelungen über die möglichst weitgehende Verselbstständigung von Untergemeinschaften nicht anders zu verstehen, wenn die Gemeinschaftsordnung wie hier aus der Zeit vor der Einführung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft durch den Gesetzgeber und der Neuregelung der quotalen Außenhaftung in § 10 Abs. 8 WEG stammt (so aber *Jennißen*, NZM 2006, 203, 206). Vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft hafteten für Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen im Außenverhältnis alle Miteigentümer gesamtschuldnerisch ohne Beschränkung auf ihren Miteigentumsanteil (vgl. BGH, Urteil vom 18.6.1979, VII ZR 187/78, BGHZ 75, 26, 30). Ob die Wirksamkeit von Regelungen in Gemeinschaftsordnungen, die die Verpflichtung aller Miteigentümer durch Beschlüsse der Untergemeinschaften ermöglichen, unter dieser Rechtslage anders zu beurteilen war als heute, kann dahinstehen. Jedenfalls folgt aus der damals unbegrenzten gesamtschuldnerischen Außenhaf-

tung der Wohnungseigentümer nicht, dass eine unter dieser Rechtslage getroffene Regelung enger auszulegen wäre als eine gleichlautende Regelung, die unter der Geltung von § 10 Abs. 8 WEG vereinbart wurde. Denn eine entsprechende Beschlusskompetenz konnte dem objektiven Interesse der Wohnungseigentümer, wie es einer Regelung zu entnehmen ist, die eine möglichst weitgehende Verselbstständigung der Untergemeinschaften vorsieht, auch in Ansehung der ehemals unbegrenzten Außenhaftung entsprechen (im Ergebnis ebenso *Häublein*, ZWE 2010, 149, 154; *Wenzel*, NZM 2006, 321, 324).

**21** cc) Die so verstandene Regelung in § 4 GO ist wirksam. Durch die Gemeinschaftsordnung für eine Mehrhausanlage kann den Mitgliedern der für einzelne Gebäude oder Gebäudekomplexe gebildeten Untergemeinschaften die Kompetenz eingeräumt werden, unter Ausschluss der anderen Eigentümer die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, die ein zu der jeweiligen Untergemeinschaft gehörendes Gebäude betreffen, wenn zugleich bestimmt wird, dass die durch diese Maßnahmen verursachten Kosten im Innenverhältnis allein von den Mitgliedern der jeweiligen Untergemeinschaft zu tragen sind.

**22** (1) Zwar wird teilweise vertreten, dass die Verwaltungskompetenz der Gesamtheit aller Wohnungseigentümer allenfalls insoweit verdrängt werden könne, als sicher ausgeschlossen sei, dass die anderen Eigentümer von einer in der Untergemeinschaft beschlossenen Angelegenheit nachteilig betroffen würden, was der Fall wäre, wenn aufgrund eines solchen Beschlusses eine Außenhaftung des Verbandes und damit eine (quotale) Haftung aller Wohnungseigentümer begründet würde (BeckOK-WEG/*Dötsch*, § 10 Rdnr. 39, 41; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten/Vandenhouten*, WEG, § 25 Rdnr. 27; wohl auch *Jennißen*, ZWE 2017, 117, 118). Zutreffend nimmt die herrschende Meinung aber an, dass Regelungen, die den Untergemeinschaften die Beschlusskompetenz für die ihre jeweiligen Gebäude betreffenden Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen einräumen, ungeachtet der mit der Umsetzung solcher Beschlüsse einhergehenden anteiligen Außenhaftung auch der nicht stimmberechtigten Wohnungseigentümer zulässig und wirksam sind (BeckOGK-WEG/*Falkner*, § 10 Rdnr. 249; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl., § 10 Rdnr. 26; *Staudinger/Kreuzer*, Neub. 2018, § 10 WEG Rdnr. 165, 167; *Häublein*, ZWE 2010, 149, 153; *Hügel*, NZM 2010, 8, 10; *Merle*, ZWE 2005, 164, 167; *Moosheimer*, ZMR 2014, 602, 608; *Ott*, ZWE 2016, 193, 195; *Wenzel*, NZM 2006, 321, 324).

**23** (2) Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Diese Regelung ist Ausdruck der Privatautonomie der Wohnungseigentümer und lässt ihnen und dem teilenden Eigentümer bei der Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses weitgehend freie Hand (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 198/14, NJW 2015, 3371 Rdnr. 13; Senat, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10, NJW 2011, 679 Rdnr. 7). Schranken für den Inhalt der Gemeinschaftsordnung ergeben sich aus den Grenzen der

Privatautonomie nach den §§ 134, 138 BGB. Darüber hinaus unterliegen Bestimmungen, die wie die hier in Rede stehende Gemeinschaftsordnung von dem teilenden Eigentümer einseitig vorgegeben wurden, einer Inhaltskontrolle, wobei der Senat bislang offen gelassen hat, ob sich diese an den für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 307 ff. BGB oder unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auszurichten hat (vgl. Senat, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10, a. a. O. Rdnr. 7 m. w. N. auch zum diesbezüglichen Streitstand). Unzulässig sind jedenfalls Regelungen, die die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer aushöhlen oder in den Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte eingreifen (Senat, Urteil vom 10.12.2010, V ZR 60/10, a. a. O. Rdnr. 8).

**24 (3)** Die den Untergemeinschaften in § 4 GO eingeräumte Beschlusskompetenz hält sich innerhalb dieser Grenzen der Regelungsbefugnis der Wohnungseigentümer.

**25 (a)** Sie verstößt nicht dadurch gegen zwingende Vorschriften des WEG, dass bei der Bildung von Untergemeinschaften von den allgemeinen Regelungen des WEG über die Stimmrechte der Wohnungseigentümer abgewichen wird. In der Rechtsprechung des Senats ist geklärt, dass Vereinbarungen zulässig sind, die von den Stimmrechtsregelungen in § 21 Abs. 3, § 28 Abs. 5 WEG für die Beschlüsse über Wirtschaftspläne und Jahresabschlüsse abweichen und bestimmen, dass allein die Mitglieder der Untergemeinschaft anstelle aller Wohnungseigentümer über die auf das jeweilige Haus entfallenden Kostenpositionen zu entscheiden haben (Senat, Urteil vom 20.7.2012, V ZR 231/11, ZWE 2012, 494 Rdnr. 10). Nichts anderes gilt für die den Untergemeinschaften durch Vereinbarung eingeräumte Kompetenz, unter Ausschluss der anderen Eigentümer die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, die ein zu der jeweiligen Untergemeinschaft gehörendes Gebäude betreffen. In den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte der Wohnungseigentümer würde hingegen eingegriffen, wenn die Regelung den Untergemeinschaften die Kompetenz einräumte, über Maßnahmen zu entscheiden, die das Grundstück, mehrere – nicht sämtliche zu der Untergemeinschaft gehörende – Gebäude oder gemeinschaftliche Anlagen betreffen (vgl. Senat, Urteil vom 20.7.2012, V ZR 231/11, ZWE 2012, 494 Rdnr. 11). Dies ist hier nicht der Fall.

**26 (b)** Die Regelung greift auch nicht dadurch in den Kernbereich der Mitgliedschaftsrechte der Wohnungseigentümer ein, dass sie den Untergemeinschaften Beschlüsse ermöglicht, die im Außenverhältnis zu einer Verpflichtung der Gesamtgemeinschaft und zu einer quotalen Haftung der an den jeweiligen Beschlüssen nicht beteiligten Eigentümer führen. Diese werden durch die Beschlusskompetenz der Untergemeinschaften auch nicht unangemessen benachteiligt.

**27 (aa)** Dabei ist zu berücksichtigen, dass diese anteilige Außenhaftung für die an der Untergemeinschaft nicht beteiligten Eigentümer nur mit einem geringen wirtschaftlichen Risiko verbunden ist. Eine Regelung der Gemeinschaftsordnung, die den Mitgliedern der für einzelne Gebäude oder Gebäudekomplexe gebildeten Untergemeinschaften die Kompetenz einräumt, unter Ausschluss der anderen Eigentümer

die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen zu beschließen, die ein zu der jeweiligen Untergemeinschaft gehörendes Gebäude betreffen, ist nämlich nur zulässig, wenn sie – wie hier – in Abweichung von § 16 Abs. 2 WEG zulässigerweise (vgl. Senat, Urteil vom 20.7.2012, V ZR 231/11, ZWE 2012, 494 Rdnr. 10) zugleich bestimmt, dass die durch diese Maßnahmen verursachten Kosten im Innenverhältnis allein von den Mitgliedern der jeweiligen Untergemeinschaft zu tragen sind. Da die Erteilung von Aufträgen zur Instandsetzung oder Sanierung nur dann ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, wenn die Aufbringung der Mittel gesichert ist (Senat, Urteil vom 17.10.2014, V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rdnr. 17 m. w. N.), hat diese Kostenverteilung im Innenverhältnis zur Folge, dass in den Beschlüssen der Untergemeinschaften über die Durchführung von Instandhaltungs-, Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen eine Finanzierung vorgesehen werden muss, die die übrigen Wohnungseigentümer nicht mit einbezieht, etwa indem die Maßnahme aus den von der Untergemeinschaft getrennt gebildeten Instandhaltungsrücklagen, aus den laufenden Wohngeldzahlungen der Mitglieder der Untergemeinschaft oder aus einer nur von diesen anteilig zu zahlenden Sonderumlage beglichen wird. Vor diesem Hintergrund stellt sich bereits die Inanspruchnahme eines nicht der Untergemeinschaft angehörenden Wohnungs- oder Teileigentümers als äußerst unwahrscheinlich dar. Sollte es gleichwohl zu einer solchen Inanspruchnahme kommen, kann der betroffene Eigentümer bei den Mitgliedern der jeweiligen Untergemeinschaft Regress nehmen, die die mit der jeweiligen Maßnahme verbundenen Kosten im Innenverhältnis allein zu tragen haben. Angesichts dessen besteht für die jeweiligen Mitglieder der Untergemeinschaften auch kein Anreiz, wirtschaftlich unvernünftige oder besonders kostspielige Maßnahmen zu beschließen. Daher teilt der Senat nicht die von der Revision geäußerte Befürchtung, die Möglichkeit der Delegation entsprechender Beschlusskompetenzen auf Untergemeinschaften sei geeignet, die Solidarität innerhalb der Gesamtgemeinschaft und die Bereitschaft zu einem verantwortungsbewussten und vernünftigen Wirtschaften zu untergraben.

**28 (bb)** Der anteiligen Haftung im Außenverhältnis steht als Vorteil einer weitgehenden Verselbstständigung der Untergemeinschaften gegenüber, dass die diesen angehörenden Wohnungs- und Teileigentümer über Maßnahmen, die allein die zu ihrer jeweiligen Untergemeinschaft gehörenden Gebäude betreffen, allein beschließen können, ohne die Gesamtgemeinschaft befassen zu müssen. Zugleich werden sie von der Verantwortlichkeit für die Gebäude der anderen Untergemeinschaften entlastet. Dieser Autonomiegewinn stellt sich als hinreichende Kompensation für das geringe Risiko der anteiligen Inanspruchnahme für die von anderen Untergemeinschaften verursachten Kosten dar.

(...)

## 7. Grundbuchrechtliche Anforderungen an die Eintragungsbewilligung eines Betreuers nach Genehmigung durch das Betreuungsgericht

KG, Beschluss vom 11.1.2018, 1 W 5/18; mitgeteilt von Dr. **Annette Rieger**, Richterin am KG

BGB §§ 1828, 1829 Abs. 1 Satz 2  
FamFG § 40 Abs. 2  
GBO § 19

### LEITSÄTZE:

1. **Erfordert eine Grundbucheintragung (hier über eine Grundsuld) nur eine Bewilligung gemäß § 19 GBO, genügt es, wenn dem Grundbuchamt neben der Bewilligungserklärung des Betreuers der Genehmigungsbeschluss des Betreuungsgerichts und dessen Rechtskraft in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden.**
2. **§ 1828 BGB erfordert dagegen keinen formgerechten Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt, dass das Betreuungsgericht dem Betreuer den Genehmigungsbeschluss bekannt gegeben hat. Die inhaltliche Richtigkeit des Rechtskraftzeugnisses hat das Grundbuchamt nicht zu überprüfen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Das aufgezeigte Hindernis besteht nicht.

2 Für die Eintragung der Grundsuld liegt mit den Erklärungen in den notariellen Verhandlungen vom 12.9.2017 und 16.10.2017 eine hinreichende Bewilligung der Beteiligten zu 2 nach § 19 GBO vor. Durch die Vorlage des Beschlusses des AG vom 23.10.2017 in Ausfertigung nebst Rechtskraftvermerk ist in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen, dass die entsprechende Erklärung der Betreuerin für und gegen die Beteiligte zu 2 wirkt, § 164 Abs. 1, §§ 1902, 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1, §§ 1828, 1829 Abs. 1 Satz 1 BGB.

3 Wie auch das Grundbuchamt annimmt, bedarf es nach dem formellen Konsensprinzip keines Nachweises, dass der dingliche Vertrag (§ 873 Abs. 1 BGB) über die Bestellung der Grundsuld gemäß § 1829 Abs. 1 BGB wirksam geworden ist. Deshalb ist es auch unerheblich, dass die Vollmacht im Eingang der notariellen Urkunde den Notar insbesondere nicht ermächtigt, die betreuungsgerichtliche Genehmigung vom 23.10.2017 der Beteiligten zu 3 als anderem Vertragsteil mitzuteilen. Vielmehr genügt es, wenn durch einen wirksamen Genehmigungsbeschluss nachgewiesen ist, dass die Begrenzung der Vertretungsmacht der Betreuerin aufgehoben ist, die in dem Genehmigungsvorbehalt liegt (vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl., § 1828 Rdnr. 26; Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl., § 29 Rdnr. 158; Demharter, GBO, 30. Aufl., § 19 Rdnr. 70).

4 § 1828 BGB erfordert keinen formgerechten Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt, dass das Betreuungsgericht der Betreuerin den Genehmigungsbeschluss bekannt gegeben hat. Die Vorschrift betrifft den Inhalt der Entscheidung, mit der die Genehmigung nur dem Betreuer gegenüber erklärt werden kann. Er ist gemäß § 1828 BGB alleiniger Adressat der Genehmigung, unabhängig davon, wem der Genehmigungsbeschluss nach dem Verfahrensrecht (§§ 7, 41 FamFG) bekanntzugeben ist (vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, a. a. O.; Hügel/Reetz, GBO, 3. Aufl., Vertretungsmacht Rdnr. 235). Nach dem bis zum 1.9.2009 geltenden Recht, war die Bekanntgabe an den Betreuer dem Grundbuchamt nachzuweisen, weil die Genehmigung mit ihr wirksam wurde (§ 16 Abs. 1 FGG). Gemäß § 40 Abs. 2 FamFG wird der Genehmigungsbeschluss aber erst mit seiner Rechtskraft wirksam. Es ist zum Nachweis einer wirksamen Eintragungsbewilligung deshalb erforderlich (vgl. Senat, FGPrax 2015, 243), aber auch ausreichend (Demharter, a. a. O., § 19 Rdnr. 69), dass dem Grundbuchamt die Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird. Das ist mit dem Rechtskraftzeugnis geschehen, § 46 FamFG i. V. m. § 418 ZPO. Das Grundbuchamt hat die inhaltliche Richtigkeit des Zeugnisses nicht zu überprüfen (Senat, NotBZ 2012, 132; Demharter, a. a. O.). Danach kommt es nicht darauf an, dass von einem Zugang der Genehmigung an den Betreuer auszugehen ist, wenn er – wie hier – als gesetzlicher Vertreter auch den auf die Genehmigung gestützten Eintragungsantrag stellt (vgl. Meikel/Böttcher, a. a. O., Einl. E Rdnr. 194).

## 8. Gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten

OLG Hamm, Beschluss vom 16.6.2017, 15 W 474/16; mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

WEG § 10 Abs. 3

### LEITSATZ:

**Sind die Wohnungseigentümer in der Teilungserklärung unter der aufschiebenden Bedingung von der Nutzung von Stellplätzen ausgeschlossen, dass der teilende Eigentümer diese durch notariell beurkundete oder beglaubigte Erklärung einzelnen Wohnungseigentumseinheiten zuordnet, so reicht es für die Begründung von Sondernutzungsrechten aus, wenn der teilende Eigentümer zum Zeitpunkt der Zuordnungserklärung noch Wohnungseigentümer ist. Unschädlich ist, dass er in dem Zeitraum bis zur Stellung des Antrags auf Eintragung der Änderung des Inhalts des Sondereigentums im Grundbuch aus der Eigentümergemeinschaft ausgeschieden ist.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 2 teilte ihr Grundstück mit notarieller Urkunde vom 4.5.2001 in Wohnungs- und Teileigentum auf. Die Teilungser-



klärung enthält in § 2 Nr. 7 Regelungen über die Ausgestaltung und Zuweisung von Sondernutzungsrechten. Insbesondere behält sich die Beteiligte zu 2 darin das Recht vor, durch notariell beurkundete oder beglaubigte Erklärung Kfz-Stellplätze einzelnen Wohnungs-/ Teileigentumseinheiten zur alleinigen Nutzung zuzuordnen und die Zuordnung im Grundbuch zu bewirken. Die jeweils anderen Sondereigentümer sind unter der aufschiebenden Bedingung, dass der zur jeweiligen Sondernutzung eines Stellplatzes allein berechnigte Sondereigentümer in dieser Form bestimmt wird, von der Nutzung der Stellplätze ausgeschlossen und haben die unentgeltliche Sondernutzung zu dulden.

**2** Aufgrund notariellen Vertrages vom 21.10.2005 erwarb der Beteiligte zu 1 die im Grundbuch (...) eingetragene Eigentumswohnung Nr. 23. In § 1 Nr. 1 dieser Urkunde machte die Beteiligte zu 2 von ihrer Ermächtigung Gebrauch und wies den Stellplatz Nr. 48 als Sondernutzungsrecht dieser Wohnung zu. Zugleich bewilligte sie in dieser Urkunde die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch.

**3** Die Umschreibung des Miteigentumsanteils der Wohnung auf den Beteiligten zu 1 erfolgte auf Antrag des Urkundsnotars vom 15.12.2005. Einen Antrag auf Zuordnung des Stellplatzes Nr. 48 als Sondernutzungsrecht der Wohnung Nr. 23 stellte der Notar zu diesem Zeitpunkt nicht.

**4** Die Beteiligte zu 2 ist mittlerweile aus der Wohnungseigentumsgemeinschaft ausgeschieden.

**5** Mit Antrag vom 1.7.2016 hat der Urkundsnotar die Zuschreibung des Stellplatzes Nr. 48 als Sondernutzungsrecht zur Wohnung Nr. 23 beantragt.

**6** Mit Zwischenverfügung vom 4.7.2016 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass dem Antrag so nicht stattgegeben werden könne, nachdem die Beteiligte zu 2 nicht mehr aufteilende Eigentümerin sei. Nunmehr sei die Zuordnung des Sondernutzungsrechts durch sämtliche Wohnungseigentümer – mit Ausnahme des begünstigten Beteiligten zu 1 – sowie an den Miteigentumsanteilen dinglich Berechtigten in der Form des § 29 GBO zu bewilligen. Zur Vorlage der Bewilligung hat das Grundbuchamt eine Frist von zwei Monaten gesetzt. Nach Ablauf der Frist hat das Grundbuchamt den Antrag mit Beschluss vom 7.11.2016 zurückgewiesen. Der gegen diesen Beschluss gerichteten Beschwerde der Beteiligten hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**7** II. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg und führt in Aufhebung des angefochtenen Beschlusses zur Anweisung an das Grundbuchamt, die beantragte Eintragung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 48 vorzunehmen.

**8** Das von dem Grundbuchrechtspfleger angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Die Zuschreibung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 48 erfordert im gegebenen Fall keine Eintragungsbewilligungen der übrigen Wohnungseigentümer sowie der dinglich Berechtigten. Nachdem die Beteiligte zu 2 von der ihr in der Teilungserklärung eingeräumten Ermächtigung zur Zuordnung des Sondernutzungsrechts Gebrauch gemacht hat und das Sondernutzungsrecht in dem Übertragungsvertrag vom 21.10.2005 dem im oben genannten Grundbuchblatt verzeichneten Wohnungseigentum zugeordnet hat, sind die übrigen Miteigentümer von ihrem Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen. Ihre Bewilligung nach § 19 GBO ist daher nicht erforderlich.

**9** Zuweisungsvorbehalte betreffend Sondernutzungsrechte an bestimmtem Gemeinschaftsflächen, insbesondere Kellerräumen oder Stellplätzen, sind grundsätzlich rechtlich möglich

(vgl. im Überblick zu den einzelnen Gestaltungen *Niederführ/Kümmel/Vandenhouten/Kümmel*, Wohnungseigentumsgesetz, 9. Aufl. 2010, § 13 WEG, Rdnr. 31). Im vorliegenden Fall wurde eine Gestaltung gewählt, nach der unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisung eines Sondernutzungsrechts an einen bestimmten Wohnungseigentümer die anderen Wohnungs- und Teileigentümer vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums hinsichtlich der Gegenstände des Sondernutzungsrechts ausgeschlossen sind. Auch eine solche Gestaltung wird überwiegend für zulässig erachtet (BayObLGZ 1985, 378; OLG Stuttgart, MittBayNot 2013, 306-308; Justiz 2002, 408; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 2913a m. w. N. in Fn. 175; Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, 3. Aufl., AT V 146). Die in der Teilungserklärung nebst Nachtrag getroffenen Regelungen wirken über § 10 Abs. 3 WEG auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern anderer Wohnungs- und Teileigentümer (vgl. BayObLGZ 1985, 378). Eine Eintragungsbewilligung der übrigen Eigentümer und der dinglich Berechtigten ist nicht nötig, auch wenn die Zuweisung des Gebrauchs erst nach der Eintragung der Gemeinschaftsordnung erfolgt (Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 2913a). Denn der Ausschluss aller nicht begünstigten Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch wird in der hier gewählten Gestaltung bereits durch die Teilungserklärung seinem ganzen Inhalt nach begründet (BayObLGZ 1985, 378; OLG Stuttgart, MittBayNot 2013, 306-308). Durch die bloße Zuordnung des Gebrauchsrechts an den Eigentümer einer bestimmten Wohnung wird daher ein Gebrauchsrecht anderer Wohnungseigentümer nicht mehr beschränkt. Ihre Bewilligung ist daher entbehrlich.

**10** Für den gegebenen Fall ist auf der Grundlage dieser Grundsätze festzustellen, dass in grundbuchmäßiger Form des § 29 GBO nachgewiesen ist, dass die Bedingung eingetreten ist, von der an die übrigen Wohnungseigentümer gemäß § 2 Ziffer 7 letzter Satz der Teilungserklärung von ihrem Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen sind. Denn die Beteiligte zu 2 hat in dem Übertragungsvertrag vom 21.10.2005 von der ihr in der Teilungserklärung eingeräumten Ermächtigung Gebrauch gemacht und – in der vorgeschriebenen Form der notariell beurkundeten Erklärung – das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 48 dem im oben genannten Grundbuchblatt verzeichneten Wohnungseigentum zugeordnet.

**11** Entgegen der Auffassung des Grundbuchpflegers ist dabei unerheblich, dass die Beteiligte zu 2 mittlerweile und bei Eingang des Eintragungsantrages vom 1.7.2016 beim Grundbuchamt nicht mehr Miteigentümerin und Mitglied der Wohnungseigentumsgemeinschaft ist.

**12** Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur soll bei der vorliegend gewählten Gestaltungsmöglichkeit der sog. gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung – anders als im Falle der gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten bei anfänglichem Ausschluss aller Eigentümer (vgl. BGH, NJW 2012, 676 f.) – die Zuweisungsbefugnis unabhängig von der Stellung als teilender Eigentümer bestehen; sie soll in diesem Fall vom teilenden Eigentümer auch noch nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft vorgenommen werden können (vgl. OLG Frankfurt, MittBayNot



2017, 48-51 sowie 252-257; OLG Stuttgart, MittBayNot 2013, 306-308; LG München, MittBayNot 2004, 366 f.; Niedenfür/Kümmel/Vandenhouten, WEG, § 13 Rdnr. 39; Häublein, MittBayNot 2012, 382, 383; Schneider, ZWE 2012, 171, 172). Dies wird damit begründet, dass bei der gegebenen Gestaltung der teilende Eigentümer gerade nicht persönlich sondernutzungsberechtigt sei, sondern nur zuweisungsberechtigt. Diese Befugnis bleibe – sofern nichts anderes vereinbart ist – auch nach dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft bestehen. Auch im vorliegenden Fall belegt die Ausgestaltung der Ermächtigung, dass der teilenden Eigentümerin nur eine Zuweisungsbefugnis in diesem Sinne erteilt werden sollte. Dies wird insbesondere daran deutlich, dass der Beteiligten zu 2 in der Teilungserklärung vorbehalten worden ist, die Zuweisungsbefugnis auch auf einen Dritten zu übertragen. Daraus ist erkennbar, dass die Befugnis unabhängig von einem persönlichen Sondernutzungsrecht bestehen sollte.

**13** Ob der Senat sich dem im Einzelnen anschließt und eine Zuordnungsbefugnis der Beteiligten zu 2 auch für die Zeit nach ihrem Ausscheiden aus der Wohnungseigentümergeinschaft bejaht, muss vorliegend nicht entschieden werden. Denn es ist festzustellen, dass die Beteiligte zu 2 ihre Zuweisungsbefugnis schon mit ihrer Erklärung in dem notariellen Übertragungsvertrag vom 21.10.2005 noch zu einer Zeit wirksam ausgeübt hat, als sie selbst noch Mitglied der Gemeinschaft war. Damit trat die aufschiebende Bedingung, von der an die übrigen Wohnungseigentümer von ihrem Mitgebrauchsrecht ausgeschlossen sind, ein. Dass der Urkundsnotar für den Beteiligten zu 1 den Antrag auf Eintragung des Sondernutzungsrechts als Inhalt des Sondereigentums erst nach Ausscheiden der teilenden Eigentümerin aus der Gemeinschaft gestellt hat, ist daher ohne Belang.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarin Dr. **Melanie Falkner**, Ochsenfurt

Die Entscheidung verdient uneingeschränkte Zustimmung. Mit Erleichterung hat die Verfasserin die Gründe des Beschlusses gelesen. Die komplizierte Materie der gestuften Sondernutzungsrechtsbegründung wird vom OLG Hamm in klaren und stringenten Ausführungen angewendet. Weder verlieren sich die Ausführungen in Rechtstheorien noch verschwenden das Gericht Gedanken an unwahrscheinliche Szenarien wie einer zwischenzeitlichen Zerstörung oder einer Weiterübertragung des Sondernutzungsrechts.

#### 1. Sondernutzungsrechtsbegründung

Was war passiert? Bei Beurkundung der Teilungserklärung stand noch nicht fest, welche Sondereigentumseinheiten mit welchen Kfz-Stellplatz-Sondernutzungsrechten verbunden werden sollten. Gewählt wurde der Königsweg der gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten, nämlich die sog. Bedingungslösung: Unter der aufschiebenden Bedingung einer Zuweisungserklärung durch den teilenden Eigentümer wurden sämtliche Wohnungseigentümer von der Mitbenutzung des gemeinschaftlichen Eigentums an den Stellplatzflächen ausgeschlossen. Das in § 13 Abs. 2

WEG gesetzlich vorgesehene Mitbenutzungsrecht am Gemeinschaftseigentum wurde damit bereits in der ursprünglichen Gemeinschaftsordnung ausgeschlossen. Ein solcher Gebrauchsausschluss kann nur durch Vereinbarung begründet werden und bedarf zur Wirkung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern gemäß § 10 Abs. 3 WEG der Grundbucheintragung. Die negative Ausschlusskomponente des Sondernutzungsrechts wurde verdinglicht, indem die Aufteilungsurkunde die Erklärung des Gebrauchsausschlusses enthielt und als Inhalt des Sondereigentums im Grundbuch eingetragen wurde.

Bei Abverkauf der streitgegenständlichen Wohnung im Jahr 2005 wurde die Zuweisungserklärung hinsichtlich des Stellplatzes abgegeben und zugleich die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch bewilligt. Offensichtlich aufgrund fehlender Antragstellung des Notars kam es jedoch nicht zu einer Eintragung der Zuordnung im Grundbuch. Das bedeutet, dass zwar weiterhin in allen Wohnungsgrundbüchern als Inhalt des Sondereigentums vermerkt war, dass – unter der Bedingung einer erfolgten Zuweisung – die Wohnungseigentümer vom Gebrauch des Stellplatzes ausgeschlossen sind. Allerdings fehlte es an einer Eintragung der Nutzungsbefugnis bei der begünstigten Einheit, dass diese zum alleinigen Gebrauch des Stellplatzes berechtigt ist.<sup>1</sup> Eine solche Eintragung des Nutzungsrechts erfolgt nur im Wohnungsgrundbuch der begünstigten Einheit, während es in den übrigen Wohnungsgrundbüchern mangels inhaltlicher Änderung des jeweiligen Sondereigentums keiner weiteren Eintragung bedarf.<sup>2</sup> Auch diese isolierte Eintragung nur beim begünstigten Wohnungseigentum war hier aber nicht erfolgt.

Nichtsdestotrotz bestand aufgrund der eingetretenen Bedingung einer erfolgten Zuweisung das alleinige Nutzungsrecht für die begünstigte Sondereigentumseinheit und der Bedingungseintritt konnte auch noch nachträglich in Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.<sup>3</sup> Die Eintragung der positiven Nutzungskomponente bei der begünstigten Sondereigentumseinheit konnte damit auf Grundlage eines erst im Juli 2016 gestellten Antrages noch erfolgen.

#### 2. Zuweisungsrecht und Stellung als Wohnungseigentümer

Trotz fehlender Entscheidungserheblichkeit wurde die zeitliche Reichweite des Zuweisungsrechts diskutiert.<sup>4</sup> Hier unterscheidet sich die im vorliegenden Fall gewählte Bedingungslösung von anderen Gestaltungen. Bei der Bedingungslösung wird der Nutzungsausschluss mit Erklärung einer Zuweisung des Sondernutzungsrechts zu einem

- 1 Zu dieser Phase bei der gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten *Falkner*, ZNotP 2017, 251, 257.
- 2 BayObLG, Beschluss vom 8.11.1985, BReg. 2 Z 119-122/84, DNotZ 1986, 479, 485; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2018, Rdnr. 2915.
- 3 Gleiche Ansicht BeckOGK-WEG/*Falkner*, Stand: 1.3.2018, § 10 Rdnr. 364.8; *Schmidt*, ZWE 2012, 367, 368 f.
- 4 Siehe hierzu z. B. OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, ZWE 2013, 319; BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rdnr. 16.

bestimmten Wohnungseigentum wirksam. Wer diese Zuweisungserklärung abgibt, ist frei regelbar. Die zuweisungsberechtigte Person muss nicht Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft sein.<sup>5</sup> Das OLG Hamm lässt es allerdings ausdrücklich dahinstehen, ob es sich für die Bedingungslosung der Meinung anschließt, dass eine Zuweisung auch noch nach dem Ausscheiden des Zuweisungsberechtigten aus der Gemeinschaft erfolgen kann. Dabei bleibt offen, was dagegen sprechen sollte. Weder deutet die Entscheidung ein Gegenargument an noch ist ein solches ersichtlich.

Anstelle der Bedingungslosung wird alternativ auch in der Weise gestaltet, dass alle Wohnungseigentümer mit Ausnahme des teilenden Eigentümers von der Nutzung einer gemeinschaftlichen Fläche ausgeschlossen sind. Der teilende Eigentümer hat dadurch ein persönliches Sondernutzungsrecht inne, das noch nicht mit einem bestimmten Sondereigentum verbunden ist.<sup>6</sup> Der Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht, also die Abbedingung des § 13 Abs. 2 WEG, ist damit für alle Wohnungseigentümer erfolgt. Als Bestandteil der Gemeinschaftsordnung entfaltet der Ausschluss vom Mitgebrauchsrecht gemäß § 10 Abs. 3 WEG auch Wirkung gegenüber Rechtsnachfolgern. Durch eine Zuweisung überträgt der teilende Eigentümer sein Sondernutzungsrecht und verbindet es dabei erstmalig mit einem Wohnungseigentum.

Der teilende Eigentümer kann aber selbst nur nutzungsbe-rechtigt sein, solange er auch Wohnungseigentümer ist. Denn Rechte für außerhalb der Gemeinschaft stehende Dritte vermag die Gemeinschaftsordnung nicht zu begründen. Mit dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft verliert der teilende Eigentümer das Nutzungsrecht und korrespondierend auch seine Übertragungs- und Zuweisungskompetenz. Denn ein erloschenes Nutzungsrecht kann weder übertragen noch zugewiesen werden.

Diese dargestellte herrschende Auffassung kann man bezweifeln, wenn man weniger an einem persönlichen Sondernutzungsrecht des Bauträgers festhält, sondern eher betont, dass durch die Regelung schlicht sämtliche Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch ausgeschlossen sind und eine bestimmte Person (der Bauträger) berechtigt ist, ein Sondernutzungsrecht zuzuweisen. Hierbei muss man dann – entgegen der herrschenden Auffassung<sup>7</sup> – jedoch zulassen, dass (zumindest zeitweise) niemand zur Nutzung des betroffenen Gemeinschaftseigentums berechtigt ist.

Meines Erachtens<sup>8</sup> spricht nichts gegen eine solche Vereinbarung. Eine Regelung, dass kein Wohnungseigentümer zur Nutzung berechtigt ist, erscheint zwar auf Dauer nicht sinnvoll. Sie kann aber von den Wohnungseigentümern jederzeit durch einstimmige Vereinbarung wieder aufgehoben werden.<sup>9</sup> Der Bauträger würde mit dem Ausscheiden aus der Gemeinschaft sein Zuweisungsrecht nicht verlieren; allerdings droht ihm eine Neuregelung durch die Wohnungseigentümergeinschaft.<sup>10</sup> Insbesondere könnten die Wohnungseigentümer das Zuweisungsrecht aufheben. Hier könnte man wiederum ausschließlich durch Regelungen in den bilateralen Erwerbsverträgen gegensteuern.

Das Nutzungsrecht des teilenden Eigentümers als notwendig erachtetes Korrelat des Nutzungsausschlusses der übrigen Wohnungseigentümer birgt einen weiteren Nachteil: Durch die Zuweisung „verliert“ der teilende Eigentümer – und damit dessen Sondereigentumseinheiten – das Sondernutzungsrecht. Als „abgebender Teil“ müssen daher die Berechtigten an den Sondereigentumseinheiten des Bauträgers ihre Zustimmung erteilen. Auch wenn dem nicht beizupflichten ist, wird die Zustimmung von Vormerkungsberechtigten und Finanzierungsgläubigern anderer Erwerber verlangt, solange mangels Eigentumsumschreibung noch der Bauträger eingetragener Eigentümer der abverkauften Einheit ist.<sup>11</sup> Das Erfordernis dieser Zustimmungen macht diese Gestaltung zur Farce, weil der Zweck der Gestaltung ja gerade die Entbehrlichkeit der Mitwirkung weiterer Berechtigter war.

### 3. Bislang gegenteilige OLG-Rechtssprechung

Mit keinem Wort geht die Entscheidung auf die bisher ergangenen gegenteiligen OLG-Entscheidungen<sup>12</sup> ein. Diese verweigerten trotz nachweislich erfolgter Zuweisung eines Sondernutzungsrechts eine nachträgliche Eintragung und forderten stattdessen eine Bewilligung durch sämtliche Wohnungseigentümer nebst Zustimmung der dinglich Berechtigten. Als federführendes Argument wurde vorgebracht, dass in der langen Zwischenzeit zwischen der erfolgten Zuweisung und der nunmehr begehrten Eintragung eine Weiterübertragung des Sondernutzungsrechts erfolgt

5 So OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.6.2015, 20 W 54/15, BeckRS 2016, 2606 Rdnr. 17 m. w. N.; Bärmann/Seuß/Schneider, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl. 2017, § 13 Rdnr. 80.

6 Häublein, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, S. 279 f.; BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676 m. Anm. Häublein, MittBayNot 2012, 382, 383; Bärmann/Seuß/Schneider, Praxis des Wohnungseigentums, § 13 Rdnr. 73.

7 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.6.2015, 20 W 54/15, BeckRS 2016, 2606 Rdnr. 16; Bärmann/Seuß/Schneider, Praxis des Wohnungseigentums, § 13 Rdnr. 73; Francastel, RNotZ 2015, 385, 408.

8 BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rdnr. 367.1.

9 Ggf. gibt es hierauf nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG sogar einen Anspruch.

10 Dies gilt nach dem Ausscheiden des Bauträgers aus der Wohnungseigentümergeinschaft gleichfalls bei der Bedingungslosung.

11 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2913 (insb. Fn. 179); Bärmann/Seuß/Schneider, Praxis des Wohnungseigentums, § 13 Rdnr. 74; zum Meinungsstand Francastel, RNotZ 2015, 385, 409 a. E., m. w. N.; a. A. BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rdnr. 366.2.

12 OLG München, Beschluss vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, ZWE 2012, 367; Beschluss vom 18.4.2013, 34 Wx 363/12, ZWE 2013, 357; Beschluss vom 27.5.2014, 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530; Beschluss vom 4.7.2014, 34 Wx 153/14, MittBayNot 2015, 36; OLG Frankfurt, Beschluss vom 25.6.2015, 20 W 54/15, MittBayNot 2017, 48; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.7.2013, 3 W 22/13, RNotZ 2014, 42; zust. Hogenschurz, ZfR 2014, 717, 721; Rapp, MittBayNot 2017, 51.

sein könnte. Es fehle der Nachweis, dass das Sondernutzungsrecht „immer noch“ derselben Einheit zustehe. Dieser Nachweis sei durch die Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer zu ersetzen.

Auch in der vorliegenden Entscheidung des OLG Hamm mit dem Zeitintervall von 2005 (erfolgte Zuweisung bei Abverkauf) bis 2016 (Antragstellung) war eine elfjährige Interimszeit gegeben. Diese wird aber zu Recht ignoriert. Die bisherigen OLG-Entscheidungen gehen fehl.<sup>13</sup> Sie versteifen sich auf fernliegend mögliche Geschehensabläufe, die selbst bei unterstellter Realität am Ende nicht entscheidungserheblich wären. Bei der Verdinglichung schuldrechtlicher Vereinbarungen im Wohnungseigentumsrecht wird das Grundbuch durch die Änderung einer Vereinbarung nicht unrichtig i. S. d. § 892 BGB. Rechtsfolge einer fehlenden Grundbucheintragung ist vielmehr allein, dass ein Sonderrechtsnachfolger eines Wohnungseigentums sich auf die „falsche“ Grundbuchpublizität berufen kann und die nicht verdinglichte Eintragung nicht gegen sich gelten lassen muss, § 10 Abs. 3 WEG. Da die Wohnungseigentümer jederzeit durch neue Vereinbarungen auf die Gemeinschaftsordnung und die in ihr enthaltenen Sondernutzungsrechte einwirken können, kann das Grundbuchamt letztlich nicht überprüfen, ob eine bewilligte Vereinbarung „immer noch“ richtig ist. Ein Sondernutzungsrecht könnte theoretisch immer bereits weiterübertragen worden sein.<sup>14</sup> Dies resultiert aus dem schuldrechtlichen Charakter des Rechts und daraus, dass die Grundbucheintragung für den Rechtserwerb nicht konstitutiv ist.<sup>15</sup>

Man tappt auch völlig im Dunkeln, ab welcher Zeitdauer eine erneute Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer erforderlich sein soll.<sup>16</sup> Ursprünglicher Sinn und Zweck der Gestaltung der gestreckten Sondernutzungsrechtsbegründung war es gerade, dass keine Bewilligungen der übrigen Wohnungseigentümer und deren dinglich Berechtigter notwendig sein sollten.

Ist es nun zu bedauern oder zu begrüßen, dass eine Auseinandersetzung mit den anderen Entscheidungen fehlt? Letztlich besticht die Entscheidung des OLG Hamm durch ihre reibungslos funktionierende Begründung, die elegant und analytisch zwingend zum richtigen Ergebnis kommt. Eine Erörterung der fehlgeleiteten anderen Entscheidungen hätte die Entscheidung verkompliziert, aufgebläht und ihrer Lösungsstringenz beraubt.

<sup>13</sup> Ausführlich bereits *Falkner*, ZNotP 2017, 251, 258 ff.; abl. gleichfalls *Schmidt*, ZWE 2012, 367, 368 f.

<sup>14</sup> Vgl. Beispiel bei *Falkner*, ZNotP 2017, 251, 258.

<sup>15</sup> BeckOGK-WEG/*Falkner*, § 10 Rdnr. 364.6.

<sup>16</sup> *Falkner*, ZNotP 2017, 251, 259.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 9. Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags mit einem von der Ausweisung bedrohten Ausländer

BGH, Beschluss vom 17.1.2018, XII ZB 20/17 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Beschluss vom 22.12.2016, 2 UF 147/15)

*BGB § 138 Abs. 1, §§ 139, 1408*

*ZPO § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4*

*BeurkG § 16 Abs. 2 Satz 2*

*FamFG § 71 Abs. 3 Nr. 2 lit. b, § 117 Abs. 2 Satz 1*

#### LEITSÄTZE:

1. **Selbst wenn die ehevertraglichen Einzelregelungen zu den Scheidungsfolgen bei isolierter Betrachtungsweise den Vorwurf der Sittenwidrigkeit für sich genommen jeweils nicht zu rechtfertigen vermögen, kann sich ein Ehevertrag im Rahmen einer Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweisen, wenn das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Ergibt sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit aus der Gesamtwürdigung eines einseitig belastenden Ehevertrags, erfasst die Nichtigkeitsfolge den gesamten Vertrag, ohne dass eine salvatorische Klausel hieran etwas zu ändern vermag. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Das Ansinnen eines Ehegatten, eine Ehe nur unter der Bedingung eines Ehevertrags eingehen zu wollen, begründet für sich genommen – auch bei Vorliegen eines Einkommens- und Vermögensgefälles – für den anderen Ehegatten in der Regel noch keine Zwangslage, aus der ohne Weiteres auf eine gestörte Vertragsparität geschlossen werden kann. Etwas anderes gilt aber ausnahmsweise dann, wenn der mit dem Verlangen nach dem Abschluss eines Ehevertrags konfrontierte Ehegatte erkennbar in einem besonderen Maße auf die Eheschließung angewiesen ist. Dies kann insbesondere dann der Fall sein, wenn ein ausländischer Vertragspartner seinen Lebensplan, dauerhaft unter Verbesserung seiner Lebensverhältnisse in Deutschland ansässig und erwerbstätig zu werden, nur unter der dem anderen Vertragspartner bekannten Voraussetzung der Eheschließung verwirklichen kann. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

## 10. Beachtlichkeit des Betreuervorschlags eines nicht geschäftsfähigen Betroffenen

BGH, Beschluss vom 19.7.2017, XII ZB 57/17 (Vorinstanz: LG Bonn, Beschluss vom 23.12.2016, 4 T 429/16)

*FamFG § 59 Abs. 1, § 72 Abs. 1, § 74 Abs. 5, Abs. 6 Satz 2, § 295 Abs. 1 Satz 1*  
*BGB §§ 181, 1897 Abs. 4 Satz 1, § 1908b Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Ein Betreuervorschlag nach § 1897 Abs. 4 Satz 1 BGB erfordert weder die Geschäftsfähigkeit noch die natürliche Einsichtsfähigkeit des Betroffenen. Vielmehr genügt, dass der Betroffene seinen Willen oder Wunsch kundtut, eine bestimmte Person solle sein Betreuer werden. Auch die Motivation des Betroffenen ist für die Frage, ob ein betreuungsrechtlich beachtlicher Vorschlag vorliegt, ohne Bedeutung. Etwaigen Missbräuchen und Gefahren wird vielmehr hinreichend durch die begrenzte, letztlich auf das Wohl des Betroffenen abstellende Bindungswirkung eines solchen Vorschlags begegnet (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 14.1.2015, XII ZB 352/14, FamRZ 2015, 648).**

### HINWEIS DER SCHRIFTFLEITUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist verfügbar in der DNotZ 2018, 130.

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 11. Keine einseitige Zuweisung von Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers an ein Schiedsgericht durch den Erblasser

BGH, Beschluss vom 17.5.2017, IV ZB 25/16 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Beschluss vom 7.11.2016, 8 W 166/16)

*ZPO § 1066*  
*BGB §§ 2220, 2227*

### LEITSATZ:

**Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers können in einer letztwilligen Verfügung nicht einseitig durch den Erblasser unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht zugewiesen werden.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die am 26.7.2014 verstorbene Erblasserin sowie ihr 2010 vorverstorbenen Ehemann errichteten am 5.6.2006 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzten. Zu Schlusserben wurden die Beteiligten zu 1 bis 3 bestimmt. Unter

Ziffer V des Testaments wurde für den „zweiten Todesfall“ (Schlusserbfall) Testamentsvollstreckung angeordnet und der Beteiligte zu 4 zum Testamentsvollstrecker bestimmt. Ihm wurde für den Fall des Wegfalls seiner Person als Testamentsvollstrecker ferner das Recht eingeräumt, einen Nachfolger zu bestimmen. Ziffer X des Testaments enthält ferner folgende Regelung:

„Im Wege der Auflage verpflichten wir alle Erben, Vermächtnisnehmer und Auflagenbegünstigte für Streitigkeiten, die durch dieses Testament hervorgerufen sind und die ihren Grund in dem Erbfall haben und/oder im Zusammenhang mit der letztwilligen Verfügung oder ihrer Ausführung stehen, sich unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte dem Schiedsgericht für Erbstreitigkeiten e. V. (DSE) und der von dieser zugrunde gelegten jeweils aktuellen Schiedsordnung zu unterwerfen.“

2 Der Beteiligte zu 4 beantragte im September/Oktober 2014 unter Annahme des Amtes die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Dem traten die Beteiligten zu 1 bis 3 entgegen. Das Nachlassgericht erachtete die erforderlichen Tatsachen für die Erteilung des Zeugnisses für festgestellt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 1 bis 3 wurde durch das OLG zurückgewiesen. Erstmals mit Schriftsatz vom 23.1.2015 beantragten die Beteiligten zu 1 bis 3 die Entlassung des Testamentsvollstreckers. Sie stützten den Entlassungsantrag im Wesentlichen auf die Nichtvorlage eines Nachlassverzeichnisses trotz Zeitablaufs von fast einem Jahr seit Amtsantritt, unzulänglich erteilte Auskünfte, unterlassene Rechnungslegung trotz mehrfacher Aufforderung, bewusste Schädigung des Nachlasses und der Erbengemeinschaft. Der Beteiligte zu 4 trat dem Entlassungsantrag entgegen und rügte unter anderem die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte für den Entlassungsantrag. Ferner stellte er Pflichtverletzungen, die seine Entlassung rechtfertigen könnten, in Abrede.

3 Das Nachlassgericht hat den Entlassungsantrag mit Beschluss vom 19.1.2016 zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht hat mit dem angefochtenen Beschluss die Entscheidung des Nachlassgerichts abgeändert und dieses angewiesen, den Beteiligten zu 4 als Testamentsvollstrecker zu entlassen. Ferner hat es ihm die Möglichkeit eingeräumt, bis einen Monat nach Rechtskraft von seiner Berechtigung zur Benennung eines Nachfolgers im Amt des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Nachlassgericht Gebrauch zu machen. Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 4. Er beantragt, den angefochtenen Beschluss aufzuheben.

### AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die nur teilweise zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

5 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, die vom Beteiligten zu 4 erhobene Rüge der Zuständigkeit staatlicher Gerichte greife nicht durch. Zwar könne gemäß § 1066 ZPO die Zuständigkeit eines Schiedsgerichts grundsätzlich auch durch letztwillige Verfügung angeordnet werden. Dem Schiedsgericht könne dabei jedoch nicht die Kompetenz zur Entscheidung über einen Antrag auf Entlassung des Testamentsvollstreckers zugewiesen werden.

6 Ein wichtiger Grund zur Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB liege vor. Dieser ergebe sich daraus, dass der Beteiligte zu 4 trotz mehrfacher Aufforderung und Vorliegen einer länger andauernden Verwaltung seiner Pflicht zur Rechnungslegung gemäß § 2218 Abs. 2 BGB nicht nachgekommen sei. Eine geordnete Aufstellung im Sinne einer übersichtlichen und schriftlichen Zusammenstellung von Aktiva und Passiva unter Vorlage der üblichen Belege habe der Beteiligte zu 4 nicht vorgelegt. Die Verletzung der Rech-



nungslegungspflicht erscheine auch nicht deshalb in einem milderen Licht, weil die Erben dem Testamentsvollstrecker seine Verwaltungstätigkeit in nicht unerheblichem Maße erschwert hätten. Es sprächen auch keine überwiegenden Gründe für ein Verbleiben des Testamentsvollstreckers im Amt. Da mit der Entlassung des Beteiligten zu 4 die Testamentsvollstreckung nicht entfalle, sei ihm entsprechend der testamentarischen Regelung Gelegenheit zu geben, von seinem Recht zur Bestimmung eines Nachfolgers Gebrauch zu machen.

7 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

8 a) Ohne Erfolg rügt der Beteiligte zu 4 die Zuständigkeit der staatlichen Gerichte. Die von ihm erhobene Einrede der Schiedsgerichtsbarkeit greift nicht durch. Die Erblasserin und ihr Ehemann haben in dem Testament bestimmt, dass alle Streitigkeiten aus diesem Testament unter Ausschluss der ordentlichen Gerichte dem Schiedsgericht für Erbstreitigkeiten e. V. (DSE) und der von diesem zugrunde gelegten Schiedsordnung unterworfen werden sollen. Die Frage, ob eine derartige Schiedsklausel auch das Verfahren über den Antrag auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB erfasst, wird unterschiedlich beurteilt.

9 aa) Im Schrifttum wird teilweise die Auffassung vertreten, dass für Verfahren auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers in einer letztwilligen Verfügung durch den Erblasser einseitig wirksam eine schiedsgerichtliche Zuständigkeit unter Ausschluss der ordentlichen Gerichtsbarkeit angeordnet werden kann (*Muscheler*, ZEV 2009, 317, 318 ff.; *FAKomm-Erbrecht/Rott*, 4. Aufl., § 2227 Rdnr. 33; *Damrau/Tanck/Bonefeld*, Praxiskommentar Erbrecht, 3. Aufl., § 2227 Rdnr. 15; *Prütting/Gehrlein/Raesche-Kessler*, ZPO, 8. Aufl., § 1066 Rdnr. 21; *Zöller/Geimer*, ZPO, 31. Aufl., § 1066 Rdnr. 21; *Wieczorek/Schütze*, ZPO, 4. Aufl., § 1066 Rdnr. 8 f.; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 22. Aufl., Vor § 1025 Rdnr. 19, § 1066 Rdnr. 3; *Schwab/Walter*, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 32 Rdnr. 26; *Heinze*, RNotZ 2009, 663, 664 f.; *Schulze*, MDR 2000, 314, 317 f.; *Grunsky* in FS Westermann, 2008, S. 255, 264 f.; *Geimer* in FS Schlosser, 2005, S. 197, 207).

10 Demgegenüber halten die Rechtsprechung sowie die überwiegende Auffassung im Schrifttum die Übertragung der Aufgabe des Nachlassgerichts über die Entscheidung zur Entlassung eines Testamentsvollstreckers durch eine einseitige letztwillige Verfügung des Erblassers auf ein Schiedsgericht für unzulässig (vgl. insbesondere RGZ 133, 128, 133 ff.; OLG Karlsruhe, ZEV 2009, 466 f.; *MünchKomm-BGB/Leipold*, 7. Aufl., § 1937 Rdnr. 36; *Staudinger/Otte*, Neub. 2017, Vor §§ 1937 ff. Rdnr. 11; *Staudinger/Reimann*, Neub. 2016, § 2227 Rdnr. 4; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2227 Rdnr. 3; *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2227 Rdnr. 1; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 14. Aufl., § 2227 Rdnr. 1; *Jauernig/Stürner*, BGB, 16. Aufl., § 2227 Rdnr. 3; *BeckOK-BGB/Langer*, Stand: 1.2.2017, § 2227 Rdnr. 3; *Zimmermann*, Testamentsvollstreckung, 3. Aufl., Rdnr. 108; *Münchener Anwaltshandbuch-Erbrecht/Pawlytta*, 4. Aufl., § 67 Rdnr. 30; *Musiak/Voit*, ZPO, 14. Aufl., § 1066 Rdnr. 4; *FAKomm-Erbrecht/Ramm/Osterloh-Konrad*, 4. Aufl., § 1066 ZPO Rdnr. 3; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 75. Aufl., § 1066 Rdnr. 2; *MünchKomm-ZPO/Münch*, 4. Aufl., § 1066

Rdnr. 7; *Lange*, ZJP 128, 407, 427 f.; *Werner*, ZEV 2011, 506, 510; *Reimann*, MittBayNot 2010, 216; *Selzener*, ZEV 2010, 285, 286-288; *Storz*, SchiedsVZ 2010, 200, 201-211; ders. ZEV 2009, 265, 269; *Haas*, ZEV 2007, 49, 53; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, 2014, S. 64-68).

11 bb) Die letztgenannte Auffassung ist zutreffend. Streitigkeiten über die Entlassung eines Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB können in einer letztwilligen Verfügung gemäß § 1066 ZPO nicht einseitig durch den Erblasser unter Ausschluss der staatlichen Gerichtsbarkeit einem Schiedsgericht zugewiesen werden.

12 § 1066 ZPO bestimmt, dass für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige Verfügung angeordnet wurden, die Vorschriften über das schiedsrichterliche Verfahren entsprechend gelten. § 1066 ZPO enthält eine rein prozessuale Regelung, die die Zulässigkeit testamentarisch angeordneter Schiedsgerichte voraussetzt, nicht aber selbst begründet. Sie sagt daher nichts darüber aus, unter welchen materiellrechtlichen Voraussetzungen die Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit möglich ist (*Selzener*, ZEV 2010, 285, 288). Ein Schiedsgericht ist nur dann in gesetzlich statthafter Weise errichtet, wenn die eigene materielle Verfügungsbefugnis des Erblassers hierfür reicht (vgl. *Selzener*, ZEV 2010, 285, 287 f.; *Storz*, SchiedsVZ 2010, 200, 202; *Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsgerichtsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, S. 68). Das ist für die Frage der Entlassung des Testamentsvollstreckers nicht der Fall. Die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis des Erblassers findet ihre Grenze unter anderem in § 2220 BGB, wonach der Erblasser nicht das Recht hat, den Testamentsvollstrecker von den ihm nach den §§ 2215, 2216, 2218 und 2219 BGB obliegenden Verpflichtungen zu befreien. Hierbei handelt es sich um die grundlegenden Verpflichtungen des Testamentsvollstreckers zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses (§ 2215 BGB), zur ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB), zur Auskunft und zur Rechnungslegung (§ 2218 BGB) sowie zur Haftung (§ 2219 BGB).

13 Zwar wird die Regelung über die Entlassung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB in § 2220 BGB nicht genannt. Der Rechtsgedanke der Vorschrift findet hier aber entsprechende Anwendung. Ihr ist der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, „nicht zuzulassen, dass ein Erblasser den Erben mit gebundenen Händen dem ausgedehnten Machtbereich des Testamentsvollstreckers überliefert“ (grundlegend RGZ 133, 128, 135; vgl. auch *MünchKomm-BGB/Zimmermann*, § 2227 Rdnr. 1; *Staudinger/Reimann*, § 2227 Rdnr. 1; *Erman/M. Schmidt*, BGB, § 2227 Rdnr. 1; *Selzener*, ZEV 2010, 285, 286 f.; *Dawirs*, a. a. O., S. 66). Ohne die Entlassungsmöglichkeit des § 2227 BGB wären die nicht abdingbaren Rechte des Erben gegen den Testamentsvollstrecker aus §§ 2215, 2216, 2218, 2219 BGB gar nicht oder nur noch in sehr eingeschränktem Umfang durchsetzbar (vgl. RGZ 133, 128, 135: „stumpfe Waffe“). § 2227 BGB stellt insoweit mit der Möglichkeit der Entlassung des Testamentsvollstreckers die zwingende verfahrensrechtliche Ergänzung zu den ihn treffenden materiellrechtlichen Verpflichtungen dar. Die Regelungen der §§ 2220, 2227 BGB sind vom Gesetz als

Ausgleich für die ansonsten starke Stellung des Testamentsvollstreckers unter Berücksichtigung der Rechte der Erben gemäß Art. 14 Abs. 1 GG ausgestaltet. Im Streit um die Entlassung eines Testamentsvollstreckers erfordert der nur gering ausgeprägte Schutz der Nachlassbeteiligten ein Minimum an Schutz durch die staatlichen Gerichte. Das Recht, den Testamentsvollstrecker zu entlassen, bietet die einzig effektive Möglichkeit, das Testamentsvollstreckerverfahren zu beeinflussen (vgl. Staudinger/Reimann, § 2227 Rdnr. 1 und 4).

**14** Soweit die Gegenauffassung meint, zumindest für „echte Streitsachen der freiwilligen Gerichtsbarkeit“ müsse eine Übertragung der Zuständigkeit des Nachlassgerichts auf ein Schiedsgericht möglich sein (vgl. etwa *Muscheler*, ZEV 2009, 317, 318 f.), kann offen bleiben, ob dem in dieser Allgemeinheit zugestimmt werden kann. Jedenfalls handelt es sich beim Verfahren um die Entlassung eines Testamentsvollstreckers nicht um eine derartige Streitigkeit. Das Entlassungsverfahren betrifft neben dem die Entlassung begehrenden Erben und dem Testamentsvollstrecker eine Vielzahl weiterer Personen, deren Interessen in einem Schiedsgerichtsverfahren nicht adäquat geltend gemacht werden können, etwa andere Mitglieder einer Erbengemeinschaft, Vermächtnisnehmer, Nachlassgläubiger oder Pflichtteilsberechtigte. § 2227 BGB stellt im Falle einer Entscheidung des Nachlassgerichts eine solche für und gegen alle Nachlassbeteiligten dar. Für eine Entscheidung, die für und gegen alle Nachlassbeteiligten wirken soll, passt ein Parteiverfahren nicht (vgl. *Selzener*, ZEV 2010, 285, 286; Staudinger/*Otte*, Vor §§ 1937 ff. Rdnr. 11; *Dawirs*, a. a. O., S. 67). Das Schiedsgerichtsverfahren ist insoweit nicht mit demjenigen zu vergleichen, welches durch die staatliche Gerichtsbarkeit in den Fällen des § 2227 BGB zur Verfügung gestellt wird. Dies gilt etwa für die Auswahl und Unabhängigkeit der Richter, die Möglichkeit zur Einlegung von Rechtsmitteln, die Beteiligung Dritter am Verfahren, die Amtsermittlung gemäß § 26 FamFG, die Möglichkeit, Zwangsmaßnahmen anzuordnen, und – für bedürftige Parteien – Prozesskosten- oder Verfahrenskostenhilfe zu beantragen (vgl. *Lange*, ZEV 2017, 1, 6).

**15** Soweit ferner geltend gemacht wird, die Zulässigkeit der Schiedsgerichtsklausel ergebe sich daraus, dass der Erblasser in seiner Verfügung von Todes wegen die Einsetzung des Testamentsvollstreckers auch auflösend bedingt durch das objektive Eintreten eines wichtigen Grundes im Sinne des § 2227 BGB anordnen könne (*Muscheler*, ZEV 2009, 317, 320), spricht hiergegen bereits, dass das Schiedsgericht in diesem Fall keine schiedsgerichtliche Entscheidung, sondern lediglich eine schiedsgutachterliche Feststellung zu treffen hätte, die einer gerichtlichen Überprüfung entsprechend den §§ 317 ff. BGB nicht entzogen wäre (Staudinger/*Otte*, Vor §§ 1937 ff. Rdnr. 11; *Selzener*, ZEV 2010, 285, 287; *Dawirs*, a. a. O., S. 67 f.).

**16** Auch der Verweis der Beschwerde auf die „negative Erbfreiheit“ der Erben oder Bedachten kann nicht zur Zulässigkeit der Einsetzung eines Schiedsgerichts führen. Der Umstand, dass die Bedachten auch ausschlagen oder verzichten können, bedeutet umgekehrt nicht, dass sie im Falle ihres Einrückens in die Stellung eines Erben oder Vermächtnisnehmers sämtliche materiell- oder verfahrensrechtlichen Bestimmun-

gen in einer letztwilligen Verfügung des Erblassers hinzunehmen hätten. Vielmehr sieht § 2220 BGB gerade vor, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker von bestimmten kardinalen Pflichten nicht befreien kann. Für den Fall ihrer Verletzung enthält § 2227 BGB als Korrelat die Möglichkeit, ein Entlassungsverfahren durchzuführen.

(...)

## 12. Keine einseitige Zuweisung von Streitigkeiten über den Pflichtteilsanspruch an ein Schiedsgericht durch den Erblasser

BGH, Beschluss vom 16.3.2017, I ZB 50/16 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 25.4.2016, 34 Sch 13/15)

BGB § 242

ZPO § 1030 Abs. 1 Satz 1, § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a, § 1066

### LEITSÄTZE:

- 1. Nach § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann grundsätzlich jeder vermögensrechtliche Anspruch, und damit auch ein Pflichtteilsanspruch, mit dem eine gesetzliche Mindestteilhabe des Angehörigen des Erblassers am Nachlass gewährleistet wird, Gegenstand einer zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten getroffenen Schiedsvereinbarung sein. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Der Streit über einen Pflichtteilsanspruch kann jedoch nicht durch einseitige Verfügung von Todes wegen des Erblassers der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterworfen werden. Da die Testierfreiheit des Erblassers durch die gesetzliche Anordnung der grundsätzlichen Unentziehbarkeit des Pflichtteils beschränkt ist, ist dem Erblasser jede Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten bei der Verfolgung und Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs verwehrt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### SACHVERHALT:

**1** A. Die Antragstellerin ist die Mutter der Antragsgegnerin. Der Ehemann der Antragstellerin und Vater der Antragsgegnerin ist verstorben. Er hat mit notariellem Testament die Antragsgegnerin zur Alleinerbin bestimmt und die Antragstellerin mit einem Vermächtnis bedacht. Das Testament enthält folgende Anordnung:

„Über alle Streitigkeiten über dieses Testament und aus diesem Testament und darüber hinaus über die Erbfolge nach mir, über evtl. Pflichtteilsrechte und -ansprüche und über alle Fragen der Behandlung meines Nachlasses soll ausschließlich ein Schiedsgericht nach den Regeln des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs deutscher Notare entscheiden, dessen Statut ich als offene Schrift überreiche.“

**2** Die Antragstellerin machte gegen die Antragsgegnerin zunächst vor den ordentlichen Gerichten im Wege der Stufenklage ihren Pflichtteilsanspruch geltend. Das LG gab dem in der ersten Stufe erhobenen Auskunftsantrag durch Teilurteil statt. In zweiter Instanz nahm die Antragstellerin ihren Auskunftsantrag zurück, nachdem das Be-

rufungsgericht sie darauf hingewiesen hatte, dass es die von der Antragsgegnerin erhobene Schiedsseinrede – anders als das LG – für durchgreifend erachte.

**3** Die Antragstellerin machte gegen die Antragsgegnerin daraufhin mit ihrer beim Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare erhobenen Schiedsklage einen Pflichtteilsanspruch i. H. v. 11.875 € nebst Zinsen geltend.

**4** Nachdem die Antragsgegnerin erklärt hatte, dass sie die Kosten für das Schiedsverfahren und einen Rechtsanwalt nicht aufbringen könne, und die Antragstellerin eine Übernahme dieser Kosten abgelehnt hatte, setzte das Schiedsgericht der Antragsgegnerin eine Frist bis zum 23.6.2014 für den Nachweis, dass sie beim staatlichen Gericht die Feststellung der Undurchführbarkeit des Schiedsverfahrens beantragt habe. Die Antragsgegnerin stellte beim Berufungsgericht einen entsprechenden Antrag. Auf Anfrage des Schiedsgerichts wies das Berufungsgericht darauf hin, dass in dem beendeten Berufungsverfahren eine Entscheidung über den Antrag auf Undurchführbarkeit des Schiedsverfahrens nicht veranlasst sei. Daraufhin ordnete das Schiedsgericht die Fortsetzung des Schiedsverfahrens an. Zugleich bestimmte es einen Güetermin und für den Fall des Nichterscheins einer Partei oder der Erfolglosigkeit der Güteverhandlung einen Termin zur mündlichen Verhandlung. In diesem Termin war die Antragsgegnerin nicht anwesend.

**5** Das Schiedsgericht verurteilte die Antragsgegnerin durch Schiedsspruch vom 27.1.2015 antragsgemäß zur Zahlung von 11.875 € nebst Zinsen. Zur Begründung führte es aus, dass auf der Grundlage des unstreitigen Vorbringens der Antragstellerin ein Pflichtteilsanspruch in der geltend gemachten Höhe bestehe und von der Antragsgegnerin als testamentarischer Alleinerbin zu erfüllen sei. Die Entscheidung enthielt den Hinweis, dass gegen diesen Schiedsspruch innerhalb von zwei Wochen ab Zustellung (Notfrist) schriftlich oder per Telefax Einspruch bei der Geschäftsstelle des Schlichtungs- und Schiedsgerichtshofs Deutscher Notare eingelegt werden könne. Den mit Telefax vom 5.3.2015 eingelegten Einspruch der Antragsgegnerin verwarf das Schiedsgericht unter gleichzeitiger Zurückweisung des vorsorglich gestellten Wiedereinsetzungsgesuchs wegen Verfristung als unzulässig.

**6** Die Antragstellerin hat beantragt, den Schiedsspruch für vollstreckbar zu erklären. Die Antragsgegnerin ist dem entgegengetreten. Sie hat beantragt, den Antrag auf Vollstreckbarerklärung abzulehnen und den Schiedsspruch aufzuheben.

**7** Das OLG hat den Antrag auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs abgelehnt und den Schiedsspruch aufgehoben (OLG München, Beschluss vom 25.4.2016, 34 Sch 13/15, SchiedsVZ 2016, 233). Es hat angenommen, es liege ein Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO (Fehlen der Schiedsfähigkeit) vor, weil der gesetzliche Pflichtteilsanspruch nicht durch einseitige Verfügung von Todes wegen dem Schiedsverfahren unterstellt werden könne. Zudem bestehe der Aufhebungsgrund nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO (Verstoß gegen den innerstaatlichen verfahrensrechtlichen ordre public), weil das Schiedsgericht die Bestimmung des § 1048 Abs. 3 ZPO über die Entscheidung bei Säumnis einer Partei nicht beachtet und dadurch den Anspruch der Antragsgegnerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt habe.

**8** Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Rechtsbeschwerde (...).

## AUS DEN GRÜNDEN:

**9** B. Die Rechtsbeschwerde ist (...) nicht begründet. Das OLG hat den Antrag auf Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs mit Recht abgelehnt. Nach § 1060 Abs. 2 Satz 1 ZPO ist der Antrag auf Vollstreckbarerklärung unter Aufhebung des Schiedsspruchs abzulehnen, wenn einer der in § 1059 Abs. 2 ZPO bezeichneten Aufhebungsgründe vorliegt. Die Rechtsbeschwerde macht zwar zutreffend geltend, dass

die Antragsgegnerin sich – entgegen der Ansicht des OLG – nicht mit Erfolg auf den Aufhebungsgrund des Fehlens der Schiedsfähigkeit (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO) berufen kann (dazu B. I.). Das OLG hat jedoch ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Aufhebungsgrund des Verstoßes gegen den innerstaatlichen verfahrensrechtlichen ordre public (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO) vorliegt (dazu B. II.).

**10** I. Die Rechtsbeschwerde macht mit Recht geltend, dass die Antragsgegnerin sich nicht mit Erfolg auf den Aufhebungsgrund des Fehlens der Schiedsfähigkeit (§ 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO) berufen kann. Das OLG hat zwar zutreffend angenommen, dass ein Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO vorliegt, weil der Gegenstand des Streits nicht durch einseitige Verfügung von Todes wegen dem Schiedsverfahren unterstellt werden kann (dazu B. I. 1.). Entgegen der Ansicht des OLG ist es der Antragsgegnerin jedoch nach Treu und Glauben verwehrt, sich im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs auf das Fehlen der Schiedsfähigkeit zu berufen (dazu B. I. 2.).

**11** 1. Das OLG hat zutreffend angenommen, dass ein Verstoß gegen § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO vorliegt, weil der Gegenstand des Streits – der von der Antragstellerin gegenüber der Antragsgegnerin erhobene Pflichtteilsanspruch – nicht durch einseitige Verfügung von Todes wegen dem Schiedsverfahren unterstellt werden kann.

**12** a) Nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO kann ein Schiedsspruch aufgehoben werden, wenn das Gericht feststellt, dass der Gegenstand des Streits nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist. Über einen nach deutschem Recht nicht schiedsfähigen Anspruch kann nur ein staatliches Gericht und nicht ein kraft privatautonomer Entscheidung bestimmtes Schiedsgericht entscheiden. Der Aufhebungsgrund der Schiedsunfähigkeit berührt öffentliche Belange und ist daher bei der Entscheidung über die Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs von Amts wegen zu berücksichtigen. Er ist lex specialis im Verhältnis zum Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO und geht diesem daher in seinem Anwendungsbereich vor (Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BT-Drucks. 13/5274, S. 59; MünchKomm-ZPO/Münch, 4. Aufl., § 1059 Rdnr. 11; BeckOK-ZPO/Wilske/Markert, Stand: 1.12.2016, § 1059 Rdnr. 57; Saenger/Saenger, ZPO, 7. Aufl., § 1059 Rdnr. 22; Musielak/Voit/Voit, ZPO, 13. Aufl., § 1059 Rdnr. 24; Lachmann, Handbuch für die Schiedsgerichtspraxis, 3. Aufl., Kap. 25 Rdnr. 2296).

**13** b) Die Streitparteien können einen Streit über einen Pflichtteilsanspruch allerdings durch ein Schiedsgericht entscheiden lassen.

**14** aa) Nach § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann grundsätzlich jeder vermögensrechtliche Anspruch Gegenstand einer Schiedsvereinbarung sein.

**15** bb) Der Begriff des vermögensrechtlichen Anspruchs ist weit zu verstehen und erfasst sowohl Ansprüche, die sich aus Vermögensrechten ableiten, als auch solche, die auf eine vermögenswerte Leistung abzielen (Saenger/Saenger, ZPO, § 1030 Rdnr. 2; Lange, ZZP 128, 407, 409). Zu den vermögensrechtlichen Ansprüchen i. S. v. § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO



zählen auch Pflichtteilsansprüche (§ 2303 BGB), mit denen eine gesetzliche Mindestteilhabe der Angehörigen des Erblassers am Nachlass gewährleistet wird (*Dawirs*, Das letztwillig angeordnete Schiedsverfahren – Gestaltungsmöglichkeiten, 2014, S. 52; *Haas*, ZEV 2007, 49, 53 Fn. 46).

**16 cc)** Schiedsvereinbarung ist nach § 1029 Abs. 1 ZPO eine Vereinbarung der Parteien, alle oder einzelne Streitigkeiten, die zwischen ihnen in Bezug auf ein bestimmtes Rechtsverhältnis vertraglicher oder nichtvertraglicher Art entstanden sind oder künftig entstehen, der Entscheidung durch ein Schiedsgericht zu unterwerfen. Eine Schiedsvereinbarung kann nach § 1029 Abs. 2 ZPO in Form einer selbstständigen Vereinbarung (Schiedsabrede) oder in Form einer Klausel in einem Vertrag (Schiedsklausel) geschlossen werden.

**17 dd)** Danach können Pflichtteilsansprüche grundsätzlich Gegenstand einer zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten getroffenen Schiedsvereinbarung sein (*Staudinger/Otte*, Neub. 2017, Vor §§ 1937-1941 Rdnr. 8a; *Groll/Grötzsch*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl., Kap. XIV Rdnr. 35).

**18 ee)** Vorliegend soll die Befugnis des Schiedsgerichts für die Entscheidung über den zwischen der Antragstellerin und der Antragsgegnerin bestehenden Streit über den Pflichtteilsanspruch jedoch nicht kraft einvernehmlicher Vereinbarung der Streitparteien, sondern durch letztwillige Anordnung des Erblassers begründet werden, der mit Verfügung von Todes wegen bestimmt hat, dass über alle Streitigkeiten über Pflichtteilsansprüche ausschließlich ein Schiedsgericht entscheiden soll.

**19 c)** Ein Erblasser kann durch letztwillige Verfügung aber nicht wirksam anordnen, dass ein Streit über einen Pflichtteilsanspruch durch ein Schiedsgericht zu entscheiden ist.

**20 aa)** Nach § 1066 ZPO gelten für Schiedsgerichte, die in gesetzlich statthafter Weise durch letztwillige oder andere nicht auf Vereinbarung beruhende Verfügungen angeordnet werden, die Vorschriften des 10. Buchs der Zivilprozessordnung (§§ 1025 bis 1065 ZPO) entsprechend. Dieser Bestimmung ist zu entnehmen, dass eine Streitigkeit nur dann durch letztwillige Verfügung der Entscheidung durch ein Schiedsgericht unterworfen werden kann, wenn dies gesetzlich statthaft ist.

**21 bb)** Mit der Formulierung „in gesetzlich statthafter Weise“ nimmt § 1066 ZPO jedenfalls auf die für die Testamentserrichtung geltenden Formanforderungen Bezug. Danach ist die Bestimmung des § 1031 ZPO über die Formerfordernisse einer Schiedsvereinbarung auf die Anordnung eines Schiedsgerichts durch letztwillige Verfügung nicht anwendbar. Die für eine testamentarische Schiedsklausel geltenden Formanforderungen richten sich vielmehr nach den Vorschriften des materiellen Rechts, also nach §§ 2231 bis 2252 BGB (*MünchKomm-ZPO/Münch*, § 1066 Rdnr. 5; *Musielak/Voit/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 2; *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl., § 15 Rdnr. 331; *Groll/Grötzsch*, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, Kap. XIV Rdnr. 31; *Lange*, ZVP 128, 407, 410).

**22 cc)** Darüber hinaus wird ein Schiedsgericht nur dann i. S. v. § 1066 ZPO „in gesetzlich statthafter Weise“ durch letztwillige

Verfügung angeordnet, wenn diese Anordnung in der Verfügungsmacht des Erblassers liegt.

**23 (1)** Die dem Erblasser eingeräumte Befugnis, in eine letztwillige Verfügung eine Schiedsklausel aufzunehmen, ist Ausfluss der Testierfreiheit. Sie ist in ihrer Reichweite durch die dem Erblasser nach den Vorschriften des materiellen Rechts zustehenden Anordnungs Kompetenzen beschränkt (*Schiffer*, ZErB 2014, 292, 294; *Lange*, ZVP 128, 407, 410). Damit ist kraft letztwilliger Anordnung grundsätzlich nur schiedsfähig, was innerhalb der Verfügungsmacht des Erblassers liegt (OLG Karlsruhe, ZEV 2009, 466, 467; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, 23. Aufl., § 1066 Rdnr. 6; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 75. Aufl., § 1066 Rdnr. 2; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 1937-1941 Rdnr. 8; *ders.*, Notar und Rechtsgestaltung, Jubiläums-Festschrift des Rheinischen Notariats, 1998, S. 241, 246; *BeckOK-BGB/Müller-Christmann*, Stand: 1.8.2016, § 1937 Rdnr. 9; *Nieder/Kössinger/Kössinger*, § 15 Rdnr. 330; *Muscheler/Schiffer/Schürmann*, Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht- und Schenkungsrecht, Band 4, 2014, S. 39, 48; *Storz*, SchiedsVZ 2010, 200, 202; *Werner*, ZEV 2011, 506, 507).

**24 (2)** Die Gegenansicht, nach der die Anordnungs kompetenz des Erblassers auf der prozessrechtlichen Vorschrift des § 1066 ZPO beruht und der Erblasser bei der Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit für Streitigkeiten aus Anlass des Erbfalls und im Zusammenhang mit der Regelung des Nachlasses keinen über § 1030 ZPO hinausgehenden Beschränkungen unterworfen ist (vgl. *Zöller/Geimer*, ZPO, 31. Aufl., § 1066 Rdnr. 18; *ders.* in FS *Schlosser*, 2005, S. 197, 202; *Haas*, ZEV 2007, 49, 52), vermag nicht zu überzeugen. Die Vorschrift des § 1066 ZPO begründet keine Verfügungsmacht des Erblassers, Streitigkeiten über den Nachlass einem Schiedsgericht zuzuweisen, sondern setzt eine solche Anordnungs kompetenz voraus (OLG Karlsruhe, ZEV 2009, 466, 467; *Musielak/Voit/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 2; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, § 1066 Rdnr. 1; *MünchKomm-BGB/Leipold*, § 1937 Rdnr. 29; *BeckOK-BGB/Müller-Christmann*, § 1937 Rdnr. 9; *Haas*, ZEV 2007, 49, 50; *Lange*, ZVP 128, 403, 416 f.; *Crezelius* in FS *Westermann*, 2008, S. 161, 162; *Storz*, SchiedsVZ 2010, 200, 202; *Wendt*, ErbR 2014, 400, 402).

**25 (3)** Eine entsprechende Anwendung der für vereinbarte Schiedsgerichte geltenden Vorschrift des § 1030 ZPO über die Schiedsfähigkeit auf durch letztwillige Verfügung angeordnete Schiedsgerichte und damit eine Gleichstellung der Entscheidungskompetenz dieser Schiedsgerichte mit derjenigen staatlicher Gerichte kann auch nicht mit der vom Gesetzgeber bei der Reform des Schiedsverfahrensrechts grundsätzlich vorausgesetzten Gleichwertigkeit von staatlicher Gerichtsbarkeit und Schiedsgerichtsbarkeit begründet werden (vgl. *Werner*, ZEV 2011, 506, 507 f.; *Harder*, Das Schiedsverfahren im Erbrecht, 2007, S. 60). Die Vorschriften über die Unterwerfung einer Streitsache unter die Entscheidungsbefugnis eines Schiedsgerichts gehen grundsätzlich von der einvernehmlichen Vereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit aus; dagegen entzieht die in einer letztwilligen Verfügung enthaltene Schiedsklausel dem Betroffenen einseitig den durch staatliche Gerichte gewährleisteten Rechtsschutz (*MünchKomm-BGB/Leipold*, § 1937 Rdnr. 34; *BeckOK-BGB/Tegel-*



*kamp*, Stand: 1.12.2016, § 1937 Rdnr. 32; *Walz/Bandel*, Das ADR-Formularbuch, 2006, Kap. 8 § 24 Rdnr. 17; *Lange*, ZZP 128, 403, 412 f.; *Storz*, SchiedsVZ 2010, 200, 202; *Schulz*, MDR 2000, 314, 315).

**26 dd)** Da die Testierfreiheit des Erblassers durch die gesetzliche Anordnung der grundsätzlichen Unentziehbarkeit des Pflichtteils beschränkt ist, ist dem Erblasser – wie das OLG zutreffend angenommen hat – jede Beschränkung des Pflichtteilsberechtigten bei der Verfolgung und Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs verwehrt. Ein Erblasser, der dem Pflichtteilsberechtigten durch letztwillige Verfügung den Weg zu den staatlichen Gerichten versperrt und ihm ein Schiedsgericht aufzwingt, überschreitet die ihm durch das materielle Recht gezogenen Grenzen seiner Verfügungsfreiheit.

**27 (1)** Sind im Fall der durch Verfügung von Todes wegen angeordneten Schiedsgerichtsbarkeit nur Streitigkeiten über Ansprüche schiedsfähig, auf deren Bestehen und Umfang der Erblasser kraft seiner Testierfreiheit Einfluss nehmen kann, kann der Pflichtteilsanspruch, der ebenso wie die Testierfreiheit zu den von der Erbrechtsgarantie gemäß Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG erfassten Rechten zählt (BVerfGE 112, 332, 348), nicht zu den schiedsfähigen Ansprüchen gezählt werden. Vielmehr wird die Testierfreiheit des Erblassers durch den Pflichtteilsanspruch, der einem Angehörigen, der nicht als Erbe am Nachlass teilhat, eine Mindestteilhabe an diesem sichert, beschränkt. In diesem Umfang ist dem Erblasser die Verfügungsfreiheit über sein Vermögen entzogen (Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl., § 1937 Rdnr. 5). Streitigkeiten, die ihre Grundlage in zwingendem Pflichtteilsrecht haben, können daher nicht kraft testamentarischer Schiedsordnung der alleinigen Jurisdiktionsbefugnis eines Schiedsgerichts unterworfen werden (BayObLG, BayObLGZ 1956, 186, 189; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2012, 665, 668; LG Heidelberg, ZEV 2014, 310 f.; Palandt/*Weidlich*, § 1937 Rdnr. 9) und sind demnach nicht schiedsfähig i. S. v. § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO (Staudinger/*Otte*, Vor §§ 1937-1941 Rdnr. 8a; *ders.*, Notar und Rechtsgestaltung, S. 241, 251; BeckOK-BGB/G. *Müller*, § 2317 Rdnr. 12a; BeckOK-BGB/*Müller-Christmann*, § 1937 Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1937 Rdnr. 34; Nieder/*Kössinger/Kössinger*, § 15 Rdnr. 330; Langenfeld/*Fröhler/Fröhler*, Testamentsgestaltung, 5. Aufl., Kap. 3 Rdnr. 394; *Lange*, Erbrecht, 2011, Kap. 7 § 31 Rdnr. 59; *ders.*, ZIP 128, 407, 423; *Wendt*, ErbR 2014, 400, 402; *Muscheler/Schiffer/Schürmann*, Hereditare, S. 39, 49 f.; Musielak/*Voit/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 3; *Saenger/Saenger*, ZPO, § 1030 Rdnr. 8; BeckOK-ZPO/*Wolf/Eslami*, § 1066 Rdnr. 4; *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, a. a. O., § 1066 Rdnr. 2; *Schiffer*, BB Beilage 1995 [5], 2, 5; *Schulze*, MDR 2000, 314, 316; a. A. *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1066 Rdnr. 18; *ders.* in FS *Schlosser*, S. 197, 199 und 206 f.; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, ZPO, 4. Aufl., § 1066 Rdnr. 7; *Grunsky* in FS *Westermann*, S. 255, 260; *Werner*, ZEV 2011, 506, 508; *Pawlytta*, ZEV 2003, 89; *Schmitz*, RNotZ 2003, 591, 611; *Dawirs*, a. a. O., S. 52; *Harder*, a. a. O., S. 112 f.).

**28 (2)** Dem kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, dass der Erblasser insoweit Einfluss auf den unabdingbaren Pflichtteilsanspruch nehmen könne, als dieser Anspruch erst infolge des Ausschlusses eines Pflichtteilsberechtigten von

der gesetzlichen Erbfolge entstehe. Die Entstehung des Pflichtteilsanspruchs ist nicht Ausfluss der dem Erblasser im Rahmen der Testierfreiheit zustehenden Verfügungsmacht, sondern zwingende gesetzliche Folge seiner Entscheidung, einen Pflichtteilsberechtigten durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge auszuschließen (§ 2303 BGB). Auch aus dem Umstand, dass ein Schiedsgericht aufgrund einer entsprechenden Anordnung des Erblassers etwa im Wege der Testamentsauslegung darüber entscheiden kann, wer vom Erblasser zum Erben bestimmt worden ist, kann nicht hergeleitet werden, dass ein Schiedsgericht deshalb auch über der Verfügungsbefugnis des Erblassers entzogene Pflichtteilsansprüche entscheiden kann (*Grunsky*, a. a. O., S. 255, 261; *Schiffer*, ZErB 2014, 292, 294; *ders.*, AnwZert ErbR 9/2009, Anm. 2; a. A. *Crezelius*, a. a. O., S. 161, 172; *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, § 1066 Rdnr. 3; *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 92 f.; *Zöller/Geimer*, ZPO, § 1066 Rdnr. 18).

**29 (3)** Die Schiedsfähigkeit von Ansprüchen, die aus zwingendem Pflichtteilsrecht herrühren, kann nicht mit dem Hinweis darauf begründet werden, dass sich im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben können und eine kraft letztwilliger Verfügung getroffene Schiedsordnung eine Aufspaltung von Nachlassstreitigkeiten auf unterschiedliche Rechtswege nach sich ziehen kann, etwa wenn sich Überschneidungen zwischen den Ansprüchen des Erben und (ergänzenden) Pflichtteilsansprüchen ergeben (vgl. *Musielak/Voit/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 3; *Haas*, ZEV 2007, 49, 51). Derartige Abgrenzungsschwierigkeiten sind Folge der Entscheidung des Erblassers, bestimmte Streitigkeiten der Schiedsgerichtsbarkeit zuzuweisen; ihnen kann durch eine möglichst präzise Bestimmung der von einer Schiedsklausel erfassten Streitgegenstände begegnet werden (vgl. *Lange*, ZIP 128, 407, 413; a. A. *Groll/Grötzsch*, a. a. O., Kap. XIV Rdnr. 45; *Pawlytta*, ZEV 2003, 89, 92).

**30 (4)** Es bedarf keiner Entscheidung, ob diese Grundsätze uneingeschränkt Geltung beanspruchen, wenn einem Pflichtteilsberechtigten zugleich ein (den Pflichtteil übersteigender) Erbteil zugewandt worden ist (vgl. hierzu *Musielak/Voit/Voit*, ZPO, § 1066 Rdnr. 3; BeckOK-BGB/G. *Müller*, § 2317 Rdnr. 12a; *ders.*, a. a. O., § 2306 Rdnr. 14; *Groll/Grötzsch*, a. a. O., Kap. XIV Rdnr. 36; *Haas*, ZEV 2007, 49, 51) oder der Pflichtteilsberechtigte – wie hier – zugleich als Vermächtnisnehmer bedacht worden ist (vgl. zu Streitigkeiten zwischen Erben und Vermächtnisnehmern *Stein/Jonas/Schlosser*, ZPO, § 1066 Rdnr. 3; MünchKomm-ZPO/*Münch*, § 1066 Rdnr. 4 Fn. 10; *Wieczorek/Schütze/Schütze*, a. a. O., § 1066 Rdnr. 7; *Wegmann*, ZEV 2003, 20, 21; MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1937 Rdnr. 33; *Staudinger/Otte*, Vor §§ 1937-1941 Rdnr. 8) und Gegenstand eines Schiedsverfahrens Ansprüche aus beiden Rechtspositionen sind. Nach den Feststellungen des OLG steht vorliegend allein der Pflichtteils(rest)anspruch der Antragstellerin im Streit (§ 2307 Abs. 1 Satz 2 BGB).

**31 d)** Das OLG hat zutreffend angenommen, dass die mangelnde Schiedsfähigkeit des Streitgegenstands gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO unabhängig davon zu berücksichtigen ist, ob sich dies im konkreten Fall zugunsten oder zulasten derjenigen Partei auswirkt, die nach der Schutzrichtung der missachteten Formvorschriften oder der die Verfügungsmacht

des Erblassers beschränkenden materiellrechtlichen Regelungen durch die Vereinbarung oder Anordnung der Schiedsgerichtsbarkeit einen Rechtsnachteil erleiden kann (vgl. BGH, Urteil vom 19.5.2011, III ZR 16/11, SchiedsVZ 2011, 227 f.). Die von Amts wegen zu berücksichtigenden Aufhebungsgründe stehen grundsätzlich weder zur Parteidisposition noch kann wirksam auf ihre Geltendmachung verzichtet werden (Begründung zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Neuregelung des Schiedsverfahrensrechts, BT-Drucks. 13/5274, S. 59; Saenger/Saenger, ZPO, § 1059 Rdnr. 21). Auch eine Präklusion des Aufhebungsgrundes nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO gemäß § 1060 Abs. 2 Satz 3 ZPO kommt nicht in Betracht (Schwab/Walter, Schiedsgerichtsbarkeit, 7. Aufl., Kap. 24 Rdnr. 31).

**32** 2. Entgegen der Ansicht des OLG ist es der Antragsgegnerin aber nach Treu und Glauben verwehrt, sich im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches auf das Fehlen der Schiedsfähigkeit zu berufen.

**33** a) Nach der Rechtsprechung des BGH kann eine Partei nach Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung wegen widersprüchlichen Verhaltens im Verfahren auf Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruches nicht die Unwirksamkeit einer Schiedsabrede geltend machen, wenn sie sich zuvor in einem vor den staatlichen Gerichten geführten Prozess auf die Schiedsabrede berufen und dadurch die Abweisung der Klage oder deren Rücknahme durch den Kläger erreicht hat, im anschließend vom Kläger eingeleiteten Schiedsverfahren bei der Konstituierung des Schiedsgerichts mitgewirkt und sich auf das Schiedsverfahren eingelassen hat und erst im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches geltend macht, dass die Schiedsabrede unwirksam sei (BGH, Urteil vom 2.4.1987, III ZR 76/86, NJW-RR 1987, 1194, 1195; Beschluss vom 30.4.2009, III ZB 91/07, SchiedsVZ 2009, 287, 288). Entsprechendes gilt, wenn der Beklagte zunächst im Schiedsverfahren geltend macht, dass nicht das Schiedsgericht, sondern das staatliche Gericht zur Entscheidung über den Streitgegenstand berufen sei und in dem sodann eingeleiteten Verfahren vor den ordentlichen Gerichten die Schiedseinrede erhebt (vgl. BGH, Urteil vom 20.5.1968, VII ZR 80/67, BGHZ 50, 191, 195 bis 197). Von diesen Grundsätzen ist auch das OLG ausgegangen.

**34** b) Die Antragsgegnerin hat sich nach den Feststellungen des OLG in dieser Weise widersprüchlich verhalten. Sie hat in dem von der Antragstellerin zunächst vor den ordentlichen Gerichten eingeleiteten Verfahren über den Pflichtteilsanspruch die Schiedseinrede (§ 1032 Abs. 1 ZPO) erhoben und damit erreicht, dass die Antragstellerin ihre Klage im zweiten Rechtszug zurückgenommen hat, nachdem sich das Berufungsgericht der Auffassung der Antragsgegnerin angeschlossen hatte, dass die Schiedsanordnung des Erblassers den Pflichtteilsanspruch erfasst. Im daraufhin von der Antragstellerin eingeleiteten Schiedsverfahren hat die Antragsgegnerin keine Einwände gegen die Durchführung des Schiedsverfahrens vor dem Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare und die Bestellung des Schiedsrichters erhoben. Sie hat sich erst nachdem das Schiedsgericht durch Versäumnisentscheidung zu ihrem Nachteil erkannt und den

Einspruch gegen diese Entscheidung verworfen hat, im Verfahren über die Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruches auf die Schiedsunfähigkeit des Pflichtteilsanspruchs berufen. Damit kann die Antragsgegnerin nach Treu und Glauben nicht gehört werden.

**35** c) Für den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung kommt es – anders als das OLG angenommen hat – nicht darauf an, dass vor den ordentlichen Gerichten bisher noch keine der Rechtskraft fähige Entscheidung über die Zulässigkeit einer vor den staatlichen Gerichten erhobenen Klage über den von der Antragstellerin erhobenen Pflichtteilsanspruch und den Erfolg der Schiedseinrede ergangen ist (vgl. Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1032 Rdnr. 33). Es kommt auch nicht darauf an, wie wahrscheinlich es ist, dass die staatlichen Gerichte bei einer erneuten Befassung mit der Sache annehmen, der Gegenstand einer solchen Klage sei nicht schiedsfähig.

**36** Hat eine Partei vor dem staatlichen Gericht mit Erfolg geltend gemacht, nicht das staatliche Gericht, sondern ein Schiedsgericht sei zur Entscheidung über den Rechtsstreit berufen, läuft die spätere Geltendmachung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens auf den Versuch hinaus, dem Gegner in jedem der möglichen Verfahrenswege den Rechtsschutz abzuschneiden und ihn damit praktisch rechtlos zu stellen. Es ist dem Gegner nicht zuzumuten, sich (bei insoweit unveränderter Sachlage) abwechselnd auf die eine oder andere Verfahrensart verweisen zu lassen (BGHZ 50, 191, 196; BGH, NJW-RR 1987, 1194, 1195; SchiedsVZ 2009, 287, 288; OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.4.2011, 26 SchH 1/11, BB 2012, 81, 82; Stein/Jonas/Schlosser, ZPO, § 1032 Rdnr. 33; Wieczorek/Schütze/Schütze, a. a. O., § 1032 Rdnr. 29; Saenger/Saenger, ZPO, § 1032 Rdnr. 8; Jauernig/Mansel, BGB, 16. Aufl., § 242 Rdnr. 49; MünchKomm-BGB/Schubert, § 242 Rdnr. 346; Erman/Böttcher/Hohloch, BGB, 14. Aufl., § 242 Rdnr. 199a; Staudinger/Olzen/Looschelders, Neub. 2015, § 242 Rdnr. 1122; vgl. ferner OLG Frankfurt, Urteil vom 6.2.2009, 24 U 183/08, juris Rdnr. 8).

**37** Das Interesse des Verfahrensggners, nicht einerseits mit Rücksicht auf die Erhebung der Schiedseinrede und andererseits mit Rücksicht auf die Geltendmachung der Unzulässigkeit des Schiedsverfahrens von einem auf den anderen Verfahrensweg verwiesen zu werden, ohne eine Sachentscheidung erreicht zu haben, ist auch dann schützenswert, wenn er aus prozessualen Gründen nicht gehindert ist, seinen Anspruch letztlich doch noch mit Erfolg vor den ordentlichen Gerichten geltend zu machen. Ist die gegensätzliche Einlassung des von ihm in Anspruch Genommenen in beiden Verfahren nicht ausnahmsweise durch sachliche Gründe gerechtfertigt (vgl. hierzu BGHZ 50, 191, 197), muss er sich durch ein solches Verhalten nicht zu Prozesshandlungen veranlasst sehen, die sich im Nachhinein als sinnlos herausstellen und lediglich Zeitverlust und Kosten verursachen (BGH, NJW-RR 1987, 1194, 1195).

**38** d) Der Berücksichtigung des von der Antragstellerin erhobenen Einwands der unzulässigen Rechtsausübung steht nicht entgegen, dass der Aufhebungsgrund nach § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO von Amts wegen zu beachten und im Regelfall der Parteidisposition entzogen ist. Vorliegend ist der Gegenstand des Schiedsverfahrens nicht schlechthin schiedsunfähig, weil der Pflichtteilsanspruch kraft Parteivereinbarung

der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden kann (vgl. OLG Frankfurt, ZEV 2012, 665, 668; vgl. ferner Staudinger/Otte, Vor §§ 1937-1941 Rdnr. 8a; Storz, SchiedsVZ 2010, 200, 203).

**39 II.** Das OLG hat ohne Rechtsfehler angenommen, dass der Schiedsspruch gegen den innerstaatlichen verfahrensrechtlichen ordre public verstößt, weil im schiedsrichterlichen Verfahren die Bestimmung des § 1048 Abs. 3 ZPO nicht beachtet und dadurch der Anspruch der Antragsgegnerin auf Gewährung rechtlichen Gehörs verletzt worden ist. Der Senat sieht insoweit gemäß § 577 Abs. 6 Satz 3 ZPO von einer Begründung seiner Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ab, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen.

**40 C.** Danach ist die Rechtsbeschwerde gegen den Beschluss des OLG auf Kosten der Antragstellerin (§ 97 Abs. 1 ZPO) zurückzuweisen.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

In kurzer Abfolge haben zwei Senate des BGH Entscheidungen zu äußerst kontrovers diskutierten Fragen getroffen und damit für Rechtsklarheit gesorgt. Es ist nun höchstrichterlich entschieden, dass ein Erblasser nicht die Rechtsmacht besitzt, *durch letztwillige Verfügung gemäß § 1066 ZPO*

1. den Nachlassbeteiligten vorzuschreiben, den Antrag auf Entlassung eines Testamentsvollstreckers gemäß § 2227 BGB bei einem Schiedsgericht zu stellen,<sup>1</sup> und
2. den Parteien vorzuschreiben, den Pflichtteilsanspruch vor einem Schiedsgericht geltend zu machen.<sup>2</sup>

Der IV. Zivilsenat *musste* die erste Frage entscheiden. Sein Urteil überzeugt im Ergebnis und seiner Begründung. Der I. Zivilsenat *wollte* die zweite Frage entscheiden, denn alle Erwägungen zum Pflichtteilsanspruch erfolgten obiter dictum; für das richtige Ergebnis seiner Entscheidung hätte es keines Satzes hierzu bedurft. So erfreulich es ist, dass das höchste Gericht trotzdem die Gelegenheit ergriffen hat, einen wichtigen Streitfall zu lösen, so enttäuschend sind letztlich die Erwägungen des I. Senats für den entschiedenen Einzelfall.

#### 1. Die Entscheidung des IV. Senats

Die Entscheidung des IV. Senats erging für folgenden Sachverhalt:

Die Erben beantragten vor dem Nachlassgericht erfolglos, in der Beschwerde vor dem OLG Stuttgart dann aber erfolgreich, die Entlassung des vom Erblasser eingesetzten Testamentsvollstreckers. Dieser hatte schon zu Beginn des Verfahrens unter Berufung auf eine umfassende

Schiedsverfügung des Erblassers die Zuständigkeit des Nachlassgerichts gerügt. In der vom OLG zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrte der Testamentsvollstrecker die Aufhebung der Entscheidung des OLG sowohl wegen dessen Unzuständigkeit aufgrund Schiedseinrede gemäß § 1066 i. V. m. § 1032 Abs. 1 ZPO als auch wegen sachlicher Unrichtigkeit. Beides weist der IV. Senat zurück.

Soweit es um die Schiedseinrede geht, beruht die Entscheidung des IV. Senats auf zwei tragenden Gründen:

- a) Kernargument ist, dass dem Erblasser die von § 1066 ZPO vorausgesetzte materiellrechtliche Verfügungsbefugnis fehlt, den Testamentsvollstrecker der Entlassungskompetenz des Nachlassgerichts zu entziehen. Der Senat folgert dies überzeugend daraus, dass wesentliche Pflichten des Testamentsvollstreckers, deren Verletzung eine Entlassung rechtfertigen, gemäß § 2220 BGB ebenfalls nicht der Disposition des Erblassers unterliegen. Der gesetzlich gering ausgeprägte Schutz der Nachlassbeteiligten gegenüber dem Testamentsvollstrecker bedarf eines unentziehbaren Minimums an staatlichem Rechtsschutz.<sup>3</sup>
- b) Interessant und von größerer Tragweite ist das zweite Argument, nämlich dass die Wirkung der Entscheidung nicht nur die streitenden Parteien, sondern alle Nachlassbeteiligten trifft. Für eine solche Wirkung biete das Schiedsverfahren als reines Parteiverfahren keine passende Grundlage.<sup>4</sup>

Daneben verwirft der IV. Senat zwei von der Gegenmeinung vorgebrachte Punkte auf überzeugende Weise.<sup>5</sup>

#### 2. Die Entscheidung des I. Senats

Der Sachverhalt, der zur Entscheidung des I. Senats führte, ist selbst vereinfacht deutlich konfuser:

Die Ehefrau des Verstorbenen klagte gegen die Alleinerbin den Pflichtteil vor dem zuständigen staatlichen Gericht ein, gewann in der ersten Instanz den geltend gemachten Auskunftsanspruch durch Teilurteil, gegen das die Alleinerbin, die schon in der ersten Instanz die Schiedseinrede geltend gemacht hatte, Berufung einlegte. Das Berufungsgericht veranlasste die Klägerin durch den Hinweis, dass es die Schiedseinrede für durchgreifend erachte, zur Rücknahme der Klage.

<sup>3</sup> Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung; der Meinungsstand ist in Rdnr. 9 und 10 umfassend wiedergegeben.

<sup>4</sup> Rdnr. 14 der besprochenen Entscheidung.

<sup>5</sup> Rdnr. 15 und 16 der besprochenen Entscheidung. Der Verweis auf die mögliche Alternativgestaltung einer auflösend bedingten Testamentsvollstreckung für den Fall, dass ein wichtiger Grund i. S. v. § 2227 BGB vorliegt, ist als Begründung ungeeignet, da eine solche Bedingung – falls zulässig – unabhängig von einer Entscheidung des Schiedsgerichts eintritt und eine feststellende Entscheidung wiederum nur zwischen den Parteien, nicht aber allseitig wirken würde. Die in der Möglichkeit der Ausschlagung liegende „negative Erbfreiheit“ ermöglicht es zwar, sich unerwünschten Anordnungen des Erblassers unter Verlust des Erbrechts zu entziehen, sagt allerdings nichts darüber aus, ob die Anordnung rechtlich zulässig ist.

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 17.5.2017, IV ZB 25/16, NJW 2017, 2112.

<sup>2</sup> BGH, Beschlüsse je vom 16.3.2017, I ZB 49/16, ZEV 2017, 416 und I ZB 50/16, NJW 2017, 2115 (Parallelverfahren).



Am von der Klägerin daraufhin eingeleiteten Schiedsverfahren nahm die Beklagte unter Hinweis auf hierfür fehlende Mittel nicht teil, das Schiedsgericht verurteilte sie daraufhin antragsgemäß.

Den Antrag der Klägerin, den Schiedsspruch gemäß § 1060 ZPO für vollstreckbar zu erklären, lehnte das OLG München ab. Die hiergegen eingelegte Rechtsbeschwerde wies der BGH mit seinem Beschluss zurück.

#### a) Der Grund der Zurückweisung

Sowohl das OLG München als auch der I. Senat sehen einen zwingenden Grund, die Entscheidung aufzuheben, darin, dass das Schiedsgericht gegen § 1048 Abs. 3 ZPO verstoßen und damit das rechtliche Gehör der Beklagten verletzt hat. Damit würde die Anerkennung und Vollstreckbarerklärung des Schiedsspruchs gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. b ZPO dem *ordre public* widersprechen. Obwohl dies beim BGH – anders als in der Vorinstanz – der einzige Grund ist, der die Entscheidung trägt, ist ihm dieser nur wenige Zeilen und keine einzige eigene Erwägung wert.<sup>6</sup>

#### b) Die Argumentation in Bezug auf Pflichtteilsstreitigkeiten

Seine ganze Energie verwendet der I. Senat vielmehr darauf, den Meinungsstreit<sup>7</sup> über die Frage zu entscheiden, ob der Erblasser durch Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO auch den Pflichtteilsanspruch gegen den Willen der Parteien vor ein Schiedsgericht bringen kann.

Auch wenn die Ausführungen lang sind, beruht die Entscheidung des I. Senats auf einem einzigen tragenden Grund, nämlich demselben, der auch schon vom IV. Senat an erster Stelle angeführt wird:

Kernargument ist wiederum, dass dem Erblasser in Bezug auf den Pflichtteil die von § 1066 ZPO vorausgesetzte materiellrechtliche Verfügungsbefugnis fehlt. Anders als der IV. Senat folgert der I. Senat daraus jedoch, dass „kraft letztwilliger Anordnung *grundsätzlich nur schiedsfähig [ist]*“, was innerhalb der Verfügungsbefugnis des Erblassers liegt“. Diese Wendung führt nun bedauerlicherweise dazu, dass der BGH bei der Entscheidung der Streitfrage weit über das wünschenswerte Ergebnis hinausschießt.

Dabei ist dem BGH uneingeschränkt zuzustimmen, wenn er ausführt, dass weder § 1066 ZPO selbst noch die angenommene Gleichwertigkeit der Schiedsgerichtsbarkeit gegenüber der staatlichen Gerichtsbarkeit geeignet sind, über das Fehlen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis hinwegzukommen.<sup>9</sup> Und natürlich ist es von diesem Ausgangspunkt richtig, dass dem Erblasser jede Beschränkung

des Pflichtteilsberechtigten bei der Verfolgung und Durchsetzung seines Pflichtteilsanspruchs verwehrt ist.<sup>10</sup> Auch die Ablehnung der sonstigen Einwände der Gegenmeinung ist vom Ausgangspunkt der Grenzen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Erblassers überzeugend.<sup>11</sup>

Man reibt sich allerdings die Augen und fragt sich, warum der I. Senat es im konkreten Fall dem Pflichtteilsberechtigten mit dieser Begründung verwehrt, seinen Pflichtteilsanspruch vor dem Schiedsgericht durchzusetzen und den ihm günstigen Schiedsspruch zu vollstrecken.<sup>12</sup>

Die Begründung des I. Senats hierfür ist die fehlende Schiedsfähigkeit, da diese gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO von *Amts wegen* zu beachten und nicht dispositiv ist. Dieses Argument ist aber nicht überzeugend.<sup>13</sup>

### 3. Bestimmt die Verfügungsbefugnis die Schiedsfähigkeit?

Nimmt man beide Entscheidungen, so dürfte für die Praxis jeder Zweifel ausgeräumt sein, dass Schiedsverfügungen des Erblassers gemäß § 1066 ZPO nur so weit reichen können wie dessen materiellrechtliche Verfügungsbefugnis. Doch ist dies eine Frage der Schiedsfähigkeit?

#### a) Die Entscheidung des IV. Senats

Der IV. Senat lässt diesen Punkt völlig offen.<sup>14</sup> Ihm genügt, dass die letztwillige Schiedsverfügung nicht wirkt und somit dem Testamentsvollstrecker nicht die Schiedseinrede des § 1032 ZPO eröffnet. Dabei ist es jedoch der Streit um die Entlassung des Testamentsvollstreckers, der vielmehr Anlass gibt, die objektive Schiedsfähigkeit in Frage zu stellen. Der gesamte zweite Argumentationsstrang des IV. Senats geht auch in diese Richtung. Die Tatsache, dass alle Nachlassbeteiligten vom Entlassungsverfahren und den Wirkungen der Entlassungsentscheidung betroffen sind (*erga-omnes-Wirkung*), die fehlende Möglichkeit, alle Betroffenen angemessen zu beteiligen und ihnen Rechtsmittel zu geben, die Problematik der Besetzung eines Schiedsgerichts unter solchen Umständen und das Fehlen eines Amtsermittlungsgrundsatzes sind lauter sehr starke Gründe dafür, nicht nur dem Erblasser, sondern auch dem Erben und dem Testamentsvollstrecker aufgrund einer zwischen ihnen getroffenen Schiedsvereinbarung den Gang zum Schiedsgericht zu verwehren.<sup>15</sup> Auf dieser Grundlage ist es auch konsequent, einem trotzdem ergehenden Schiedsspruch gemäß § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO die Anerkennung *von Amts wegen* zu verweigern. Man müsste, um

6 Rdnr. 39 der besprochenen Entscheidung.

7 Der Meinungsstand wird in den Rdnr. 23-28 der besprochenen Entscheidung umfassend wiedergegeben.

8 Hervorhebung durch den Verfasser. Der Wechsel vom Argument der fehlenden Verfügungsbefugnis auf die Kategorie der fehlenden Schiedsfähigkeit findet von Rdnr. 26 zu Rdnr. 27 statt; erklärt wird der Wechsel nicht.

9 Rdnr. 24 und 25 der besprochenen Entscheidung.

10 Rdnr. 26 und 27 der besprochenen Entscheidung.

11 Rdnr. 28 und 29 der besprochenen Entscheidung.

12 Kritisch hierzu auch *Geimer*, ZEV 2017, 421.

13 Regelrecht begeistert über diese starke Einordnung des I. Senats hingegen *Wendt*, ErbR 2017, 470, 471, 473. Die Stärke der Aussage macht diese aber nicht richtig und anders als *Wendt* meint, trifft der IV. Senat in seiner Entscheidung diese Aussage gerade nicht.

14 Dies verkennt *Wendt*, ErbR 2017, 470, 475.

15 Diese „Werkanalyse“ von *Wendt*, ErbR 2017, 470, 474 teile ich hingegen uneingeschränkt.



hier effektiven staatlichen Rechtsschutz zu ermöglichen, die Wirkungen einer solchen Gestaltungsentscheidung von einer Vollstreckbarerklärung gemäß § 1060 BGB abhängig machen,<sup>16</sup> die hier natürlich wiederum *von Amts wegen* zu versagen wäre.

Zwingend ist das allerdings nicht, denn die Problematik ähnelt derjenigen, die den BGH nun schon dreimal<sup>17</sup> bei Beschlussmängelstreitigkeiten im Gesellschaftsrecht beschäftigt hat. Dort wandelte sich die grundsätzliche Ablehnung der Schiedsfähigkeit<sup>18</sup> in eine mögliche Zulässigkeit des Schiedsverfahrens,<sup>19</sup> wenn dieses durch seine Gestaltung allen Bedenken Rechnung trägt, was allerdings schon bei Beschlussmängelstreitigkeiten nicht einfach zu erreichen ist. Für das Verfahren zur Entlassung des Testamentsvollstreckers erscheint mir das noch zweifelhafter.

Da es hierauf nicht ankam, hat der IV. Senat weise Zurückhaltung geübt und aus der fehlenden Verfügungsbefugnis des Erblassers nicht das Fehlen der Schiedsfähigkeit, sondern nur die Unwirksamkeit der Schiedseinrede gefolgert.

Sollte später die Entlassung des Testamentsvollstreckers durch einen Schiedsspruch tatsächlich zum Gegenstand einer Rechtsbeschwerde werden, kann die Entscheidung immer noch getroffen werden. Die Entscheidung verdient in jeder Hinsicht volles Lob.

#### b) Die Entscheidung des I. Senats

Der I. Senat hatte Anlass, einen Schritt weiter zu gehen als der IV. Senat, denn er hatte im Rechtsbeschwerdeverfahren zur abgelehnten Vollstreckbarerklärung darüber zu befinden, ob die Ablehnung von einem Aufhebungsgrund gemäß § 1060 i. V. m. § 1059 Abs. 2 ZPO getragen wird. Wie gesehen ist die fehlende Schiedsfähigkeit ein solcher Aufhebungsgrund, und zwar ein besonders schwerer, der deshalb nicht zur Disposition der Parteien steht.

Ist dieser Aufhebungsgrund die richtige Kategorie für das Fehlen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Erblassers? Dafür spricht nicht viel.

Unstreitig und vom BGH selbst wieder festgestellt ist der Pflichtteilsstreit als Streit um einen vermögensrechtlichen Anspruch – anders als der Streit um die Entlassung des Testamentsvollstreckers – problemlos schiedsfähig gemäß § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO, wenn die Parteien hierüber eine Schiedsvereinbarung treffen.

Der I. Senat macht nun Folgendes: An die Stelle des Satzes „Jeder vermögensrechtliche Anspruch kann Gegenstand

einer Schiedsvereinbarung sein (= schiedsfähig)<sup>20</sup> wird über § 1066 ZPO der Satz wie folgt formuliert: „Der Pflichtteilsanspruch kann nicht Gegenstand einer Schiedsverfügung sein (= nicht schiedsfähig)“. Die von § 1066 ZPO angeordnete entsprechende Anwendung der Vorschriften des 10. Buches bedeutet also für den BGH, dass die Schiedsfähigkeit des § 1030 Abs. 1 ZPO auf der Grundlage einer Schiedsverfügung eine andere Bedeutung hat als auf der Grundlage einer Schiedsvereinbarung. Dies ist natürlich möglich, aber eher fernliegend. Richtig ist es hingegen, das Fehlen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis dort anzusiedeln, wo sie auch sonst ihren Platz hat,<sup>21</sup> nämlich bei der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung, hier also der letztwilligen Schiedsverfügung. Schließlich sind auch materiellrechtlich Verfügungen des Erblassers, die sich gegen den Pflichtteil richten, gegen eine erbvertragliche Bindung<sup>22</sup> oder eine Wechselbezüglichkeit verstoßen oder zwingende Erbenrechte gemäß § 2220 BGB zu beschränken versuchen, schlicht unwirksam, weil es an der Verfügungsbefugnis insoweit fehlt. Es gibt auch sonst kein Beispiel in der Rechtsgeschäftslehre, bei dem sich die fehlende Verfügungsbefugnis rechtlich auf das Objekt der Verfügung<sup>23</sup> auswirkt. Vielmehr bleibt das Objekt unverändert und die Verfügung selbst ist (schwebend, durch Zustimmung des Verfügungsberechtigten oder nachträgliche Erlangung der Verfügungsbefugnis bzw. prozessual durch rügelose Einlassung i. S. v. §§ 1066, 1040 Abs. 2 ZPO heilbar) unwirksam.

Es gibt auch keine Besonderheiten im Recht der Schiedsgerichtsbarkeit, die für die Einordnung des I. Senats sprechen würden. In der Praxis gibt es wundervoll umfangreiche Schiedsvereinbarungen, die grundsätzlich wirksam sind, nach ihrem Wortlaut aber auch Ansprüche Dritter bzw. gegen Dritte betreffen, die an der Schiedsvereinbarung nicht beteiligt sind. Diese Ansprüche sind natürlich schiedsfähig, nur sind sie nicht Gegenstand der getroffenen Schiedsvereinbarung, weil diese mangels Verfügungsbefugnis der Parteien für diese Ansprüche nicht wirksam ist.

Im Verfahren zur Aufhebung des Schiedsspruchs bzw. zu dessen Vollstreckbarerklärung hat die Unwirksamkeit der Schiedsvereinbarung oder der Schiedsverfügung einen anderen Aufhebungsgrund zur Folge, nämlich § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. a ZPO. Dieser ist nicht von Amts wegen zu beachten, sondern muss vom Antragsteller begründet geltend gemacht werden, ist also dispositiv, was der Problematik angemessener ist als die von Amts wegen zu beachtende fehlende Schiedsfähigkeit. Er passt auch vom Wortlaut viel besser als der Aufhebungsgrund, dass „der Gegenstand des Streites nach deutschem Recht nicht schiedsfähig ist“, denn wie gesehen ist der Pflichtteilsstreit nach deutschem Recht sehr

16 Auch das ist streitig, vgl. BeckOK-ZPO/Wilske/Markert, Stand: 1.3.2017, § 1055 Rdnr. 6; MünchKomm-ZPO/Münch, 5. Aufl. 2017, § 1055 Rdnr. 37.

17 Zuletzt BGH, Beschluss vom 6.4.2017, I ZB 23/16, MittBayNot 2017, 505; NJW-RR 2017, 876 (Schiedsfähigkeit III); vgl. MünchKomm-ZPO/Münch, § 1030 Rdnr. 35-38.

18 BGH, Urteil vom 29.3.1996, II ZR 124/95, DNotZ 1996, 694 = MittBayNot 1996, 314 = NJW 1996, 1753 (Schiedsfähigkeit I).

19 BGH, Urteil vom 6.4.2009, II ZR 255/08, DNotZ 2009, 938 = NJW 2009, 1962 (Schiedsfähigkeit II).

20 Wortlaut des § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO, Klammerzusatz vom Verfasser.

21 Zivilrechtlich § 185 BGB.

22 § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB; auch Keim, NJW 2017, 2652, 2655 hält diesen Fall der fehlenden Verfügungsbefugnis für mit den Pflichtteilsfällen vergleichbar; offen hingegen Lange, ZEV 2017, 1, 6.

23 Hier das Rechtsverhältnis und dessen Schiedsfähigkeit.

wohl schiedsfähig; es bedarf hierzu nur einer passenden Ermächtigungsgrundlage für das Schiedsgericht.

Völlig unproblematisch ist es insoweit, dass die Unwirksamkeit aufgrund fehlender materiellrechtlicher Verfügungsbefugnis nicht die gesamte Schiedsverfügung betrifft, sondern nur den Teil, für den die Verfügungsbefugnis fehlt. Dies ist bei einer Schiedsvereinbarung i. S. v. § 1029 ZPO, die auch zulasten Dritter und damit insoweit unwirksam erfolgt, nicht anders. Dass es möglich ist, das Schiedsverfahren und den Schiedsspruch auf den wirksamen Teil der Schiedsvereinbarung oder der Schiedsverfügung zu beschränken, zeigt § 1059 Abs. 2 Nr. 1 lit. c ZPO.

Der I. Senat begründet seine Einordnung an keiner Stelle. Stattdessen führt ihn der eingeschlagene falsche Weg zu Problemen, die er mit systemwidrigen Ausnahmen überwinden muss. Anders als die Vorinstanz entscheidet der I. Senat im Ergebnis sein obiter dictum richtig, da er es der Antragstellerin aufgrund widersprüchlichen Verhaltens verwehrt, sich auf den Aufhebungsgrund „fehlende Schiedsfähigkeit“ zu berufen, weil sie vor dem staatlichen Gericht selbst die Schiedseinrede letztlich mit Erfolg erhoben hatte. Die ausführlichen Erwägungen des I. Senats hierzu sind nahezu vollständig überzeugend;<sup>24</sup> sie werden nur dort seltsam, wo der I. Senat mit seiner eigenen Prämisse des Fehlens der Schiedsfähigkeit konfrontiert wird. Wortlaut:

„Der Berücksichtigung des (...) Einwands der unzulässigen Rechtsausübung steht nicht entgegen, dass der Aufhebungsgrund des § 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit. a ZPO von Amts wegen zu beachten und im Regelfall der Parteidisposition entzogen ist. Vorliegend ist der Gegenstand des Schiedsverfahrens nicht schlechthin (sic!) schiedsunfähig, weil der Pflichtteilsanspruch kraft Parteivereinbarung der Schiedsgerichtsbarkeit unterworfen werden kann.“<sup>25</sup>

Es ist also in Zukunft zwischen „schiedsunfähig“ und „nicht schlechthin schiedsunfähig“ zu unterscheiden, wenn es um Dispositionsbefugnisse geht. Warum dann nicht lieber gleich die fehlende Wirksamkeit der Schiedsverfügung als dispositiver Aufhebungsgrund statt als Grund einer angeblich fehlenden Schiedsfähigkeit? Überzeugend wäre es, die Schiedsfähigkeit i. S. v. §§ 1030, 1059 Abs. 2 Nr. 2 lit a ZPO einheitlich zu definieren und überall dort zu bejahen, wo die Parteien des Rechtsstreits über den Streitgegenstand disponieren können, da dort auch – mit Ausnahme der Fälle des *ordre public* – das staatliche Interesse fehlt, einen Schiedsspruch von Amts wegen aufzuheben. Nicht jeder Streitgegenstand, über den ein Schiedsgericht im konkreten Fall nicht entscheidungsbefugt ist, ist deshalb auch schiedsunfähig!

Durch seine überflüssige und nicht überzeugende Festlegung auf die Schiedsfähigkeit hat sich der I. Senat auch aller Möglichkeiten beraubt, den Fall differenziert danach zu lösen, wem gegenüber der Erblasser keine Verfügungsbefug-

nis hat.<sup>26</sup> Hierzu eine Kontrollüberlegung mit Anklang an längst überwundene Zeiten:<sup>27</sup> Gäbe es § 1066 ZPO nicht, könnte ein Erblasser bei dem Versuch, die Nachlassbeteiligten der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen, auf die Idee kommen, testamentarisch Auflagen anzuordnen bzw. Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker zu geben, für eventuelle Streitigkeiten eine Schiedsvereinbarung gemäß § 1029 ZPO zu treffen, einen bestimmten Schiedsrichter zu benennen, mit diesem Schiedsrichterverträge abzuschließen und/oder ggf. zusätzlich eine Schiedsorganisation mit dem Schiedsverfahren zu beauftragen. Wäre das wirksam? Grundsätzlich ja<sup>28</sup> in Bezug auf alle Nachlassbeteiligten, die mit Auflagen oder Verfahrensanweisungen beschwert werden können. Nicht wirksam wäre die letztwillige Verfügung folglich zulasten von Pflichtteilsberechtigten, im Rechtsschutzbereich des § 2220 BGB oder dort, wo die Auflagen gegen die Bindungswirkung eines Erbvertrags oder die Wechselbezüglichkeit eines gemeinschaftlichen Testaments verstoßen würde.

§ 1066 ZPO ist nichts anderes als eine gesetzliche Abkürzung für dieses Ergebnis; die Auflage wird entbehrlich, die Schiedsverfügung wirkt unmittelbar und ihre weiteren Folgen sind auflagengleiche Nebenwirkungen der Schiedsverfügung. An den Grenzen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis ändert § 1066 ZPO aber nichts.

Versteht man die Norm so, fügt sie sich widerspruchslos in das deutsche Erbrecht ein. Dann ist es zudem möglich, den Erblasser auch für den Pflichtteilsstreit einseitig durch Schiedsverfügung wirksam zu binden, den Pflichtteilsberechtigten hingegen nicht.<sup>29</sup> Der Streitgegenstand hätte somit im Verfahren vor dem I. Senat der Erbin gar keinen Aufhebungsgrund geboten, sondern nur, wie auch jetzt im Ergebnis, der Verfahrensfehler des Schiedsgerichts.

#### 4. Ausblick

Trotz der vorstehenden Kritik muss positiv festgehalten werden, dass durch die beiden Entscheidungen des BGH in Bezug auf die letztwillige Schiedsverfügung viel Klarheit erreicht worden ist. Bei verbleibenden offenen Punkten geht es zumindest für das deutsche Erbrecht weniger um Grundsätzliches als um die Details.

Gesichert ist nun, dass die Grenzen der materiellrechtlichen Verfügungsbefugnis des Erblassers zugleich dessen Rechtsmacht, die Nachlassbeteiligten durch Schiedsverfügung zu binden, beschränkt. Eindeutig ist auch, dass auch

26 *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 75 f.; MünchKomm-ZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 6a.

27 Beim Versuch, § 1066 ZPO dogmatisch einzuordnen, wurde früher die Schiedsverfügung selbst als erbrechtliche Auflage angesehen, vgl. *Kohler*, DNotZ 1962, 125, 127; BeckOK-BGB/J. Mayer, Stand: 1.8.2015, § 2306 Rdnr. 5a (darstellend); ausführliche Darstellung zur Historie dieser Auffassung bei *Otte* in *Notar und Rechtsgestaltung – Jubiläums-Festschrift der Rheinischen Notarkammer*, 1998, S. 241, 242 f. und *Dawirs*, Gestaltungsmöglichkeiten, S. 36 ff.

28 Vgl. MünchKomm-ZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 6 mit Fn. 26.

29 *Bandel*, SchiedsVZ 2017, 72, 75 f.; MünchKomm-ZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 6a.

24 Rdnr. 32-37 der besprochenen Entscheidung.

25 Rdnr. 38 der besprochenen Entscheidung.

die Gleichwertigkeit des Schiedsverfahrens nichts daran ändert, dass ein Minimum des Rechtsschutzes in Nachlasssachen durch den Zugang zu staatlichen Gerichten gewährt werden muss.

Verfahren, die nicht (nur) der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Beteiligten dienen, werden deshalb nur in Ausnahmefällen durch letztwillige Schiedsverfügungen oder anhängige Schiedsverfahren eingeschränkt werden. Sie gehören zum in Deutschland staatlich garantierten Minimum. In Verfahren auf Erteilung eines Erbscheins, eines Europäischen Nachlasszeugnisses oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses wird deshalb die Schiedsverfügung nicht auf Einrede und erst recht nicht von Amts wegen<sup>30</sup> zu beachten sein. Gegenteilige gerichtliche Entscheidungen<sup>31</sup> werden vor dem BGH keinen Bestand haben.

Der I. Senat hat selbst offen gelassen, ob für Verfahren, in denen gleichzeitig um das Erbe und den Pflichtteil oder ein Vermächtnis und den Pflichtteil gestritten wird, ausnahmsweise eine konzentrierte Zuständigkeit des Schiedsgerichts auch für den Pflichtteilsanspruch bejaht werden kann.<sup>32</sup> Nach den nun etablierten Maßstäben ist dies aber kaum denkbar, denn das Abstellen auf die Verfügungsbefugnis muss an genau dieser Grenzlinie immer zu unterschiedlichen Zuständigkeiten führen. Der Verzicht auf Zuständigkeitskonzentration und Entscheidungseinklang ist der notwendige Preis, der für die Durchsetzung dieses Maßstabs zu zahlen ist, und er ist meines Erachtens nicht zu hoch.

Nur ein konstruierter Fall oder ein weiteres obiter dictum werden es möglich machen, vom BGH zu erfahren, ob die letztwillige Schiedsverfügung gemäß § 1066 ZPO dem durch diese beschwerten Erben gemäß § 2306 BGB das Recht gibt, die Erbschaft auszuschlagen und den Pflichtteil zu verlangen und diesen dann ggf. auch vor dem staatlichen Gericht einzuklagen. Da dies streitig ist,<sup>33</sup> kann kein vorsichtiger Jurist zu einer solchen Ausschlagung raten, denn falls § 2306 BGB nicht greift, ist durch die Ausschlagung alles verloren.

Die Entscheidung des BGH ist kein Votum gegen Vorschläge der Literatur, durch vertragliche Vereinbarungen zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteilsanspruch der Schiedsgerichtsbarkeit zu unterwerfen.<sup>34</sup> Ist die Vereinbarung eine wirksame Schiedsvereinbarung

i. S. v. § 1029 ZPO, gilt § 1030 Abs. 1 Satz 1 ZPO unmittelbar.<sup>35</sup> Verschafft die Vereinbarung im Sinne eines beschränkten Pflichtteilsverzichts gemäß § 2346 Abs. 2 BGB dem Erblasser materiellrechtliche Verfügungsbefugnis, dann ist der Weg über § 1066 ZPO auch für Pflichtteilsansprüche offen. Der BGH hat allerdings an keiner Stelle solche Überlegungen gebilligt.

Schließlich gab der Fall dem BGH auch keine Gelegenheit, sich zu Überlegungen zu äußern, die Schiedsverfügung in Bezug auf den Pflichtteil dort zuzulassen, wo dem Erblasser Dispositionsbefugnisse zustehen, nämlich bei der Ertragswertanordnung gemäß § 2312 BGB, der Pflichtteilsentziehung gemäß § 2333 BGB und der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht gemäß § 2338 BGB.<sup>36</sup> Da diese Normen zwar Umfang und Grenzen des Pflichtteils in Abhängigkeit von einer letztwilligen Verfügung des Erblassers festlegen, nicht aber das Pflichtteilsrecht selbst der Verfügungsbefugnis unterwerfen, halte ich eine Ausdehnung der Schiedsverfügung auf diese Fälle für wenig plausibel;<sup>37</sup> man darf aber auch diese Frage als offen bezeichnen.

Gänzlich offen sind Fälle, in denen deutsche Gerichte ausländisches Erbrecht zur Anwendung zu bringen haben.<sup>38</sup> Gibt zum Beispiel das französische Erbrecht einer Schiedsverfügung nach § 1066 ZPO materiellrechtlich überhaupt Raum und, wenn ja, wie wirken sich Pflichterbrechte<sup>39</sup> und diesen widersprechende mögliche güterrechtliche Begünstigungen des Ehegatten<sup>40</sup> hierauf aus? Es wird kaum möglich sein, die materiellrechtliche Verfügungsbefugnis vom anwendbaren materiellen Recht zu trennen.<sup>41</sup>

30 MünchKomm-ZPO/Münch, § 1032 Rdnr. 2.

31 Insbesondere OLG Celle, Beschluss vom 10.12.2015, 6 W 204/15, NJW RR 2016, 331 = MittBayNot 2017, 82 zur Unzulässigkeit eines Erbscheinverfahrens beim Vorliegen einer Schiedsverfügung; zust. Musielak/Voit/Voit, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 1066 Rdnr. 2; sehr kritisch hingegen Bandel, MittBayNot 2017, 1, 4 f.; Keim, NJW 2017, 2652, 2654; MünchKomm-ZPO/Münch, § 1032 Rdnr. 2; Staudinger/Herzog, Neub. 2016, § 2353 Rdnr. 375; Wendt, ErbR 2016, 248, 249. Leider wurde der BGH gegen diese Entscheidung nicht angerufen.

32 Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung; dazu Wendt, ErbR 2017, 470, 473.

33 Dagegen zuletzt Keim, NJW 2017, 2652, 2654; dafür hingegen Bandel, MittBayNot 2017, 1, 6 f.

34 J. Mayer, ZEV 2000, 263, 267.

35 Hierzu Bandel, SchiedsVZ 2017, 72, 78.

36 Hierzu Groll-Grötsch, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 4. Aufl. 2015, B XIV Rdnr. 46 (S. 931); Staudinger/Herzog, Neub. 2015, § 2317 Rdnr. 95; J. Mayer, ZEV 2000, 263, 268 f.; Pawlytta, ZEV 2003, 89, 91 f.; differenzierend Lange, ZJP 2015, 407, 424 f., der dies für Streitigkeiten zur Ertragswertanordnung annimmt, nicht jedoch für die Pflichtteilsentziehung und die Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht.

37 Ausführlicher mit Begründung Bandel, SchiedsVZ 2017, 72, 77; in diesem Sinne wohl auch MünchKomm-ZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 6a; großzügiger für § 2312 BGB Keim, NJW 2017, 2652, 2653.

38 Zu den Problemen in internationalen Fällen Geimer, ZEV 2017, 421 Rdnr. 4-7.

39 „Réserve héréditaire“, Art. 912 ff. Code Civile (CC), vgl. Steinhauer/Haydu, Internationales Erbrecht Frankreich, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 110 ff.

40 Ungleiche Teilung des Gesamtguts bei vertraglicher Gütergemeinschaft („stipulation de parts inégales“) gemäß Art. 1520 ff. CC, vgl. Steinhauer/Haydu, Internationales Erbrecht Frankreich, Rdnr. 129-131.

41 Vgl. allgemein zur Problematik MünchKomm-ZPO/Münch, § 1066 Rdnr. 5a.



## 13. Mindestanforderungen an ein Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 BGB

OLG Hamburg, Urteil vom 28.9.2016, 2 U 29/15

BGB §§ 242, 260 Abs. 1, §§ 2311, 2314 Abs. 1, § 2325  
GKG § 44

ZPO § 540 Abs. 1, § 543 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. **Im Rahmen des § 2314 BGB besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Berichtigung oder Vervollständigung einer seitens des Auskunftspflichtigen als abschließend angesehenen Auflistung von Vermögensgegenständen, vielmehr ist der Auskunftsberechtigte auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung zu verweisen. Ausnahmen kommen zum Beispiel in Betracht, wenn der Verpflichtete rechtsirrig einen Vermögensgegenstand nicht dem Nachlass zugerechnet hat oder bestimmte Vermögensteile erkennbar noch nicht Gegenstand der Auskunft waren.**
2. **Eine (zeitraumbezogene) Rechnungslegungspflicht besteht im Rahmen des § 2314 BGB nicht.**
3. **Der auskunftspflichtige Erbe muss im Rahmen des § 2314 BGB dem Pflichtteilsberechtigten bei Vorliegen gewisser Anhaltspunkte für eine unentgeltliche Zuwendung die näheren Umstände der Zuwendung offenlegen, damit dieser prüfen kann, ob es sich dabei um eine Schenkung im Rechtssinne handelt; der Erbe darf die entsprechende rechtliche Würdigung nicht vorwegnehmen.**

### SACHVERHALT:

(...)

2 Die Erblasserin verstarb am 13.10.2011. Die Beklagte hat auf Verlangen der Kläger vorprozessual zunächst persönlich ein Nachlassverzeichnis erstellt. Auf weiteres Verlangen ließ sie sodann das notarielle Nachlassverzeichnis vom 12.3.12 erstellen. Darüber hinaus erklärte sie, dass weitergehende ergänzungs- und ausgleichspflichtige Zuwendungen nicht bekannt seien.

3 Mit der Stufenklage begehren die Kläger in der ersten Stufe wiederum von der Beklagten die Auskunftserteilung durch Nachlassverzeichnis mit Nachweisen und Belegen.

4 Das LG hat die Klage auf der ersten Stufe durch Teilurteil abgewiesen, weil der Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB erfüllt sei. Zur Begründung ist ausgeführt, die Kläger machten nicht geltend, dass das Verzeichnis erkennbar unvollständig sei, also Lücken enthalte. Nur in diesem Falle bestünde ein Anspruch auf ergänzende Auskunft. Die Kläger machten vielmehr inhaltliche Unrichtigkeit geltend. Dies sei jedoch nicht Gegenstand der ersten Stufe der Klage. Die Auskunft gestatte keine Nachprüfung, um den Wahrheitsgehalt erfüllter Informationen zu kontrollieren. Belege müssten ebenfalls nicht vorgelegt werden. Denn eine allgemeine Pflicht zur Vorlage von Belegen nur zur Kontrolle der Angaben des Auskunftspflichtigen finde in § 2314 BGB keine Stütze. Das gesetzliche Mittel zur Verifizierung der Angaben sei vielmehr die eidesstattliche Versicherung. Im Rahmen von § 2314 Abs. 1 BGB sei die Vorlage von Belegen nur ausnahmsweise geschuldet, wenn der Wert der Nachlassgegenstände ungewiss sei, also in Fällen, in denen die Vorlage von Belegen notwendig sei, damit der Pflichtteilsberechtigte seinen Anspruch berechnen könne. Hier gehe es nur darum, dass die Kläger den Angaben der Beklagten misstrauten.

5 Mit der Berufung verfolgen die Kläger ihren erstinstanzlichen Antrag unverändert weiter.

6 Die Kläger machen geltend, sie benötigten die Belege, weil gravierende Zweifel an der Berechnungsgrundlage bestünden, die dem Pflichtteilsanspruch zugrunde liege. Durch die Verknüpfung zwischen Erbenstellung, Generalbevollmächtigtenstellung und Betreuerstellung sei es der Beklagten möglich gewesen, diverse Vermögensverfügungen zu treffen, die aufgrund der undurchsichtigen Abrechnungen gegenüber dem Betreuungsgericht keinen Eingang mehr in das notarielle Nachlassverzeichnis gefunden hätten. Das notarielle Nachlassverzeichnis genüge nicht. Ein notarielles Nachlassverzeichnis solle eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft als das Privatverzeichnis des Pflichtteilsberechtigten bieten. Ein Notar müsse dementsprechend den Nachlass selbst und eigenständig ermitteln und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, den Inhalt zu verantworten. Die Wiedergabe der Erklärung des Erben genüge nicht. Jedenfalls bei konkreten Anhaltspunkten müsse er selbst ermitteln und den Nachlassbestand feststellen. Maßstab hierfür sei, welche naheliegenden Nachforschungen ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich hielte.

7 Es gehe vorliegend nicht um inhaltliche Unrichtigkeiten, sondern um Auslassungen und Lückenhaftigkeiten. So habe die Beklagte eingeräumt, dass in der Abrechnung an das Betreuungsgericht Additionsfehler enthalten seien, dass Überträge nicht mit eingerechnet worden seien sowie die Aufstellung der Ein- und Ausnahmen unvollständig gewesen seien. Dies habe die Beklagte vor dem LG nicht erklären können. Ferner hätten Umbuchungen nicht erklärt werden können. Die Angabe, die Erblasserin habe alle Rechnungen bar bezahlt, sei unglaubhaft, weil die Erblasserin bereits seit dem Jahr 2008 kein Geld und keine Papiere im Haus gehabt habe.

8 Somit sei klar, dass das notarielle Nachlassverzeichnis unrichtig und lückenhaft sei, weil es wesentliche Teile des Vermögens der Erblasserin nicht enthalte. Durch Falschangaben und Additionsfehler sei das notarielle Nachlassverzeichnis unbrauchbar und lückenhaft. Ferner fehlten in dem notariellen Nachlassverzeichnis die Summen aus den in der Betreuungsabrechnung vergessenen Überträgen und Additionen sowie Einnahmen von Juni 2010 bis Juni 2011. 320.497,84 € seien nur in der Betreuungsabrechnung an das Gericht enthalten, nicht aber in dem notariellen Verzeichnis. Diese Einnahmen und die Ausgaben in Höhe von 252.330,71 € seien nicht nachvollziehbar.

9 Die Beklagte habe nicht deutlich gemacht, dass die Erblasserin über eine monatliche Rente von ca. 1.100 € plus Zahlungen aus der Pflegekasse verfügt habe. Die genannten Ausgaben und Einnahmen seien schlichtweg nicht zu erklären.

(...)

14 Die Beklagte meint, das Bestands- und Vermögensverzeichnis gemäß § 2314 BGB habe das Vermögen mit Stand zum Todeszeitpunkt des Erblassers zu dokumentieren und dieser Verpflichtung sei die Beklagte vollumfänglich nachgekommen. Dem selbst erstellten Verzeichnis habe die Beklagte ohne rechtliche Verpflichtung entsprechende Belege zu den einzeln aufgeführten Vermögenspositionen beigefügt. Belege für die nachfolgenden Zahlungsein- und -ausgänge seien den Klägern übersandt worden. Dem Verlangen nach einem notariellen Nachlassverzeichnis sei die Beklagte nachgekommen. Gegen dieses hätten die Kläger keinerlei Einwände erhoben. Es sei auch nicht ersichtlich, welche Nachforschungen ein Notar hätte anstellen sollen. Der überschaubare Nachlass der Erblasserin habe aus drei Konten bei der (...), einer Forderung gegen die (...) sowie Hausrat bestanden. Nachdem die Abrechnung gegenüber dem Betreuungsgericht und dessen Prüfvermerk vorgelegen hätten, wonach die Kontostände zum Todestag als geprüft angegeben sei, hätte sich kein objektiver Dritter veranlasst gesehen, weitere Nachforschungen anzustellen.

15 Gegenstand der Vorwürfe der Kläger sei lediglich die Behauptung der Kläger, dass die Beklagte sich in der Zeit ihrer Betreuer Tätigkeit auf Kosten der Erblasserin bereichert habe. Gerade deshalb habe sich die Beklagte der Kontrolle des Betreuungsgerichts unterworfen.



16 Der Rüge zu den vergessenen Summen aus Überträgen und Additionen sowie Einnahmen von Juni 2010 bis Juni 2011 liege eine Fehlvorstellung der Kläger zugrunde. Die angegebenen Einnahmen und Ausgaben stellten die Summen der Transaktionen auf den Konten und der Barverfügungen dar. Abrechnerische Einnahmen aus Umbuchungen zwischen zwei Konten führten aber nicht zu einem tatsächlichen Vermögenszuwachs.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

19 Die Berufung bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das angefochtene Urteil leidet nicht an einem Rechtsfehler (§ 513 Abs. 1 ZPO). Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das LG den Auskunftsanspruch der Kläger verneint. Soweit ein Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB bestand, ist er durch die erteilten Auskünfte erfüllt worden und somit erloschen. Ein darüber hinausgehender Anspruch, etwa aus § 242 BGB besteht nicht.

20 Mit der Berufung verkennen die Kläger, dass die vermeintliche Unrichtigkeit einer bereits erteilten Auskunft nicht zu einem neuen Auskunftsanspruch führt. Daran ändert der Umstand nichts, dass die Kläger die Abrechnung der Beklagten gegenüber dem Betreuungsgericht für falsch halten und davon ausgehen, gerade die Unrichtigkeit dieser Abrechnungen hätte zu einer falschen Auskunft der Beklagten gegenüber den Klägern geführt. Sie verkennen ferner, dass eine erneute Auskunft auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Lückenhaftigkeit verlangt werden kann und dass Belege über einzelne Verfügungen der Erblasserin bzw. der Beklagten in ihrer Eigenschaft als Betreuerin nicht verlangt werden können, weil die Beklagte keine Rechnungslegung schuldet. Im Einzelnen:

21 I. Zweifelhaft ist bereits, ob die Kläger ein weiteres privates Bestandsverzeichnis verlangen können, nachdem sie bereits ein notarielles bekommen haben.

22 Die Ansprüche auf Aufnahme eines privaten oder amtlichen Verzeichnisses bestehen kumulativ und nicht etwa nur wahlweise alternativ nebeneinander. Das notarielle Verzeichnis kann ohne weitere Voraussetzungen verlangt werden, weil es für den Pflichtteilsberechtigten eine höhere Richtigkeitsgewähr hat als das private (Staudinger/*Herzog*, Neub. 2015, § 2314 Rdnr. 58). Hat aber der Erbe zunächst ein amtliches Verzeichnis erstellt, entfällt nach der Rechtsprechung des BGH ein Anspruch auf ein privates Verzeichnis, weil ein solches Verlangen regelmäßig rechtsmissbräuchlich sein wird (BGHZ 33, 373, 379 = NJW 1961, 602, 603, nach juris Rdnr. 22; Staudinger, a. a. O., Rdnr. 58 a. E. m. w. N. auf die Literatur); denn das notarielle Nachlassverzeichnis wird gerade verlangt und zugebilligt im Hinblick auf die höhere Beweiskraft und damit auch größere Richtigkeitsgewähr.

23 Daraus folgt: Hat ein Pflichtteilsberechtigter nach einem (für ungenügend erachteten) privaten Bestandsverzeichnis ein notarielles Bestandsverzeichnis bekommen, so ist er darauf zu verweisen, bei behaupteten Mängeln im Hinblick auf dieses notarielle Verzeichnis weitere Maßnahmen zu ergreifen. Das neuerliche Verlangen eines privaten Bestandsverzeichnisses ist rechtsmissbräuchlich.

(...)

27 Hinsichtlich des geforderten Bestandsverzeichnisses in seinen Einzelheiten gilt Entsprechendes. Die Kläger erachten die Auskunft dahin gehend als nicht ausreichend, weitere als die im privaten und notariellen Verzeichnis genannten Vermögenswerte seien nicht vorhanden gewesen und etwaige Zuwendungen habe es nicht gegeben. Sie führen selbst bestimmte, aus ihrer Sicht zweifelhafte Abhebungen, Buchungen usw. an und leiten daraus den Verdacht ab, es müsse noch bisher nicht genannte Konten bzw. Forderungen geben und/oder es habe ausgleichspflichtige Zuwendungen gegeben. Dann aber wäre es an den Klägern, die noch geforderten Informationen konkret zu benennen. Mit der unveränderten, ganz allgemein gehaltenen Formulierung verschleiern die Kläger letztlich, dass sie nur zufrieden wären mit einer lückenlosen Rechnungslegung, insbesondere der Mittelverwendung aus den Barabhebungen.

28 III. Jedenfalls ist der Auskunftsanspruch der Kläger durch die beiden erteilten Auskünfte verbunden mit der zusätzlichen Auskunft, ausgleichspflichtige Zuwendungen seien nicht bekannt, erfüllt und der Anspruch erloschen (§ 362 BGB).

29 1. Der Anspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB ist auf die Weitergabe von Wissen über den Umfang des Nachlassbestandes gerichtet und über die Verweisung auf § 260 BGB auf Vorlage eines Bestandsverzeichnisses über den Nachlass zum Stichtag des Todes gemäß § 2311 BGB (Staudinger/*Herzog*, § 2314 Rdnr. 1, 10). Es geht darum, dem Berechtigten die wesentlichen Berechnungsfaktoren zur Verfügung zu stellen, damit der Pflichtteilsanspruch geprüft und berechnet werden kann. Darin unterscheiden sich ein privates und amtliches Verzeichnis nicht (Staudinger/*Herzog*, a. a. O., Rdnr. 11).

30 Erfasst werden muss der reale Nachlass, d. h. sämtliche Einzelposten auf der Aktiv- und Passivseite zum Zeitpunkt des Erbfalls. Darüber hinaus erstreckt sich der Auskunftsanspruch bei besonderem Verlangen auch auf den fiktiven Nachlass, d. h. anrechnungs- und ausgleichspflichtige Zuwendungen und pflichtteilsergänzungsrelevante Vorgänge (Staudinger/*Herzog*, a. a. O., Rdnr. 16 ff.).

31 2. Erfüllung durch Auskunftserteilung setzt voraus, dass das Verzeichnis den Formalanforderungen des § 260 Abs. 1 BGB entspricht (Staudinger/*Herzog*, a. a. O., Rdnr. 91, 85). Die Auskunft ist zu erteilen durch Vorlage eines schriftlichen Bestands- und Vermögensverzeichnisses über alle Aktiv- und Passivwerte, das den Stand des hinterlassenen Vermögens zum Todeszeitpunkt dokumentiert. Es muss – bezogen auf den Todeszeitpunkt – eine geordnete und nachprüfbare Zusammenstellung der dem Nachlass zugehörigen Vermögensgegenstände und Verbindlichkeiten enthalten, die dem Pflichtteilsberechtigten als Grundlage für die Berechnung des Nachlasses dienen können (BGHZ 89, 137; OLG Sachsen-Anhalt, 1 U 73/10, nach juris Rdnr. 6 m. w. N.). Gewahrt sein muss in jedem Falle die erforderliche Übersichtlichkeit und Verständlichkeit und es muss eine nachvollziehbare Aufgliederung der Aktiv- und Passivwerte enthalten sein. Solange die Auskunft den Formalanforderungen nicht entspricht, liegt keine Erfüllung vor, etwa wenn die Auskunft mangels Übersichtlichkeit unzureichend ist und der Gläubiger demzufolge die Vollständigkeit des Verzeichnisses selbst noch gar nicht überprüfen kann (OLG Sachsen-Anhalt, a. a. O., nach juris Rdnr. 13).

**32** Sowohl das hier erteilte private als auch das darüber hinaus erteilte notarielle Verzeichnis sind jedes für sich in formaler Hinsicht zur Erfüllung geeignet, weil sie in einem Gesamtverzeichnis eine geordnete Zusammenstellung nach Aktiva und Passiva enthalten (vgl. im Einzelnen Staudinger/*Herzog*, a. a. O., Rdnr. 61 ff.), was auch die Kläger nicht bezweifeln. Es handelt sich nicht etwa um lückenhafte Teilverzeichnisse.

**33** Im hier letztlich für die Erfüllung maßgeblichen notariellen Verzeichnis hat der Notar nicht etwa nur eine Erklärung der Erbin ungeprüft protokolliert, sondern das Ergebnis eigener Prüfung festgestellt und zum Ausdruck gebracht, selbst für den Inhalt verantwortlich zu sein, wie es von der Rechtsprechung gefordert ist.

**34** Der Notar entscheidet kraft seines Amtes nach eigenem Ermessen unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände, welche Ermittlungen er vornimmt. Zwar mögen die Grenzen dessen, was der Notar eigenständig ermitteln muss, im Einzelnen fließend sein. Angesichts des Umstands, dass dem Notar die Prüfung der Betreuungstätigkeit der Beklagten durch das Betreuungsgericht vorlag, ist vorliegend jedoch nicht ersichtlich, welche eigenen Nachforschungen der Notar noch hätte vornehmen können und müssen. Insbesondere die Nachforschung bei Kreditinstituten und Grundbuchämtern durfte ihm vor dem tatsächlichen Hintergrund einer unter gerichtlicher Aufsicht stehenden Betreuung entbehrlich erscheinen (vgl. OLG Köln, 2 W 32/12, nach juris Rdnr. 9: Ohne entsprechende Anhaltspunkte keine Verpflichtung des Notars, bei einzelnen Geldinstituten in der Nähe des Wohnsitzes des Erblassers Nachfrage nach Konten zu halten). Erst recht ist nicht ersichtlich, aus welchem Grunde er etwa die Kontobewegungen der letzten zehn Jahre oder die Mittelverwendung bei Barabhebungen hätte prüfen müssen (vgl. OLG Thüringen, 1 W 9/16, nach juris Rdnr. 11, 13 m. w. N.). Das OLG Koblenz hat insofern zu Recht ausgeführt, dass die – im dortigen Fall zusammengestellten – denkbaren Ermittlungstätigkeiten weder abschließend sind noch einen Mindeststandard darstellen (2 W 495/13, nach juris Rdnr. 21-28). Im Hinblick auf den fiktiven Nachlass hatte der Notar ebenfalls keine konkreten Anhaltspunkte für weitere eigene Ermittlungen, weil ihm die Abrechnungen gegenüber dem Betreuungsgericht vorlagen und sich keine wirtschaftlichen Verflechtungen zwischen der Erblasserin und der Beklagten aufdrängten (vgl. insofern zu einem anders zu beurteilenden Sachverhalt OLG Bamberg, 2 W 42/16, nach juris Rdnr. 14, 25: Umschichtungen auf ein gemeinsames Depot, Einrichtung eigener Depotkonten des Auskunftspflichteten).

**35** Es kann im Ergebnis nicht die Rede davon sein, der Auskunftsanspruch sei insgesamt noch nicht ordnungsgemäß erfüllt. Abgesehen davon ist zu wiederholen, dass etwaige Mängel des notariellen Verzeichnisses nicht zu einem Anspruch auf ein neues privates Verzeichnis führen (siehe oben Ziffer I.).

**36** 3. Ein Erfüllungsanspruch besteht auch nicht unter dem Gesichtspunkt der angeblichen Unrichtigkeit und/oder Lückenhaftigkeit.

**37** Ein Anspruch auf Berichtigung oder Vervollständigung/Ergänzung eines Verzeichnisses, das nach § 2314 aufgestellt ist, wird vom BGH und der ganz herrschenden Meinung im

Grundsatz abgelehnt und der Pflichtteilsberechtigte auf den Weg der eidesstattlichen Versicherung verwiesen (Nachweise bei Staudinger/*Herzog*, a. a. O., Rdnr. 84; Meyer/Süß, Handbuch des Pflichtteilsrechts, 3. Aufl. 2013, § 14 Rdnr. 141).

**38** Auch eine inhaltlich unrichtige Auskunft ist eine erfüllungstaugliche Auskunft und Berichtigung kann nicht deshalb verlangt werden, weil der Pflichtteilsberechtigte die Auskunft für unrichtig hält.

**39** Hält der Pflichtteilsberechtigte das Verzeichnis für unvollständig, der Auskunftsverpflichtete aber für vollständig, kann letzterer nicht verpflichtet werden, Gegenstände aufzunehmen, die seiner Ansicht nach oder seiner Kenntnis nach weder zum tatsächlichen noch zum fiktiven Nachlassbestand zählen. Letztlich bleibt zur Absicherung des Pflichtteilsberechtigten auch insofern nur die eidesstattliche Versicherung (Staudinger/*Herzog*, a. a. O., Rdnr. 84).

**40** Diese dem Auskunftsanspruch immanente Beschränkung können die Kläger nicht umgehen, indem sie nicht Ergänzung, sondern vollständige Neuerteilung verlangen.

**41** Ein Anspruch auf Ergänzung kann sich nur ausnahmsweise dort ergeben, wo bei der Erstellung des Verzeichnisses die erforderliche Sorgfalt gewahrt wurde und das Verzeichnis dennoch unrichtig ist. Dazu gehören etwa Fälle, in denen ein bestimmter Vermögensteil ganz ausgelassen wurde, weil zum Beispiel der Verpflichtete rechtsirrig glaubte, ein Gegenstand gehöre nicht in den Nachlass, sodass bestimmte Vermögensteile noch gar nicht Gegenstand der Auskunft waren, also bei einer solcherart erkennbar unvollständigen Auskunft (MünchKomm-BGB/*Lange*, 6. Aufl. 2013, § 2314 Rdnr. 25; Meyer/Süß/*Lange*, § 9 Rdnr. 33; OLG Karlsruhe, 8 U 187/13, nach juris Rdnr. 42 m. w. N.; OLG Schleswig, 3 W 81/10, nach juris Rdnr. 9 m. w. N.; allg. Palandt/*Grünberg*, 74. Aufl. 2015, § 260 Rdnr. 16 m. w. N.).

**42** Ein solcher Fall liegt aber nicht vor.

**43** Ausgehend vom Vortrag der Kläger geht es ihnen einerseits um den realen Nachlass: Sie meinen, die Beklagte habe durch Umbuchungen auf teilweise unbekannte oder bereits aufgelöste Konten den wahren Vermögensbestand (...) verschleiert, damit die Konten (...) keine Guthaben mehr auswiesen. Ferner seien der Erblasserin Summen vorenthalten worden, nämlich (...), Bausparvertrag, Schatzsparen, Abhebungen, Umbuchungen und Auflösungen. Die Kläger leiten daraus ab, sie könnten neue Auskunft über die „finalen Kontostände“ verlangen und sie hätten deshalb „Ausgleichsansprüche“, weil die Nachlassverzeichnisse nicht den tatsächlichen Vermögensbestand der Erblasserin am Todestag wiedergäben.

**44** In rechtlichen Kategorien geht es bei all dem um die Möglichkeit, dass sich beim Erbfall noch irgendwo gegenständliches Vermögen der Erblasserin befand (etwa ein nicht offengelegtes Konto/Sparbuch auf den Namen der Erblasserin) oder aber eine Forderung der Erblasserin bestand (etwa eine Schadensersatzforderung wegen pflichtwidriger Tätigkeit als Betreuerin oder eine Rückzahlungsforderung der Erblasserin gegen die Beklagte wegen unrechtmäßiger Entwendung von Kontobeständen, sei es durch Abhebung, sei es durch „Umbuchung“).

**45** Andererseits geht es den Klägern um den fiktiven Nachlass gemäß § 2325 BGB im Hinblick auf von ihnen vermutete ergänzungspflichtige lebzeitige Schenkungen der Erblasserin an die Beklagte. Solche vermuten die Kläger wiederum in den „Umbuchungen“ bzw. Abhebungen.

**46** Zusammengefasst lässt sich feststellen, dass die Kläger zuweilen in jeweils ein- und demselben Vorgang wahlweise einen im Innenverhältnis unrechtmäßigen Zugriff der Beklagten auf Konten der Erblasserin und von der Erblasserin gewollte ergänzungspflichtige Schenkungen vermuten. Für beide Konstellationen verlangen die Kläger der Sache nach eine Entlastung der Beklagten von einem Verdacht durch Belegvorlage und Rechenschaftslegung über die Vermögensverwendung. Eine bloße Verdachtsausforschung ist aber nach ganz herrschender Meinung nicht vom Zweck des § 2314 Abs. 1 BGB umfasst:

**47 a)** Was den realen Nachlass angeht, beinhalten die beiden erteilten Auskünfte zugleich die Angabe, dass es weitere Konten und Vermögenswerte der Erblasserin zum Stichtag nicht gab und dass auch keine Forderungen der Erblasserin gegen die Beklagte bestanden. Damit hat es sein Bewenden. Es kann keine Ergänzung oder Neuerteilung der Auskunft verlangt werden, weil nicht ersichtlich ist, es könnten tatsächlich vorhandene Vermögensbestandteile nicht in das Verzeichnis aufgenommen worden sein.

**48 aa)** Die Kläger meinen, das tatsächliche Vermögen der Erblasserin müsse am Stichtag höher gewesen sein, weil die Abrechnungen der Beklagten gegenüber dem Betreuungsgericht Additionsfehler enthielten, ein Übertrag des übernommenen Bestandes rechnerisch nicht erfolgt sei und die aufgelisteten Einnahmen und Ausgaben nicht nachvollziehbar seien. Diese Vorstellung ist irrig.

**49** Entscheidend ist nur, welches Vermögen auf den Konten vorhanden war. Dieses erhöht sich nicht durch etwaige Rechenfehler (hier zum Beispiel doppelte Addition eines Betrages von 3.717,89 €) oder einen Streit darüber, wie die Abrechnung aufzumachen war (Addition Übertrag ja oder nein). Zum tatsächlichen Kontenbestand zum Ende eines Abrechnungszeitraums hatten die Belege dem Betreuungsgericht vorgelegen. Schon von daher ergäbe weder die Einbeziehung eines Übertrags von einer Abrechnung zur nächsten ein weiteres tatsächliches Vermögen noch würde die Korrektur der doppelten Addition auf ein Verschwinden dieses Betrages hindeuten. Dasselbe gilt für die Fragen der Verbuchung von Einnahmen und Ausgaben bezogen auf die verschiedenen Konten. Wenn sich nach der gewählten buchhalterischen Darstellung Umbuchungen zwischen Konten jeweils sowohl als Einnahmen und Ausgaben mehrerer Konten darstellen, ist offensichtlich, dass es sich nicht um reale Einnahmen der Erblasserin im Sinne eines zusätzlichen Geldzuflusses handeln konnte. Es bestehen keinerlei Anhaltspunkte dafür, die Erblasserin habe etwa tatsächliche Einnahmen in Höhe von mehr als 300.000 € gehabt und diese müssten irgendwo zu finden sein.

**50** Die Beklagte hat ihre Abrechnung so aufgemacht, wie vom Betreuungsgericht gewünscht und gebilligt. Die von den Klägern monierte Intransparenz ergibt sich aus der Systematik der vom Betreuungsgericht gewünschten Darstellung in den Abrechnungsblättern. Es ist im Rahmen des § 2314 BGB

nicht möglich, solange Auskunft zu verlangen, bis eine Abrechnung vorgelegt wird, die der von den Klägern vertretenen Logik entspricht.

**51** Insofern ist festzuhalten: Mit dem Argument, die Abrechnung gegenüber dem Betreuungsgericht sei falsch und die Beklagte habe das bezüglich der Additionsfehler eingeräumt, können die Kläger keine neue Auskunft verlangen. Wenn die Kläger (wie in der mündlichen Verhandlung von der Klägervertreterin zusammenfassend ausgeführt) meinen, das Betreuungsgericht hätte die Abrechnungen nicht billigen dürfen, die Abrechnungen der Beklagten seien falsch und hätten demzufolge zu einer falschen, lückenhaften und deshalb nicht verwertbaren Auskunft der Beklagten sowie des Notars geführt, so ist schon die Annahme der Kläger falsch, sie hätten zu entscheiden, wann eine Betreuerabrechnung gegenüber dem Betreuungsgericht richtig oder falsch ist. In keinem Falle aber rechtfertigt sich der Schluss, eine Auskunft sei neu zu erteilen, weil sie wegen falscher Abrechnungsgrundlage inhaltlich falsch sei.

**52 bb)** Eine Forderung der Erblasserin gegen die Beklagte als Aktivposition im Nachlass hätte bestanden, wenn die Beklagte Gelder veruntreut hätte, der Erblasserin geschuldete Beträge vorenthalten hätte oder sich durch die unterlassene Geltendmachung von Ansprüchen zugunsten der Erblasserin zu deren Lebzeiten schadensersatzpflichtig gemacht hätte. Die erteilten Auskünfte beinhalten die Aussage, dass solche Vorgänge nicht stattgefunden haben. Wenn die Kläger aus den von ihnen geprüften Kontenverläufen bzw. den Abrechnungen gegenüber dem Betreuungsgericht den Verdacht ableiten, die Beklagte habe Gelder der Erblasserin aufgrund der Vollmacht an sich gebracht, so verlangen sie in der Sache nichts anderes als dass die Beklagte, um sich von diesem Verdacht zu entlasten, über die einzelnen Verfügungen und Buchungen Rechnung legen möge.

**53** Es entspricht aber ganz herrschender Meinung, dass der Adressat der Auskunftspflicht nach § 2314 Abs. 1 BGB nicht zur Rechnungslegung verpflichtet ist (Nachweise zum Beispiel bei Meyer/Süß/Bittler, a. a. O., § 9 Rdnr. 30; § 14 Rdnr. 132). Nur eine Rechnungslegung aber müsste über die Auskunft zum Bestand per Stichtag hinaus noch weitergehende Informationen in Form einer Aufstellung über Einnahmen und Ausgaben innerhalb einer bestimmten Rechnungsperiode enthalten. Im Rahmen des § 2314 BGB ist gerade nicht Auskunft über die Vermögensentwicklung des Erblassers über einen bestimmten Zeitraum – oder gar im Hinblick auf § 2325 BGB über die letzten zehn Jahre hinweg – geschuldet, sondern nur Auskunft über den Vermögensstand zu dem punktgenauen Stichtag Erbfall sowie im Hinblick auf den fiktiven Nachlass ggf. über bestimmte konkrete Vermögenstransaktionen (Staudinger/Herzog, a. a. O., Rdnr. 31; MünchKomm-BGB/Lange, a. a. O., Rdnr. 9). Es kann nicht Offenlegung sämtlicher finanzieller Transaktionen bzw. Vermögensdispositionen des Erblassers verlangt werden, denn es geht eben nicht an, eine Rechnungslegungspflicht zum Zwecke der Verdachtsausforschung zu statuieren (OLG Hamm, 10 U 91/11, nach juris Rdnr. 26; OLG Koblenz, ZEV 2010, 262, nach juris Rdnr. 18; auch Staudinger/Herzog, a. a. O., Rdnr. 24 im Zusammenhang mit gemischten Schenkungen).

(...)



**55 b)** Was den fiktiven Nachlass angeht, hat die Beklagte die Auskunft erteilt, es habe keine ausgleichspflichtigen Zuwendungen gegeben. Diese Auskunft mag richtig oder falsch sein. Jedenfalls ist sie mit Erfüllungswirkung erteilt. Mittel zur Überprüfung der Richtigkeit ist dann allein die eidesstattliche Versicherung, nicht aber eine erneute Auskunft.

**56** Voraussetzung für einen Auskunftsanspruch insoweit ist allerdings nicht, dass das Vorliegen einer Schenkung feststeht. Ob der Auskunfts berechtigte Anhaltspunkte für eine Schenkung nachweisen muss, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Jedenfalls bei Bestehen ausreichender Anhaltspunkte für möglicherweise pflichtteilsrelevante Vorgänge muss sich die Auskunft auf alle Umstände erstrecken, deren Kenntnis wesentlich ist für die Beurteilung, ob und in welcher Höhe ein Pflichtteilsergänzungsanspruch geltend gemacht werden kann (Nachweise bei OLG Karlsruhe, 8 U 187/13, nach juris Rdnr. 24). Richtig ist somit, dass dem Pflichtteilsberechtigten die Umstände einer Zuwendung offenzulegen sind, damit dieser sie nachvollziehen und überprüfen kann. Der Erbe darf die rechtliche Würdigung nicht vorwegnehmen, denn der Pflichtteilsberechtigte soll selbst über den Charakter einer Schenkung befinden können (Staudinger/Herzog, a. a. O., Rdnr. 20).

**57** Darin liegt aber nicht die Problematik des Falles, denn es gibt keine Anhaltspunkte für eine tatsächliche Verfügung der Erblasserin an die Beklagte, sei es eine Barschenkung, sei es eine Überweisung, die auf den Charakter einer Schenkung hindeuten könnte. Vielmehr schließen die Kläger aus den ihnen nicht transparenten Abrechnungen der Beklagten als Betreuerin und aus den Barabhebungen, es könnte sich um Schenkungen der Erblasserin an die Beklagte gehandelt haben.

**58** Gegenüber diesem bloßen Verdacht schuldet die Beklagte nach den oben gezeigten Grundsätzen indes nicht etwa eine Rechnungslegung über die Verwendung von Mitteln zu Lebzeiten der Erblasserin, um eine Schenkung eines jedweden Betrages ausschließen zu können. Vielmehr bedarf es umgekehrt zur Vermeidung einer unzulässigen Verdachtsausforschung seitens des Pflichtteilsberechtigten gewisser Anhaltspunkte für die von ihm behauptete unentgeltliche Verfügung des Erblassers. Ohne konkrete Anhaltspunkte für eine unentgeltliche Zuwendung, wird keine Auskunft über Kontobewegungen geschuldet (Staudinger/Herzog, a. a. O., Rdnr. 24; MünchKomm-BGB/Lange, a. a. O., Rdnr. 8; Meyer/Süß/Bittler, a. a. O., § 9 Rdnr. 23). Dasselbe hat für die Verwendung der den Klägern bereits bekannten Barabhebungen zu gelten.

**59** Die Kläger können konkrete Anhaltspunkte für eine Schenkung aber gerade nicht benennen, weil sie selbst von rechtsmissbräuchlichem Verhalten der Beklagten ausgehen, also nicht von einer Zuwendungsabsicht der Erblasserin, die Mindestvoraussetzung für eine Schenkung wäre. Zu Recht ist also zu verlangen, dass es Hinweise auf solche Erblasserveräußerungen gibt, deren Umstände die Annahme nahelegen, es handele sich wenigstens zum Teil um eine Schenkung (OLG Hamm, 10 U 91/11, nach juris Rdnr. 23). Mit der Angabe der Beklagten, sie habe keine ausgleichspflichtigen Zuwendungen erhalten, wird also nicht etwa die unzulässige rechtliche Bewertung eines möglicherweise pflichtteilsrelevanten Vorgangs

vorweggenommen, sondern die Auskunft erteilt, es habe keinen Zuwendungsvorgang gegeben.

**60** 4. Mit den vorstehenden Erwägungen entfällt zugleich die Frage der Belegvorlagepflicht. Besteht schon gar nicht die Auskunftspflicht in der Weise wie vom Gläubiger verlangt, entfällt systematisch die daran anknüpfende (vgl. OLG Hamm, a. a. O., nach juris Rdnr. 24) Belegvorlage.

**61** Überdies wird von der ganz überwiegenden Meinung eine Belegvorlagepflicht de lege lata verneint mit der Begründung, sie sei mit der Natur des Auskunftsanspruchs nicht vereinbar, weil dieser eben nicht auf Rechnungslegung gerichtet ist. Die geschuldete bloße Auskunft über einen Inbegriff von Gegenständen des Nachlasses gestattet dann keine Nachprüfung über Belege, um den Wahrheitsgehalt erfüllter Informationen zu kontrollieren (Staudinger/Herzog, a. a. O., Rdnr. 32). Vorliegend würde der Sache nach von der Beklagten eine vollständige Rechnungslegung verlangt, wenn sie zum Beweis der Negativtatsache (keine Unterschlagung durch sie, keine Schenkung an sie) Belege über die Kontenverläufe und Mittelverwendungen vorlegen müsste.

**62** Die in Rechtsprechung und Literatur genannte Ausnahme, wonach die Vorlage von Belegen und sonstigen Unterlagen verlangt werden kann, wenn es darum geht, dem Pflichtteilsberechtigten die Wertermittlung bezüglich bestimmter Gegenstände oder des Nachlasses insgesamt zu ermöglichen (Staudinger/Herzog, a. a. O., Rdnr. 33; Meyer/Süß/Lange, a. a. O., § 9 Rdnr. 30, 31; vgl. auch OLG Karlsruhe, a. a. O., nach juris Rdnr. 24: etwa bei gemischten Schenkungen oder schwer einzuschätzenden Vermögensobjekten wie Unternehmens- oder Gesellschaftsbeteiligungen; OLG Hamm, 10 U 91/11, nach juris Rdnr. 24), liegt hier nicht vor.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Stefan Braun**, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), Erlangen

In der Praxis kommt es immer wieder zu Schwierigkeiten bei der Frage, welche konkreten Ermittlungen ein mit der Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses betrauter Notar vorzunehmen hat. Entsprechend ihrer jeweiligen Interessenlage gehen die Erwartungen des Auskunfts berechtigten und des zur Erteilung der Auskünfte verpflichteten Erben dabei regelmäßig weit auseinander. Während die Auskunfts berechtigten bisweilen davon auszugehen scheinen, ein Notar verfüge über geheimdienstliche oder gar übersinnliche Erkenntnismöglichkeiten, etwa um nach Jahren die Verwendung von vom Konto des Erblassers abgehobenen Barbeträgen nachzuvollziehen oder gar vermutete „schwarze Kassen“ bzw. unbekanntes Immobilienvermögen im europäischen und außereuropäischen Ausland aufzuspüren, ist es den Auskunftsverpflichteten schon schwer zu vermitteln, dass sie Angaben zum tatsächlichen Nachlassbestand (einschließlich beweglicher Gegenstände) und zu ihnen bekannten Schenkungen des Erblassers machen müssen.



Eine nicht unerhebliche Anzahl von relativ neuen obergerichtlichen Entscheidungen<sup>1</sup> hat hieran – soweit ersichtlich – bislang nicht viel geändert. Probleme bereitet dabei insbesondere die Ermittlung des sog. fiktiven Nachlasses,<sup>2</sup> d. h. die Berücksichtigung im Zeitpunkt des Todes bereits aus dem Vermögen des Erblassers ausgeschiedener Gegenstände, die für den Pflichtteil, vor allem für Pflichtteilsergänzungsansprüche, relevant sein könnten. Die vorliegende Entscheidung enthält eine Reihe begrüßenswerter Klarstellungen zu diesem Themenkreis. Dies ist umso erfreulicher, als sich das Gericht eigentlich mit der eingangs seiner Begründung gemachten Feststellung hätte begnügen können, dass nach erfolgter Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses regelmäßig kein neuerliches privates Verzeichnis verlangt werden könne.<sup>3</sup>

## 1. Kein vom Einzelfall gelöstes Pflichtermittlungsprogramm

Betreffend das Verfahren zur Aufnahme des Nachlassverzeichnisses betont das OLG Hamburg, dass die Gestaltung des Verfahrens Sache des Notars sei, der „kraft seines Amtes nach eigenem Ermessen unter Berücksichtigung der Einzelfallumstände“ zu entscheiden habe, welche Ermittlungen er vornimmt. Diese mangels konkreter gesetzlicher Vorgaben für die anzustellenden Ermittlungen bestehende Verantwortung des Notars für das Verfahren entspricht seiner inhaltlichen Verantwortung für das Verzeichnis, in dem er seine eigenen Wahrnehmungen und nicht nur die Erklärungen des Erben über den Nachlassbestand niederzulegen hat.<sup>4</sup> Das Gericht geht dabei davon aus, dass es keinen von den Umständen des Einzelfalles gelösten (abschließenden) Katalog von stets durchzuführenden Ermittlungshandlungen gibt. Dem ist zuzustimmen: Der in jedem konkreten Fall zu betreibende Ermittlungsaufwand hängt vielmehr immer davon ab, ob und welche Anhaltspunkte es für das Bestehen dem Notar noch nicht bekannter (insbesondere auch fiktiver) Nachlasspositionen gibt. Ein zusätzlicher Ermittlungsaufwand ist dabei umso eher gerechtfertigt, als er zumindest eine gewisse Aussicht auf Erfolg hat. Das OLG Hamburg ist dabei der Auffassung, dass ein bloßer Verdacht, es müsse noch weiterer (fiktiver) Nachlass vorhanden sein, bzw. es habe pflichtteilsergänzungsrelevante Zuwendungen des Erblassers gegeben, zur Begründung weiterer Auskunftspflicht und Ermittlungspflichten nicht ausreiche.

Dem ist vorbehaltlos zuzustimmen: Wie das Gericht überzeugend darlegt, geht es bei § 2314 Abs. 1 BGB im Grundsatz um eine stichtagsbezogene Auskunft, nicht um eine Auskunft über die Vermögensentwicklung des Erblassers in der Zeit vor dem Erbfall. Die Einbeziehung fiktiver Nachlasspositionen in das Nachlassverzeichnis ändert hieran nichts. Es ist somit nicht Sache des Auskunftsverpflichteten oder des Notars, einen ins Blaue hinein geäußerten Verdacht, es habe nachlassmindernde Schenkungen gegeben, durch eine lückenlose Dokumentation der Vermögensentwicklung des Erblassers zu entkräften. Vielmehr sind Ermittlungen und Auskünfte hierzu nur dann veranlasst, wenn der Notar aufgrund seiner eigenen Ermittlungen oder eines Mindestmaßes an substantiiertem Sachvortrag überhaupt Anhaltspunkte dafür hat, wonach er zu suchen hat.<sup>5</sup> Hieraus folgt, dass es – entgegen einer in der Praxis von den rechtlichen Beratern der Auskunftsberechtigten häufig vertretenen Ansicht – nicht in jedem Fall zum Pflichtprogramm des Notars gehört, verdachtsunabhängig sämtliche Kontoauszüge der letzten zehn Jahre im Hinblick auf etwaige unentgeltliche Vorgänge zu überprüfen.<sup>6</sup>

## 2. Keine Berechtigung zur Vorwegnahme rechtlicher Bewertungen

Bestehen allerdings über bloße Behauptungen hinausgehende konkrete Anhaltspunkte dafür, dass möglicherweise unentgeltliche Zuwendungen stattgefunden haben, so muss der Auskunftsverpflichtete bzw. beim notariellen Verzeichnis der Notar im Rahmen der jeweiligen Möglichkeiten<sup>7</sup> Ermittlungen vornehmen, um den hiermit verbundenen Sachverhalt aufzuklären. Ergeben sich hierbei Umstände, die einen (teilweise) unentgeltlichen Vorgang zumindest nicht von vorneherein unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt undenkbar erscheinen lassen, ist hierüber, d. h. über den entsprechenden tatsächlichen Vorgang, Auskunft zu erteilen. Entsprechend der Zielsetzung des Nachlassverzeichnisses, dem Pflichtteilsberechtigten Kenntnis über die tatsächlichen Umstände, die für die Frage des Bestehens und der Höhe eines Pflichtteilsanspruchs relevant sein können, zu verschaffen, dürfen dabei Auskünfte nicht im Hinblick auf eine eigene rechtliche Bewertung unterlassen werden.

Ausdrücklich erwähnt dies das OLG Hamburg zwar nur für rechtliche Bewertungen durch den Erben. Aufgrund des inhaltlichen Gleichlaufs von privatem und notariellem Verzeichnis<sup>8</sup> kann für rechtliche Bewertungen durch den ein Nachlassverzeichnis aufnehmenden Notar aber nichts anderes gelten. Auch beim notariellen Verzeichnis geht es um die Ermittlung von tatsächlichen Umständen, nämlich den Bestand des Nachlasses, einschließlich etwaiger fiktiver Nachlasspositionen.<sup>9</sup> Es ist dagegen nicht Aufgabe des ein Nachlassverzeichnis aufnehmenden Notars, potenziell

1 Vgl. zuletzt etwa BVerfG, Urteil vom 25.4.2016, 1 BvR 2423/14, MittBayNot 2017, 400; OLG Bamberg, Beschluss vom 16.6.2016, 4 W 42/16, MittBayNot 2017, 169 m. Anm. S. Braun; OLG München, Beschluss vom 23.2.2016, 3 W 264/16, ZEV 2016, 331; OLG Schleswig, Urteil vom 5.5.2015, 3 U 998/14, MittBayNot 2016, 533; OLG Koblenz, Beschluss vom 18.3.2014, 2 W 495/13, NJW 2014, 1972 f.; siehe auch LG Kleve, Urteil vom 9.1.2015, 3 O 280/14, NJW-Spezial 2015, 104.

2 Vgl. dazu BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602 ff.; Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 2314 Rdnr. 9 m. w. N.; BeckOK-BGB/Müller, Stand: 1.11.2017, § 2314 Rdnr. 12 ff. m. w. N.

3 Vgl. hierzu bereits BGH, Urteil vom 2.11.1960, V ZR 124/59, NJW 1961, 602, 604.

4 Näher hierzu Zimmer, NotBZ, 2005, 208; DNotI-Report 2003, 137, 138; S. Braun, MittBayNot 2008, 352.

5 S. Braun, MittBayNot 2017, 401.

6 Vgl. hierzu auch S. Braun, MittBayNot 2017, 401.

7 Zum Fehlen geeigneter notarieller Ermittlungsbefugnisse näher Litzemberger, Beck FD-ErbR 2016, 379240.

8 BeckOK-BGB/Müller, § 2314 Rdnr. 23 ff. m. w. N.; Palandt/Weidlich, § 2314 Rdnr. 9 m. w. N.

9 Palandt/Weidlich, § 2314 Rdnr. 9 m. w. N.

streitige Rechtsfragen verbindlich zu klären. Sofern ein bestimmter Sachverhalt eine im Rahmen des fiktiven Nachlassbestandes relevante Zuwendung zumindest denkbar erscheinen lässt, ist er somit stets im Nachlassverzeichnis darzustellen. Kommen verschiedene rechtliche Interpretationen des Sachverhaltes in Betracht, sollte der ein Nachlassverzeichnis aufnehmende Notar darauf hinweisen, dass hiermit eine (verbindliche) rechtliche Bewertung als pflichtteilsrelevant nicht verbunden ist. Weder der Auskunftsberechtigte noch der auskunftspflichtige Erbe können vom Notar insoweit eine rechtliche Stellungnahme verlangen.

Ebenso wenig wie der auskunftspflichtige Erbe kann der Notar unter Verweis auf seine eigene Rechtsauffassung die Aufnahme bestimmter potenziell pflichtteilsrelevanter Zuwendungen in das Nachlassverzeichnis unterlassen. Ergeben die Ermittlungen allerdings keine Anhaltspunkte für irgendwelche Zuwendungen, so genügt eine entsprechende Negativklärung. Weitere Nachweise dafür, dass diese Erklärung zutrifft, können angesichts der gesetzlichen Systematik im Rahmen des Nachlassverzeichnisses nicht gefordert werden. Vielmehr ist der Auskunftsberechtigte insoweit nach der zutreffenden Auffassung des OLG Hamburg auf das Verlangen einer Versicherung an Eides statt<sup>10</sup> verwiesen.

### 3. Praktische Umsetzung

Um Ermittlungsansätze zu erkennen und deren Erfolgsaussichten klären zu können, empfiehlt es sich, in der Praxis regelmäßig nicht nur den Erben, sondern auch den Auskunftsberechtigten frühzeitig in das Verfahren einzubinden. Im Idealfall gelingt es dadurch, das Ermittlungsprogramm einvernehmlich im Vorfeld der Aufnahme des Verzeichnisses abzustimmen. Auch wenn dies nicht gelingt, stellen die Angaben sowohl des Erben als auch des Auskunftsberechtigten in aller Regel einen geeigneten Ausgangspunkt für die eigenen notariellen Ermittlungen dar. Je nach Art und Umfang des zu verzeichnenden (auch fiktiven) Nachlasses kann es sinnvoll sein, den Auskunftsberechtigten im weiteren Verlauf erneut zu hören. Dies kann dadurch geschehen, dass ihm ein Vorentwurf des Nachlassverzeichnisses mit der Bitte um Stellungnahme übersandt wird und hierbei die bislang vorgenommenen Ermittlungstätigkeiten sowie die Grenzen der notariellen Ermittlungsmöglichkeiten dokumentiert werden.<sup>11</sup> Sofern der Auskunftsberechtigte daraufhin konkrete Anhaltspunkte dafür benennt, dass zusätzliche Nachlasspositionen vorhanden sein könnten, muss der Notar versuchen, dies durch geeignete Ermittlungen aufzuklären. Werden demgegenüber lediglich pauschale Behauptungen oder ein bloßer Verdacht, das Verzeichnis sei nicht vollständig, geäußert, begründet dies in Übereinstimmung mit der Auffassung des OLG Hamburg keine Verpflichtung zu weiteren Ermittlungen.

<sup>10</sup> Vgl. hierzu Palandt/Weidlich, § 2314 Rdnr. 11 m. w. N.

<sup>11</sup> Zur Dokumentation der notariellen Ermittlungen im Verzeichnis selbst vgl. Damm, notar 2016, 437, 438; S. Braun, MittBayNot 2017, 401, 402.

## 14. Aufschiebend bedingte Enterbung ohne Erbeinsetzung durch Pflichtteilsstrafklausel

OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.8.2017, 8 W 336/15

BGB §§ 1938, 2180 Abs. 2 Satz 1, § 2303 Abs. 1 Satz 1  
FamFG § 81 Abs. 1

GNotKG §§ 40, 61

### LEITSATZ:

**Enthält ein Erbvertrag eine Pflichtteilsstrafklausel mit einer aufschiebend bedingten Enterbung, so kann ein Pflichtteilsverlangen auf den Tod des Zuerststerbenden nur bis zum Tod des Letztversterbenden zum Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge führen.**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Erblasserin war verwitwet. Ihr Ehemann ist vorverstorben. Aus der Ehe sind vier Abkömmlinge hervorgegangen, nämlich die Beteiligten zu 1 und 2 sowie die bereits früh ohne Hinterlassung von Abkömmlingen verstorbenen weiteren Geschwister (...).

2 Die Erblasserin hat mit ihrem Ehemann am 2.10.1951 vor dem Bezirksnotariat W einen Ehevertrag sowie einen Erbvertrag geschlossen. In dem Erbvertrag haben die Erblasserin und ihr Ehemann unter anderem folgende Regelungen getroffen:

„5. Wir setzen uns gegenseitig für alle Fälle als Alleinerben ein.

6. Der Zuerststerbende wendet jedem Abkömmling ein Geldvermächtnis in Höhe des Werts des gesetzlichen Erbteils unter Berücksichtigung der Ausgleichspflicht zu.

Das Vermächtnis fällt sofort an, es ist jedoch erst mit dem Tode des Überlebenden zahlungsfällig und bis dahin unverzinslich. Zum Zwecke der Feststellung der Höhe des Vermächtnisses ist der Überlebende auf Verlangen eines Vermächtnisnehmers oder des Vormundschaftsgerichts verpflichtet, den Nachlass des Zuerstverstorbenen zu verzeichnen.

7. Verlangt ein Abkömmling auf den Tod des Zuerststerbenden unter Ausschlagung des Vermächtnisses den Pflichtteil, dann ist er und seine Abkömmlinge von der Erbfolge am Überlebenden ausgeschlossen. Diese Verfügung kann der Überlebende einseitig widerrufen. Sie gilt nur, wenn neben dem das Vermächtnis ausschlagenden Abkömmling weitere Abkömmlinge vorhanden sind.“

3 Der Beteiligte zu 1 hat am 17.11.2014 (...) die Erteilung eines Erbscheins beantragt, wonach er und die Beteiligte zu 2 je mit einem Erbteil von ½ Erben der Erblasserin geworden sind. Die hierzu angehörte Beteiligte zu 2 hat durch Schreiben an das Nachlassgericht vom 1.12.2014 mitgeteilt, sie habe Einwendungen gegen den beantragten Erbschein. Sie stelle „gemäß der Vermächtnisregelung nunmehr den Antrag auf Feststellung und Auszahlung des mir zustehenden Pflichterbscheins“. Dem Erbscheinsantrag könne „unter Hinzufügung des Absatzes, dass der Pflichterbschein gegenüber meinem verstorbenen Vater nunmehr gegenüber dem Hofübernehmer (...) geltend gemacht wird, erfolgen“.

4 Der Beteiligte zu 1 hat hierzu vorgetragen, Pflichtteilsansprüche aus dem Erbfall des Vaters würden nachdrücklich bestritten. Das Verlangen der Beteiligten zu 2 erfülle indes die Pflichtteilsstrafklausel der Ziffer 7 des Ehe- und Erbvertrages vom 2.10.1951 und bewirke dadurch den Ausschluss der Beteiligten zu 2 aus der Schlusserbfolge nach dem Tode der Erblasserin. Dem stehe nach der Rechtsprechung des BGH weder entgegen, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt des Verlangens bereits verstorben war, noch stehe nach dieser Rechtsprechung eine Annahme der Erbschaft dem Eintritt der auflösenden

Bedingung entgegen. Die Beteiligte zu 2 habe durch ihre „Einwendungen“ somit ihre Stellung als Schlusserbin nach der Mutter verloren. Bereits mit einem Schreiben vom 10.12.2012, also noch zu Lebzeiten der Erblasserin, habe die Beteiligte zu 2 versucht, einen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch aus dem Erbfall des Vaters herzuleiten und geltend zu machen.

**5** Der Beteiligte zu 1 hat deshalb in Abänderung seines ursprünglichen Erbscheinsantrages zuletzt die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn als Alleinerben ausweist.

**6** Die Beteiligte zu 2 ist dem entgegengetreten und hat vorgetragen, sie verfüge über keine juristischen Kenntnisse und habe aus Verärgerung über ihre stete Benachteiligung durch ihre Eltern und ihren Bruder aus emotionaler Erregung jetzt noch den väterlichen Pflichterbeil geltend gemacht, ohne Kenntnis der tatsächlichen Auswirkungen auf die Stellung als Schlusserbe. Sie ziehe diesen Antrag auf väterlichen Pflichterbeil förmlich zurück.

**7** Durch Beschluss vom 6.7.2015 hat das Nachlassgericht die erforderlichen Tatsachen für die Erteilung eines Erbscheins für festgestellt erachtet, wonach der Beteiligte zu 1 Alleinerbe der Erblasserin geworden ist. Die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses wurde ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt. Gegen den Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 2 mit ihrer (...) Beschwerde. Sie ist der Auffassung, ihre Erbenstellung nicht verloren zu haben. Der Beteiligte zu 1 ist der Beschwerde entgegengetreten.

**8** Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem OLG Stuttgart zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

**10 II.** Die (...) Beschwerde der Beteiligten zu 2 hat in der Sache Erfolg. Der vom Beteiligten zu 1 zuletzt beantragte Erbschein entspricht – anders als der ursprünglich beantragte – nicht der tatsächlich eingetretenen Erbfolge. Die Erblasserin ist im Wege der gesetzlichen Erbfolge von den Beteiligten zu 1 und 2 – ihren lebenden Kindern – beerbt worden.

**11 1.** Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1 wurden die Abkömmlinge der Eheleute durch den Erbvertrag vom 2.10.1951 nicht zu Schlusserben eingesetzt. Der Erbvertrag enthält vielmehr keine Erbeinsetzung auf den Zweitversterbenden. Die Pflichtteilsstrafklausel in Ziffer 7 des Erbvertrages regelt dementsprechend auch keine auflösende Bedingung einer Erbeinsetzung auf den Überlebenden. Vielmehr regelt die vorliegende Strafklausele, dass ein Abkömmling, der auf den Tod des Zuerstversterbenden unter Ausschlagung des in Höhe des Werts des gesetzlichen Erbteils ausgebrachten, erst mit dem Tod des Überlebenden zahlungsfälligen Vermächtnisses den Pflichtteil verlangt, von der Erbfolge am Überlebenden ausgeschlossen ist. Es handelt sich um eine – aufschiebend bedingte – Enterbung ohne Erbeinsetzung gemäß § 1938 BGB.

**12 2.** Weder durch die Erklärungen der Beteiligten zu 2 in deren Schreiben an das Nachlassgericht vom 1.12.2014 noch durch andere Erklärungen der Beteiligten zu 2 ist die aufschiebende Bedingung für die Enterbung gemäß vorliegender Pflichtteilsstrafklausel eingetreten.

**13 a)** Was zunächst das noch zu Lebzeiten verfasste Schreiben der Beteiligten zu 2 anbelangt, kann dessen genauer inhaltlicher Gehalt dahinstehen, wobei sich eine Ausschlagung des Vermächtnisses aus dem Schreiben nicht ohne Weiteres

ergibt. Denn jedenfalls war das Schreiben nicht an die Erblasserin und damalige Alleinerbin ihres Ehemannes als Anspruchsgegnerin des Pflichtteilsanspruches gemäß § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB gerichtet. In dem Schreiben lag noch kein Verlangen gegenüber der Erbin, auch kein diesbezüglicher Versuch. Der Beteiligte zu 1 war im Übrigen auch nicht der richtige Adressat einer Ausschlagung des Vermächtnisses (§ 2180 Abs. 2 Satz 1 BGB).

**14 b)** Auch das Schreiben der Beteiligten zu 2 an das Nachlassgericht vom 1.12.2014 war nicht geeignet, in Zusammenhang mit der Pflichtteilsstrafklausel die Erbenstellung der Beteiligten zu 2 noch zu gefährden. Es kann dabei inhaltlich wiederum dahingestellt bleiben, wie jenes Schreiben der Beteiligten zu 2 genau zu verstehen ist, insbesondere, was die Beteiligte zu 2 mit dem Begriff „Pflichterbeil“ genau meinte und ob sie – wie in der Pflichtteilsstrafklausel vorausgesetzt – zugleich das Vermächtnis ausschlagen wollte (§ 2180 Abs. 2 BGB; zu diesbezüglichen Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht mit anschließender Mitteilung an den Beschwerdeführer vgl. RGZ 113, 234). In der Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruches ist ungeachtet der Regelung des § 2307 BGB nicht zwangsläufig eine Ausschlagung des Vermächtnisses zu sehen (vgl. Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2180 BGB Rdnr. 1 m. w. N.). Zweifel ergeben sich hier daraus, dass die Beteiligte zu 2 offensichtlich – wie der Beteiligte zu 1 formuliert – „praktisch alles gleichzeitig geltend machen“ wollte. Auch wäre zu fragen, ob die Beteiligte zu 2 in subjektiver Hinsicht bewusst in Kenntnis der Verwirkungsklausel handelte (vgl. dazu Palandt/*Weidlich*, a. a. O., § 2269 BGB Rdnr. 14). Letztlich kommt es hierauf aber nicht entscheidend an. Denn es liegt wie bereits ausgeführt hier gerade nicht der Fall einer Schlusserbeneinsetzung mit Pflichtteilsstrafklausel vor, wie er etwa auch der vom Beteiligten zu 1 zitierten Entscheidung des BGH vom 12.7.2006 (NJW 2006, 3064) zugrunde lag. Vielmehr wurde im Erbvertrag vom 2.10.1951 wie ausgeführt keine Erbeinsetzung auf den zweiten Todesfall geregelt, sondern durch die hier gewählte Pflichtteilsstrafklausel lediglich eine aufschiebend bedingte Enterbung gemäß § 1938 BGB verfügt. Die Erbfolge bestimmt sich hier nach dem Gesetz. Da aber die gesetzliche Erbfolge mit dem Eintritt des Erbfalls festliegt, kann sie nicht von Ereignissen nach dem Erbfall abhängen, deren Wirkung nicht wie bei der Ausschlagung oder der Feststellung der Erbenunwürdigkeit auf den Zeitpunkt des Erbfalls zurückzubeziehen ist (vgl. Staudinger/*Otte*, Neub. 2017, § 1938 BGB Rdnr. 6a). Eine Enterbung kann daher nur dergestalt bedingt angeordnet werden, dass sie von einem vor dem Erbfall eintretenden Ereignis abhängig gemacht wird; im Übrigen ist die Enterbung bedingungs- und befristungsfeindlich (Staudinger/*Otte*, a. a. O.). Demgemäß konnte ein Pflichtteilsverlangen auf den Tod des Zuerstversterbenden unter Ausschlagung des Vermächtnisses gemäß Ziffer 7 des Erbvertrages vom 2.10.1951 nur bis zum Tod des Letztversterbenden zum Ausschluss von der hier zum Tragen kommenden gesetzlichen Erbfolge führen. Eine solche Klausel soll in der Regel gerade sicherstellen, dass dem Überlebenden zu dessen Lebzeiten der Nachlass ungeschmälert und ungestört verbleibt.

**15** Die Erblasserin wurde demgemäß von den Beteiligten zu 1 und 2 jeweils mit einem Erbteil von  $\frac{1}{2}$  beerbt. Dem entsprach der ursprüngliche Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1, nicht

aber der vom Nachlassgericht positiv beschiedene neuere Erbscheinsantrag, der demgemäß zurückzuweisen war.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Johannes Weber**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

### 1. Ausgangslage

Der Ausgangspunkt der Entscheidung ist zumindest aus Sicht der heutigen Gestaltungspraxis eher ungewöhnlich. Es ging um eine Pflichtteilsstrafklausel, deren Sanktion nicht im Verlust einer gewillkürten Erbenstellung, sondern in einer bloßen Enterbung (§ 1938 BGB) lag: Die Ehegatten setzten sich in einem Erbvertrag gegenseitig zu Alleinerben ein. Sie bestimmten keine Schlusserben, sondern nahmen eine Enterbung derjenigen Abkömmlinge am Nachlass des Letztversterbenden vor, die ihren Pflichtteil am Nachlass des Erstversterbenden verlangten.

Nach dem Tod beider Eltern machte eine gesetzliche Erbin ihren Pflichtteil nach dem zuerst verstorbenen Vater geltend. Es stellte sich die Frage, ob sie damit ihre Stellung als gesetzliche Erbin nach der zuletzt verstorbenen Mutter verloren hatte.

### 2. Entscheidung des OLG Stuttgart

Das OLG Stuttgart vertritt die Auffassung, dass bei einer aufschiebend bedingten Enterbung (§ 1938 BGB) die Bedingung immer vor dem Eintritt des Erbfalls eintreten müsse. Die gesetzliche Erbfolge müsse mit dem Eintritt des Erbfalls feststehen und könne nicht vom Eintritt einer späteren Bedingung abhängen.<sup>12</sup>

### 3. Pflichtteilsstrafklauseln bei Pflichtteilsverlangen nach dem letztversterbenden Ehegatten

Die Entscheidung ist zumindest auf den ersten Blick überraschend: Hätten die Ehegatten keine bloße Enterbung der Abkömmlinge vorgenommen, sondern sie in Höhe des gesetzlichen Erbteils als Schlusserben unter der auflösenden Bedingung eines Pflichtteilsverlangens gegenüber den Erben des Erstversterbenden eingesetzt, wäre der Eintritt der Bedingung noch beachtlich gewesen und hätte zum Verlust der Erbenstellung nach dem letztversterbenden Ehegatten geführt. Die auflösende Bedingung kann bei Pflichtteilsstrafklauseln, die dem Erben seine Stellung als gewillkürter Erbe entziehen, nach ganz herrschender Meinung noch nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten eintreten.<sup>13</sup>

<sup>12</sup> So auch Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1938 Rdnr. 7a; anders MünchKomm-BGB/Leipold, 7. Aufl. 2017, § 1938 Rdnr. 3, wo es ohne weitere Einschränkung heißt, Bedingungen seien zulässig.

<sup>13</sup> BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064 Rdnr. 10; ebenso OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.11.1978, 8 W 507/78, OLGZ 1979, 52, 54; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.10.1998, 3 W 116/98, ZEV 1999, 108, 109; Keim, NJW 2007, 974, 975; jurisPK-BGB/Reymann, 8. Aufl. 2017, § 2269 Rdnr. 207; Lübbert, NJW 1988, 2706, 2713.

### a) Testamentsauslegung

Idealerweise sollte aus der Pflichtteilsstrafklausel selbst hervorgehen, bis zu welchem Zeitpunkt die Geltendmachung des Pflichtteils zu einem Verlust der Erbenstellung führt. Ist die Pflichtteilsstrafklausel nicht eindeutig, muss sie ausgelegt werden. Verfolgt die Klausel lediglich den Zweck, dem überlebenden Ehegatten das Vermögen ungeschützt zu erhalten, hat sie sich mit dem Tod des letztversterbenden Ehegatten erledigt. Es besteht kein Grund mehr, in einer Geltendmachung des Pflichtteils ein zum Ausschluss von der Erbfolge liegendes Pflichtteilsverlangen zu erblicken.<sup>14</sup> Die Auslegung der letztwilligen Verfügung wird jedoch häufig ergeben, dass auch ein Pflichtteilsverlangen nach dem Tod des überlebenden Ehegatten die Pflichtteilsstrafklausel aktiviert. Denn regelmäßig soll die Pflichtteilsstrafklausel zugleich verhindern, dass ein Abkömmling doppelt begünstigt wird und sich damit eine bessere Stellung als die anderen Schlusserben verschafft.<sup>15</sup> Gegen die Anwendung der Pflichtteilsstrafklausel könnte man zumindest im Fall des klassischen Ehegattentestaments und der Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder anführen, dass es auch den anderen Abkömmlingen möglich ist, ihren Pflichtteil nach dem Erstversterbenden zu verlangen und auf diesem Wege mit den anderen Schlusserben gleichzuziehen. Dies ist jedoch nicht unbedingt gewährleistet. Denn wenn ein Pflichtteilsberechtigter den Anspruch erst sehr kurz vor Ablauf der Verjährungsfrist geltend macht, könnten die anderen Pflichtteilsberechtigten mit ihrem Pflichtteilsverlangen zu spät kommen.<sup>16</sup>

Nach Auffassung des BGH kann die Pflichtteilsstrafklausel nach dem Tod des überlebenden Ehegatten sogar dann noch verwirkt werden, wenn der geltend gemachte Pflichtteilsanspruch verjährt ist.<sup>17</sup> Dem ist jedoch nicht zu folgen.<sup>18</sup> Es bleibt den Erben unbenommen, die Einrede der Verjährung zu erheben. Zu den Erben zählen nach dem Tod des Letztversterbenden auch die anderen Abkömmlinge, um deren Gleichbehandlung es dem Erblasser ging. Bis zur Teilung des Nachlasses kann jeder einzelne Erbe im Rahmen der Gesamthandsklage (§ 2059 Abs. 2 BGB) die Einrede der Verjährung erheben.<sup>19</sup> Dies gilt auch nach der Teilung des Nachlasses (§§ 2058, 425 Abs. 1 und 2 BGB).<sup>20</sup>

<sup>14</sup> Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.10.1998, 3 W 116/98, ZEV 1999, 108, 109; Firsching/Graf, Nachlassrecht, 10. Aufl. 2014, Rdnr. 1.221; Olshausen, DNotZ 1979, 707, 719.

<sup>15</sup> Olshausen, DNotZ 1979, 707, 719; jurisPK-BGB/Reymann, § 2269 Rdnr. 207; vgl. auch J. Mayer, MittBayNot 1996, 80.

<sup>16</sup> In diese Richtung auch Keim, NJW 2007, 974, 975.

<sup>17</sup> BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064 Rdnr. 16; ebenso jurisPK-BGB/Reymann, § 2269 Rdnr. 208.

<sup>18</sup> Ablehnend auch BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 15.6.2017, § 2269 Rdnr. 45; Fischer, ZEV 2006, 503; Keim, NJW 2007, 974, 975; Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2014, § 2269 Rdnr. 58b.

<sup>19</sup> Wendt, notar 2016, 363 Fn. 82.

<sup>20</sup> Vgl. Keim, NJW 2007, 974, 976.



## b) Anordnung einer Nacherbfolge

Kann die Bedingung für den Verlust der Erbenstellung noch nach dem Tod des Letztversterbenden eintreten, ist der Erbe unter einer auflösenden Bedingung eingesetzt (vgl. § 2075 BGB). Da die Bedingung nicht rückwirkend auf den Erbfall die erbrechtliche Lage verändern kann, wirkt sie nur ex nunc. Der Pflichtteilsberechtigte ist nur Vorerbe; mit dem Pflichtteilsverlangen kommt es zum Eintritt des Nacherbfalls.<sup>21</sup> Die Situation stellt sich ähnlich wie im Falle einer Wiederverheiratsklausel dar:<sup>22</sup> Hier geht die herrschende Meinung davon aus, dass der überlebende Ehegatte auflösend bedingter Vollerbe und aufschiebend bedingter Vorerbe ist.<sup>23</sup> Diesen Gedanken wird man auch auf die Pflichtteilsstrafklausel übertragen können. Richtigerweise kann die Bedingung aus den oben genannten Gründen aber nur innerhalb der Verjährungsfrist des Pflichtteilsanspruchs eintreten. Ist der Anspruch auf den Pflichtteil im Zeitpunkt des Todes des Letztversterbenden bereits verjährt, wird der Erbe Vollerbe. Läuft die Verjährung nach dem Tod des Letztversterbenden ab, kann die Bedingung nicht mehr eintreten; der Erbe wird ab diesem Zeitpunkt endgültiger Vollerbe.

## 4. Auflösend bedingte Enterbung

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Erwägungen stellt sich die Frage, warum sich die Lage bei der vom OLG Stuttgart entschiedenen Konstellation einer auflösend bedingten Enterbung anders darstellen sollte.

Dem OLG Stuttgart ist darin zuzustimmen, dass die gesetzlichen Erben ihr Erbrecht nicht mehr rückwirkend verlieren können, wenn sie den Pflichtteil nach dem Tod des letztversterbenden Ehegatten geltend machen. Die gesetzliche Erbenstellung muss im Zeitpunkt des Todes feststehen.<sup>24</sup> Von diesem Grundsatz besteht nur in wenigen, gesetzlich ausdrücklich zugelassenen Fällen eine Ausnahme, in denen das BGB eine Rückwirkung des Verlusts der Erbenstellung zulässt (zum Beispiel im Fall einer Ausschlagung oder Anfechtung der Ausschlagung oder der Annahme).

In den Fällen der gewillkürten Erbfolge besteht die Möglichkeit, über die Auslegung des Testaments die vom Erblasser eingesetzten Erben als Vor- und Nacherben anzusehen. Dieser Weg ist jedoch im Falle der bloßen Enterbung zumindest prima facie versperrt: Denn der Erblasser hat keine Erbeinsetzung vorgenommen, die sich als Anordnung einer Nacherbfolge auslegen ließe. Allerdings hätte man im Fall des OLG Stuttgart das Testament möglicherweise so ausle-

gen müssen, dass es eine aufschiebend bedingte Nacherbeinsetzung der gesetzlichen Erben der Erblasserin (vgl. § 2104 Satz 1 BGB) unter Ausschluss des den Pflichtteil verlangenden Abkömmlings und seines Stammes<sup>25</sup> enthält. Denn auch im Fall einer Enterbung kann es dem Erblasser genauso wie bei einer Schlusserbeinsetzung darauf ankommen, eine Gleichbehandlung der Kinder zu gewährleisten. Wenn sich dieser Wunsch nicht über eine rückwirkende Enterbung erreichen lässt, muss im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung (vgl. §§ 133, 2084 BGB) nach dem mutmaßlichen Erblasserwillen geforscht und nach einer Gestaltung gesucht werden, die dem Erblasserwillen Rechnung trägt. Diese Gestaltung hätte man im vorliegenden Fall in einer auflösend bedingten Schlusserbeinsetzung und einer aufschiebend bedingten Nacherbeinsetzung der nicht den Pflichtteil verlangenden gesetzlichen Erben erblicken können. Alternativ hätte man auch erwägen können, dass sich der gesetzliche Erbe die Höhe des Pflichtteils nach dem Letztversterbenden auf seinen Erbteil anrechnen lassen muss.<sup>26</sup> Der Sache nach würde es sich dann um ein aufschiebend bedingtes quotales Vermächtnis in Höhe der Hälfte des gesetzlichen Erbteils des den Pflichtteil verlangenden Miterben zugunsten der anderen gesetzlichen Erben handeln.

## 5. Fazit

Dem OLG Stuttgart ist darin zuzustimmen, dass eine Enterbung (§ 1938 BGB) nicht unter einer nach dem Tod des Erblassers eintretenden Bedingung stehen kann. Allerdings hätte der Fall Anlass zu einer genaueren Ermittlung des Willens der Erblasserin und einer ergänzenden Testamentsauslegung geboten.

<sup>25</sup> Vgl. zur Auslegung einer Pflichtteilsstrafklausel dahin gehend, dass in der Regel der gesamte Stamm von der Erbfolge ausgeschlossen ist, BayObLG, Beschluss vom 20.1.2004, 1 Z BR 134/02, MittBayNot 2005, 50, 51.

<sup>26</sup> BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064 Rdnr. 20.

## 15. Unwirksame Zustellung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments

OLG Koblenz, Urteil vom 29.6.2017, 1 U 1238/16

ZPO § 286 Abs. 1, § 529 Abs. 1 Nr. 1

GVGA §§ 13, 16 Abs. 1 Satz 1

### LEITSATZ:

**Der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments befindet sich nach einer vom Erklärenden nicht zu verantwortenden unwirksamen Zustellung (einer beglaubigten Abschrift) weiterhin „auf dem Weg“ zum Erklärungsempfänger, solange der Zustellungsauftrag (einer Ausfertigung) vom Auftraggeber nicht als abgeschlossen betrachtet wird. Daher kann durch alsbaldige nachfol-**

<sup>21</sup> OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.10.1998, 3 W 116/98, ZEV 1999, 108, 109; OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.11.1978, 8 W 507/78, OLGZ 1979, 52, 54; ähnlich Keim, NJW 2007, 974, 975.

<sup>22</sup> BGH, Urteil vom 12.7.2006, IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064 Rdnr. 11.

<sup>23</sup> Fischer, ZEV 2006, 504; so die Rspr. zu Wiederverheiratsklauseln, vgl. BGH, Beschluss vom 6.11.1985, IVa ZB 5/85, DNotZ 1986, 541, 544; a. A. Völzmann, RNotZ 2012, 1, 7 ff.

<sup>24</sup> Zur fehlenden Möglichkeit der Genehmigung eines Erbverzichts nach dem Eintritt des Todes des Überlebenden siehe BGH, Urteil vom 7.12.1977, IV ZR 20/76, NJW 1978, 1159; BeckOGK-BGB/Everts, Stand: 1.8.2017, § 2347 Rdnr. 4.

## gende Zustellung einer Ausfertigung der Widerruf noch wirksam erklärt werden.

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Kläger und Berufungskläger verfolgen gegenüber dem beklagten Land einen Anspruch aus Amtshaftung, weil sie infolge einer Pflichtverletzung des Streithelfers (Gerichtsvollzieher) nicht Erben geworden seien.

**2** Der Erblasser A, geboren 1927, hatte mit seiner Ehefrau ein wechselseitiges Testament mit gegenseitiger Erbeinsetzung beurkunden lassen. Im Juni 2012 trennte sich der Erblasser von seiner Ehefrau. Am 25.9.2012 ließ er dann den Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments notariell beurkunden und beantragte zugleich die Erteilung einer Ausfertigung der Urkunde an Rechtsanwältin P zum Zwecke der Zustellung an seine Ehefrau. (...)

**3** Gleichfalls am 25.9.2012 errichtete der Erblasser ein Testament und setzte die Kläger zu alleinigen und unbeschränkten Erben ein.

**4** Mit Schreiben vom 27.9.2012 übersandte das Notariat die Ausfertigung der notariellen Urkunde, in welcher der Widerruf erklärt worden war, an die Rechtsanwaltskanzlei K. Das Schreiben ging dort am 1.10.2012 ein. Mit Schreiben vom 1.10.2012 übersandte Rechtsanwältin P die Ausfertigung der notariellen Urkunde zum Zwecke der Zustellung an die Gerichtsvollziehervertreterstelle. (...)

**5** Am 1.10.2012 verstarb sodann der Erblasser.

(...)

**7** Am 10.10.2012 erfolgte dann die Zustellung einer beglaubigten Abschrift der notariellen Urkunde, in welcher der Widerruf des Testaments erklärt worden war. Der Streithelfer übersandte die Zustellungsurkunde nach Eingang der Kanzlei K. Am 25.10.2012 wurde dem Streithelfer von der Kanzlei K der Auftrag erteilt, die Ausfertigung der notariellen Urkunde an die getrennt lebende Ehefrau des mittlerweile verstorbenen Erblassers zuzustellen. (...) Die Zustellung der Ausfertigung erfolgte am 28.10.2012.

(...)

**8** Den Klägern wurde nach dem Tod des Erblassers kein Erbschein erteilt.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**20** II. Die form- und fristgerecht eingelegte Berufung erweist sich als unbegründet.

**21** 1. Den Klägern ist es nicht gelungen, eine Amtspflichtverletzung des Streithelfers nachzuweisen.

**22** Nach den allgemeinen Darlegungs- und Beweislastgrundsätzen sind die Kläger für das Vorliegen der anspruchsbegründenden Tatsachen, und damit hier für das Vorliegen einer Amtspflichtverletzung, darlegungs- und beweisbelastet. Der Nachweis ihrer Behauptung, der Streithelfer habe in eigenmächtiger Abänderung oder fehlerhaften Ausführung des ursprünglichen Zustellungsauftrages lediglich eine beglaubigte Abschrift statt der Ausfertigung der notariellen Urkunde zugestellt, ist ihnen nicht gelungen.

(...)

**35** 2. Da der geltend gemachte Anspruch der Kläger bereits am Erfordernis einer Amtspflichtverletzung scheitert, können sowohl die Frage einer Drittbezogenheit der als verletzt gerügten Amtspflicht wie auch die der anderweitigen Ersatzmöglichkeit dahinstehen.

**36** Soweit das LG einen Schaden der Kläger verneint hat, da diese Erben geworden seien, merkt der Senat an, dass er die Einschätzung, dass hier unter Berücksichtigung der höchstgerichtlichen Rechtsprechung am 28.10.2012 eine wirksame Zustellung des Widerrufs erfolgt sein könnte, teilt.

**37** Maßgeblich dafür, ob nach dem Tod des Erklärenden der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments noch wirksam zugestellt werden kann, ist, dass der Widerrufende zu Lebzeiten alles dafür getan hat, dass seine Willenserklärung dem Erklärungsempfänger zugeht – sie sich bei seinem Tod also „auf dem Weg“ zum Erklärungsempfänger befindet – und die Zustellung alsbald nachfolgt (BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, juris). Mit Blick auf die Interessenlage des Erklärungsempfängers wurde dabei das zeitliche Element des „alsbald“ unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes dahin gefasst, dass die Zustellung der Ausfertigung zumindest so rechtzeitig erfolgen muss, dass der Erklärungsempfänger seinerseits die Bindungswirkung durch Ausschlagung der Erbschaft noch aufheben kann (BGH, a. a. O.).

**38** Nach Maßgabe dessen hätte der Erblasser hier, sofern er vor seinem Tod Rechtsanwältin P entsprechend seines in § 3 der Urkunde vom 25.9.2012 niedergelegten Willens Zustellungsauftrag erteilt haben sollte, von seiner Seite alles Erforderliche getan, damit der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments seiner Ehefrau zugeht. Die Zustellung der Ausfertigung der notariellen Urkunde am 28.10.2012 wäre auch, worauf der Einzelrichter zutreffend verweist, noch während der laufenden Ausschlagungsfrist erfolgt, die frühestens am 1.10.2012 begonnen hätte. Damit hätte die am 28.10.2012 bewirkte Zustellung der Ausfertigung alle Voraussetzungen einer wirksamen Zustellung erfüllt, es sei denn sie hätte sich, woran die Kläger in ihrer Argumentation anknüpfen, zu diesem Zeitpunkt infolge der (unwirksamen) ersten Zustellung nicht mehr „auf dem Weg“ zum Erklärungsempfänger befunden, weil der Zustellvorgang zuvor als abgeschlossen betrachtet worden wäre. Letzteres ist hier nach Auffassung des Senates aber nicht der Fall.

**39** Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich insoweit, worauf das LG zutreffend verweist, maßgeblich von den Entscheidungen des BGH vom 19.10.1967 (III ZB 18/67) und des OLG Hamm vom 16.7.1991 (NJW-RR 1991,1480). Gegenstand jener Entscheidungen waren Sachverhalte, bei denen jeweils noch zu Lebzeiten des Erklärenden zunächst nur eine beglaubigte Abschrift des Widerrufs zugestellt worden war und sich zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Willenserklärung nicht mehr „auf dem Weg“ zum Erklärungsempfänger befand, weil zu diesem Zeitpunkt niemand mehr an die Zustellung der Widerrufserklärung dachte (BGH, a. a. O. Rdnr. 26; OLG Hamm, NJW-RR 1991, 1480, 1481). Hier verstarb der Erblasser jedoch vor der ersten Zustellung, also während des laufenden Zustellvorgangs, und lag von Seiten seiner Bevollmächtigten eine durchgehende Befassung mit der Zustellung der Willenserklärung vor. Die Zustellung war seitens Rechtsanwältin P, soweit erkennbar, nach der ersten Zustellung nicht als abgeschlossen behandelt worden. Bei dieser Sachlage erscheint die zweite Zustellung am 28.10.2012 wirksam.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessor **Christoph Aumann**, Maître en droit (Paris), LL.M. (London), München

Das Urteil wirft erneut ein Schlaglicht auf die Frage, in welcher Form ein einseitiger Widerruf beim gemeinschaftlichen Testament bzw. der Rücktritt vom Erbvertrag beim anderen Ehegatten bzw. Vertragspartner zugehen muss. Die Widerrufs- bzw. Rücktrittserklärung selbst bedarf nach § 2271 Abs. 1, § 2296 Abs. 2 BGB notarieller Beurkundung. Für die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung gilt § 130 Abs. 1 BGB. Sie wird mit dem Zugang bei dem üblicherweise bei Beurkundung des Widerrufs bzw. Rücktritts abwesenden Erklärungsempfänger wirksam.<sup>1</sup> Dieser Zugang kann nicht mittels der Originalurkunde erfolgen, da diese nach § 45 Abs. 1 BeurkG beim Notar verbleibt.

Nach der eindeutigen Rechtsprechung des BGH<sup>2</sup> und der Obergerichte<sup>3</sup> führt nur der Zugang einer Ausfertigung der Widerrufs- bzw. Rücktrittsurkunde zur Wirksamkeit.<sup>4</sup> Daran wird kritisiert, dass ein vernünftiger Grund, den Zugang einer Ausfertigung zu verlangen, nicht bestehe.<sup>5</sup> Zutreffend daran ist, dass wegen § 130 Abs. 1 BGB Maßstab der Frage, in welcher Form der Zugang erfolgen muss, allein das materielle Recht sein kann. Die Erforderlichkeit des Zugangs einer Ausfertigung kann sich allenfalls aus dem Formerfordernis für die Erklärung selbst ergeben. Das Formerfordernis der § 2271 Abs. 1, § 2296 Abs. 2 BGB dient neben dem Übereilungsschutz und der Beratung für den Erklärenden auch der Rechtssicherheit und Beweisbarkeit für den anderen Ehegatten bzw. Vertragspartner.<sup>6</sup> Es kommt darauf an, dass dieser beurteilen kann, ob der Widerruf bzw. Rücktritt wirksam ist, um ggf. durch eigene letztwillige Verfügung reagie-

ren zu können.<sup>7</sup> Der Empfänger soll Sicherheit über seine wiedererlangte Testierfreiheit haben und den Wegfall seiner eigenen bindenden Verfügung auch beweisen können.<sup>8</sup> Dementsprechend ist der Rechtsprechung dahin gehend zu folgen, dass der Zugang einer einfachen Abschrift oder eine Mitteilung des Widerrufs bzw. Rücktritts per Fax, E-Mail oder gar (fern-)mündlich nicht ausreichen können.<sup>9</sup>

Entscheidungserheblich wird die Frage der Form der zugegangenen Erklärung aber häufig deshalb, weil der Erklärende meist Beweisschwierigkeiten beim Zugang der Willenserklärung nach § 130 Abs. 1 BGB vermeiden und deshalb von vornherein den Zugang beim Empfänger durch Zustellung durch den Gerichtsvollzieher ersetzen will, § 132 Abs. 1 BGB. In der besprochenen Entscheidung übergab der Notar auftragsgemäß die Ausfertigung der Rechtsanwältin des Beteiligten, da diese die Zustellung veranlassen wollte. Der Gerichtsvollzieher vermerkte wie sonst bei der Parteizustellung nach §§ 191 ff. ZPO auf der ihm übermittelten Ausfertigung die Daten der Zustellung und stellte dem Empfänger eine von ihm gefertigte beglaubigte Abschrift zu.<sup>10</sup> Dabei darf man sich fragen, welche Erkenntnismöglichkeit dem Erklärungsempfänger eigentlich geraubt wird. Denn die Errichtung der Urkunde beweist auch die beglaubigte Abschrift. Den Fortbesitz der Urkunde muss der Erklärungsempfänger (anders als zum Beispiel bei einer Vollmacht oder einem Vollstreckungstitel) hier nicht beweisen.<sup>11</sup> Die Antwort liefert aber das Gesetz selbst. Nur die Ausfertigung genießt die volle Beweiskraft des § 415 ZPO. Die Beweiskraft der beglaubigten Abschrift einer öffentlichen Urkunde ist, wie § 435 ZPO zeigt, beschränkt. Es ist also zumindest formell konsequent, dem Erklärungsempfänger die beste Möglichkeit einzuräumen, die Wiedererlangung des hohen Guts seiner Testierfreiheit auch zu beweisen.

Noch nicht auseinandergesetzt hat sich die Rechtsprechung und auch die besprochene Entscheidung aber mit dem Einwand von *Weidlich*. Er gibt zu bedenken, dass die Vorschriften über die Parteizustellung in §§ 191 ff. ZPO neu gefasst wurden<sup>12</sup> und stärker noch als die alten §§ 169 ff. ZPO von dem Konzept getragen sind, dass die Zustellung mittels Übergabe einer durch den Gerichtsvollzieher gefertigten oder bereits durch den Auftraggeber mit übergebenen beglaubigten Abschrift erfolgt. Tatsächlich sehen §§ 193, 194 ZPO ihrem Wortlaut nach die Zustellung durch

1 Die Übermittlung selbst ist nicht formbedürftig, muss also insbesondere nicht beurkundet werden, DNotI-Gutachten Nr. 143366.

2 BGH, Beschluss vom 19.10.1967, III ZB 18/67, DNotZ 1968, 360; BGH, Urteil vom 28.9.1959, III ZR 112/58, DNotZ 1960, 260; BGH, Urteil vom 22.1.1981, IVa ZR 90/80, NJW 1981, 2299. Dabei gibt der BGH in den angegebenen Entscheidungen keine weitere Begründung als dass nur die Ausfertigung denselben öffentlichen Glauben trägt wie die Urschrift.

3 Zuletzt OLG Hamm, Beschluss vom 28.10.2014, 15 W 14/14, NJW-RR 2015, 524; OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.3.2012, 15 U 105/11, juris; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.4.2005, 3 W 15/05, FamRZ 2006, 447 und Rdnr. 37 der besprochenen Entscheidung.

4 Zustimmend MünchKomm-BGB/*Musielak*, 7. Aufl. 2017, § 2271 Rdnr. 8.

5 Staudinger/*Kanzleiter*, Neub. 2014, § 2296 Rdnr. 8.

6 Soergel/*Wolf*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2271 Rdnr. 8. Unzutrudem gegenüber *Moussa*, Das Dogma vom formgerechten Zugang, 2016, S. 223 f., der den Zweck der notariellen Form darin sieht, den Widerruf zu erschweren („Erschwerungsfunktion“), woraus er folgert, der Zugang sogar einer einfachen Abschrift müsse ausreichen, wenn die Hürde der Beurkundung einmal genommen sei. Daran ist schon die Prämisse, dass das Erfordernis notarieller Beurkundung stets zu einer Erschwerung führte, falsch.

7 Palandt/*Weidlich*, 77. Aufl. 2018, § 2271 Rdnr. 3. Abl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 7.3.2012, 15 U 105/11, juris, wonach die Kenntnis des Erklärungsempfängers nicht maßgeblich sei, weil sich bereits aus dem Wort „zugeht“ in § 130 Abs. 1 BGB ergebe, dass eine Ausfertigung zugehen muss (ein blanker Zirkelschluss).

8 Nomos-Kommentar-BGB/*Müssig*, 4. Aufl. 2014, § 2271 Rdnr. 11.

9 Reimann/*Bengel/Mayer/Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, S. 861.

10 Rdnr. 2, 4, 7 der besprochenen Entscheidung.

11 Unter anderem deswegen wollte KG, Beschluss vom 22.6.1961, 1 W 624/61, DNotZ 61, 603 noch den Zugang einer beglaubigten Ablichtung ausreichen lassen.

12 Gesetz zur Reform des Verfahrens bei Zustellungen im gerichtlichen Verfahren vom 25.6.2001, BGBl. 2001 I, S. 1206.

Übergabe der an den Gerichtsvollzieher übergebenen Urschrift oder Ausfertigung nicht vor. Vollkommen zu Recht stellt *Weidlich* daher die Frage, ob sich am Erfordernis des Zugangs einer Ausfertigung wird festhalten lassen, wenn die Zustellung einer Ausfertigung vom Gesetz gar nicht vorgeesehen ist.<sup>13</sup>

Eine Änderung der Rechtsprechung ist gleichwohl eher unwahrscheinlich, da das Erfordernis des Zugangs der Ausfertigung wie gesehen mit dem Formzweck der § 2271 Abs. 1, § 2296 Abs. 2 BGB und damit dem materiellen Recht zu begründen ist. Geänderte Verfahrensvorschriften berühren die Rechtsprechung in diesem Punkt nur sekundär.<sup>14</sup> Zudem wäre eine Rechtsprechungsänderung an dieser Stelle ein Bruch mit der Tendenz der Rechtsprechung, dass beurkundungs- und empfangsbedürftige Erklärungen allgemein in Ausfertigung zugehen müssen.<sup>15</sup> Ob man daher nicht vielmehr dazu übergehen wird, § 193 ZPO teleologisch so auszulegen, dass der Gerichtsvollzieher die ihm übergebene Ausfertigung zustellen kann,<sup>16</sup> bleibt abzuwarten.

Das von *Brockmann* empfohlene Vorgehen für den Notar (Übergabe von zwei Ausfertigungen an den Gerichtsvollzieher mit Hinweis auf die zwingende Zustellung einer Ausfertigung)<sup>17</sup> ist daher weiterhin anzuraten. Wenn dann noch etwas schieflieft und der Gerichtsvollzieher eine beglaubigte Abschrift zustellt, der Notar dies aber sogleich erkennt und moniert, bestätigt die besprochene Entscheidung immerhin die Gangbarkeit eines Auswegs: Solange der Zustellvorgang noch nicht als abgeschlossen betrachtet wurde, kann die fehlerhafte Zustellung durch erneute Zustellung einer Ausfertigung auch nach Ableben des Erklärungsempfängers noch geheilt werden.<sup>18</sup>

13 Palandt/*Weidlich*, § 2271 Rdnr. 5; *Weidlich* in FS 75. Aufl. Palandt, 2016, S. 60; *Weidlich*, ZEV 2017, 715, 716 (Anm. zum hier besprochenen Urteil); *Brockmann*, MittBayNot 2015, 101, 105.

14 Zu den alten Zustellungsvorschriften BGH, Urteil vom 7.6.1995, VIII ZR 125/94, BGHZ 130, 71: Der „Hinweis [...] auf § 170 ZPO [...] geht fehl, da diese Vorschrift nur das Verfahren der Zustellung, nicht aber die materiellrechtliche Frage, in welcher Form eine Urkunde zuzustellen ist, regelt“.

15 Für beurkundete Erklärungen so allgemein BGH, Urteil vom 7.6.1995, VIII ZR 125/94, BGHZ 130, 71 und Palandt/*Ellenberger*, § 132 Rdnr. 2. Wegen BGH, Urteil vom 28.1.1993, IX ZR 259/91, BGHZ 121, 224 ist sogar zweifelhaft, ob der Zugang einer beglaubigten Abschrift bei Erklärungen, die der Schriftform bedürfen, ausreicht.

16 MünchKomm-ZPO/*Häublein*, 5. Aufl. 2016, § 192 Rdnr. 5.

17 *Brockmann*, MittBayNot 2015, 101, 108 f.

18 Rdnr. 37-39 der besprochenen Entscheidung; jurisPK-BGB/*Reymann*, 8. Aufl. 2017, § 2271 Rdnr. 20.2.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 16. Missbrauch der Vertretungsmacht bei Vornahme eines Insichgeschäfts durch den nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten GmbH-Geschäftsführer

BGH, Urteil vom 18.10.2017, I ZR 6/16 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Urteil vom 9.12.2015, 6 U 67/14)

BGB § 166 Abs. 1, § 181  
GmbHG § 37 Abs. 2

#### LEITSATZ:

**Eine unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht anzunehmende Unwirksamkeit eines von einem einzelvertretungsberechtigten GmbH-Geschäftsführer vorgenommenen Insichgeschäfts gemäß § 181 BGB, das zur Erfüllung einer Verbindlichkeit der GmbH, jedoch unter Verstoß gegen im Innenverhältnis zur GmbH bestehende Beschränkungen erfolgt, setzt voraus, dass das Insichgeschäft für die vertretene GmbH nachteilig ist.**

#### SACHVERHALT:

**1** Die Klägerin, eine GmbH, betrieb unter der Firma „media control GmbH“ ein Marktforschungsunternehmen. Sie war auf dem Gebiet der Chart-Erstellung und -Vermarktung sowie der Marktforschung in den Bereichen Musik, Kino, Buch, Video und PC tätig. Die Klägerin war Inhaberin der (...) eingetragenen Wortmarke Nr. 2087287 „Media Control“ sowie einer weiteren Wortmarke „Media Control“ Nr. 39612483 (...). Außerdem war die Klägerin Inhaberin der (...) registrierten IR-Marke Nr. 669096 „media control“.

**2** Alleiniger Gesellschafter der Klägerin war zunächst der Beklagte zu 2. Beginnend im Jahr 2003 verkaufte der Beklagte zu 2 schrittweise seine Geschäftsanteile an Unternehmen der G-Gruppe. Da er trotz der Übertragung der Geschäftsanteile die Kontrolle über das Zeichen „media control“ behalten wollte, kamen der Beklagte zu 2 und die G-Gruppe im Rahmen der Verhandlungen über die Anteilsübertragung überein, die Marken vor Vollzug des Unternehmenserwerbs aus der Klägerin herauszulösen und auf den Beklagten zu 2 oder eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu übertragen; die Klägerin sollte die Marken aber weiterhin nutzen dürfen.

**3** Vor diesem Hintergrund schlossen der Beklagte zu 2 und die Klägerin, letztere vertreten durch ihre alleinvertretungsberechtigte, jedoch nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin A am 26.8.2003 einen Markenlizenzvertrag, in dem der Beklagte zu 2 der Klägerin an den Klagemarken ein „ausschließliches, zeitlich nicht begrenztes und kostenloses Recht“ für den Chart-Bereich einräumte. Für den Fall der Übertragung der Marken nicht auf den Beklagten zu 2, sondern auf eine von ihm beherrschte Gesellschaft, verpflichtete sich der Beklagte zu 2, unverzüglich alle Maßnahmen zu ergreifen, damit diese Gesellschaft einen den Bedingungen des Vertrags entsprechenden Markenlizenzvertrag mit der Klägerin abschloss.

**4** In der Folgezeit sind die Marken der Klägerin auf die Beklagte zu 1, eine vom Beklagten zu 2 beherrschte GmbH & Co. KG übertragen worden. Neben dem Beklagten zu 2 war zu dieser Zeit Frau A einzelvertretungsberechtigte und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin der Komplementär-GmbH der Beklagten zu 1. Ein schriftlicher Markenlizenzvertrag zwischen der Beklagten



zu 1 und der Klägerin wurde in der Folgezeit nicht abgeschlossen. Die Klägerin benutzte das streitige Zeichen „media control“ allerdings über einen Zeitraum von rund zehn Jahren mit Wissen und Duldung der Beklagten. Sie hat geltend gemacht, diese Nutzung sei auf der Grundlage eines im Jahr 2005 konkludent zwischen der Beklagten zu 1 und der Klägerin abgeschlossenen Markenlizenzvertrags erfolgt (Markenlizenzvertrag 2005), der inhaltlich dem zwischen der Beklagten zu 2 und der Klägerin abgeschlossenen Markenlizenzvertrag aus dem Jahr 2003 (Markenlizenzvertrag 2003) entspreche.

**5** Die im Jahr 2003 begonnene schrittweise Veräußerung der Geschäftsanteile vom Beklagten zu 2 an die G-Gruppe endete mit der Übertragung der letzten Anteile im Februar 2013. Im Anschluss daran begann die Beklagte zu 1, in Konkurrenz zur Klägerin zu treten. Beginnend mit dem 18.7.2013 hat die Beklagte zu 1 mehrere außerordentliche, hilfsweise fristgemäße Kündigungen des Markenlizenzvertrags ausgesprochen (...). Zum 15.11.2013 ist der Beklagte zu 2 als Mitgeschäftsführer und Kommanditist aus der Beklagten zu 1 ausgeschieden. Einzige Kommanditistin und alleinige Geschäftsführerin der persönlich haftenden Gesellschafterin der Beklagten zu 1 ist seither Frau A.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**9** A. Das Berufungsgericht hat angenommen, die Beklagte zu 1 sei Inhaberin der Klagemarken. Ein zwischen ihr und der Klägerin konkludent geschlossener Markenlizenzvertrag sei wirksam gekündigt worden. Zur Begründung hat es ausgeführt:

**10** (...) Die Übertragung der Marken durch Frau A auf die Beklagte zu 1 im Wege des Insichgeschäfts sei wirksam. Die Übertragung sei zur Erfüllung der sich aus dem Anteilskaufvertrag ergebenden Verpflichtung der Klägerin erfolgt, die Klagemarken an den Beklagten zu 2 oder – nach dessen Wahl – an eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu übertragen. Die Übertragung sei auch wirksam. Frau A sei im Außenverhältnis zur Alleinvertretung der Klägerin berechtigt gewesen. Für eine Unwirksamkeit unter dem Gesichtspunkt des kollusiven Zusammenwirkens mit dem Beklagten zu 2 lägen keine Anhaltspunkte vor. Ein Missbrauch der Vertretungsmacht sei ebenfalls nicht gegeben. Ein solcher Missbrauch setzte bei einem im Streitfall vorliegenden Insichgeschäft ein Handeln zum Nachteil des Vertretenen voraus. Daran fehle es, weil die Markenübertragung in Erfüllung einer Verbindlichkeit der Klägerin erfolgt sei.

**11** Über die Nutzung der Klagemarken sei allerdings zwischen der Klägerin und der Beklagten zu 1 jedenfalls konkludent im Jahr 2005 ein Lizenzvertrag zustande gekommen, der inhaltlich dem zwischen der Klägerin und dem Beklagten zu 2 am 26.8.2003 geschlossenen Markenlizenzvertrag entspreche. (...)

**12** B. Gegen diese Beurteilung wendet sich die Revision der Klägerin ohne Erfolg.

**19** aa) Das Berufungsgericht hat angenommen, der wirksamen Übertragung der Klagemarken von der Klägerin an die Beklagte zu 1 stehe nicht entgegen, dass diese Übertragung nach dem Vortrag der Klägerin durch die auf beiden Seiten handelnde Frau A im Wege des Insichgeschäfts vorgenommen worden sei. Frau A sei von 2003 bis Mitte 2013 einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der Klägerin und außerdem seit 2003 einzelvertretungsberechtigte Geschäfts-

führerin der Komplementärin der Beklagten zu 1 gewesen. Der Umstand, dass sie – anders als bei der Komplementärin der Beklagten zu 1 – bei der Klägerin nicht von der Beschränkung des § 181 BGB befreit gewesen sei, habe nicht zur schwebenden Unwirksamkeit der Markenübertragung geführt. Die Übertragung sei ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit erfolgt. Aufgrund des Anteilskaufvertrags vom 24.6.2003 sei die Klägerin verpflichtet gewesen, die Klagemarken an den Beklagten zu 2 oder – nach dessen Wahl – an eine von ihm beherrschte Gesellschaft zu übertragen. Diese Verpflichtung habe Frau A erfüllt. Diese Beurteilung wird von der Revision nicht angegriffen und lässt auch keinen Rechtsfehler erkennen.

**20** bb) Entgegen der Ansicht der Revision steht der Wirksamkeit der Übertragungsvereinbarung nicht entgegen, dass Frau A als Geschäftsführerin der Klägerin zwar im Außenverhältnis zur Alleinvertretung berechtigt war, die für die vorliegende Markenübertragung im Innenverhältnis erforderliche Zustimmung eines weiteren Geschäftsführers der Klägerin vom Berufungsgericht aber nicht festgestellt worden ist. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass eine eventuelle Beschränkung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis die Wirksamkeit der Markenübertragung unberührt gelassen hat.

**21** (1) Frau A war im hier maßgeblichen Zeitraum einzelvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der Klägerin und damit gemäß § 35 Abs. 1 GmbHG zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Klägerin befugt. Der Umstand, dass sie aufgrund einer Regelung im Geschäftsführerdienstvertrag der Zustimmung eines weiteren Geschäftsführers benötigte, wenn es – wie im Streitfall – um den Abschluss eines Vertrags mit einer Gesellschaft ging, an der der Beklagte zu 2 mehrheitlich beteiligt war, hatte gemäß § 37 Abs. 2 GmbHG keine rechtliche Wirkung im Außenverhältnis zur Beklagten zu 1. Die Bestimmung des § 37 Abs. 2 GmbHG ist Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretungsbefugnis klare Verhältnisse erfordert. Wer einen Vertrag mit der GmbH abschließen will, braucht sich deshalb grundsätzlich nicht darum zu kümmern, ob der Geschäftsführer die sich aus dem Innenverhältnis ergebenden Schranken seiner Befugnis einhält. Nachforschungen hierüber sollen dem redlichen Geschäftsverkehr erspart bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 5.12.1983, II ZR 56/82, NJW 1984, 1461, 1462; Urteil vom 23.6.1997, II ZR 353/95, NJW 1997, 2678).

**22** (2) Die im Interesse des Verkehrsschutzes angeordnete rechtliche Unbeachtlichkeit von Beschränkungen der Vertretungsbefugnis gegenüber dem Vertragspartner gilt jedoch nicht ausnahmslos. Das Vertrauen des Geschäftspartners auf den Bestand des Geschäfts ist vielmehr nicht schutzwürdig, wenn er weiß oder es sich ihm geradezu aufdrängen muss, dass der Geschäftsführer seine Vertretungsmacht missbraucht. In einem solchen Fall des Missbrauchs der Vertretungsmacht kann er aus dem formal durch die Vertretungsmacht des Geschäftsführers gedeckten Geschäft keine vertraglichen Rechte oder Einwendungen herleiten (vgl. BGH, NJW 1984, 1461, 1462; NJW 1997, 2678). Dabei ergibt sich die Begrenzung des in § 37 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zum Aus-

druck kommenden Verkehrsschutzes allein aus der fehlenden Schutzbedürftigkeit des bösgläubigen Geschäftspartners. Die Versagung des Verkehrsschutzes unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht setzt nicht zusätzlich voraus, dass Geschäftsführer und Vertragspartner zum Nachteil der Gesellschaft handeln (vgl. BGH, Beschluss vom 10.4.2006, II ZR 337/05, NJW 2006, 2776 Rdnr. 2 f.).

**23** (3) Entgegen der Ansicht der Revision sind diese Grundsätze nicht uneingeschränkt auf die im Streitfall vorliegende Konstellation anzuwenden, in der ein Insichgeschäft gemäß § 181 BGB in Rede steht.

**24** Da es gemäß § 166 Abs. 1 BGB für das Kennen und das Kennenmüssen nicht auf die Person des Vertretenen, sondern auf die Person des Vertreters ankommt, ist bei einem auf beiden Seiten durch einen Vertreter abgeschlossenen Insichgeschäft aufseiten des Vertragspartners stets positive Kenntnis von einem eventuellen Verstoß gegen interne Begrenzungen der Vertretungsmacht des Geschäftsführers gegeben. In diesen Fällen wäre bei einer uneingeschränkten Anwendung der dargestellten Grundsätze des für den Geschäftspartner offensichtlichen Missbrauchs der Vertretungsmacht stets von einer Unwirksamkeit auszugehen. Damit käme allerdings in diesen Fällen – entgegen der Wertentscheidung des § 181 BGB – ein Insichgeschäft auch dann nicht in Betracht, wenn es ausschließlich in der Erfüllung einer die Gesellschaft treffenden Verbindlichkeit besteht und daher die Gesellschaft ohnehin nach Treu und Glauben gehalten wäre, das schwebend unwirksame Geschäft entsprechend § 177 Abs. 1 BGB zu genehmigen (Einrede des *dolo agit qui petit quod statim redditures est*; vgl. BGH, Urteil vom 29.9.1989, V ZR 1/88, BGHZ 108, 380, 384 f.; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 76. Aufl., § 242 Rdnr. 52).

**25** Dementsprechend setzt eine Unwirksamkeit eines Insichgeschäfts gemäß § 181 BGB unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht nach ständiger Rechtsprechung des BGH voraus, dass das Insichgeschäft für den Vertretenen nachteilig ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.2.2002, II ZR 374/00, NJW 2002, 1488; Urteil vom 28.1.2014, II ZR 371/12, WM 2014, 628 Rdnr. 10 m. w. N.; Palandt/*Ellenberger*, a. a. O., § 164 Rdnr. 14; Staudinger/*Schilken*, Neub. 2014, § 164 Rdnr. 93; Erman/*Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl., § 167 Rdnr. 71; Baumbach/*Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 21. Aufl., § 37 Rdnr. 45 Fn. 108; MünchKomm-BGB/*Schubert*, 7. Aufl., § 164 Rdnr. 212; vgl. auch *Vedder*, Missbrauch der Vertretungsmacht, 2007, S. 119, der ein Handeln des Vertreters entgegen den Interessen des Vertretenen fordert).

**26** Von diesen Grundsätzen ist das Berufungsgericht zutreffend ausgegangen. Es hat mit Recht angenommen, dass ein Missbrauch der Vertretungsmacht bei einem Insichgeschäft ein Handeln zum Nachteil des Vertretenen voraussetzt.

**27** Das Berufungsgericht ist außerdem zutreffend davon ausgegangen, dass die Übertragung der Marken auf die Beklagte zu 1 die Klägerin nicht benachteiligte, weil die Übertragung in Erfüllung einer Verbindlichkeit der Klägerin erfolgt sei. (...)

**28** 4. Die Beklagte hat die Bezeichnung „media control“ im Streitfall i. S. d. § 14 Abs. 2 MarkenG ohne Zustimmung des Markeninhabers verwendet. Eine Zustimmung ergibt sich

nicht aus einem zwischen der Beklagten zu 1 und der Klägerin bestehenden Markenlizenzvertrag. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Beklagte zu 1 den konkludent mit der Klägerin geschlossenen Markenlizenzvertrag wirksam ordentlich zum 18.1.2014 gekündigt hat.

(...)

## 17. Auffüllung der Kommanditeinlage durch Rückzahlung zuvor gewährter Ausschüttungen

BGH, Urteil vom 10.10.2017, II ZR 353/15 (Vorinstanz: LG Hamburg, Urteil vom 6.11.2015, 418 HKS 4/15)

*HGB § 110 Abs. 1, § 171 Abs. 1 und 2, § 172 Abs. 4 Satz 1 InsO § 38*

*ZPO § 308 Abs. 1 Satz 1, § 528*

### LEITSÄTZE:

1. Behält sich eine Kommanditgesellschaft die erneute Einforderung der an einen Kommanditisten zurückgezahlten Einlage vor, indem sie den Zahlungsvorgang ungeachtet des Fehlens darlehensstypischer Regelungen, insbesondere zur Verzinsung, als Darlehensgewährung bezeichnet, so stellt sich die spätere Rückzahlung des vermeintlichen Darlehens als erneute Einzahlung der Einlage dar.
2. Ein Kommanditist, der seine Einlage durch eine Zahlung an die Gesellschaft wieder auffüllt, ohne hierzu rechtlich verpflichtet zu sein, erlangt durch diesen Vorgang keinen Ersatzanspruch aus § 110 Abs. 1 HGB, der im Insolvenzverfahren über das Vermögen der Gesellschaft als Insolvenzforderung zur Tabelle angemeldet werden kann.

## 18. Übergang von der UG zur Voll-GmbH durch Kapitalerhöhung

OLG Celle, Beschluss vom 12.12.2017, 9 W 134/17

*GmbHG § 5a Abs. 5*  
*AktG § 26 Abs. 5*  
*FamFG § 70 Abs. 2*

### LEITSÄTZE:

1. Der Übergang von der UG zur Voll-GmbH durch Kapitalerhöhung stellt keinen Fall der Gründung eines Rechtsträgers dar, weil das Rechtssubjekt bereits existiert.
2. Daher können die mit der Kapitalerhöhung verbundenen Kosten nicht als „Gründungs“-aufwand auf die GmbH abgewälzt werden.

•

## 19. Anmeldung der Sitzverlegung einer im vereinfachten Verfahren mit Musterprotokoll errichteten GmbH

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.8.2017, 11 W 73/17 (Wx)

*GmbHG § 2 Abs. 1a, §§ 53, 54 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2*

### LEITSÄTZE:

1. Nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG muss der Anmeldung der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrags beigefügt werden, wobei der Satzungstext im Interesse des Rechtsverkehrs, der auf die Richtigkeit der Handelsregistereinträge vertrauen kann, inhaltlich zutreffend sein muss. Dieses gilt auch bei mithilfe des Musterprotokolls errichteten Gesellschaften, da über § 2 Abs. 1a GmbHG lediglich die Gründung mithilfe des Musterprotokolls, nicht aber spätere Änderungen erfasst sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Bei der Sitzverlegung einer mit Musterprotokoll errichteten Gesellschaft genügt es nicht den Anforderungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, wenn zur Anmeldung der Sitzverlegung das vollständige Gründungsprotokoll vorgelegt wird, in dem lediglich der Ort des Sitzes ausgetauscht wurde. Dies würde den Anschein erwecken, die Gesellschaft sei bereits am Ort des neuen Sitzes gegründet worden, wodurch eine inhaltlich falsche Aussage entstünde. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Kann keine in sich widerspruchsfreie neue Fassung der Satzung hergestellt werden, muss die Satzung zwar nicht vollständig neu beschlossen werden. Es bedarf aber eines gesonderten Gesellschafterbeschlusses bezüglich der Anpassung der Satzung. (Leitsatz der Schriftleitung)

## 20. Beendigung einer AG – endgültige Aufgabe des Gründungswillens

OLG München, Urteil vom 9.8.2017, 7 U 2663/16

*AktG § 30 Abs. 4, § 36 Abs. 1, § 41 Abs. 1 Satz 1, §§ 48, 80 Abs. 3 Satz 5, §§ 108, 110, 112*  
*BGB §§ 275, 286 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, §§ 288, 313 Abs. 3 Satz 1 und 2, §§ 326, 626*

### LEITSÄTZE:

1. Mit der notariellen Beurkundung der Gründung einer AG kommt eine sog. Vor-AG zustande, bei der es sich um eine juristische Person eigener Art handelt, die – nach allgemeiner Ansicht jedenfalls für mit der Gründung zusammenhängende Rechtsgeschäfte – rechtsfähig ist und insoweit durch ihre (aktienrechtlichen) Organe, also Vorstand und Aufsichtsrat vertreten wird. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die Vor-AG wird – wie die spätere AG – gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG durch den Aufsichtsrat vertreten. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Einpersonen-Vor-AG endet, wenn der Gründer seinen Gründungswillen endgültig aufgibt. Aus Gründen der Klarheit der Vermögenszuordnung ist die endgültige Aufgabe des Gründungswillens jedoch kein reines Internum. Vielmehr bedarf es für die Beendigung der Vor-AG eines (nicht notwendig rechtsgeschäftlichen) nach außen erkennbaren Anknüpfungspunktes für die Aufgabe des Gründungswillens.
4. In diesem Fall geht das Vermögen der Einpersonen-Vor-AG ipso iure auf den Gründer über, ohne dass es einer Liquidation bedürfte. Aus einem bereits abgeschlossenen Vorstandsdienstvertrag mit einem Dritten ist daher der Gründer berechtigt und verpflichtet.
5. Je nach den Umständen des Falles kann aber eine Anpassung der Laufzeit des Vorstandsdienstvertrages nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht kommen.

### SACHVERHALT:

1 A. Der Kläger macht gegen den Beklagten Ansprüche auf Vergütung bzw. Schadensersatz aus einem Vorstandsdienstvertrag geltend.

2 Die Parteien sind Rechtsanwälte. Der Beklagte betreibt und betrieb im streitgegenständlichen Zeitraum seine Kanzlei in der Rechtsform einer GmbH unter der Firma „L Rechtsanwalts-gesellschaft mbH“. Die Parteien kamen ursprünglich über eine Stellenanzeige für die GmbH in Kontakt. In der Folgezeit entwickelten sie das Projekt einer Rechtsanwalts-AG mit dem Beklagten als alleinigem Gründer und dem Kläger als alleinigem Vorstand.

3 Am 21.7.2014 trafen sich die Parteien und die als Aufsichtsräte vorgesehenen Herren G und F in den Räumen des Notariats. Der Beklagte erklärte zur Urkunde des Notars die Gründung der L Rechtsanwalts-AG. Die Satzung der AG wurde als Anlage zur Gründungsurkunde genommen. Ferner bestellte der Beklagte den ersten Aufsichtsrat der Gesellschaft, bestehend aus sich selbst als Vorsitzendem sowie den Herren G und F. Der Aufsichtsrat bestellte sodann den Kläger zum ersten Vorstand der Gesellschaft auf die Dauer eines Jahres.

**4** Am selben Tag unterzeichneten der Kläger sowie die drei Mitglieder des Aufsichtsrats in den Räumen des Notariats den Vorstandsdienstvertrag mit der Laufzeit von 1.7.2014 bis zum 30.6.2015. Die Gesellschaft wird darin als „L Rechtsanwaltsaktiengesellschaft“ bezeichnet. Ob die Unterzeichnung dieses Dienstvertrages kurz vor oder kurz nach der Unterzeichnung der Gründungsurkunde erfolgte, ist zwischen den Parteien streitig. In der Folgezeit kam es zur Unterzeichnung eines weiteren Vorstandsdienstvertrages, der bis auf die Bezeichnung der Gesellschaft als „L Rechtsanwälte Aktiengesellschaft“ mit dem Vertrag vom 21.7.2014 inhaltsgleich ist und der vom Kläger und vom Beklagten am 29.7.2014, vom Aufsichtsratsmitglied G am 1.8.2014 und vom Aufsichtsratsmitglied F am 22.8.2014 unterschrieben wurde.

**5** Eine Einzahlung des Beklagten auf das Grundkapital der AG erfolgte nicht. Zu einer Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister kam es nicht. Der Kläger hat keine Zahlungen auf die vereinbarte Vorstandsvergütung erhalten.

**6** Mit Schreiben vom 14.11.2014 bzw. 2.2.2015 kündigte Rechtsanwältin K namens des Beklagten den Vorstandsdienstvertrag wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage bzw. wegen behaupteter verbotener Konkurrenzfähigkeit des Klägers (2.2.2015). Die Voraussetzungen einer formalen Wirksamkeit dieser Kündigungen (Zugang, Vollmacht) sind zwischen den Parteien streitig. Am 4.2.2015 kündigte der Kläger seinerseits das Dienstverhältnis wegen Nichtzahlung der vereinbarten Vergütung.

**9** Das LG hat den Zahlungsanträgen des Klägers stattgegeben. (...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**10** B. Die Berufung des Beklagten hat zum Teil Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das LG angenommen, dass der Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger die vereinbarte Vergütung aus dem Vorstandsdienstvertrag vom 21.7.2014 zu bezahlen. Die Laufzeit des Vertrages bedarf jedoch der Anpassung nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage, sodass im Ergebnis die Vergütung vom Vertragsbeginn am 1.7.2014 bis einschließlich Dezember 2014 als geschuldet anzusehen ist.

**11** I. Der Vorstandsdienstvertrag vom 21.7.2014 kam wirksam zwischen dem Kläger und der L Rechtsanwälte AG in Gründung zustande.

**12** 1. Mit der notariellen Beurkundung der Gründung der L Rechtsanwälte AG am 21.7.2014 kam eine sog. Vor-AG zustande (vgl. Spindler/Stilz/Heidinger, AktG, 3. Aufl., § 41 Rdnr. 25 ff.; Schmidt/Lutter/Drygala, AktG, § 41 Rdnr. 4 f.; Bürgers/Körper/Körper, AktG, 4. Aufl., § 41 Rdnr. 5; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 41 Rdnr. 4). Es handelt sich um eine juristische Person eigener Art, die – nach allgemeiner Ansicht jedenfalls für mit der Gründung zusammenhängende Rechtsgeschäfte – rechtsfähig ist und insoweit durch ihre (aktienrechtlichen) Organe, also Vorstand und Aufsichtsrat vertreten wird (vgl. zum Beispiel Spindler/Stilz/Heidinger, a. a. O., Rdnr. 27, 55; Schmidt/Lutter/Drygala, a. a. O., Rdnr. 6; Bürgers/Körper/Körper, a. a. O., Rdnr. 11). Die Tatsache, dass es sich um eine Einpersonengründung handelte, rechtfertigt keine andere Beurteilung (vgl. die Nachweise bei Hüffer/Koch, a. a. O., Rdnr. 17a ff.).

**13** Die Vor-AG konnte einen Vorstandsdienstvertrag mit dem Kläger schließen (vgl. BGH, Urteil vom 14.6.2004, II ZR 47/02, juris Rdnr. 7 ff.). Dies gilt auch dann, wenn man ihr nur (Teil-)Rechtsfähigkeit für Gründungsgeschäfte zubilligen wollte.

Denn ein Vorstandsdienstvertrag fällt nach Auffassung des Senats in diese Kategorie. Dies ergibt sich aus Folgendem.

**14** Um zur AG zu erstarken, bedarf die Vor-AG der Eintragung ins Handelsregister (§ 41 Abs. 1 Satz 1 AktG). Hierzu bedarf es der Anmeldung der Gesellschaft, bei welcher der Vorstand mitzuwirken hat (§ 36 Abs. 1 AktG). Der organschaftliche Akt der Bestellung eines Vorstandes ist daher in der Gründungsphase nicht nur möglich, sondern sogar zwingend erforderlich (vgl. auch § 30 Abs. 4 AktG). Da dem somit erforderlichen Vorstand nicht angesonnen werden kann, ohne Regelung seines Dienstverhältnisses zur Gesellschaft tätig zu werden (so auch BGH, Urteil vom 14.6.2004, a. a. O., Rdnr. 12), fällt damit auch der Abschluss eines Vorstandsdienstvertrages in den Kreis der im Gründungsstadium möglichen Rechtsgeschäfte einer Vor-AG.

**15** 2. Der Vorstandsdienstvertrag vom 21.7.2014 kam zwischen dem Kläger und der Vor-AG wirksam zustande.

**16** a) Die Vor-AG wird – wie die spätere AG – gegenüber dem Vorstand nach § 112 AktG durch den Aufsichtsrat vertreten (vgl. auch BGH, Urteil vom 14.6.2004, a. a. O., Rdnr. 8). Der Vorstandsdienstvertrag wurde von allen drei Aufsichtsratsmitgliedern einschließlich des Beklagten unterschrieben.

**17** Zu Unrecht wendet der Beklagte ein, dass es an einer wirksamen Einberufung des Aufsichtsrats und an einer wirksamen Beschlussfassung gefehlt habe. Die Unterschriften unter den Vorstandsdienstvertrag erfolgten in den Räumen des Notariats in engem sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Gründungsakt und der ersten Aufsichtsratsbestellung. Zu diesem Zweck waren der Kläger als potenzieller Vorstand, der Beklagte als Gründer und potenzieller Aufsichtsratsvorsitzender und die weiteren potenziellen Aufsichtsratsmitglieder F und G zusammen gekommen, um die mit der Gründung zusammenhängenden Angelegenheiten (Beurkundung, Aufsichtsratsbestellung, Vorstandsbestellung, Vorstandsdienstvertrag) zu erledigen. Vor diesem Hintergrund hält es der Senat für eine leere und auch durch die Formenstrenge des Aktienrechts nicht gebotene Förmelerei, wenn für die Bestellung des Vorstandes und den Abschluss des Vorstandsdienstvertrages noch eine förmliche Einberufung des Aufsichtsrats (§ 110 AktG) und ein förmlich protokollierter Beschluss (§ 108 AktG) gefordert würden.

**18** b) Im Ergebnis zu Recht hat das LG offen gelassen, ob der Vorstandsdienstvertrag kurz vor oder kurz nach der Beurkundung der AG unterschrieben wurde. Nach Auffassung des Senats stellen sich beide Akte als einheitliches Geschehen im Rahmen des Gründungsvorgangs dar und sind daher aus rechtlicher Sicht zeitgleich erfolgt. Es entspräche weder dem Willen der Beteiligten noch wäre es aus Gründen der Rechtsklarheit erforderlich, die Wirksamkeit des Vorstandsdienstvertrages von der Zufälligkeit abhängig zu machen, welches der beiden Dokumente (Gründungsakt, Vorstandsdienstvertrag) kurz vor dem anderen unterschrieben wurde.

**19** c) Der Wirksamkeit des Vertrages steht nicht entgegen, dass er auf eine L Rechtsanwaltsaktiengesellschaft lautet, während sich die Gründungsurkunde auf eine L Rechtsanwälte Aktiengesellschaft bezieht. Es kann kein Zweifel daran bestehen, dass die Vertragsschließenden den Vertrag zwischen



dem Kläger und der an diesem Tag gegründeten Gesellschaft zustande bringen wollten: *falsa demonstratio non nocet*.

**20** 3. Auf den erneut mit demselben Inhalt, aber nunmehr unter der richtigen Firma L Rechtsanwälte Aktiengesellschaft geschlossenen Vorstandsdiensvertrag vom 29.7./1.8./22.8.2014 kommt es somit nicht an. Aber auch dieser wäre wirksam.

**21** a) Der Vertrag trägt die Unterschriften des Klägers und aller drei Aufsichtsratsmitglieder. Da die Satzung der Gesellschaft in § 16 Abs. 1 Satz 2 die schriftliche Beschlussfassung im Umlaufverfahren vorsieht, konnte der Vertrag auch auf diese Weise geschlossen werden.

**22** b) Unzutreffend ist der Einwand des Beklagten, dass bei der Unterschrift des letzten Aufsichtsratsmitglieds am 22.8.2014 die Vor-AG nicht mehr bestand und folglich auch nicht wirksam vertreten werden konnte.

**23** Eine Vor-AG kann auf zwei Arten enden. Mit Eintragung ins Handelsregister endet sie als solche und erstarkt zur Aktiengesellschaft (vgl. zum Beispiel Spindler/Stilz/Heidinger, a. a. O., Rdnr. 23). Sie endet aber auch mit endgültigem Scheitern der Eintragung, weil dann ihr Zweck nicht mehr erreicht werden kann (Spindler/Stilz/Heidinger, a. a. O., Rdnr. 41; im Ergebnis ebenso, aber mit anderer Begründung MünchKomm-AktG/Pentz, § 41 Rdnr. 41). Neben dem Fall der bestandskräftigen Ablehnung der Eintragung (vgl. zum Beispiel MünchKomm-AktG/Pentz, a. a. O.) ist dies anzunehmen, wenn der oder die Gründer ihren Gründungs- bzw. Eintragungswillen endgültig aufgeben (Spindler/Stilz/Heidinger, a. a. O., Rdnr. 41; Bürgers/Körber/Körber, a. a. O., Rdnr. 44).

**24** Diese endgültige Aufgabe des Gründungswillens ist jedoch bei der Einpersonen-Vor-AG ein reines Internum, welches aus Gründen der Klarheit der Vermögenszuordnung eines in irgendeiner Form (nicht notwendig rechtsgeschäftlich) nach außen zu Tage tretenden Anknüpfungspunktes bedarf, um die Rechtsfolge der Beendigung der Vor-AG auszulösen. Einen solchen Anknüpfungspunkt sieht der Senat erst im Schreiben des Beklagten an den Kläger vom 27.8.2014, in welchem der Beklagte die Aufgabe des Eintragungswillens kundtut. Noch im Schreiben vom 20.8.2014 hat der Beklagte zwar erwogen, das Projekt zu stoppen, war hierzu aber noch nicht endgültig entschlossen, wie sich daraus ergibt, dass er den Kläger aufforderte, seine Arbeit aufzunehmen, anderenfalls er sich um Ersatz kümmern werde. Auch aus dem Schreiben des Beklagten an den Kläger vom 26.8.2014 ergibt sich keine endgültige Aufgabe des Gründungswillens, weil dort zwar einerseits vom Entschluss, das Projekt zu stoppen, die Rede ist, andererseits aber „eine Lösung am runden Tisch“ gesucht werden sollte. Auf der Basis des vorliegenden Prozessstoffes ist daher davon auszugehen, dass die Vor-AG am 22.8. noch existierte und verpflichtet werden konnte.

**25** II. Die Vor-AG endete wie dargestellt am 27.8.2014 durch (nach außen dokumentierte) Aufgabe des Eintragungswillens seitens des Beklagten als Alleingründer. Damit fiel das Vermögen der Vor-AG ipso iure dem Beklagten als alleinigem Gründer an, ohne dass es eines Liquidationsaktes bedurft hätte (MünchKomm-AktG/Pentz, a. a. O., Rdnr. 81; im Ergebnis ebenso Spindler/Stilz/Heidinger, a. a. O., Rdnr. 127; Bürgers/Körber/Körber, a. a. O., Rdnr. 44; Hüffer/Koch, a. a. O.,

Rdnr. 17d). Das hat zur Folge, dass ab dem 27.8.2014 der Beklagte aus dem Vorstandsdiensvertrag berechtigt und verpflichtet war, also dem Kläger die vereinbarte Vergütung schuldete.

**26** Dass der Kläger in der Folgezeit keine Vorstandsdiensleistungen leistete und dies auch nicht konnte, da die Gesellschaft, zu deren Vorstand er bestellt war, nicht mehr existierte, ändert nach dem Rechtsgedanken des § 615 BGB an seinem grundsätzlich bestehenden Vergütungsanspruch nichts. Unmöglichkeit im Rechtssinne (§§ 275, 326 BGB) liegt nicht vor. Der Kläger hätte seinem nunmehrigen Vertragspartner, also dem Beklagten, Dienste leisten können. Insoweit ist die Lage nicht substantiell anders als bei einem wirksam als Organ abberufenen Vorstand (vgl. § 80 Abs. 3 Satz 5 AktG). Als Reaktion auf das Scheitern der Gründung kommt nur eine Anpassung der Vertragslaufzeit nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht (dazu unten IV.).

**27** III. Die von Rechtsanwältin K namens des Beklagten ausgesprochenen Kündigungen des Vorstandsdiensvertrages vom 4.11.2014 bzw. 2.2.2015 gingen mangels Kündigungsgrundes ins Leere. Auf die Frage der formellen Wirksamkeit dieser Kündigungen kommt es daher nicht an.

**28** 1. Die Kündigung vom 4.11.2014 wurde auf § 313 BGB gestützt. Hiernach ist eine Kündigung aber nur als ultima ratio möglich, wenn eine Vertragsanpassung ausscheidet (§ 313 Abs. 3 Satz 1, 2 BGB). Vorliegend kommt jedoch eine Vertragsanpassung in Form einer zeitlichen Anpassung des befristeten Dienstverhältnisses in Betracht (dazu unten IV.).

**29** 2. Die Kündigung vom 2.2.2015 wurde auf § 626 BGB wegen Konkurrenzfähigkeit des Klägers gestützt. Zwar enthält § 8 Abs. 1 des Vorstandsdiensvertrages ein Wettbewerbsverbot. Nach den Feststellungen im unstreitigen Tatbestand des landgerichtlichen Urteils nahm der Kläger eine selbstständige anwaltliche Tätigkeit erst nach seiner eigenen Kündigung im Februar 2015 auf. Zu dieser Zeit war eine Konkurrenz zur Vor-AG nicht mehr möglich, da diese nicht mehr existierte. Da der Vertrag nunmehr zwischen dem Kläger und dem Beklagten bestand, war dem Kläger also verboten, dem Beklagten Konkurrenz zu machen. Dies war schon deshalb unmöglich, weil der Beklagte als natürliche Person nicht als selbstständiger Rechtsanwalt tätig ist (sondern nur als Geschäftsführer der L Rechtsanwälte GmbH). Gegenüber der GmbH als eigenständiger Rechtspersönlichkeit enthält der Vorstandsdiensvertrag kein Konkurrenzverbot.

**30** Im Übrigen ging die Kündigung vom 2.2.2015 nach den Ausführungen sogleich unter IV. auch aus zeitlichen Gründen ins Leere.

**31** IV. Der Vertrag zwischen den Parteien endete nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage am 31.12.2014.

**32** 1. Die Vertragsschließenden gingen bei Vertragsschluss davon aus, dass die AG durch Eintragung ins Handelsregister entstehen oder zumindest die Vorgesellschaft fortbestehen würde. Denn ansonsten hätte der Abschluss des Vorstandsdiensvertrages keinen Sinn gemacht. Mit dem Ende der Vor-AG haben sich damit die dem Vertrag zugrunde gelegten

Umstände schwerwiegend geändert und ist damit die Geschäftsgrundlage für den Vorstandsdiensvertrag i. S. v. § 313 Abs. 1 BGB entfallen.

**33** 2. Das Risiko des Scheiterns der Gründung fiel dabei in die Risikosphäre beider Parteien.

**34** a) Naturgemäß war es dem Beklagten als alleinigem Gründer unbenommen, das Projekt nach seinem Belieben zu stornieren, allerdings nur um den Preis der Tatsache, dass er aus bereits eingegangenen Verbindlichkeiten der Vor-AG nunmehr selbst verpflichtet war.

**35** Keine Rolle spielen in diesem Zusammenhang die vom Beklagten gegen den Kläger erhobenen Vorwürfe. Der Kläger war als Vorstand verpflichtet, vom Beklagten die Einzahlung des Grundkapitals einzufordern (vgl. auch § 48 AktG). Auch hat er zu Recht auf seine Insolvenzantragspflicht hingewiesen, da die Vor-AG vor Einzahlungen auf das Grundkapital vermögenslos war und bereits Verbindlichkeiten (jedenfalls aus dem Vorstandsdiensvertrag) bestanden. Schließlich hatte er als Vorstand die Gesellschaft in eigener Verantwortung, also unabhängig von Weisungen des Beklagten zu leiten (§ 76 Abs. 1 AktG). Dass der Beklagte sich hierdurch möglicherweise in „seiner eigenen“ Kanzlei „entmachtet“ fühlte, ändert nichts daran, dass die Aufgabe des Eintragungswillens zunächst in seine Risikosphäre fällt.

**36** b) Allerdings fällt das Scheitern der Gründung auch in die Risikosphäre des Klägers. Denn er hat sich als Organ einer im Werden befindlichen juristischen Person bestellen lassen, ohne sicher sein zu können, ob die Gründung erfolgreich zum Abschluss kommen würde (in diese Richtung auch – in anderem Zusammenhang – BGH, Urteil vom 22.6.2004, a. a. O., Rdnr. 13). Dieser Befund rechtfertigt zwar keinen vollständigen Wegfall der Vergütungsansprüche des Klägers ab dem Erlöschen der Vor-AG, erlaubt es aber, ihn am Risiko des Scheiterns der Gründung zu beteiligen.

**37** 3. Aufgrund der dargestellten Risikoverteilung und der Tatsache, dass für Vorstandsdienste kein Raum mehr war, ist dem Beklagten das unveränderte Festhalten am Vorstandsdiensvertrag nicht zuzumuten. Hätten die Parteien an die Möglichkeit des Scheiterns der Gründung gedacht, hätte dies redlicherweise einen der dargestellten Risikoverteilung Rechnung tragenden Niederschlag in dem Vorstandsdiensvertrag gefunden. Bei der hiernach gebotenen Vertragsanpassung hat sich der Senat an der Regelung des § 621 Nr. 4 BGB orientiert. Er sieht eine den Interessen beider Vertragsparteien am ehesten gerecht werdende Regelung der Laufzeit des befristeten Vertrages in der gesetzgeberischen Wertung, für welchen Zeitpunkt die ordentliche Kündigung eines unterstellt unbefristeten Dienstverhältnisses möglich gewesen wäre.

**38** In § 3 Abs. 1 des Dienstvertrages ist die Vergütung nach Jahren bemessen. Hiernach hätte ein unbefristetes Dienstverhältnis binnen sechs Wochen zum Quartalsende gekündigt werden können. Da die Gründung der AG mit Aufgabe des Eintragungswillens am 27.8.2014 scheiterte, ergibt sich somit ein Ende des Dienstvertrages zum 31.12.2014.

(...)

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 21. Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen und Europäisches Nachlasszeugnis – Zugewinnausgleich

EuGH, Urteil vom 1.3.2018, C-558/16

AEUV Art. 267

VO (EU) Nr. 650/2012 Art. 1 Abs. 1

BGB § 1371 Abs. 1, § 1931 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Art. 1 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses ist dahin auszulegen, dass eine nationale Bestimmung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, wonach beim Tod eines Ehegatten ein pauschaler Zugewinnausgleich durch Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten vorzunehmen ist, in den Anwendungsbereich der Verordnung fällt.**

#### SACHVERHALT:

(...)

**20** Am 29.8.2015 verstarb Herr Mahnkopf. Zum Zeitpunkt seines Todes war er mit Frau Mahnkopf verheiratet. Beide Ehegatten besaßen die deutsche Staatsangehörigkeit und hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Berlin. Die einzigen Erben des Verstorbenen, der keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen hatte, waren dessen Ehefrau und der gemeinsame Sohn des Paares.

**21** Die Ehegatten lebten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft und hatten keinen Ehevertrag abgeschlossen. Zum Nachlass des Verstorbenen gehört neben Vermögenswerten in Deutschland auch ein hälftiger Miteigentumsanteil an einem Grundstück in Schweden.

**22** Auf Antrag von Frau Mahnkopf erteilte das für die Herr Mahnkopf betreffende Erbsache zuständige AG Schöneberg (Deutschland) am 30.5.2016 einen nationalen Erbschein, wonach die ihn überlebende Ehefrau und der Abkömmling den Erblasser aufgrund der nach deutschem Recht geltenden gesetzlichen Erbfolge den Erblasser jeweils zur Hälfte beerbten. Das vorlegende Gericht führt aus, dass sich der der Ehegattin zugesprochene Erbteil aus der Anwendung des § 1931 Abs. 1 BGB ergebe, wonach der dem überlebenden Ehegatten zustehende gesetzliche Erbteil von einem Viertel um ein Viertel erhöht wird, wenn die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft nach § 1371 Abs. 1 BGB gelebt haben.

**23** Am 16.6.2016 beantragte Frau Mahnkopf bei einem Notar auch die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nach der Verordnung Nr. 650/2012, in dem nach der gesetzlichen Erbfolge des nationalen Rechts ebenfalls sie und ihr Sohn als Miterben je zur Hälfte ausgewiesen sein sollten. Dieses Nachlasszeugnis wollte sie für die Umschreibung ihrer Eigentümerstellung an dem in Schweden gelegenen Grundstück verwenden. Der Notar legte Frau Mahnkopfs Antrag dem AG Schöneberg vor.

**24** Dieses wies den Antrag auf Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit der Begründung zurück, dass das Erbteil der Ehegattin des Verstorbenen, was ein Viertel des Nachlasses ange-

he, auf erbrechtlichen Bestimmungen beruhe und, was ein anderes Viertel des Nachlasses betreffe, auf der güterrechtlichen Regelung des § 1371 Abs. 1 BGB. Die Vorschrift, aufgrund derer dieses zuletzt genannte Viertel zugesprochen worden sei, gehöre jedoch zum ehelichen Güterrecht und nicht zum Erbrecht. Sie falle daher nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 650/2012.

**25** Frau Mahnkopf legte gegen diese Entscheidung Beschwerde beim KG (Berlin, Deutschland) ein. Darin hält sie an ihrem ursprünglichen Antrag fest; hilfsweise beantragt sie die Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, in dem zu informatorischen Zwecken darauf hingewiesen wird, dass ihre erbrechtlichen Ansprüche, soweit sie ein Viertel des Nachlasses betreffen, auf der Zugewinnngemeinschaft beruhen.

**26** Das vorlegende Gericht führt aus, dass in der deutschen Literatur streitig sei, ob § 1371 Abs. 1 BGB als erbrechtliche oder als güterrechtliche Norm anzusehen sei. Der Zweck des § 1371 Abs. 1 BGB, den Ausgleich des ehelichen Zugewinns nach Beendigung der Gütergemeinschaft herbeizuführen, ende mit dem Tod eines Ehegatten, sodass es sich nicht um eine Rechtsnachfolge „von Todes wegen“ i. S. v. Art. 1 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 handele. Die in dieser Bestimmung vorgesehene Regelung müsse immer dann angewandt werden, wenn die Ehwirkungen, einschließlich der Fragen des ehelichen Güterrechts, sich nach deutschem Recht richteten. Diese Anwendung sei nicht gewährleistet, wenn man diese Regelung als erbrechtliche Vorschrift ansähe, weil ihr Anwendungsbereich dann auf die Fälle beschränkt wäre, in denen sich die Rechtsnachfolge gemäß den Art. 21 und 22 der Verordnung Nr. 650/2012 nach deutschem Erbrecht bestimme.

**27** Außerdem fehle es an einer Harmonisierung der Vorschriften zum ehelichen Güterrecht auf Unionsebene, sodass der sich aus der Anwendung einer güterrechtlichen Regelung – vorliegend § 1371 Abs. 1 BGB – ergebende erhöhte gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten generell nicht, auch nicht zu rein informatorischen Zwecken, im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werden könne.

**28** Dieser aufgrund einer güterrechtlichen Regelung erhöhte Erbteil könne jedoch dann im Europäischen Nachlasszeugnis angegeben werden, wenn das anzuwendende Erbrecht gemäß den Art. 21 und 22 der Verordnung Nr. 650/2012 sowie das für die Eheleute geltende Güterrecht – unabhängig davon, welches Kollisionsrecht zur Anwendung komme – nach dem Recht desselben Mitgliedstaats zu bestimmen seien. Im vorliegenden Fall richteten sich das auf den Erbfall anzuwendende Recht sowie das eheliche Güterrecht ausschließlich nach deutschem Recht.

**29** Gemäß den Ausführungen des vorlegenden Gerichts könnten die Formulierungen in Art. 67 Abs. 1 und Art. 69 Abs. 2 der Verordnung Nr. 650/2012, wonach der zu bescheinigende Sachverhalt nach dem auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Recht „oder jedem anderen auf einen spezifischen Sachverhalt anzuwendenden Recht“ feststeht bzw. festgestellt wurde, für diese Auslegung sprechen. Eine solche Auslegung werde auch durch Satz 2 des zwölften Erwägungsgrundes der Verordnung Nr. 650/2012 sowie durch den Sinn und Zweck des Europäischen Nachlasszeugnisses gerechtfertigt, nämlich die grenzüberschreitende Durchsetzung erbrechtlicher Ansprüche zu vereinfachen und zu beschleunigen.

**30** Unter diesen Umständen hat das KG beschlossen, das Verfahren auszusetzen und dem Gerichtshof folgende Fragen zur Vorabentscheidung vorzulegen:

1. Ist Art. 1 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass sich der Anwendungsbereich der Verordnung („von Todes wegen“) auch auf Bestimmungen des nationalen Rechts bezieht, die, wie § 1371 Abs. 1 BGB, güterrechtliche Fragen nach dem Tod eines Ehegatten durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des anderen Ehegatten regeln?
2. Sind, falls die Frage zu 1 verneint wird, jedenfalls Art. 68 lit. I und Art. 67 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass der Erbteil des überlebenden Ehegatten, auch wenn dieser zu einem

Bruchteile aus einer Erhöhung aufgrund einer güterrechtlichen Regelung wie § 1371 Abs. 1 BGB resultiert, im Ganzen in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden darf? Wenn dies im Grundsatz zu verneinen ist, kann dies dennoch ausnahmsweise für Sachverhalte bejaht werden, in denen

- a) das Nachlasszeugnis auf den Zweck beschränkt ist, Rechte der Erben in einem bestimmten anderen Mitgliedstaat an dort befindlichem Vermögen des Erblassers geltend zu machen, und
- b) die Entscheidung in Erbsachen (Art. 4 und 21 der Verordnung Nr. 650/2012) und – unabhängig, welches Kollisionsrecht angewendet wird – die Fragen des ehelichen Güterrechts nach derselben nationalen Rechtsordnung zu beurteilen sind?

3. Ist, falls die Fragen zu 1 und zu 2 insgesamt verneint werden, Art. 68 lit. I der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass der aufgrund der güterrechtlichen Regelung erhöhte Erbteil des überlebenden Ehegatten insgesamt – wegen der Erhöhung dann aber nur informatorisch – in das Europäische Nachlasszeugnis aufgenommen werden darf?

## AUS DEN GRÜNDEN:

**31** Zur ersten Vorlagefrage (...)

**32** Vorab ist darauf hinzuweisen, dass nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes folgt, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der gesamten Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen (Urteil vom 18.10.2016, Nikiforidis, C-135/15, ECLI:EU:C:2016:774 Rdnr. 28 und die dort angeführte Rechtsprechung), die unter Berücksichtigung nicht nur ihres Wortlauts, sondern auch des Kontexts der Vorschrift und des mit der fraglichen Regelung verfolgten Ziels gefunden werden muss (vgl. u. a. Urteil vom 18.5.2017, Hummel Holding, C-617/15, ECLI:EU:C:2017:390 Rdnr. 22 und die dort angeführte Rechtsprechung).

**33** Die Verordnung Nr. 650/2012 ist gemäß dem Wortlaut ihres Art. 1 Abs. 1 auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwenden. In Art. 1 Abs. 2 der Verordnung werden abschließend die Bereiche aufgezählt, die von ihrem Anwendungsbereich ausgenommen sind; dazu gehören gemäß lit. d dieser Vorschrift unter anderem die „Fragen des ehelichen Güterrechts“. Art. 3 Abs. 1 lit. a dieser Verordnung stellt klar, dass die Rechtsnachfolge von Todes wegen „jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge“, umfasst.

**34** Außerdem geht aus dem neunten Erwägungsgrund der Verordnung Nr. 650/2012 hervor, dass sich ihr Anwendungsbereich auf alle zivilrechtlichen Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen erstrecken sollte.

**35** Gemäß ihrem siebten Erwägungsgrund soll die Verordnung Nr. 650/2012 die Hindernisse für den freien Verkehr von Personen bei der Durchsetzung ihrer Rechte im Zusammenhang mit einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug ausräumen, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarkts zu erleichtern. Insbesondere müssen im europäischen Rechtsraum die Rechte der Erben und Vermächtnisnehmer sowie der



anderen Personen, die dem Erblasser nahestehen, und der Nachlassgläubiger effektiv gewahrt werden.

**36** Hierfür sieht die Verordnung Nr. 650/2012 die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses vor, das es jedem Erben, Vermächtnisnehmer oder in diesem Zeugnis genannten Rechtsnachfolger ermöglichen muss, in einem anderen Mitgliedstaat seine Rechtsstellung und seine Erbsprüche nachzuweisen (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 12.10.2017, Kubicka, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755 Rdnr. 59).

**37** Zum Kontext der in Rede stehenden Vorschrift ist festzustellen, dass die Verordnung Nr. 650/2012 gemäß ihren Erwägungsgründen 11 und 12 nicht für Bereiche des Zivilrechts gelten sollte, die nicht die Rechtsnachfolge von Todes wegen betreffen, und insbesondere nicht für Fragen des ehelichen Güterrechts, einschließlich der in einigen Rechtsordnungen vorkommenden Eheverträge, soweit diese keine erbrechtlichen Fragen regeln.

**38** Vorliegend geht aus dem Vorabentscheidungsersuchen hervor, dass nach § 1371 Abs. 1 BGB im Fall einer Beendigung der Zugewinngemeinschaft der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten beim Zugewinnausgleich um ein Viertel der Erbschaft erhöht wird.

**39** Die deutsche Regierung hat in ihren Erklärungen darauf hingewiesen, dass diese die Auseinandersetzung einer ehelichen Gütergemeinschaft betreffende Vorschrift des nationalen Rechts ausschließlich bei Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten anzuwenden ist. So solle eine pauschale güterrechtliche Auseinandersetzung des während der Ehe erwirtschafteten Vermögens dadurch erfolgen, dass der sich aus der Beendigung der Zugewinngemeinschaft durch den Tod eines Ehegatten ergebende Nachteil ausgeglichen wird, ohne dass es einer exakten Feststellung über Bestand und Wert des Anfangs- und des Endvermögens bedürfe.

**40** Wie der Generalanwalt in den Nr. 78 und 93 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, betrifft § 1371 Abs. 1 BGB gemäß den dem Gerichtshof vorliegenden Informationen nicht die Aufteilung der Vermögenswerte zwischen den Ehegatten, sondern die Rechte des überlebenden Ehegatten an den Gegenständen, die schon zum Nachlassvermögen gezählt werden. Unter diesen Umständen scheint der Hauptzweck der Bestimmung nicht in der Aufteilung des Vermögens oder in der Beendigung des ehelichen Güterstands, sondern vielmehr in der Bestimmung des dem überlebenden Ehegatten im Verhältnis zu den übrigen Erben zufallenden Erbteils zu liegen. Eine solche Vorschrift betrifft daher in erster Linie die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten und nicht das eheliche Güterrecht. Folglich bezieht sich eine nationale Regelung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende auf Erbsachen im Sinne der Verordnung Nr. 650/2012.

**41** Im Übrigen steht auch der Anwendungsbereich der Verordnung 2016/1103 einer solchen Auslegung nicht entgegen. Obwohl diese Verordnung erlassen wurde, um – wie aus ihrem 18. Erwägungsgrund hervorgeht – alle zivilrechtlichen Aspekte der ehelichen Güterstände abzudecken, die sowohl die Verwaltung des Vermögens der Ehegatten im Alltag betreffen als auch die güterrechtliche Auseinandersetzung, insbesondere infolge der Trennung des Paares oder des Todes eines Ehe-

gatten, ist „die Rechtsnachfolge nach dem Tod eines Ehegatten“ gemäß ihrem Art. 1 Abs. 2 lit. d ausdrücklich von ihrem Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen.

**42** Schließlich können, wie der Generalanwalt in Nr. 102 seiner Schlussanträge ausgeführt hat, wenn der dem überlebenden Ehegatten gemäß einer nationalen Bestimmung wie § 1371 Abs. 1 BGB zufallende Anteil dem Erbrecht zugeordnet wird, Angaben zu diesem Anteil in das Europäische Nachlasszeugnis mit allen in Art. 69 der Verordnung Nr. 650/2012 genannten Wirkungen aufgenommen werden. Gemäß Art. 69 Abs. 1 dieser Verordnung entfaltet das Europäische Nachlasszeugnis Wirkungen in allen Mitgliedstaaten, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. Nach Art. 69 Abs. 2 wird vermutet, dass die Person, die im Zeugnis als Vermächtnisnehmer genannt ist, die in dem Zeugnis genannte Rechtsstellung und die in dem Zeugnis aufgeführten Rechte hat und dass diese Rechte keinen anderen als den im Zeugnis aufgeführten Bedingungen und/oder Beschränkungen unterliegen (Urteil vom 12.10.2017, Kubicka, C-218/16, ECLI:EU:C:2017:755 Rdnr. 60).

**43** Somit ist festzustellen, dass die Erreichung der mit dem Europäischen Nachlasszeugnis verfolgten Ziele in einer Situation wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden erheblich beeinträchtigt würde, wenn in diesem Zeugnis nicht alle Informationen betreffend die Ansprüche des überlebenden Ehegatten am Nachlass enthalten wären.

**44** Nach alledem ist die erste Frage dahin zu beantworten, dass Art. 1 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen ist, dass eine nationale Bestimmung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende, wonach beim Tod eines Ehegatten ein pauschaler Zugewinnausgleich durch Erhöhung des Erbteils des überlebenden Ehegatten vorzunehmen ist, in den Anwendungsbereich der Verordnung fällt.

**45** Angesichts der Beantwortung der ersten Vorlagefrage erübrigt sich eine Antwort auf die zweite und die dritte Vorlagefrage.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Akademischer Rat a. Z./Rechtsassessor **Samy Sakka**, München<sup>1</sup>

#### 1. Sachverhalt

DM, Ehefrau des am 29.8.2015 verstorbenen Erblassers, beantragte die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses aufgrund gesetzlicher Erbfolge. Beide Ehegatten besaßen die deutsche Staatsangehörigkeit und hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Berlin. Sie lebten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Eine Verfügung von Todes wegen (Testament/Erbvertrag) bestand nicht. Zum Nachlass gehörte neben Vermögen in Deutsch-

<sup>1</sup> Der Autor ist Rechtsassessor und akademischer Rat auf Zeit am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung von Prof. Dr. Dr. h. c. *Peter Kindler* an der Ludwig-Maximilians-Universität München.



land eine Immobilie in Schweden. Das zuständige Nachlassgericht erteilte am 30.5.2016 einen nationalen deutschen Erbschein, wonach den Erblasser die überlebende Ehefrau und der gemeinsame Sohn jeweils zur Hälfte beerbten.

Den Antrag auf Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses mit den im nationalen Erbschein entsprechenden Erbquoten wies das zuständige Nachlassgericht dagegen zurück, da das Erbrecht der Ehefrau zu einem Viertel auf einer güterrechtlichen Regelung (pauschaler Zugewinnausgleich gemäß § 1371 Abs. 1 BGB) beruhe, die nicht in den Anwendungsbereich der EU ErbVO falle. Die Beschwerdeinstanz (KG Berlin) setzte das Verfahren aus und legte dem Gerichtshof drei Vorlagefragen zur Entscheidung vor, von denen der Gerichtshof die folgende erste Vorlagefrage beantwortete:

„Ist Art. 1 Abs. 1 der Verordnung Nr. 650/2012 dahin auszulegen, dass sich der Anwendungsbereich der Verordnung („von Todes wegen“) auch auf Bestimmungen des nationalen Rechts bezieht, die, wie § 1371 Abs. 1 BGB, güterrechtliche Fragen nach dem Tod eines Ehegatten durch Erhöhung des gesetzlichen Erbteils des anderen Ehegatten regeln?“

Die weiteren beiden Vorlagefragen waren aufgrund der Beantwortung der ersten Frage nicht mehr zu entscheiden.

## 2. Gründe

Der EuGH bejaht die erbrechtliche Qualifikation des pauschalierten Zugewinnausgleichs im Anwendungsbereich der EU ErbVO und kommt zu dem Ergebnis, dass die gem. § 1371 Abs. 1 BGB erhöhte Erbquote im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werden kann. Zwar schließe die Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO Fragen des ehelichen Güterrechts und Eheverträge, soweit diese keine erbrechtlichen Fragen regeln,<sup>2</sup> vom Anwendungsbereich der EU ErbVO aus. Ausdrücklich der Verordnung zugewiesen seien allerdings gem. Art. 1 Abs. 1 Satz 1 EU ErbVO sowie Erwägungsgrund 9 alle zivilrechtlichen Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen und damit „jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen, sei es im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen oder im Wege der gesetzlichen Erbfolge“ (Art. 3 Abs. 1 lit. a EU ErbVO). § 1371 Abs. 1 BGB betrifft nach Auffassung des EuGH nicht die Aufteilung der Vermögenswerte zwischen Ehegatten, sondern die Rechte des überlebenden Ehegatten an Gegenständen, die schon zum Nachlassvermögen zählen. Der Hauptzweck der Norm liegt damit in der Bestimmung des Erbteils des überlebenden Ehegatten im Verhältnis zu den übrigen Erben.<sup>3</sup> Folglich sei die Norm nicht güterrechtlich zu qualifizieren, sondern regle die Rechtsnachfolge von Todes wegen. Der Anwendungsbereich der EU ErbVO sei eröffnet und die pauschal erhöhte Erbquote könne mit allen in Art. 69 EU ErbVO genannten Wirkungen im Europä-

ischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werden. Dieses Ergebnis – so der Gerichtshof weiter – stelle die Effektivität des Europäischen Nachlasszeugnisses sicher. Andernfalls hätte der Erbe keine Möglichkeit, in einem anderen Mitgliedstaat seine Rechtsstellung und seine Erbansprüche mittels Nachlasszeugnis nachzuweisen.

## 3. Stellungnahme

In der Rechtssache *Mahnkopf* hatte der EuGH zum zweiten Mal<sup>4</sup> Gelegenheit, sich zur Auslegung von Bestimmungen der EU ErbVO zu äußern. Der Gerichtshof kommt zu dem aus deutscher Sicht überraschend anmutenden Ergebnis, dass § 1371 Abs. 1 BGB, der regelmäßig bei gesetzlicher Erbfolge mit Ehegattenerbrecht zur Anwendung kommt,<sup>5</sup> im Rahmen der EU ErbVO erbrechtlich zu qualifizieren ist. Während im deutschen Recht lange umstritten war, ob der pauschalierte Zugewinnausgleich güter- oder erbrechtlich zu qualifizieren sei,<sup>6</sup> hatte der BGH im Jahr 2015 eine erbrechtliche Einordnung der Vorschrift abgelehnt und die Norm klar güterrechtlich qualifiziert.<sup>7</sup> Zweck der Norm sei es – so der BGH – den Güterstand der Eheleute abzuwickeln, nicht den überlebenden Ehegatten aufgrund seiner nahen Verbindung zum Verstorbenen am Erbe zu beteiligen.<sup>8</sup> Die von der Auffassung des BGH abweichende erbrechtliche Qualifikation durch den Gerichtshof ist dennoch überzeugend und richtig. Die güterrechtliche Qualifikation im deutschen internationalen Privatrecht ist aufgrund der autonomen Auslegung des Unionsrechts nicht verbindlich<sup>9</sup> und kann allenfalls mittelbar durch Berücksichtigung der Zielsetzung des nationalen Rechtsinstituts eine Rolle spielen.<sup>10</sup> Der Gerichtshof sah sich wohl gezwungen, vom Ergebnis her zu argumentieren. Wäre § 1371 Abs. 1 BGB auch im europäischen internationalen Privatrecht güterrechtlich zu qualifizieren, könnte die pauschal erhöhte Erbquote wegen der Bereichsausnahme gem. Art. 1 Abs. 2 lit. d EU ErbVO nicht im Europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen werden.<sup>11</sup> Das Ziel

<sup>2</sup> Vgl. Erwägungsgründe 11 und 12.

<sup>3</sup> Ebenso Schlussanträge GA Szpunar vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:965 Rdnr. 78, 93.

<sup>4</sup> 2017 äußerte sich der EuGH zum Vidikationslegat und zur Abgrenzung des Erb- vom Sachenstatut, vgl. EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16 (*Kubicka*), ECLI:EU:C:2017:755 = DNotZ 2018, 33.

<sup>5</sup> So *Bandel*, ZEV 2018, 205, 208.

<sup>6</sup> *Dörner*, IPRax 2017, 81; MünchKomm-BGB/*Looschelders*, 7. Aufl. 2018, Art. 15 EGBGB Rdnr. 61 m. w. N.; *Süß*, MittBayNot 2015, 510.

<sup>7</sup> BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = MittBayNot 2015, 507 m. Anm. *Süß*.

<sup>8</sup> BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZB 30/14, BGHZ 205, 290 = MittBayNot 2015, 507, 509; ebenso MünchKomm-BGB/*Koch*, 7. Aufl. 2017, § 1371 BGB Rdnr. 1; BeckOK-BGB/*Bamberger/Roth/Siede*, Stand: 1.11.2017, § 1371 Rdnr. 1; BeckOGK-BGB/*Kuhn*, Stand: 1.2.2018, § 1371 Rdnr. 22; *Lorenz*, NJW 2015, 2157, 2158; *Weber*, NJW 2018, 1356, 1357.

<sup>9</sup> MünchKomm-BGB/*Dutta*, 7. Aufl. 2018, Vor Art. 1 EU ErbVO Rdnr. 11; BeckOGK-BGB/*Kindler*, Stand: 1.8.2017, Art. 1 Rom I-VO Rdnr. 5.

<sup>10</sup> *Dörner*, IPRax 2017, 81, 84.

<sup>11</sup> A. A. *Weber*, NJW 2018, 1356, 1357, der anführt, dass nicht alle Angaben im Nachlasszeugnis erbrechtlicher Natur seien, sondern den Erbquoten auch Rechtsfragen des Personenstands und der Familienverhältnisse zugrunde liegen könnten.

der EU ErbVO, mit dem Nachlasszeugnis einen effizienten Mechanismus zur Erleichterung der Abwicklung internationaler Erbfälle zu schaffen,<sup>12</sup> wäre verfehlt. Richtigerweise entscheidet sich der EuGH auch nicht für die in der deutschen Rechtsprechung und Literatur diskutierten Alternativen zur erb- oder güterrechtlichen Qualifikation.<sup>13</sup> Weder die Aufnahme des pauschaliert erhöhten Erbteils nur bei Gleichlauf von Güter- und Erbstatut noch die rein informatorische Ausweisung des erhöhten Erbteils, ohne dass dieser den Wirkungen des Art. 69 EU ErbVO unterliegt,<sup>14</sup> oder gar eine Doppelqualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB als güter- und erbrechtlich führen zu einer rechtssicheren, effektiven und dem Telos des Europäischen Nachlasszeugnisses entsprechenden Lösung.<sup>15</sup>

Die erbrechtliche Qualifikation kann allerdings bei Anwendung deutschen Güter- und ausländischen Erbrechts zum Verlust des pauschalen Zugewinnausgleichs für den überlebenden Ehegatten führen.<sup>16</sup> In diesem Fall bleibt für die Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB als erbrechtlich zu qualifizierende Vorschrift kein Raum. Das deutsche Güterrecht vermag diese Lücke nicht zu schließen.<sup>17</sup> Auch ist nicht zu erwarten, dass das anwendbare ausländische Erbrecht den Wegfall der Erbquotenerhöhung kompensiert.<sup>18</sup> Als Lösung plädiert *Bandel*<sup>19</sup> zur Vermeidung unbilliger Ergebnisse für die analoge Anwendung der Rechtsfolge des § 1371 Abs. 1 BGB: Der überlebende Ehegatte erhält einen Zahlungsanspruch in Höhe eines Viertels des Nachlasses. Dieser Anspruch stellt dann für die Erben eine Nachlassverbindlichkeit dar. Generalanwalt *Szpunar* zeigt ebenso auf, dass sich bei unterschiedlichem Güter- und Erbstatut eine Situation ergeben kann, in der der überlebende Ehegatte weniger oder sogar mehr bekommt, als er bei einem Gleichlauf von Güter- und Erbstatut erhalten würde.<sup>20</sup> Dies ergebe sich aus der

fehlenden Koordinierung der verschiedenen nationalen Rechtssysteme<sup>21</sup> und sei unabhängig von der güter- oder erbrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB.<sup>22</sup> Der Generalanwalt schlägt zutreffend vor, diese Wertungswidersprüche im Wege der Anpassung auf Ebene der Kollisionsnormen oder auf materiellrechtlicher Ebene zu lösen.<sup>23</sup> Eine Anpassung ist zu bevorzugen, da durch die Korrektur der Erbquote der pauschale Zugewinn weiterhin mit Mitteln des Erbrechts realisiert wird. Hätte der überlebende Ehegatte bei Wegfall der Erbquotenerhöhung lediglich einen Zahlungsanspruch, würde man ihm hinsichtlich des güterrechtlichen Viertels die Vorzüge der Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 Abs. 1 BGB zugunsten der (einfachen) schuldrechtlichen Gläubigerstellung versagen. Im vorliegenden Verfahren fand allerdings deutsches Erb- und Güterrecht Anwendung, sodass sich der Gerichtshof zu diesem Problembereich nicht äußern musste. Es bleibt abzuwarten, wie die Nachlassgerichte mit dieser Frage in Zukunft umgehen werden.

#### 4. Praxishinweis

In der kautelarjuristischen Praxis sollte bei Eheleuten durch Rechtswahl stets ein Gleichlauf von Güter- und Erbstatut angestrebt werden.<sup>24</sup> Dies lässt sich bei deutscher Staatsangehörigkeit der Ehegatten durch erbvertragliche Rechtswahl<sup>25</sup> zugunsten deutschen Rechts realisieren, um einen Wechsel des Erbstatuts durch Wegzug ins Ausland und damit der Änderung des gewöhnlichen Aufenthalts im Alter gem. Art. 21 Abs. 1 EU ErbVO verhindern. Hinsichtlich des Güterstatuts empfiehlt sich bei ausländischem Güterrecht unterliegenden Ehen die Rechtswahl zugunsten deutschen Rechts vor dem Notar gem. Art. 15 Abs. 2 und 3, Art. 14 Abs. 4 Satz 1 EGBGB.<sup>26</sup>

12 Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Vor Art. 62 EU ErbVO Rdnr. 14 ff., Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 31.

13 KG Berlin, Beschluss vom 25.10.2016, 6 W 80/17, MittBayNot 2017, 626 Rdnr. 30 ff. m. Anm. *Odersky*; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, Art. 63 EU ErbVO Rdnr. 25 ff.; MünchKomm-BGB/Birk, 5. Aufl. 2010, Art. 25 EGBGB Rdnr. 158.

14 Vgl. zu dieser vom Generalanwalt hilfsweise befürworteten Option die Schlussanträge Generalanwalt *Szpunar* vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:965 Rdnr. 120, 125.

15 Ausführlich *Sakka*, MittBayNot 2018, 4, 5 ff.

16 *Bandel*, MittBayNot 2018, 209; *Bandel*, ZEV 2018, 205, 208 f.

17 *Bandel*, ZEV 2018, 205, 208.

18 Generalanwalt *Szpunar* vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:965 Rdnr. 56 ff.; die fehlende Kompensation vermutet zumindest vor ausländischen Gerichten *Bandel*, MittBayNot 2018, 209, 210.

19 *Bandel*, ZEV 2018, 205, 208.

20 Generalanwalt *Szpunar* vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:965 Rdnr. 57 f.

21 Generalanwalt *Szpunar* vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:965 Rdnr. 56.

22 Generalanwalt *Szpunar* vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:965 Rdnr. 66.

23 Generalanwalt *Szpunar* vom 13.12.2017, ECLI:EU:C:2017:965 Rdnr. 62 ff.; dazu auch *Lorenz*, NJW 2015, 2157, 2159; MünchKomm-BGB/Dutta, Vor Art. 20 EU ErbVO Rdnr. 58 ff., insb. Rdnr. 60; *Bandel*, ZEV 2018, 205, 208; *Weber*, NJW 2018, 1356, 1358.

24 So auch *Bandel*, ZEV 2018, 205, 209; *Reinmann*, ZEV 2015, 409, 413.

25 Gem. Art. 22 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, Art. 3 Abs. 1 lit. d, Art. 25 EU ErbVO, § 2278 Abs. 2 BGB.

26 Ab 29.1.2019 richtet sich die Rechtswahl nach der neuen Ehegüterrechtsverordnung, insb. Art. 22 EUGüVO; dazu ausführlich *Weber*, DNotZ 2016, 659, 676 ff.

**BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT****22. Beurkundung befristeter Fortgeltungsklauseln**

BGH, Urteil vom 24.8.2017, III ZR 558/16 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Urteil vom 9.11.2016, 4 U 2385/15)

*BNotO § 19 Abs. 1*

*BeurkG § 17 Abs. 1*

*BGB § 147 Abs. 2, § 308 Nr. 1*

**LEITSÄTZE:**

1. Die objektiv unrichtige Verwendung neu entwickelter Allgemeiner Geschäftsbedingungen, deren Inhalt zweifelhaft sein kann und durch eine höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht klargestellt ist, darf einem Notar nicht als Verschulden angelastet werden, wenn er nach sorgfältiger Prüfung zu einer aus seiner Sicht keinen Zweifeln unterliegenden Rechtsauffassung gelangt und dies für rechtlich vertretbar gehalten werden kann. Lässt sich indes die Rechtslage nicht klären, darf der Notar das Rechtsgeschäft erst dann beurkunden, wenn die Vertragsparteien auf der Beurkundung bestehen, obwohl er sie über die offene Rechtsfrage und das mit ihr verbundene Risiko belehrt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. In den Jahren 2006 bis 2008 hätte der Notar in Betracht des breiten Meinungsspektrums zur Wirksamkeit von Fortgeltungsklauseln eine am Maßstab des § 308 Nr. 1 BGB auszurichtende sorgfältigen Prüfung der Rechtslage durchführen und erkennen müssen, dass die Wirksamkeit von Fortgeltungsklauseln jedenfalls angesichts ihrer mangelnden Befristung zweifelhaft gewesen ist. Die Beurkundung von Kaufangeboten unter Verwendung von unbefristeten Fortgeltungsklauseln in den Jahren 2006 bis 2008 stellt daher eine fahrlässige Amtspflichtverletzung des Notars dar. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Beurkundung befristeter Fortgeltungsklauseln im Jahr 2008 stellt dagegen keine schuldhaftes Amtspflichtverletzung dar, da im Jahr 2008 zwar die Wirksamkeit solcher Fortgeltungsklauseln noch nicht Gegenstand höchstrichterlicher Rechtsprechung gewesen war, die Literatur aber nahezu einhellig jedenfalls befristete Fortgeltungsklauseln für zulässig hielt. (Leitsatz der Schriftleitung)

**KOSTENRECHT****23. Haftung des Alleingeschäftsführers für die Notargebühren der Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen und deren Eintragung**

OLG Köln, Beschluss vom 18.9.2017, 2 Wx 204/17; mitgeteilt von **Werner Sternal**, Richter am OLG Köln

*GNotKG §§ 29, 30*

**LEITSATZ:**

**Der Alleingeschäftsführer einer eingetragenen Gesellschaft haftet nicht persönlich als Kostenschuldner nach §§ 29, 30 GNotKG für die aufgrund der Beurkundung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und deren Eintragung anfallenden Notargebühren. Eine Haftung wegen etwaiger Durchgriffsansprüche oder verspäteter Insolvenzantragstellung muss der Notar vor dem Prozessgericht geltend machen.**

**SACHVERHALT:**

1 I. Der Beteiligte zu 1 war der Geschäftsführer und alleinige Gesellschafter der A-GmbH. Am 24.6.2014 beurkundete der Beteiligte zu 2 einen Beschluss der Gesellschafterversammlung der A-GmbH betreffend die Änderung der Firma (in „H-GmbH“), die Verlegung des Geschäftssitzes nach Köln und die Änderung des Geschäftsgegenstandes. In Abschnitt III der Urkunde ist bestimmt worden, dass die durch die Urkunde und deren Durchführung entstehenden Kosten seitens der Gesellschaft zu tragen seien. Am gleichen Tag erfolgten die Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister.

2 Unter dem 9.1.2015 berechnete der Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 für die Beurkundung vom 24.6.2014 sowie die Kosten für den Entwurf und Beglaubigung und die damit in Zusammenhang stehenden Handelsregistereintragungen Gebühren i. H. v. 650,99 €, nachdem er zuvor erfolglos die GmbH in Anspruch genommen hatte, über deren Vermögen mittlerweile das Insolvenzverfahren eröffnet worden war.

3 Mit Schriftsatz vom 9.7.2015 hat der Beteiligte zu 1 einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 127 Abs. 1 GNotKG gestellt und sich zur Begründung darauf berufen, er habe die GmbH lediglich als Organ vertreten und sei nicht persönlich als Auftraggeber aufgetreten. Der Beteiligte zu 2 ist dem Antrag entgegengetreten und hat vorgetragen, der Beteiligte zu 1 sei darauf hingewiesen worden, dass die Notarkosten unter anderem auch derjenige schulde, der den Auftrag zur Beurkundung erteilt habe, sowie ferner derjenige, dessen Erklärungen beurkundet worden seien. Dies treffe für den Beteiligten zu 1 sowohl hinsichtlich der Gesellschafterversammlung als auch hinsichtlich der Handelsregisteranmeldungen zu, da er alleiniger Gesellschafter und einziger Geschäftsführer der GmbH sei bzw. gewesen sei. Zudem sei die persönliche Haftung des Beteiligten zu 1 auch vor dem Hintergrund anzunehmen, dass die GmbH offensichtlich schon im Juni 2014 zahlungsunfähig gewesen sei und der Beteiligte zu 1 den Insolvenzantrag verspätet erst im November 2014 gestellt habe. Der Bezirksrevisor bei dem LG Köln hat sich in seiner Stellungnahme vom 5.7.2016 der Einschätzung des Beteiligten zu 2 angeschlossen.

4 Das LG Köln hat mit Beschluss vom 5.4.2017 die Kostenrechnung des Beteiligten zu 2 vom 9.1.2015 aufgehoben und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, der Beteiligte zu 1 sei nicht als Auftraggeber i. S. d. § 29 Nr. 1 GNotKG anzusehen. Denn soweit gesetzliche (satzungsmäßige) Vertreter handeln, sei Kostenschuldner allein der Vertretene. Dies gelte auch, wenn der Geschäftsführer

einer GmbH gleichzeitig Gesellschafter sei. Dass der Antragsteller bei Auftragserteilung ausdrücklich auch in eigenem Namen gehandelt habe, habe der Beschwerdeführer nicht dargetan. Ebenso wenig sei der Beteiligte zu 1 als Urkundsbeteiligter gemäß § 30 Abs. 1 GNotKG anzusehen. Anders als im Fall der Neugründung einer GmbH habe er keine eigenen Erklärungen abgegeben, sondern sei als Beschlussorgan tätig geworden. Schließlich könne der Beteiligte zu 1 auch nicht wegen verspäteter Insolvenzantragstellung oder aus den Erwägungen einer Durchgriffshaftung als Kostenschuldner in Anspruch genommen werden. Als Haftungsschuldner nach § 29 Nr. 3 GNotKG komme nur in Betracht, wer allgemein kraft Gesetzes für die Kostenschuld eines anderen hafte. Diese Regelung betreffe allein solche Vorschriften, in denen ausdrücklich bestimmt sei, dass eine im Gesetz bezeichnete Person für Schulden einzustehen hat, die in der Person eines anderen entstanden sind.

(...)

### AUS DEN GRÜNDEN:

**7** II. 1. Die Beschwerde des Notars ist gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG statthaft und auch im Übrigen zulässig (...). In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.

**8** Das LG ist zu Recht davon ausgegangen, dass der Beteiligte zu 1 nicht Schuldner der ihm von dem Beschwerdeführer in Rechnung gestellten Gebühren und Auslagen ist.

**9** a) Eine Inanspruchnahme des Beteiligten zu 1 gemäß § 29 Nr. 1 GNotKG scheidet aus. Nach dieser Grundregel schuldet die Zahlung der Kosten einer Beurkundung derjenige, der dem Notar den Auftrag erteilt oder den Antrag an den Notar gestellt hat. Der Beteiligte zu 1 hat als gesetzlicher Vertreter der A-GmbH gehandelt und ist damit nicht als Auftraggeber im Sinne dieser Vorschrift anzusehen ist. Hierzu hat die Kammer in der angefochtenen Entscheidung ausgeführt:

„Soweit gesetzliche (satzungsmäßige) Vertreter wie hier als solche handeln, (...) ist Kostenschuldner nach § 29 Nr. 1 GNotKG allein der Vertretene, hier also die A-GmbH (vgl. Korintenberg/Gläser, 19. Aufl. 2015, GNotKG, § 29 Rdnr. 8). Der Grundsatz, dass bei Registeranmeldungen nach § 29 Nr. 1 GNotKG derjenige haftet, dessen Unterschrift beglaubigt wird, erfährt insoweit eine Einschränkung. Sind Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Liquidatoren und andere Organe einer Kapitalgesellschaft oder andere juristische Personen aufgrund der Bestimmungen des HGB, AktG, GmbHG und GenG persönlich zur Anmeldung verpflichtet, haftet regelmäßig nur die Gesellschaft. Dies gilt auch dann, wenn Geschäftsführer einer GmbH gleichzeitig Gesellschafter sind (Rohs/Wedewer/Wudy, GNotKG, 115. Aktualisierung, § 29 Rdnr. 87 m. w. N.). Dass der Beteiligte zu 1 bei der Auftragserteilung ausdrücklich auch in eigenem Namen gehandelt hätte, hat der Beteiligte zu 2 nicht dargetan; er hat auch keine Umstände vorgetragen, aus denen darauf zu schließen wäre, dass der Beteiligte zu 1 bei der Auftragserteilung in eigenem Namen gehandelt hat.“

**10** Diesen Ausführungen schließt sich der Senat uneingeschränkt an. Auch mit der Beschwerde werden seitens des Beteiligten zu 2 keine Anhaltspunkte aufgezeigt, die den Rückschluss erlauben, der Beteiligte zu 1 habe auch ausdrücklich in eigenem Namen gehandelt.

**11** b) Die Kammer hat ebenfalls eine Haftung des Beteiligten zu 1 aus § 29 Nr. 3 GNotKG verneint. Nach dieser Vorschrift kommt eine Haftung für eine Kostenschuld nur dann in Betracht, wenn dies in einem anderen Gesetz bestimmt ist. Hieran fehlt es vorliegend. Insbesondere reicht für eine Haftung des Beteiligten zu 1 nicht der von dem Beteiligten zu 2 erhobene Vorwurf der verspäteten Insolvenzantragstellung (§ 823 Abs. 2 BGB, § 15a Abs. 1 Satz 1, § 64 GmbHG) sowie der Gesichtspunkt der Durchgriffshaftung. Hierzu hat die Kammer ausgeführt:

„Die Regelung [§ 29 Nr. 3 GNotKG] betrifft allein solche Vorschriften, in denen ausdrücklich bestimmt ist, dass eine im Gesetz bezeichnete Person für Schulden einzustehen hat, die in der Person eines anderen entstanden sind. Hintergrund für das Erfordernis einer eindeutigen Haftungsnorm ist das Selbsttitulierungsprivileg des Notars nach § 89 GNotKG. Da der Notar seinen Klienten nicht verklagen muss, sondern sich den Vollstreckungstitel selbst herstellen darf, muss sich die Kostenhaftung einfach und zweifelsfrei ergeben. In Zweifelsfällen soll der Notar nicht als Richter in eigener Sache prüfen und entscheiden dürfen; vielmehr muss er in derartigen Fällen eine Zahlungsklage anstrengen (Rohs/Wedewer/Wudy, GNotKG, § 29 Rdnr. 70 m. w. N.). So verhält es sich bei einem Verstoß des GmbH-Geschäftsführers gegen die Pflicht aus § 64 GmbHG, im Falle der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft ohne schuldhaftes Zögern die Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu beantragen, der diesen folglich nicht zum Kostenschuldner nach § 29 Nr. 3 GNotKG macht. Gleiches gilt für eine Einstandspflicht des GmbH-Gesellschafters aus dem bereits nicht gesetzlich geregelten, sondern in der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Haftungsinstitut der sog. Durchgriffshaftung (Rohs/Wedewer/Wudy, GNotKG, § 29 Rdnr. 73 4. g) ff) und 4. b); Streifzug durch das GNotKG, 10. Aufl., Rdnr. 1931).“

**12** Diesen Erwägungen schließt sich der Senat an und macht diese auch zur Grundlage seiner Entscheidung. Zu Recht verweist die Kammer darauf, dass der Notar hierdurch nicht unangemessen benachteiligt wird. Ihm wird vielmehr nur die sich aus der Ausübung seines öffentlichen Amtes ergebende Privilegierung bei der Eintreibung von Forderungen genommen und ggf. die Inanspruchnahme desselben Rechtsweges auferlegt, den jeder gewöhnliche Gläubiger zu beschreiten hätte (vgl. auch KG, Beschluss vom 29.9.1997, 25 W 4069/96, NJW-RR 1998, 211). Insoweit bleibt dem Beteiligten zu 2 unbenommen, einen etwaigen Anspruch gegen den Beteiligten zu 1 wegen der entstandenen Beurkundungskosten vor dem Prozessgericht gelten zu machen.

**13** c) Ebenso wenig sind die Voraussetzungen für eine Haftung des Beteiligten zu 1 für die Kosten der Beurkundung nach § 30 Abs. 1 GNotKG gegeben. Nach dieser Vorschrift haftet jeder, dessen Erklärungen beurkundet worden ist, für die Kosten der Beurkundung. Des Weiteren haftet jeder Urkundsbeteiligte für die Kosten des Vollzuges und der Betreuung und zwar unabhängig davon, in wessen Interesse eine bestimmte Vollzugs- oder Betreuungstätigkeit erfolgt. Bei juristischen Personen des Privatrechts und Personenhandelsgesellschaften gilt, dass nach herrschender Meinung allein die juristische



Person bzw. Personengesellschaft die Kosten schuldet. Entsprechend kommt eine persönliche Haftung von Gesellschafter-Geschäftsführern für die Notarkosten, die aufgrund der Beurkundung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und deren Eintragung anfallen, nicht in Betracht (vgl. Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, § 30 Rdnr. 5; Fackelmann/Heinemann/*Leiß*, GNotKG, § 30 Rdnr. 11; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Neie*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 30 Rdnr. 5; KG, Beschluss vom 29.9.1997, 25 W 4069/96, NJW-RR 1998, 211; OLG Celle, Beschluss vom 24.5.1966, 8 Wx 59/66, DNotZ 1966, 331).

**14** Anders als im Fall der Neugründung einer Gesellschaft (vgl. Rohs/Wedewer/*Wudy*, GNotKG, § 30 Rdnr. 47, 48) hat der Beteiligte zu 1 keine eigenen Erklärungen abgegeben, sondern ist als Beschlussorgan tätig geworden. Erfolgt – wie hier – bei einer bereits bestehenden Gesellschaft durch Beschluss eine Änderung der Satzung, ist, worauf das LG zutreffend hinweist, Erklärungsschuldner nur die Gesellschaft. Die Gesellschafter treten hierbei als Beschlussorgan auf, was dazu führt, dass kostenrechtlich keine eigenen Erklärungen i. S. d. § 30 Abs. 1 GNotKG abgegeben werden (vgl. Fackelmann/Heinemann/*Leiß*, GNotKG, § 30 Rdnr. 11). Daher kommt eine persönliche Haftung von Geschäftsführern und/oder Gesellschaftern für Notarkosten, die aufgrund der Beurkundung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung und deren Eintragung anfallen, nicht in Betracht. Auch im Hinblick auf die mit der Stimmabgabe bei der Willensbildung von Beschlussorganen juristischer Personen verbundene Willenserklärung lässt sich eine Kostenhaftung nicht begründen (Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, § 30 Rdnr. 5). Soweit die teilweise in der Literatur vertretene gegenteilige Ansicht (vgl. Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl., Rdnr. 1924 ff.) darauf abstellt, ob die Niederschrift in der Form des § 36 BeurkG errichtet wird oder ob eine Beschlussbeurkundung nach den Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG stattfindet, wobei im letzteren Fall wegen der Stimmabgabe als Willenserklärung der einzelnen Gesellschafter eine Kostenschuldnerschaft der einzelnen Gesellschafter nach § 30 Abs. 1 GNotKG anzunehmen sei, vermag der Senat dieser Auffassung nicht folgen. Zutreffend verweist die Kammer darauf, dass eine Unterscheidung nach der Beurkundungsform willkürlich erscheint (vgl. auch Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, § 30 Rdnr. 5) und keine entsprechende Differenzierung rechtfertigt.

(...)

**16** III. Die Rechtsbeschwerde war zuzulassen, weil die Rechtsache grundsätzliche Bedeutung aufweist und der Senat in der Frage, ob die Vorschrift des § 30 Abs. 1 GNotKG für das Beschlussorgan einer GmbH Anwendung findet, von einzelnen Stimmen in der Literatur abweicht (§ 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 70 Abs. 2 FamFG).

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Thomas Strauß**, Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Mit seinem Beschluss vom 18.9.2017 behandelt das OLG Köln sowohl die Frage, wer bei der Beurkundung von Beschlüssen bei Gesellschafterversammlungen und der Fertigung oder Beurkundung von Handelsregisteranmeldungen dem Notar gegenüber als Kostenschuldner haftet als auch die verfahrensrechtliche Frage, ob eine Haftung des GmbH-Geschäftsführers wegen etwaiger Durchgriffsansprüche oder Ansprüche aus einer verspäteten Insolvenzantragstellung ebenfalls im Notarkostenverfahren nach § 127 GNotKG geltend gemacht werden kann.

### 1. Kostenschuldnerschaft bei Beschlussbeurkundung und Handelsregisteranmeldung

Bei der Beschlussbeurkundung einer Gesellschafterversammlung und der Anmeldung zum Handelsregister sowohl in der Form der Beurkundung als auch der Fertigung eines Entwurfs mit Beglaubigung der Unterschrift schuldet nach § 29 Nr. 1 GNotKG dem Notar gegenüber derjenige die Notarkosten, der dem Notar den Auftrag zur Vornahme der notariellen Tätigkeit erteilt oder einen Antrag auf Vornahme der Beurkundung gestellt hat. Daneben haftet nach § 30 Abs. 1 GNotKG für die Notarkosten bei der Beurkundung von Erklärungen jeder, dessen Erklärung beurkundet worden ist.

Unabhängig von einer Kostentragungsregelung ist unbestritten, dass zum Beispiel bei der Beurkundung einer Gesellschaftsgründung alle Gründungsgesellschafter als Erklärungsschuldner für die Beurkundungskosten haften.<sup>1</sup>

Für die Kostenerhebung in sonstigen Gesellschaftssachen war jedoch zu entscheiden, ob ausschließlich die GmbH (handelnd durch die Gesellschafterversammlung als ihr Organ) oder auch der zur Stimmabgabe in der Gesellschafterversammlung berechnete Gesellschafter persönlich als Kostenschuldner in Anspruch genommen werden kann. Bei der Handelsregisteranmeldung war zu klären, ob der Geschäftsführer ausschließlich als Vertreter der Gesellschaft anzusehen ist oder ebenfalls persönlich haftet.

Die Literatur ist bereits bisher überwiegend davon ausgegangen, dass sowohl bei der Beschlussbeurkundung als auch bei der Handelsregisteranmeldung ausschließlich der Vertretene, hier also die betroffene GmbH, als Kostenschuldner anzusehen ist.<sup>2</sup> Dies gelte sowohl für den Fall der Kostenschuldnerschaft nach § 29 Nr. 1 GNotKG als Auftraggeber als auch für die Frage, wessen Erklärungen beurkundet sind (§ 30 Abs. 1 GNotKG).<sup>3</sup>

1 Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 30 Rdnr. 5; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 2589, 2592.

2 Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, § 29 Rdnr. 8.

3 Korintenberg/*Gläser*, GNotKG, § 30 Rdnr. 5; BDS/*Neie*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 30 Rdnr. 5; HK-GNotKG/*Leiß*, 1. Aufl. 2013, § 30 Rdnr. 11; LK-GNotKG/*Heitl/Genske*, 2. Aufl. 2016, § 30 Rdnr. 2.

Dieser Auffassung ist das OLG Köln im vorliegenden Beschluss vollumfänglich beigetreten.

Zur Kostenhaftung bei der Beschlussbeurkundung war auch diskutiert worden, ob eine unterschiedliche Kostenhaftung gilt, wenn eine Beschlussbeurkundung nach den Vorschriften für Willenserklärungen nach §§ 8 ff. BeurkG oder in der Form der Tatsachenbeurkundung nach § 36 ff. BeurkG erfolgt.<sup>4</sup> Anders als bei der reinen Tatsachenbeurkundung war bei der Beurkundung nach § 8 ff. BeurkG die Stimmrechtsausübung auch als Willenserklärung eingestuft worden. Mit dem Beschluss des OLG Köln wird auch diese Differenzierung nicht mehr vertreten werden können.<sup>5</sup>

Für die ausschließliche Kostenhaftung der betroffenen GmbH ist es darüber hinaus auch unerheblich, ob der Geschäftsführer gleichzeitig Gesellschafter dieser GmbH ist.

## 2. Kostenschuldnerschaft nach § 29 Nr. 3 GNotKG, Durchgriffsansprüche aus verspäteter Insolvenzantragstellung

Der Notar hatte den Alleingesellschafter und Geschäftsführer als Kostenschuldner in Anspruch genommen, da über das Vermögen der betroffenen GmbH mittlerweile das Insolvenzverfahren eröffnet worden war.

Zwar schuldet nach § 29 Nr. 3 GNotKG auch derjenige die Notarkosten, der für die Kostenschuld eines anderen kraft Gesetzes haftet. Dies betrifft jedoch nur die Vorschriften, aus denen sich ausdrücklich ergibt, dass eine im Gesetz bezeichnete Person für die Schulden eines Dritten einzustehen hat. Dies ist im Fall der geltend gemachten Haftung aus der verspäteten Insolvenzantragstellung gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 15a Abs. 1, § 64 GmbHG nicht der Fall. Deshalb kann auch über diesen Anspruch nicht im Notarkostenverfahren nach § 127 GNotKG entschieden werden. Der Notar ist hier jedoch berechtigt, seinen Kostenanspruch im Klageweg geltend zu machen.<sup>6</sup>

## 3. Fazit

Besonders in den Fällen der Beurkundung oder der Fertigung von Entwürfen zu Beschlussfassungen oder Handelsregisteranmeldungen, bei denen Zweifel darüber bestehen, ob eine ordnungsgemäße Kostenzahlung erwartet werden kann, wie zum Beispiel bei Vorgängen über die Auflösung einer Gesellschaft, empfiehlt es sich, einen Kostenvorschuss nach § 15 GNotKG einzufordern.

Wenn ein Geschäftsführer oder ein Gesellschafter persönlich neben der Gesellschaft für die Kosten der Beschlussfassung oder Handelsregisteranmeldung haften soll, kann dies durch Abgabe einer Kostenübernahmeerklärung dem Notar gegenüber nach § 29 Nr. 2 GNotKG sichergestellt werden.

<sup>4</sup> Korintenberg/Gläser, GNotKG, § 30 Rdnr. 5; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2590 ff.

<sup>5</sup> BDS/Neie, GNotKG, § 30 Rdnr. 5; LK-GNotKG/Heitl/Genske, § 30 Rdnr. 2.

<sup>6</sup> KG, Beschluss vom 29.9.1997, 25 W 4069/96, NJW-RR 1998, 211; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2598.

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 24. Vollwertigkeitsnachweis bei gemeindlichem Grundstücksverkauf

OLG München, Beschluss vom 9.10.2017, 34 Wx 221/17

GBO §§ 19, 20, 29 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3

BayGO Art. 75 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 Satz 1 und 2, Abs. 5

### LEITSATZ:

**Zum Nachweis dafür, dass ein gemeindliches Grundstück nicht unter Wert veräußert worden ist, genügt in der Regel die schriftliche Feststellung des Vertretungsberechtigten der Gemeinde in der Form des § 29 Abs. 3 GBO, dass dies nicht der Fall ist (Anschluss an BayObLGZ 1995, 225).**

### SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1, eine bayerische Gemeinde, ist im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragen. Sie verkaufte zu notarieller Urkunde vom 16.11.2016 das Grundstück, eine 603 m<sup>2</sup> große Landwirtschaftsfläche, für insgesamt 12.420 € an die Beteiligten zu 2 bis 5. Die Vertragsteile erklärten in der Urkunde zugleich die Auflassung.

2 Das Grundbuchamt hat mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 28.4.2017 den Vollzugsantrag beanstandet: Es fehle eine Vollwertigkeitsbescheinigung der Gemeinde „in der Form des § 29 GBO“.

3 Mit der dagegen notariell eingelegten Beschwerde machen die Beteiligten geltend, eine Vollwertigkeitserklärung dürfe nur verlangt werden, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine Veräußerung unter Wert bestünden. Dies sei hier nicht der Fall. Im Übrigen fehle es für das Verlangen des Grundbuchamts an einer gesetzlichen Grundlage.

4 Das Grundbuchamt hat dem Rechtsmittel nicht abgeholfen.

### AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. 1. Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

6 2. Die Beschwerde hat jedoch in der Sache nur zum Teil Erfolg. Das vom Grundbuchamt angenommene Hindernis besteht. Zu dessen Beseitigung genügt allerdings eine Erklärung des Vertretungsberechtigten der Gemeinde (lediglich) in der Form des § 29 Abs. 3 GBO.

7 a) Das Grundbuchamt hat von Amts wegen die Verfügungsbefugnis einer bayerischen Gemeinde zu prüfen, wenn sie als Eigentümerin die Auflassung und die Bewilligung der Eintragung erklärt (BayObLGZ 1983, 85, 88; 1995, 225, 227).

8 Das Grundbuchamt darf die Auflassung eines Grundstücks nur eintragen, wenn ihm die Einigung über den Rechtsübergang (Auflassung, § 925 BGB) nachgewiesen ist (§ 20 GBO). Die Auflassung ist auf der Veräußererseite von dem Verfügungsbefugten zu erklären (BayObLG, NJW-RR 1989, 587). Erklärt eine Gemeinde als Veräußerin die Auflassung, hat das Grundbuchamt deren Verfügungsbefugnis zu prüfen. Neben der Auflassung bedarf es zudem der Eintragungsbewilligung des Betroffenen gemäß § 19 GBO (Hügel, GBO, 3. Aufl., § 20

Rdnr. 3). Die verfahrensrechtliche Bewilligungsbefugnis knüpft als Ausfluss der sachlich-rechtlichen Verfügungsbefugnis ebenfalls an diese an (BayObLGZ 1988, 229, 231; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 19 Rdnr. 56); sie kann somit in der Regel nicht ohne Beantwortung der Frage nach der Verfügungsbefugnis beantwortet werden.

**9 b)** Die Verfügungsmacht einer bayerischen Gemeinde wird durch Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO beschränkt. Nach dieser Vorschrift darf eine Gemeinde Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußern.

**10 aa)** Nach Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO, der auf das Verbot des Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BV verweist, sind die „Verschwendung“ und die unentgeltliche Überlassung von Gemeindevermögen unzulässig. Eine gegen dieses Verbot verstoßende Verfügung der Gemeinde ist, sofern nicht der Ausnahmetatbestand des Art. 75 Abs. 3 Satz 2 BayGO erfüllt ist, nach § 134 BGB nichtig (BayObLGZ 1983, 85, 91; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: 2017, Art. 75 GO Rdnr. 11; MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl., § 134 Rdnr. 101; DNotI-Report 2017, 83, 85).

**11** Als gemischte Schenkung wird es angesehen, wenn bei einem einheitlichen Vertrag der Wert der Leistung des einen dem Wert der Leistung des anderen nur zu einem Teil entspricht, die Vertragsparteien dies wissen und übereinstimmend wollen, dass der überschießende Wert unentgeltlich gegeben wird (Palandt/*Weidenkaff*, 76. Aufl., § 516 Rdnr. 13). Die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes durch eine Gemeinde zu einem erheblich unter dem Verkehrswert liegenden Preis wird daher oft zugleich als teilweise unentgeltliche Zuwendung gesehen (vgl. BGHZ 47, 31, 39). Im Staats- und Verwaltungsrecht gilt jedoch der sich aus dem Verfassungsrecht ergebende Grundsatz, dass der Staat kein Recht zu „Geschenken“ hat. Daher hat das BayObLG das nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO in der Regel geltende Verbot, Vermögensgegenstände unter ihrem Wert zu veräußern, insoweit als Verbotsgesetz i. S. d. § 134 BGB angesehen, als es sich auf unentgeltliche Zuwendungen an Private bezieht, die unter keinerlei Gesichtspunkten als durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gerechtfertigt erachtet werden können (BayObLGZ 1995, 225, 226; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75 GO Rdnr. 11; a. A. *Staudinger/J. Mayer*, Neub. 2012, Art. 119 EGBGB Rdnr. 87 und 89). Dies schließt es aber nicht aus, Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO auch als Beschränkung der Verfügungsmacht zu verstehen. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung zur Frage der (Teil-)Unentgeltlichkeit von Verfügungen des Testamentsvollstreckers (§§ 2205, 2216 BGB) hat das BayObLG daher im Grundbuchverfahren eine Erklärung des Vertretungsberechtigten der Gemeinde, dass eine solche Teilunentgeltlichkeit nicht vorliege, als erforderlich, aber auch ausreichend erachtet (BayObLGZ 1995, 225, 227 f.; ablehnend DNotI-Report 2017, 83, 85).

**12** Nach anderer Ansicht ist Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO mit Blick darauf, dass nach dem Wortlaut der Vorschrift gemeindliche Vermögensgegenstände nur „in der Regel“ nicht unter Wert veräußert werden „dürfen“, zwar kein Verbotsgesetz i. S. v. § 134 BGB (*J. Mayer*, MittBayNot 1996, 251, 253;

*Staudinger/J. Mayer*, Art. 119 EGBGB Rdnr. 89). Nach wohl herrschender Ansicht kommt in der Norm aber – auch nach Wegfall des Art. 75 Abs. 5 BayGO mit Wirkung zum 1.9.1990 – eine gemeinderechtliche Verfügungsbeschränkung zum Ausdruck (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4078; *Bauer/von Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 48; zur früheren Vorschrift des Art. 75 BayGO: *Bleutge*, MittBayNot 1975, 4, 5). Als Nachweis ausreichender Verfügungsmacht wird deshalb die Vorlage einer Erklärung des Vertretungsberechtigten der Gemeinde verlangt, dass eine solche Teilunentgeltlichkeit nicht vorliege.

**13 c)** Das Grundbuchamt verlangt folglich nach beiden Ansichten zu Recht zur Prüfung der Frage, ob die Gemeinde keine Veräußerung unter Wert vorgenommen hat, die Vorlage einer Bescheinigung der Vollwertigkeit (vgl. AllMBl. 1992, 535, 536). Diese kann erfolgen durch eine entsprechende Feststellung des Ersten Bürgermeisters in der Form des § 29 Abs. 3 GBO (AllMBl. 1992, 535, 536; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4078; ablehnend DNotI-Report 2017, 83, 85 f.).

**14 aa)** Zwar ist auch die Verfügungsbefugnis grundsätzlich durch öffentliche Urkunden nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachzuweisen (*Meikel/Hertel*, GBO, 11. Aufl., § 29 GBO Rdnr. 113 f.). Geht es um die Frage des Nichtvorliegens einer unzulässigen Unterwertveräußerung, ist es jedoch zulässig, die negative Tatsache anhand nicht förmlich nachgewiesener Tatsachen frei zu würdigen und einen formstrengen Nachweis erst dann zu verlangen, wenn konkrete Anhaltspunkte zu berechtigten Zweifeln Anlass geben (vgl. *Demharter*, § 29 Rdnr. 63).

**15** Die schriftliche Feststellung des Vertretungsberechtigten der Gemeinde, dass keine Veräußerung unter Wert vorliege, wird in diesem Sinne trotz fehlender gesetzlicher Bestimmung in Bayern als geeignetes Mittel anerkannt. Sie ist erforderlich, da sie als Glaubhaftmachung den Erfahrungssatz verstärkt, dass die Bestimmungen der GO in der Regel eingehalten werden und ihre Nichtbeachtung sich auf Ausnahmen beschränkt. Im Regelfall tritt somit an die Stelle eines urkundlichen Nachweises für den grundbuchamtlichen Vollzug, der an sich nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO erforderlich wäre, der Erfahrungssatz in Verbindung mit der verantwortlichen Erklärung des Bürgermeisters (*Bleutge*, MittBayNot 1975, 4, 7). Die Erklärung ist also – als Minus zu dem grundsätzlich in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO vorzulegenden Nachweis – Voraussetzung für die Anwendung des oben dargelegten Beweiserleichterungsgrundsatzes (BayObLGZ 1995, 225, 228; a. A. DNotI-Report 2017, 83, 85 f.). Einen darüber hinausgehenden Nachweis kann das Grundbuchamt erst dann verlangen, wenn greifbare, an bestimmten Tatsachen erhärtete Zweifel bestehen.

**16 bb)** Mit dem Vollzugsantrag wurde lediglich der Kaufvertrag vorgelegt, aus dessen Angaben zum veräußerten Gemeindevermögen und dem hierfür zu entrichtenden Kaufpreis der Kaufpreis pro qm errechnet werden kann. Konkrete Hinweise für eine Veräußerung unter Wert ergaben sich für das Grundbuchamt daraus zwar offensichtlich nicht, andererseits ist allein aus dem Kaufpreis nicht ohne Weiteres ersichtlich, ob dieser dem Verkehrswert des Grundstücks entspricht. Daher ist es erforderlich, aber auch ausreichend, die Negativtatsache



einer Veräußerung nicht unter Wert mit der entsprechenden schriftlichen Erklärung des Bürgermeisters als Vertretungsberechtigtem der Gemeinde in der Form des § 29 Abs. 3 GBO belegen zu lassen (BayObLGZ 1995, 225, 228; OLG Dresden, NotBZ 2015, 306 m. Anm. *Primaczenko*; AllMBl. 1992, 535, 536; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4078; Bauer/von Oefele/*Knothe*, GBO, § 29 Rdnr. 48). Deshalb hat der Senat die Zwischenverfügung des Grundbuchamts in Bezug auf die Form der Vollwertigkeitserklärung konkretisiert.

(...)

## 25. Zur Genehmigungspflicht von Übertragungen land- bzw. forstwirtschaftlicher Flächen bei Ausgliederungen zur Aufnahme nach dem UmwG

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.10.2017, 20 W 222/17

GrdstVG § 2 Abs. 1, § 7 Abs. 1

UmwG § 131

### LEITSATZ:

**Grundsätzlich sind gemäß § 2 Abs. 1 GrdstVG lediglich rechtsgeschäftliche Grundstücksveräußerung und schuldrechtlicher Vertrag hierüber genehmigungspflichtig. Nicht genehmigungspflichtig sind mithin Rechtsübergänge außerhalb des Grundbuchs, wenn etwa der Eigentumsübergang kraft Gesetzes oder kraft Hoheitsaktes erfolgt, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch also lediglich eine Grundbuchberichtigung darstellt.**

### SACHVERHALT:

1 I. Im betroffenen Grundbuch ist der Antragsteller als Eigentümer des dort noch im Bestandsverzeichnis unter den lfd. Nrn. 2 bis 6 aufgeführten Grundbesitzes eingetragen.

2 Am 29./30.11.2016 hat der Verfahrensbevollmächtigte das Original eines Grundbuchberichtigungsantrages des Antragstellers beim Grundbuchamt mit der Bitte um Vollzug eingereicht. Ausweislich dieses undatierten Antrages hat der Antragsteller die Berichtigung des Grundbuchs im Hinblick auf den in den lfd. Nrn. 2, 4 bis 6 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Grundbesitzes dahin gehend beantragt, dass nunmehr die Beteiligte zu 2 als Eigentümerin eingetragen werden solle. Zur Begründung hat der Verfahrensbevollmächtigte eine auszugsweise beglaubigte Abschrift seiner notariellen Urkunde vom 26.8.2016 eingereicht, die später wegen einer offensichtlichen Unrichtigkeit durch notarielle Urkunde des Verfahrensbevollmächtigten vom 20.3.2017 berichtigt wurde. Diese Urkunde enthält unter anderem einen Ausgliederungs- und Übernahmevertrag, ausweislich dessen der Antragsteller das Vermögen des von ihm unter A1, Bauunternehmen Inhaber A2, betriebenen Einzelunternehmens als eingetragener Rechtsträger als Gesamtheit gemäß den § 123 Abs. 3 Nr. 1, § 152 UmwG auf die von ihm und der A Dienstleistungs- und Handels GmbH als persönlich haftender Gesellschafterin gegründete Beteiligte zu 2 „als übernehmenden Rechtsträger gegen Gewährung von Anteilen dieses Rechtsträgers an den übertragenden Rechtsträger (Ausgliederung zur Aufnahme)“ übertragen hat. Die Einbringung soll nach § 1 Ziffer 2. lit. a der notariellen Urkunde in Verbindung mit der Klarstellung in der oben angeführten Schreibfehlerberichtigung

vom 20.3.2017, anders als im Berichtigungsantrag aufgeführt – den in den lfd. Nrn. 3 bis 6 des Bestandsverzeichnisses eingetragenen Grundbesitz umfassen.

3 Durch Zwischenverfügung vom 24.2.2017 hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt unter anderem aufgegeben, zum Vollzug der Eigentumsumschreibung die Genehmigung nach § 2 GrdstVG vorzulegen. Dem hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 27.3.2017 widersprochen und ausgeführt, dass eine derartige Genehmigung nicht erforderlich sei, da es sich bei der Urkunde um einen Ausgliederungs- und Übernahmevertrag handele und dies keine Veräußerung darstelle. Nach weiterer Verfügung des Grundbuchamts vom 28.4.2017 und Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten vom 8.5.2017 hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt durch weitere Zwischenverfügung darauf hingewiesen, dass es bei der Ansicht verbleibe, dass zum Vollzug der Eigentumsumschreibung die Genehmigung nach § 2 GrdstVG vorzulegen sei. Sie hat auf die Möglichkeit eines Rechtsmittels gegen die Zwischenverfügung hingewiesen.

4 Mit Schriftsatz vom 13.6.2017, beim Grundbuchamt am gleichen Tage eingegangen, hat der Verfahrensbevollmächtigte gegen die Zwischenverfügung vom 18.5.2017 Beschwerde eingelegt.

5 Die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt hat ausweislich ihres Beschlusses vom 7.8.2017 dem Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung nicht abgeholfen und hat sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

### AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Die Beschwerde ist gemäß den §§ 71, 73 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig. (...)

7 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist bei einer Zwischenverfügung nur das darin angenommene Eintragungshindernis und nicht der Eintragungsantrag selbst; das Rechtsmittelgericht hat nur dieses Eintragungshindernis zu überprüfen (vgl. BayObLG, Rpfleger 1996, 332, zitiert nach juris; *Demharter*, a. a. O., § 77 Rdnr. 12).

8 Richtig ist zunächst, dass nach § 2 Abs. 1 GrdstVG die rechtsgeschäftliche Veräußerung eines Grundstücks (i. S. d. § 1 GrdstVG) und der schuldrechtliche Vertrag hierüber der Genehmigung bedürfen. Der Veräußerung stehen die in § 2 Abs. 2 GrdstVG geregelten Rechtsvorgänge gleich. Gemäß § 7 Abs. 1 GrdstVG darf aufgrund einer genehmigungsbedürftigen Veräußerung eine Rechtsänderung in das Grundbuch erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamt die Unanfechtbarkeit der Genehmigung nachgewiesen wird. Dabei hat das Grundbuchamt eigenständig zu prüfen, ob ein Grundstücksgeschäft unter die Regelungen des § 2 GrdstVG fällt (vgl. dazu BGHZ 94, 24; Senat, FGPrax 2012, 9; KG Berlin, Beschluss vom 29.11.2011, 1 W 71/11, je zitiert nach juris; vgl. die weiteren Nachweise bei Düsing/Martinez, Agrarrecht, § 2 GrdstVG Rdnr. 17; § 7 GrdstVG Rdnr. 2; Bauer/von Oefele/*Waldner*, GBO, 3. Aufl., Einl. VIII 104). Nur bei Bestehen von begründeten Zweifeln über ein Genehmigungserfordernis darf das Grundbuchamt eine Genehmigung oder ein Negativzeugnis nach § 5 GrdstVG verlangen (vgl. die Nachweise bei BeckOK-GBO/*Hügel*, Stand: 1.5.2017, Sonderbereich „Verfügungsbeeinträchtigungen“ Rdnr. 67).

9 Jedenfalls bei dem Grundstück gemäß lfd. Nr. 6 des Bestandsverzeichnisses gibt es schon nach der dort für die Wirtschaftsart und Lage verwendeten Bezeichnung „Landwirtschaftsfläche, Waldfläche, (...)“ objektive Anhaltspunkte dafür, dass es sich um ein land- bzw. forstwirtschaftliches Grund-



stück i. S. d. § 1 Abs. 1 GrdstVG handelt (vgl. dazu etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4025). Dies wäre insoweit für eine Genehmigungspflichtigkeit im Ganzen hinreichend (vgl. Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 3947, unter Hinweis auf OLG Stuttgart, DNotZ 1982, 692).

**10** Ausgehend vom Gesetzeswortlaut des § 2 Abs. 1 GrdstVG sind aber grundsätzlich lediglich die rechtsgeschäftliche Grundstücksveräußerung und der schuldrechtliche Vertrag hierüber genehmigungspflichtig (so ausdrücklich auch *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 123; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 20 GBO Rdnr. 157; *BeckOK-GBO/Hügel*, a. a. O., Sonderbereich „Verfügungsbeeinträchtigungen“ Rdnr. 64; Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 3946, dort: Auffassung; *Bauer/von Oefele/Waldner*, a. a. O., Einl. VIII 95; *Meikel/Grzivotz*, GBO, 11. Aufl., Einl. F Rdnr. 89). Nicht genehmigungspflichtig sind mithin Rechtsübergänge außerhalb des Grundbuchs, wenn etwa der Eigentumsübergang kraft Gesetzes oder kraft Hoheitsaktes erfolgt, die Eigentumsumschreibung im Grundbuch also lediglich eine Grundbuchberichtigung darstellt (Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 3960; *KEHE/Munzig*, a. a. O., § 20 GBO Rdnr. 157; *Meikel/Grzivotz*, a. a. O., Einl. F Rdnr. 89).

**11** Die Beschwerde nimmt offensichtlich einen Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs an. Von einem solchen Fall geht offensichtlich auch das Grundbuchamt aus, da es für einen rechtsgeschäftlichen Eigentumsübergang ansonsten für die Grundbucheintragung des Nachweises der Auflassung bedurft hätte und der Grundbuchberichtigungsantrag ohne Weiteres hätte zurückgewiesen werden müssen; die Vorlage einer Genehmigung nach dem GrdstVG hätte hieran nichts ändern können.

**12** Grundsätzlich wird bei Verschmelzung, Spaltung und Vermögensübertragung im Sinne des UmwG die Zuordnung dinglicher Rechte außerhalb des Grundbuchs verändert; dieses wird dabei unrichtig (vgl. dazu etwa *BeckOK-GBO/Kral*, a. a. O., Sonderbereich „Gesellschaftsrecht“ Rdnr. 82; *Bauer/von Oefele/Kohler*, a. a. O., § 22 Rdnr. 112; *Meikel/Böttcher*, a. a. O., § 22 Rdnr. 49; Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 995 ff.; *Böhringer*, Rpfleger 2001, 59). Um eine Spaltung durch Ausgliederung (nach § 123 Abs. 3 UmwG) handelt es sich auch bei der Ausgliederung des von einem Einzelkaufmann betriebenen Unternehmens oder von Teilen desselben aus dem Vermögen des Kaufmanns zur Aufnahme dieses Unternehmens oder von Teilen dieses Unternehmens i. S. v. § 152 UmwG (vgl. dazu auch Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 995e; zu den Einzelheiten der Berichtigungsvoraussetzungen vgl. Rdnr. 995 f.; *BeckOK-GBO/Kral*, a. a. O., Sonderbereich „Gesellschaftsrecht“ Rdnr. 89; *Meikel/Böttcher*, a. a. O., § 22 Rdnr. 100; OLG Brandenburg, Rpfleger 2014, 75, zitiert nach juris). Um einen solchen Fall handelt es sich ausweislich der vorgelegten notariellen Urkunde vom 26.8.2016. Darin (vgl. § 1 Ziffer 1) übertrug der Antragsteller unter Bezugnahme auf die oben zitierten Rechtsvorschriften das Vermögen des von ihm betriebenen Einzelunternehmens als eingetragener Rechtsträger als Gesamtheit auf die Beteiligte zu 2 als übernehmender Rechtsträgerin gegen Gewährung von Anteilen (Ausgliederung zur Aufnahme).

**13** Liegen die Voraussetzungen einer derartigen Ausgliederung vor, so richten sich deren Wirkungen nach den allgemei-

nen spaltungsrechtlichen Vorschriften, insbesondere § 131 UmwG (vgl. etwa *KK-UmwG/Simon*, § 155 Rdnr. 1; *Maulbetsch/Klump/Rose*, UmwG, § 155 Rdnr. 2, je m. w. N.). Dann geht das ausgegliederte Vermögen auf den übernehmenden Rechtsträger über, § 131 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UmwG (vgl. OLG Brandenburg, Rpfleger 2014, 75; *Wachter*, EWIR 2014, 43; *Semler/Stengel/Seulen*, UmwG, 4. Aufl., § 152 Rdnr. 82; Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 995b; 995f). Hierfür ist dann auch die Genehmigung nach § 2 GrdstVG für die Eintragung der nach § 22 GBO vorzunehmenden Grundbuchberichtigung nicht erforderlich, weil – wie gesagt – § 2 GrdstVG nur die rechtsgeschäftliche Veräußerung und den schuldrechtlichen Vertrag hierüber von einer Genehmigung abhängig macht (so LG Ellwangen, Rpfleger 1996, 154; vgl. auch BGH, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, Tz. 19 bei juris; wohl auch in *Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz Praxiskommentar, 6. Aufl., § 2 GrdstVG Anm. 4.2.5.33.1, S. 329). Soweit hierzu im Hinblick auf § 132 UmwG (a. F.) abweichende Rechtsauffassungen vertreten wurden (vgl. etwa *Böhringer*, Rpfleger 1996, 154; *Suppliet*, EWIR 1996, 471; LG Ellwangen, Urteil vom 14.11.1995, 5 T 44/95), ist darauf hinzuweisen, dass diese Vorschrift durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes mit Wirkung vom 20.4.2007 aufgehoben worden ist. Jedenfalls danach sind auch öffentlichrechtliche Genehmigungen wie diejenige nach § 2 GrdstVG nicht mehr erforderlich, die bei Einzelübertragungen zu beachten sind (so *BeckOK-GBO/Kral*, a. a. O., Sonderbereich „Gesellschaftsrecht“ Rdnr. 87; Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 995d; *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG, 7. Aufl., § 131 Rdnr. 14; *Maulbetsch/Klump/Rose*, a. a. O., § 131 Rdnr. 22; *Kallmeyer/Sicking*, UmwG, 6. Aufl., § 131 Rdnr. 7; *Semler/Stengel/Schröer*, UmwG, 4. Aufl., § 131 Rdnr. 22; *KK-UmwG/Simon*, § 131 Rdnr. 32, je m. w. N.; *Lutter/Karollus*, UmwG, 5. Aufl., § 155 Rdnr. 7; a. A. *Lutter/Teichmann*, UmwG, 5. Aufl., § 131 Rdnr. 34). Auch ein Fall des § 2 Abs. 2 GrdstVG liegt nicht vor.

(...)

## STEUERRECHT

### 26. Schenkungsteuer bei Zahlung eines überhöhten Entgelts durch eine GmbH an eine dem Gesellschafter nahestehende Person

BFH, Urteil vom 13.9.2017, II R 32/16 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 8.6.2015, 3 K 72/15)

*ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Satz 1, § 15 Abs. 4*

*BGB §§ 185, 362 Abs. 2, § 516*

*GmbHG § 29 Abs. 1*

#### LEITSÄTZE:

1. Die Zahlung überhöhter vertraglicher Entgelte durch eine GmbH an eine dem Gesellschafter nahestehende Person ist keine gemischte freigebige Zuwendung der GmbH i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an die na-

**hestehende Person, wenn der Gesellschafter beim Abschluss der Vereinbarung zwischen der GmbH und der nahestehenden Person mitgewirkt hat. In einem solchen Fall beruht die Vorteilsgewährung auf dem Gesellschaftsverhältnis zwischen der GmbH und dem Gesellschafter.**

- 2. Diese Rechtsgrundsätze gelten entsprechend, wenn mehrere Gesellschafter an der GmbH beteiligt sind, von denen zumindest einer bei der Vereinbarung zwischen der GmbH und der ihm nahestehenden Person mitgewirkt hat.**

#### SACHVERHALT:

**1** I. Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist die Ehefrau bzw. Mutter der beiden Gesellschafter-Geschäftsführer A und B der S GmbH. Sie vermietet an die S GmbH ein bebautes Grundstück. A hatte bei der Unterzeichnung des Mietvertrags mitgewirkt.

**2** Im Rahmen einer bei der S GmbH durchgeführten Außenprüfung für die Jahre 2007 bis 2010 kam der Prüfer zu dem Ergebnis, dass der Mietzins für das überlassene Grundstück überhöht sei. Dieser überhöhte Teil wurde ertragsteuerrechtlich als verdeckte Gewinnausschüttung (vGA) an A, den Ehemann der Klägerin, behandelt. Die Einkommensteuerbescheide für die Klägerin und A wurden entsprechend geändert.

**3** Die Erbschaft- und Schenkungsteuerstelle des Beklagten und Revisionsklägers (FA) sah in der überhöhten Mietzinszahlung eine freigebige Zuwendung der S GmbH an die Klägerin und setzte demgemäß gegen die Klägerin für den Erwerb zum 31.12.2007 Schenkungsteuer i. H. v. 7.191 € fest. Der Einspruch blieb erfolglos.

**4** Das FG gab der Klage mit der Begründung statt, es gebe im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern oder diesen nahestehenden Personen neben betrieblich veranlassten Rechtsbeziehungen lediglich offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Kapitalrückzahlungen, aber keine freigebigen Zuwendungen i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Die Zuwendung des Vermögensvorteils an die einem Gesellschafter nahestehende Person sei im Hinblick auf die Anwendung der Vorschriften über die vGA so zu beurteilen, als hätte der Gesellschafter selbst den Vorteil erhalten und diesen an die nahestehende Person weitergegeben. Mit diesen Grundsätzen lasse es sich nicht vereinbaren, wenn eine vGA – anders als eine offene Gewinnausschüttung – zugleich als freigebige Zuwendung der Kapitalgesellschaft an ihren Gesellschafter oder an eine ihm nahestehende Person angesehen würde. (...)

**5** Mit der Revision rügt das FA eine Verletzung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

(...)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**9** II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht entschieden, dass die Zahlung des überhöhten Mietzinses der S GmbH an die Klägerin nicht als gemischte freigebige Zuwendung der S GmbH der Schenkungsteuer unterliegt.

**10** 1. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird.

**11** a) Eine freigebige Zuwendung setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung

objektiv unentgeltlich ist, und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (vgl. BFH, Urteil vom 29.6.2016, II R 41/14, BFHE 254, 64 = BStBl. II 2016, S. 865 Rdnr. 9 m. w. N.). Erforderlich ist eine Vermögensverschiebung, d. h. eine Vermögensminderung auf der Seite des Zuwendenden und eine Vermögensmehrung auf der Seite des Bedachten.

**12** Welche Personen als Zuwendender und als Bedachter an einer freigebigen Zuwendung beteiligt sind, bestimmt sich ausschließlich nach der Zivilrechtsslage (st. Rspr., vgl. zum Beispiel BFH-Urteile vom 18.7.2013, II R 37/11, BFHE 242, 158 = BStBl. II 2013, S. 934 Rdnr. 12, und vom 27.8.2014, II R 43/12, BFHE 246, 506 = BStBl. II 2015, 241 Rdnr. 37, jeweils m. w. N.).

**13** Eine Schenkung i. S. d. §§ 516 ff. BGB muss jedoch nicht vorliegen (vgl. BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12, BFH/NV 2014, 537 Rdnr. 10).

**14** b) Schenkungsteuerrechtlich erfasst wird nicht nur die reine, sondern auch eine gemischte freigebige Zuwendung. Sie ist dann gegeben, wenn einer höherwertigen Leistung eine Gegenleistung von geringerem Wert gegenübersteht und die höherwertige Leistung neben Elementen der Freigebigkeit auch Elemente eines Austauschvertrags enthält, ohne dass sich die höherwertige Leistung in zwei selbstständige Leistungen aufteilen lässt (vgl. BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, BFHE 240, 178 = BStBl. II 2013, S. 930 Rdnr. 12). Über eine – teilweise – Unentgeltlichkeit und die Frage einer Bereicherung ist dabei nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden. Bei einer gemischten Schenkung unterliegt der Schenkungsteuer nur der (unselbstständige) freigebige Teil der Zuwendung. Dieser Teil ist die Bereicherung i. S. v. § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG und bestimmt sich nach dem Verhältnis des Verkehrswerts der Bereicherung des Bedachten zum Verkehrswert der Leistung des Schenkers (BFH-Urteil, BFHE 240, 178 = BStBl. II 2013, S. 930 Rdnr. 12 m. w. N.).

**15** Hinsichtlich des subjektiven Tatbestands der freigebigen Zuwendung reicht bei Unausgewogenheit gegenseitiger Verträge regelmäßig das Bewusstsein des einseitig benachteiligten Vertragspartners über den Mehrwert seiner Leistung aus; auf die Kenntnis des genauen Ausmaßes des Wertunterschieds kommt es hingegen nicht an (BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, BFHE 218, 414 = BStBl. II 2008, S. 258 unter II. 4.).

**16** 2. Die Zahlung überhöhter vertraglicher Entgelte durch eine GmbH an eine dem Gesellschafter nahestehende Person ist keine gemischte freigebige Zuwendung der GmbH i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an die nahestehende Person, wenn der Gesellschafter beim Abschluss der Vereinbarung zwischen der GmbH und der nahestehenden Person mitgewirkt hat. In einem solchen Fall beruht die Vorteilsgewährung auf dem Gesellschaftsverhältnis zwischen der GmbH und dem Gesellschafter.

**17** a) Für das Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern hat der BFH bereits entschieden, dass es neben betrieblich veranlassten Rechtsbeziehungen lediglich offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Kapitalrückzahlungen gibt, aber keine freigebigen Zuwendungen (BFH-Urteil,

BFHE 240, 178 = BStBl. II 2013, S. 930 Rdnr. 19). Gewinnausschüttungen an den Gesellschafter erfolgen nicht freigebig, und zwar unabhängig davon, ob sie offen oder verdeckt vorgenommen werden (BFH-Urteil, BFHE 240, 178 = BStBl. II 2013, S. 930 Rdnr. 20). Eine freigebige Zuwendung der GmbH an den Gesellschafter liegt ebenfalls nicht vor, wenn der Gesellschafter in Ausübung des ihm zustehenden Entnahmerechts Geld oder andere Gegenstände aus dem Vermögen der GmbH entnimmt.

**18 aa)** Offene Gewinnausschüttungen einer GmbH beruhen auf einem handelsrechtlichen Gewinnverwendungsbeschluss der Gesellschafter (vgl. Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 36. Aufl., § 20 Rdnr. 32). Durch diesen entsteht der konkrete Gewinnauszahlungsanspruch des Gesellschafters (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl., § 29 Rdnr. 42; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 29 Rdnr. 8), den die GmbH mit der Ausschüttung erfüllt. Vor Beschlussfassung steht dem Gesellschafter lediglich ein allgemeines Gewinnbezugsrecht zu (vgl. § 29 Abs. 1 GmbHG). Über den sich hieraus ergebenden künftigen Ausschüttungsanspruch kann der Gesellschafter jedoch bereits verfügen, beispielsweise durch Abtretung oder Verpfändung (vgl. Wicke, a. a. O., § 29 Rdnr. 8 f.).

**19)** Neben offenen Gewinnausschüttungen sind sog. Vorabausschüttungen auf den erwarteten Jahresgewinn zulässig. Bei diesen handelt es sich um vorweggenommene Gewinnausschüttungen während des Geschäftsjahres oder nach dessen Ende vor Erstellung des Jahresabschlusses (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, a. a. O., § 29 Rdnr. 60; Wicke, a. a. O., § 29 Rdnr. 18 f.). Voraussetzungen sind unter anderem ein Gesellschafterbeschluss bzw. eine entsprechende Satzungsregelung, die begründete Erwartung eines Gewinns für das laufende Geschäftsjahr und die Einhaltung der Kapitalerhaltungsvorschriften nach § 30 GmbHG (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, a. a. O., § 29 Rdnr. 60 f.; Scholz/Verse, GmbHG, 11. Aufl., § 29 Rdnr. 107 f.).

**20 bb)** Eine vGA im gesellschaftsrechtlichen Sinne liegt dagegen vor, wenn eine GmbH ihrem Gesellschafter außerhalb der förmlichen Gewinnverwendung Leistungen aus ihrem Vermögen ohne adäquate Gegenleistung zuwendet (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, a. a. O., § 29 Rdnr. 68).

**21 cc)** Neben offenen und verdeckten Gewinnausschüttungen können dem Gesellschafter aufgrund eines Gesellschafterbeschlusses oder einer Satzungsregelung auch Entnahmerechte zustehen (vgl. Wicke, a. a. O., § 29 Rdnr. 19). Diese können sich auf Geld und andere Gegenstände aus dem Gesellschaftsvermögen beziehen und sind grundsätzlich unabhängig von der Ertragslage der GmbH (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, a. a. O., § 29 Rdnr. 64). Wird das Behaltendürfen des entnommenen Betrags im Einzelfall jedoch von den voraussichtlichen Gewinnen der Gesellschaft abhängig gemacht, so handelt es sich in der Sache um eine Vorabausschüttung (vgl. Baumbach/Hueck/Fastrich, a. a. O., § 29 Rdnr. 64; Scholz/Verse, a. a. O., § 29 Rdnr. 112). Eine Entnahme kann zugleich eine vGA sein (Baumbach/Hueck/Fastrich, a. a. O., § 29 Rdnr. 64).

**22 b)** Die Zahlung überhöhter Entgelte an die dem Gesellschafter nahestehende Person kann auf dem Gesellschafts-

verhältnis beruhen, obwohl sie nicht an den Gesellschafter selbst erfolgt, sondern im abgekürzten Zahlungsweg aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der GmbH und der dem Gesellschafter nahestehenden Person dieser zufließt.

**23 aa)** Zahlt die GmbH überhöhte vertragliche Entgelte nicht an den Gesellschafter selbst, sondern unter Mitwirkung des Gesellschafters an eine diesem nahestehende Person, liegt in Höhe des nicht angemessenen Teils der Entgelte – wie bei der Zahlung überhöhter Entgelte der GmbH an den Gesellschafter – eine ohne förmlichen Ausschüttungsbeschluss erfolgte Vorabausschüttung an den Gesellschafter oder eine Entnahme des Gesellschafters vor. Sowohl die Vorabausschüttung als auch die Entnahme beruhen auf dem Gesellschaftsverhältnis. Die Mitwirkung des Gesellschafters an dem Vertrag zwischen GmbH und nahestehender Person kann darin bestehen, dass er den Vertrag als Gesellschafter-Geschäftsführer abschließt, als Gesellschafter mitunterzeichnet, dem Geschäftsführer eine Anweisung zum Vertragsabschluss erteilt, in sonstiger Weise auf den Vertragsabschluss hinwirkt oder diesem zustimmt.

**24 bb)** Durch die Mitwirkung des Gesellschafters bei dem zwischen GmbH und nahestehender Person abgeschlossenen Vertrag verschafft er der ihm nahestehenden Person einen Vermögensvorteil und verfügt damit – abgesehen von widerrechtlichen Handlungen – über seinen künftigen Gewinnausschüttungsanspruch oder übt sein aus der Satzung oder einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss folgendes Entnahmerecht gegenüber der GmbH aus. Dadurch mindert sich in Höhe des Ausschüttungsbetrags bzw. in Höhe des Entnahmewerts das künftige Gewinnausschüttungsvolumen der GmbH zu seinen Lasten. Zugleich ermächtigt der Gesellschafter die GmbH, an die nahestehende Person mit befreiender Wirkung zu leisten (sog. abgekürzter Zahlungsweg, vgl. § 362 Abs. 2, § 185 BGB; Palandt/Grüneberg, 76. Aufl., § 362 Rdnr. 5; Daragan, DStR 2011, 2079).

**25 cc)** Das „Nahestehen“ einer Person kann auf familienrechtlichen, gesellschaftsrechtlichen, schuldrechtlichen oder auch rein tatsächlichen Beziehungen beruhen (vgl. BFH, Urteil vom 19.6.2007, VIII R 54/05, BFHE 218, 244 = BStBl. II 2007, S. 830 unter II. 1. b).

**26 dd)** Diese Rechtsgrundsätze gelten entsprechend, wenn mehrere Gesellschafter an der GmbH beteiligt sind, von denen zumindest einer bei der Vereinbarung zwischen der GmbH und der ihm nahestehenden Person mitgewirkt hat.

**27 c)** Soweit der BFH im Urteil vom 7.11.2007 (BFHE 218, 414 = BStBl. II 2008, S. 258) eine gemischte freigebige Zuwendung der GmbH an die dem Gesellschafter nahestehende Person für möglich gehalten hat, wird an dieser Auffassung für Sachverhalte, in denen die überhöhten Entgelte an die nahestehende Person unter Mitwirkung des Gesellschafters und damit auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage geleistet wurden, nicht mehr festgehalten.

**28 d)** Auch in der Literatur wird im Gegensatz zur Finanzverwaltung (gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012, BStBl. I 2012, S. 331 Tz. 2.6.1) zum Teil die Meinung vertreten, dass die Zahlung eines überhöhten vertraglichen Entgelts an eine dem Gesellschafter na-



hestehende Person keine gemischte freigebige Zuwendung der GmbH i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG ist (vgl. Fischer/Pahlke/Wachter/Fischer, ErbStG, 6. Aufl., § 7 Rdnr. 255b; Kapp/Ebeling/Geck, § 7 ErbStG Rdnr. 209; Tiedtke/Holthusen/Burgmann, ErbStG, 2009, § 7 Rdnr. 51; Viskorf/Haag/Kerstan, NWB Steuer- und Wirtschaftsrecht 2012, 927; a. A. Meincke, ErbStG, 16. Aufl., § 7 Rdnr. 74c; Wilms/Jochum/Götz, ErbStG, Stand: März 2015, § 15 Rdnr. 188 f.; Erkis, DStR 2016, 350; van Lishaut, ZEV 2016, 19).

**29** 3. Zahlt die GmbH unter Mitwirkung ihres Gesellschafters überhöhte Entgelte an eine diesem nahestehende Person auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage, ist sie mangels freigebiger Zuwendung auch nicht Schenkerin i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Denn sie leistet die Zahlung, die im abgekürzten Zahlungsweg an die nahestehende Person erfolgt, im Hinblick auf die gesellschaftsvertraglichen Rechte des Gesellschafters.

**30** a) Unerheblich ist, dass die Zuwendung des Vermögensvorteils auf einer vertraglichen Vereinbarung zwischen der GmbH und der dem Gesellschafter nahestehenden Person beruht und damit in diesem Verhältnis auch eine vertragliche Leistungsbeziehung besteht. Denn die Mitwirkung des Gesellschafters ist gerade darauf gerichtet, der nahestehenden Person den Vermögensvorteil im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung zukommen zu lassen. Mit dem Vertragsabschluss und der Zahlung der überhöhten Entgelte an die dem Gesellschafter nahestehende Person kommt die GmbH dem Begehren des Gesellschafters nach und erfüllt dessen Rechte aus dem Gesellschaftsverhältnis auf Vorabausschüttung oder Entnahme. Sie erbringt insoweit neben dem vertraglichen Entgelt an die nahestehende Person zugleich eine Leistung an den Gesellschafter.

**31** b) Die durch das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz vom 7.12.2011 (BGBl. 2011 I, S. 2592) in Reaktion auf das BFH-Urteil vom 7.11.2007 (BFHE 218, 414 = BStBl. II 2008, S. 258) neu eingeführte Regelung des § 15 Abs. 4 ErbStG (vgl. BT-Drucks. 17/7524, S. 21) rechtfertigt es nicht, eine GmbH, die überhöhte Entgelte an eine dem Gesellschafter nahestehende Person auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage zahlt, als Schenkerin i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG anzusehen.

**32** Nach § 15 Abs. 4 Satz 1 ErbStG ist bei einer Schenkung durch eine Kapitalgesellschaft oder Genossenschaft der Besteuerung das persönliche Verhältnis des Erwerbers zu derjenigen unmittelbar oder mittelbar beteiligten natürlichen Person oder Stiftung zugrunde zu legen, durch die sie veranlasst ist. Durch Einführung dieser Vorschrift sollen Härten ausgeräumt werden, die sich aus der unmittelbaren zivilrechtlichen Betrachtung einer Zuwendung durch eine Kapitalgesellschaft ergeben können (vgl. BT-Drucks. 17/7524, S. 21). Diese Zielsetzung gebietet es nicht, eine GmbH abweichend von der zivilrechtlichen Betrachtung als Schenkerin anzusehen.

**33** 4. Nach diesen Grundsätzen hat das FG zu Recht entschieden, dass die Mietzinszahlungen der S GmbH an die Klägerin in Höhe des auf der vGA beruhenden unangemessenen Teils keine freigebigen Zuwendungen der S GmbH an die Klägerin sind.

**34** Die S GmbH handelte unter Mitwirkung des A, der als Gesellschafter-Geschäftsführer den Mietvertrag unterschrie-

ben hat. Die Mietzinszahlungen stellen in Höhe des unangemessenen Teils Leistungen der S GmbH an A dar, die auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen. Insoweit liegen Entnahmen des A bzw. Vorabzahlungen auf den künftigen Gewinnausschüttungsanspruch des A vor, wobei die Zahlungen vereinbarungsgemäß nicht an A, sondern an dessen Ehefrau, die Klägerin, geleistet wurden. Da sowohl eine Vorabausschüttung an A als auch eine Entnahme des A als Gesellschafter-Geschäftsführer auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhen, kann letztlich dahinstehen, auf welchem der beiden gesellschaftsrechtlichen Vorgänge im Streitfall die Verschaffung des Vermögensvorteils zugunsten der Klägerin beruht.

**35** 5. Da bei einer auf dem Gesellschaftsverhältnis beruhenden Zahlung überhöhter Entgelte an eine dem Gesellschafter nahestehende Person keine gemischte freigebige Zuwendung der GmbH an die nahestehende Person vorliegt, sieht sich der Senat im Hinblick auf das BFH-Urteil vom 7.11.2007 (BFHE 218, 414 = BStBl. II 2008, S. 258) zu dem Hinweis veranlasst, dass in diesen Fällen der Gesellschafter selbst Schenker i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sein kann (vgl. Briese, GmbHHR 2016, 327; Crezelius, ZEV 2016, 107). Entgegen dem vorgenannten BFH-Urteil kommt abhängig von der Ausgestaltung der Rechtsbeziehung zwischen dem Gesellschafter und der nahestehenden Person in diesem Verhältnis eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Betracht.

**36** a) Der BFH ging bisher davon aus, dass bei der Zahlung eines überhöhten Entgelts an eine dem Gesellschafter nahestehende Person in Höhe des unangemessenen Teils des Entgelts, der ertragsteuerrechtlich beim Gesellschafter eine vGA darstellt, keine freigebige Zuwendung des Gesellschafters an die nahestehende Person vorliegt. In einem solchen Fall fehle es an der für eine freigebige Zuwendung erforderlichen Vermögensverschiebung zwischen dem Gesellschafter und der nahestehenden Person (vgl. BFH-Urteil, BFHE 218, 414 = BStBl. II 2008, S. 258 unter II. 2.).

**37** b) Dem steht jedoch entgegen, dass der Gesellschafter, soweit die GmbH die Leistung an die nahestehende Person auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage erbringt, entweder über seinen aus § 29 GmbHG folgenden künftigen Gewinnausschüttungsanspruch verfügt oder eine Entnahme tätigt. Dadurch mindert sich – wie bereits ausgeführt – in Höhe des Ausschüttungsbetrags bzw. in Höhe des Entnahmewerts das künftige Gewinnausschüttungsvolumen der GmbH zulasten des Gesellschafters. Darin liegt die Vermögensminderung des Gesellschafters, die spiegelbildlich bei der nahestehenden Person zu einer Vermögensmehrung führt. Ob tatsächlich eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zwischen dem Gesellschafter und der nahestehenden Person vorliegt, hängt von der Ausgestaltung der zwischen ihnen bestehenden Rechtsbeziehung ab. Hier sind verschiedene Gestaltungen denkbar (zum Beispiel Schenkungsabrede, Darlehen, Kaufvertrag).

**38** c) Da im Streitfall eine freigebige Zuwendung der S GmbH an die Klägerin besteuert wurde, ist nicht zu entscheiden, ob eine freigebige Zuwendung des A an die Klägerin vorliegt.

(...)



**ANMERKUNG:**

Von Rechtsanwalt, Steuerberater und Notar a. D.  
Dr. **Reinhard Geck**, Hannover

Die Beratungspraxis kann aufatmen. Die vorstehende Entscheidung ist eine der drei Grundsatzentscheidungen des II. Senats des BFH vom 13.9.2017 – siehe auch die im Leit-satz gleichlautenden Entscheidungen II R 54/15 und II R 42/16 –, mit denen der BFH die lange umstrittene Frage klärt, wie sich Schenkungsteuer und Ertragsteuer in den Fällen verhalten, in denen ein überhöhtes Entgelt auf schuldrechtlicher Basis an eine Person (= Zuwendungsempfänger) gezahlt wird, die mit dem Gesellschafter in einem persönlichen Näheverhältnis steht (sog. verdeckte Gewinnausschüttung zugunsten nahestehender Personen). Der II. Senat des BFH hat der Versuchung widerstanden, dieses Konkurrenzverhältnis quasi abstrakt zu lösen, indem die eine Steuerart hinter die andere zurücktritt. Er hat vielmehr den Tatbestand der freigebigen Zuwendung des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in Fällen ertragsteuerlich verdeckter Gewinnausschüttungen einschränkend ausgelegt, indem er eine freigebige Zuwendung an die nahestehende Person mit der Begründung verneint, Grundlage der Leistungsbeziehung sei das Gesellschaftsverhältnis zum Gesellschafter, nicht jedoch die schuldrechtliche Leistungsbeziehung zur nahestehenden Person. Die grundsätzliche Frage, ob beide Steuerarten in einem Ausschließlichkeitsverhältnis zueinander stehen, bleibt daher offen. Dies ist auch zutreffend, da in jedem Einzelfall aufgrund wertender Betrachtung zu entscheiden ist, ob und in welcher Weise der Lebenssachverhalt als entgeltlich und/oder unentgeltlich einzuordnen ist. Klar ist nunmehr jedoch, dass schuldrechtliche Leistungsbeziehungen zu Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft nahestehenden Personen keine unentgeltliche Zuwendung der Gesellschaft an die Zuwendungsempfänger darstellen, sondern die ertragsteuerliche Einordnung als verdeckte Gewinnausschüttungen mit Erfassung der Kapitaleinkünfte beim Gesellschafter Vorrang hat und die Schenkungsteuer ausschließt. Der Lebenssachverhalt unterliegt nur einmal der Besteuerung, und zwar der Ertragsteuer.

In allen drei entschiedenen Fällen hatte die Kapitalgesellschaft einer dem Gesellschafter nahestehenden Person im Rahmen eines schuldrechtlichen Austauschgeschäftes eine überhöhte Leistung erbracht, die ertragsteuerlich als verdeckte Gewinnausschüttung im Verhältnis zum Gesellschafter einzuordnen war. Letzteres war unstrittig. Zusätzlich setzte das beklagte FA Schenkungsteuer fest, da es in der überhöhten Vergütung ein gemischt entgeltliches Rechtsgeschäft sah und den unentgeltlichen, weil nicht durch eine Leistung des Zuwendungsempfängers abgedeckten Teil der Vereinbarung als freigebige Zuwendung einordnete. Dem ist der BFH nicht gefolgt.

Der II. Senat arbeitet sorgfältig heraus, dass es im Verhältnis zwischen der Kapitalgesellschaft und ihren Gesellschaftern nur betrieblich veranlasste Rechtsbeziehungen, offene und verdeckte Gewinnausschüttungen sowie Kapitalrückzahlungen geben könne. Freigebige Zuwendungen an die Gesell-

schafter seien ausgeschlossen.<sup>1</sup> Jedenfalls dann, wenn der Gesellschafter an der die verdeckte Gewinnausschüttung auslösenden Rechtsbeziehung (Vertragsabschluss) mit dem Zuwendungsempfänger beteiligt ist, gelte Gleiches, da die überhöhte Leistung an diesen ihre Ursache in der Gesellschaftstellung des mitwirkenden Gesellschafters habe. Dessen Gesellschaftsbeteiligung weggedacht, wäre es zu der überhöhten Vergütung nicht gekommen. Durch die Mitwirkung des Gesellschafters mindere die überhöhte Vergütung die Höhe des Ausschüttungsbetrages bzw. das künftige Gewinnausschüttungsvolumen der Kapitalgesellschaft zu seinen Lasten. Er disponiere damit über sein eigenes Gewinnbezugsrecht.

Der II. Senat wertet diese Konstellation so, als habe der an der verdeckten Gewinnausschüttung mitwirkende Gesellschafter den ihm zuzurechnenden und als verdeckte Gewinnausschüttung erfassten Vorteil der nahestehenden Person zugewandt, sodass es sich bei der überhöhten Vergütung seitens der Kapitalgesellschaft an den Zuwendungsempfänger letztlich um einen abgekürzten Zahlungsweg handle.

Zu Recht lehnt es der BFH ab, die Norm des § 15 Abs. 4 ErbStG als Rechtsgrundlage für die Erfassung der verdeckten Gewinnausschüttung als freigebige Zuwendung im Rahmen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG heranzuziehen. Diese Vorschrift begründet ein Steuerklassenprivileg allein in den Fällen, in denen eine Werterhöhung der Beteiligung von Gesellschaftern einer Kapitalgesellschaft durch Leistung eines Dritten eintritt. Da § 15 Abs. 4 ErbStG systematisch eine Steuerklassenregelung enthält, kann sie zur Begründung des steuerbaren Tatbestands, der sich allein aus § 7 ErbStG ergeben kann, nicht herangezogen werden.

Die Entscheidung markiert nunmehr den endgültigen Abschied von dem „mittlerweile berühmt-berüchtigten obiter dictum“<sup>2</sup> in der Entscheidung des II. Senats<sup>3</sup>, in der der BFH ausgeführt hatte, überhöhte Vergütungen könnten als gemischte freigebige Zuwendungen der Kapitalgesellschaft zu beurteilen sein. Dieses obiter dictum hatte die Finanzverwaltung als Einladung verstanden, mittelbare verdeckte Gewinnausschüttungen unabhängig von ihrer bereits ertragsteuerlichen Erfassung auch schenkungsteuerlich zu erfassen. Mit dieser Auffassung dürfte es nunmehr vorbei sein. Die Finanzverwaltung wird nicht umhin kommen, die Entscheidungen amtlich zu veröffentlichen und über den Einzelfall hinaus anzuwenden.

Gleichwohl kann die mittelbare verdeckte Gewinnausschüttung nunmehr auch auf anderer Ebene schenkungsteuerlich bedeutsam werden. Denn der Senat hat in allen drei Entscheidungen darauf hingewiesen, dass die durch Disposition über den Ausschüttungsanspruch in der Person des Gesellschafters liegende Vermögensminderung zu einer freigebigen Zuwendung zwischen dem Gesellschafter und der ihm nahestehenden Person (Zuwendungsempfänger) führen

1 So bereits BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, BStBl. II 2013, S. 930, Rdnr. 19.

2 So *Crezelius*, ZEV 2018, 106.

3 Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, BStBl. II 2008, S. 258.

könne. Dies ist deshalb bemerkenswert, weil der Senat bislang die Meinung geäußert hatte, in Fällen mittelbarer verdeckter Gewinnausschüttungen fehle es an einer notwendigen Vermögensverschiebung zwischen dem Gesellschafter und dem Zuwendungsempfänger.<sup>4</sup> Diese Auffassung scheint der Senat nunmehr aufgegeben zu haben, sodass mittelbare verdeckte Gewinnausschüttungen schenkungsteuerlich auf anderer Ebene, nämlich zwischen dem Zuwendungsempfänger und dem Gesellschafter zu prüfen sind. Die Kapitalgesellschaft ist hingegen „endgültig aus dem Schneider“.

Abschließend bleibt zu hoffen, dass der Gesetzgeber sich nicht verleiten lässt, die Schenkungsteuerbarkeit der mittelbaren verdeckten Gewinnausschüttung gesetzgeberisch anzuordnen. Die Abgrenzungsschwierigkeiten wären immens. Ferner würde systemwidrig der gleiche Lebenssachverhalt, nämlich die überhöhte Vergütung doppelt belastet, und zwar als steuerbare Zuwendung der Kapitalgesellschaft an ihren Gesellschafter als verdeckte Gewinnausschüttung und als freigebige Zuwendung an eine diesem nahestehende Person. Die vom BFH angedeutete Möglichkeit, die Weiterleitung der verdeckten Gewinnausschüttung an den Zuwendungsempfänger als Erwerb vom Gesellschafter zu besteuern, würde demgegenüber nur die Verwendung der verdeckten Gewinnausschüttung besteuern. Dies wäre jedenfalls unter steuersystematischen Aspekten nicht zu beanstanden.

4 Vgl. BFH, Urteil vom 7.11.2007, II R 28/06, BStBl. II 2008, S. 258 unter II. 2.

## 27. Gewerbliche Prägung einer Einheits-GmbH & Co. KG

BFH, Urteil vom 13.7.2017, IV R 42/14 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F)

*EStG § 15 Abs. 3 Nr. 2, § 16 Abs. 3 Satz 1*

### LEITSATZ:

**Der gewerblichen Prägung einer Einheits-GmbH & Co. KG steht nicht entgegen, dass der im Grundsatz allein geschäftsführungsbefugten Komplementärin im Gesellschaftsvertrag der KG die Geschäftsführungsbefugnis betreffend die Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH entzogen und diese auf die Kommanditisten übertragen wird.**

### SACHVERHALT:

1 A. Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) – eine GmbH & Co. KG (nachfolgend auch KG) – wurde unter der Firma Z GmbH & Co. Vorrats KG gegründet und in das Handelsregister eingetragen. Persönlich haftende Gesellschafterin war zunächst die NX GmbH, alleinige Kommanditistin die N GmbH. 2007 wurden verschiedene Verträge in notarieller Form abgeschlossen, die die Gründung der E GmbH und die Umstrukturierung der Klägerin zum Gegenstand

hatten. Im Rahmen dieser Umstrukturierung übertrug die N GmbH ihren gesamten Kommanditanteil an der Klägerin in Höhe von 69 % auf A, in Höhe von 21 % auf B, den Sohn von A, und in Höhe von 10 % auf C, die Ehefrau von B. Zugleich wurden A, B und C im gleichen Beteiligungsverhältnis alleinige Gesellschafter der E GmbH. Außerdem trat die E GmbH der Klägerin ohne Beteiligung am Gesellschaftsvermögen mit sofortiger Wirkung als Komplementärin bei. Die NX GmbH schied mit sofortiger Wirkung aus, nicht jedoch bevor die E GmbH in das Handelsregister eingetragen worden war; diese Eintragung der E GmbH erfolgte am (...) Februar 2008. Zudem hielt die Klägerin eine Gesellschafterversammlung ab. Sie gab sich die Firma S GmbH & Co. KG. Der Unternehmensgegenstand wurde geändert in „die Vermögensverwaltung sowie die Verwaltung, Vermietung und Verpachtung von Immobilien, Grundstücken, Gewerbe- und Wohnbauten sowie sonstiger Gewerbeanlagen und deren An- und Verkauf für eigene Rechnung“. Schließlich vereinbarten die Gesellschafter der Klägerin einen vollständig neu gefassten Gesellschaftsvertrag (GesV), der als Anlage beigelegt war. Darin hieß es unter anderem wörtlich:

#### 2 „§ 6 Geschäftsführung und Vertretung

Zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ist die persönlich haftende Gesellschafterin berechtigt und verpflichtet. Sie selbst ist von den einschränkenden Bestimmungen des § 181 BGB befreit.

#### § 7 Wahrnehmung der Rechte an der Komplementärin (Einheitsgesellschaft)

(1) Soweit es um die Wahrnehmung der Rechte aus oder an den der Gesellschaft gehörenden Geschäftsanteilen an der Komplementärin geht, ist die Komplementärin von der Geschäftsführung und Vertretung an sich selbst ausgeschlossen. Anstelle der persönlich haftenden Gesellschafterin sind die Kommanditisten zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaftsrechte an der Komplementärin nach Maßgabe der folgenden Absätze befugt.

(2) Die Kommanditisten üben ihre Gesellschaftsrechte an der Komplementärin aus, indem sie über die jeweilige Maßnahme Beschluss fassen. Die Ausübung des Beschlusses erfolgt durch einen oder mehrere von der Kommanditistenversammlung beauftragte Kommanditisten im Namen der Gesellschaft. Zum Zweck der Ausführung der Beschlüsse der Kommanditistenversammlung wird jedem Kommanditist hiermit Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erteilt, von der jedoch nur nach Maßgabe des Beschlusses der Kommanditistenversammlung Gebrauch gemacht werden darf. Alle Kommanditisten werden insoweit von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

(3) Die Kommanditisten fassen ihre Beschlüsse in der Kommanditistenversammlung. (...) Für ihre Einberufung, ihre Beschlussfähigkeit, die Vertretung durch Dritte, die Beschlussfassung und die Protokollierung der gefassten Beschlüsse gilt § 9 ‚Gesellschafterversammlung‘ dieses Gesellschaftsvertrages entsprechend.

(...)

3 Mit weiterem Vertrag brachten die Kommanditisten A, B und C verschiedene Grundstücke in die Klägerin ein. Daneben übertrug mit selbstständigem Vertrag A einen Teilkommanditanteil in Höhe von 39 % des Gesamtkommanditkapitals auf B, B einen solchen in Höhe von 19 % auf D, die gemeinsame Tochter von B und C, geboren 1995, und C einen solchen in Höhe von 9 % auf D unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Vorbehalt des Nießbrauchsrechts. Der Ergänzungspfleger stimmte diesem Vertrag zu, soweit D betroffen war. Schließlich übertrugen die Kommanditisten A, B und C mit weiterem Vertrag ihre Geschäftsanteile an der E GmbH im Wege der Sacheinlage auf die Klägerin. Die Abtretungen erfolgten mit sofortiger Wirkung, aber nicht vor Eintragung der E GmbH in das Handelsregister. Die drei Geschäftsanteile wurden wieder zu einem Geschäftsanteil zusammengefasst.

4 Nach alledem waren am Kommanditkapital der Klägerin A mit 30 %, B mit 41 %, C mit 1 % und D mit 28 % beteiligt.

**5** Für die Feststellungszeiträume 2008 und 2009 (Streitjahre) stellte der Beklagte und Revisionskläger (das FA) die Gewinne zunächst erklärungsgemäß unter dem Vorbehalt der Nachprüfung als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gesondert und einheitlich fest. (...)

**6** In den Jahren 2011 und 2012 führte das FA bei der Klägerin unter anderem für die Streitjahre eine Betriebsprüfung durch. Der Prüfer gelangte zu der Auffassung, dass die Klägerin mit der Eintragung der E GmbH in das Handelsregister nicht mehr die Voraussetzungen eines Gewerbebetriebes kraft Fiktion nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG erfüllt habe. Denn ab diesem Zeitpunkt sei die Klägerin Alleingesellschafterin der E GmbH geworden, sodass die in § 7 GesV getroffene Vereinbarung gegriffen habe, wonach auch die Kommanditisten in dem dort genannten Umfang zur Führung der Geschäfte der Klägerin befugt gewesen seien. Danach sei der Betrieb der Klägerin mit Wirkung zum (...) Februar 2008 zwangsweise aufgegeben worden, sodass die in den Immobilien ruhenden stillen Reserven der Besteuerung hätten unterworfen werden müssen. Im Anschluss habe die Klägerin Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt. Das FA schloss sich dieser Auffassung an und erließ am 21.8.2012 – jeweils unter Aufhebung des Vorbehalts der Nachprüfung – entsprechend geänderte Feststellungsbescheide 2008 und 2009. Gegen diese Bescheide legte die Klägerin Einspruch ein. Die angegriffenen Feststellungsbescheide 2008 und 2009 wurden jeweils nochmals mit Bescheiden vom 14.9.2012 geändert. Der Einspruch blieb erfolglos.

**7** Die hiergegen gerichtete Klage hatte Erfolg (Urteil des FG vom 28.8.2014, 3 K 743/13 F). Das FG änderte die angegriffenen Feststellungsbescheide dahin, dass für beide Streitjahre jeweils Einkünfte der Klägerin aus Gewerbebetrieb festgestellt wurden.

**8** Das FA rügt mit seiner Revision die Verletzung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

(...)

## AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**14** II. Die Revision ist jedoch unbegründet.

**15** Das FG hat zu Recht entschieden, dass die Klägerin ihren Gewerbebetrieb nicht am (...) Februar 2008 aufgegeben, sondern auch nach diesem Zeitpunkt weiterhin die Voraussetzungen für einen Gewerbebetrieb kraft Fiktion nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG erfüllt hat.

**16** 1. Nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gilt als Gewerbebetrieb in vollem Umfang die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft, die keine Tätigkeit i. S. d. Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ausübt und bei der ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind (gewerblich geprägte Personengesellschaft). Entfällt eine dieser tatbestandlichen Voraussetzungen einer gewerblich geprägten Personengesellschaft, führt dieser Rechtsvorgang zu einer Betriebsaufgabe nach § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG (BFH, Urteil vom 14.3.2007, XI R 15/05, BFHE 217, 438 = BStBl. II 2007, S. 924 unter II. 1. b).

**17** 2. Im Streitfall steht außer Frage, dass die Klägerin mit Einkünfteerzielungsabsicht gehandelt und keine originär gewerbliche Tätigkeit nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 Satz 1 EStG ausgeübt hat, ebenso dass allein Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafterinnen der Klägerin gewesen sind. Unstreitig ist auch, dass ab dem (...) Februar 2008 nur noch die E GmbH Komplementärin war und zu diesem

Zeitpunkt die Geschäftsanteile an der E GmbH auf die Klägerin übertragen worden sind. Hierdurch entstand eine sog. Einheits-GmbH & Co. KG, bei der die KG Alleingesellschafterin ihrer Komplementär-GmbH ist. (...)

**18** 3. Zu Recht hat das FG entschieden, dass die Klägerin als Einheits-GmbH & Co. KG noch i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gewerblich geprägt war, obwohl in § 7 GesV vorgesehen war, dass ihrer im Grundsatz allein geschäftsführungsbefugten Komplementärin die Geschäftsführungsbefugnis betreffend die Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der Klägerin gehaltenen Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH entzogen und diese auf die Kommanditisten übertragen wird.

**19** a) Nach ständiger Rechtsprechung des BFH ist der Begriff „Geschäftsführung“ in § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG so zu verstehen, wie er in den §§ 114 bis 117, § 164 HGB und §§ 709 bis 713 BGB verwendet wird. Gemeint ist die sich aus Gesetz oder Gesellschaftsvertrag ergebende – organschaftliche – im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander bestehende Befugnis zu einer auf Verwirklichung des Gesellschaftszwecks gerichteten Tätigkeit. Unerheblich ist, wer im Außenverhältnis zur Vertretung befugt ist (zum Beispiel BFH, Urteil vom 23.5.1996 IV R 87/93, BFHE 180, 396 = BStBl. II 1996, S. 523 unter II. 3. a).

**20** b) Nach den dispositiven Regelungen in §§ 164, 161 Abs. 2 und §§ 114 bis 116 HGB führen die Komplementäre die gewöhnlichen Geschäfte der KG alleine; die Kommanditisten sind grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossen. Einem Kommanditisten kann jedoch im Gesellschaftsvertrag zwar keine organschaftliche Vertretungsmacht, aber eine organschaftliche Geschäftsführungsbefugnis eingeräumt werden. Die Prägung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG entfällt unter anderem bereits dann, wenn nach dem Gesellschaftsvertrag der KG neben der Komplementär-GmbH weitere Kommanditisten – ggf. beschränkt auf einen bestimmten Bereich – geschäftsführungsbefugt sind (zum Beispiel BFH-Urteile in BFHE 180, 396 = BStBl. II 1996, S. 523 unter II. 3. a; vom 11.10.2012, IV R 32/10, BFHE 239, 248 = BStBl. II 2013, S. 538 Rdnr. 21).

**21** Diese Grundsätze gelten auch für eine GmbH & Co. KG. Daher greift § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG immer ein, wenn bei einer GmbH & Co. KG nur die GmbH als alleinige Komplementärin zur Geschäftsführung befugt ist (vgl. Herrmann/Heuer/Raupach/Stapperfend, § 15 EStG Rdnr. 1445). Für die Prägung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ist es auch unschädlich, wenn der Kommanditist zugleich Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist (BFH-Urteil in BFHE 180, 396 = BStBl. II 1996, S. 523 unter II. 3. c). Denn in einem solchen Fall führt zwar der Kommanditist als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH mittelbar die Geschäfte der KG. Der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH ist aber nicht der organschaftliche Geschäftsführer der KG; dies ist und bleibt – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung im Gesellschaftsvertrag der KG – die GmbH als Komplementärin (§§ 164, 161 Abs. 2 i. V. m. §§ 114 ff. HGB).

**22** c) Bei einer Einheits-GmbH & Co. KG gehören Maßnahmen, welche allein die Ausübung der Gesellschafterrechte aus



oder an ihren Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH betreffen, nicht zur Geschäftsführung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG (a. A. *Seidel*, BB 2017, 732, 738; kritisch auch *Knobbe*, EFG 2015, 121, Anm. zum verfahrensgegenständlichen FG-Urteil). Der gewerblichen Prägung einer Einheits-GmbH & Co. KG steht daher nicht entgegen, wenn der im Grundsatz allein geschäftsführungsbefugten Komplementärin im Gesellschaftsvertrag der KG die Geschäftsführungsbefugnis (und Vertretungsbefugnis) betreffend die Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH entzogen und auf die Kommanditisten übertragen wird. Dies ergibt sich nach Ansicht des Senats allerdings nicht daraus, dass eine derartige gesellschaftsvertragliche Regelung zu einer rechtsgeschäftlichen Bevollmächtigung oder Geschäftsführungsbefugnis sui generis und somit zu keiner organschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis führt (so aber zum Beispiel *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl., § 16 Rdnr. 57; *Carlé/Carlé*, GmbHR 2001, 100, 102; *Hesselmann/Tillmann/Müller-Thuns/Lüke*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl., Rdnr. 2.486; *Spiegelberger*, ZEV 2003, 391, 395; *Werner*, DStR 2006, 706, 710; *Middendorf/Hauptmann*, Steuern und Bilanzen 2016, 782, 784), sondern aus der Entstehungsgeschichte sowie dem Sinn und Zweck des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

**23 aa)** Wie bei jeder GmbH & Co. KG existieren auch bei der Einheits-GmbH & Co. KG zwei rechtlich selbstständige Gesellschaften mit zwei getrennten Rechtssphären (BGH, Urteil vom 16.7.2007, II ZR 109/06, BB 2007, 1914, m. Anm. *Gehrlein*; a. A. *Schmidt*, JZ 2008, 425, 435 f.). Bei der Einheits-GmbH & Co. KG ist allerdings die KG als Alleingesellschafterin der GmbH für deren Willensbildung zuständig. Die KG wird in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH – sofern keine abweichenden Regelungen existieren – von der Komplementär-GmbH, diese wiederum von ihren Geschäftsführern, vertreten (BGH, a. a. O., BB 2007, 1914; OLG Hamburg, Urteil vom 22.3.2013, 11 U 27/12; OLG Celle, Beschluss vom 6.7.2016, 9 W 93/16). Dies kann zu Interessenkollisionen bei der Willensbildung in der Komplementär-GmbH führen. Denn ohne abweichende Regelungen wären die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH zum Beispiel dazu berufen, über ihre eigene Bestellung, Abberufung und Entlastung (§ 46 Nr. 5 GmbHG) zu entscheiden sowie das Weisungsrecht gegenüber sich selbst auszuüben (§ 37 Abs. 1 GmbHG).

**24** Der Vermeidung dieses – zumindest faktischen – Interessenkonflikts diene nach den den Senat insoweit bindenden Feststellungen des FG (§ 118 Abs. 2 FGO) und auch zwischen den Beteiligten unstreitig die Regelung in § 7 GesV.

**25 bb)** Nach der Entstehungsgeschichte des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG beseitigt eine derartige Regelung im Gesellschaftsvertrag der KG nicht die Prägung der Komplementär-GmbH.

**26** Der Gesetzgeber hat – den bis heute unverändert fortgeltenden – § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG durch das Steuerbereinigungsgesetz 1986 vom 19.12.1985 (BGBl. 1985 I, S. 2436 = BStBl. I 1985, S. 735) eingefügt. Diese Gesetzesfassung beruht auf dem Entwurf der Bundesregierung zu einem „Gesetz zur vordringlichen Regelung von Fragen der Besteuerung von Personengesellschaften“ (vgl. BT-Drucks. 10/4498, 10/4513, S. 22, 10/3663, S. 4, 8). Mit der Einfügung der Vorschrift sollte

die sog. Gepräge-Rechtsprechung des BFH, die dieser mit Beschluss des Großen Senats vom 25.6.1984 (GrS 4/82, BFHE 141, 405 = BStBl. II 1984, S. 751) aufgegeben hatte, wiederhergestellt werden, ohne über diese hinauszugehen (vgl. BT-Drucks. 10/4513, S. 22). Der BFH hatte bis zur Aufgabe dieser Rechtsprechung durch den genannten Beschluss des Großen Senats die gewerbliche Tätigkeit einer an sich vermögensverwaltend tätigen GmbH & Co. KG damit begründet, dass die Kapitalgesellschaft jedenfalls dann der Personengesellschaft das Gepräge gebe, wenn die geschäftsführende Kapitalgesellschaft (GmbH) alleiniger Komplementär sei (dazu grundlegend BFH-Urteile vom 17.3.1966, IV 233, 234/65, BFHE 84, 471 = BStBl. III 1966, S. 171; vom 3.8.1972, IV R 235/67, BFHE 106, 331 = BStBl. II 1972, S. 799 unter I.). Hierbei sei „das wirtschaftliche Gewicht einer solchen GmbH in Rechnung zu stellen, die, soweit sie als persönlich haftende Gesellschafterin und Geschäftsführerin des Unternehmens der KG in Erscheinung tritt, die eigentliche Unternehmenstätigkeit entfaltet“ (BFH-Urteil in BFHE 84, 471 = BStBl. III 1966, S. 171). Insbesondere auf diese Entscheidung weist die Regierungsbegründung ausdrücklich hin (BT-Drucks. 10/3663, S. 6). Für den BFH war daher maßgeblich, dass die Kapitalgesellschaft als Vollhafter die eigentliche Unternehmenstätigkeit auf Ebene der KG ausübt.

**27** Diese Voraussetzungen sind auch bei einer Einheits-GmbH & Co. KG gegeben, in deren Gesellschaftsvertrag – wie in § 7 GesV – den Kommanditisten die Geschäftsführungsbefugnis nur beschränkt auf den Bereich der Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH übertragen wird. Dabei verkennt der Senat weder, dass die zur Bestimmung der Prägung in § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG umschriebenen Begriffe gesellschaftsrechtlich interpretiert werden müssen (zum Beispiel BFH, Beschluss vom 22.9.2016, IV R 35/13, BFHE 255, 239 = BStBl. II 2017, S. 116), noch, dass eine derartige gesellschaftsvertragliche Regelung ggf. als Einräumung einer (partiellen) organschaftlichen Geschäftsführungsbefugnis begriffen werden kann (zu den einzelnen Auslegungsmöglichkeiten vgl. zum Beispiel *Binz/Sorg*, a. a. O., § 8 Rdnr. 24; *Hesselmann/Tillmann/Müller-Thuns/Lüke*, a. a. O., Rdnr. 2.477 ff.; *Seidel*, BB 2017, 732, 736 ff.). Denn eine solche gesellschaftsvertragliche Regelung lässt die Ausübung der eigentlichen Unternehmenstätigkeit durch die Komplementärin unberührt. Auch bei einer Einheits-GmbH & Co. KG existieren zwei rechtlich selbstständige Gesellschaften mit zwei getrennten Rechtskreisen (dazu oben B. II. 3. c aa). Die den Kommanditisten eingeräumten Befugnisse hinsichtlich der Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH betreffen unmittelbar nur den Rechtskreis der Komplementär-GmbH. Sie berühren nicht unmittelbar die eigentliche Unternehmenstätigkeit auf Ebene der KG und können daher keine „prägende“ oder „entprägende“ Kraft auf Ebene der KG entfalten. Die Ausübung der eigentlichen Unternehmenstätigkeit auf Ebene der KG bleibt ausschließlich bei der Komplementär-GmbH.

**28 cc)** Der Sinn und Zweck des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG bestätigt dieses Ergebnis.



**29** § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sollte – wie bereits dargestellt – bewusst für die Zukunft die sog. Gepräge-Rechtsprechung wiederherstellen, beispielsweise um eine zweifache Ergebnismittlung zu vermeiden (BT-Drucks. 10/3663, S. 6) oder um sinnvolle Gestaltungen zu erhalten (BFH, Urteil vom 20.11.2003, IV R 5/02, BFHE 204, 471 = BStBl II 2004, S. 464 unter I. 1. d).

**30** Die Einheits-GmbH & Co. KG als besondere Erscheinungsform einer KG steht der sog. beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG sehr nahe. Beide Gestaltungen finden insbesondere bei Familienunternehmen Anwendung. Bei der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG sind die Kommanditisten im gleichen Verhältnis an der KG und an der Komplementär-GmbH beteiligt. Hierdurch wird vermieden, dass Personen die KG beherrschen können, die nicht zugleich Kommanditisten sind (zum Beispiel *Binz/Sorg*, a. a. O., § 8 Rdnr. 2; *dies.*, GmbHR 2011, 281, 282). Der bei dieser Interessenlage gewünschte Einfluss der Kommanditisten auf die Unternehmenstätigkeit der KG wird dadurch hergestellt, dass die Kommanditisten zugleich als GmbH-Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH stimmberechtigt sind. Gleichwohl stünde auch in einem derartigen Fall, sollte die Komplementär-GmbH alleiniger organschaftlicher Geschäftsführer der KG sein, die gewerbliche Prägung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG außer Frage (vgl. dazu auch BFH-Urteil, BFHE 106, 331 = BStBl. II 1972, S. 799 unter I.). Denn die Kommanditisten sind zwar Gesellschafter der Komplementär-GmbH, nicht aber organschaftliche Geschäftsführer der KG.

**31** Nichts anderes kann dann für den Fall der Einheits-GmbH & Co. KG gelten. Diese Sonderform wird insbesondere zur Vermeidung des bei einer beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG gegebenen – nicht unerheblichen – Gestaltungsaufwands gewählt, der unter anderem erforderlich ist, um die Identität der Beteiligungsverhältnisse (dem Grunde und der Höhe nach) an beiden Gesellschaften zu wahren (*Spiegelberger*, ZEV 2003, 391, 392). Bei einer Einheits-GmbH & Co. KG ist eine entsprechende Verzahnung der Gesellschaftsverträge der KG und GmbH entbehrlich, weil die Kommanditisten nur noch mittelbar über ihre KG-Beteiligung an der Komplementär-GmbH beteiligt sind und mithin nur noch eine Gesellschaftsbeteiligung existiert (zum Beispiel *Binz/Sorg*, a. a. O., § 8 Rdnr. 3; *Hesselmann/Tillmann/Müller-Thuns/Lüke*, a. a. O., Rdnr. 2.463). Im Gegenzug entsteht jedoch – wie bereits ausgeführt (dazu B. II. 3. c aa) – das Erfordernis, eine konfliktfreie Willensbildung bei der Komplementär-GmbH zu organisieren. Geschieht dies dadurch, dass den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag der KG die Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen eingeräumt wird, wird im Ergebnis eine der Beschlussituation bei einer beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG vergleichbare Situation hergestellt. In beiden Fällen fassen die Kommanditisten die Gesellschafterbeschlüsse bei der Komplementär-GmbH. Vor diesem Hintergrund kann es nach Sinn und Zweck für die Beurteilung der Prägungswirkung keinen Unterschied machen, ob die Kommanditisten unmittelbar an der Komplementär-GmbH oder nur mittelbar über die KG an dieser beteiligt sind. Bei einer Einheits-GmbH & Co. KG ist die Ausübung der Gesellschafterrechte aus dem Geschäftsanteil an der Komplementär-GmbH schlicht Ausfluss ihrer Gesell-

schafterstellung, ohne dass damit darüber hinausgehende unmittelbare Rechte auf Ebene der KG verbunden sind.

**32** 4. Danach ist die Entscheidung des FG, dass ab dem (...) Februar 2008 – trotz der Regelung in § 7 GesV – nur die E GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin zur Geschäftsführung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG befugt war, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Denn eine Regelung wie in § 7 GesV, die den Kommanditisten einer Einheits-GmbH & Co. KG allein aufgrund der Gesellschafterstellung der KG an ihrer Komplementär-GmbH Befugnisse zur Vermeidung von Interessenkonflikten einräumt, begründet keine Geschäftsführungsbefugnis i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG.

**33** III. Nach alledem waren – wie vom FG ausgesprochen – die im Übrigen nicht streitigen Einkünfte aus Gewerbebetrieb festzustellen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. **Sebastian Spiegelberger**,  
Rosenheim

#### 1. Gestaltungsvarianten

Die GmbH & Co. KG ist ein Kind der kautelarjuristischen Praxis. Die kühne Gestaltung, als Komplementär einer KG eine niedrig kapitalisierte GmbH an Stelle einer natürlichen Person mit unbegrenzter persönlicher Haftung fungieren zu lassen, wurde erstmals durch die Entscheidung des BayObLG vom 16.2.1912<sup>1</sup> sanktioniert. Diese Konzeption hat sich in Deutschland und Österreich zu der beliebtesten handelsregisterlich registrierten Personengesellschaftsform entwickelt, da sie die steuerlichen Vorteile der Personengesellschaft mit den Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung der Kapitalgesellschaft verbindet.<sup>2</sup> Darüber hinaus besteht bei dieser Gesellschaftsform die Möglichkeit der Fremdorganschaft durch Bestellung professioneller Geschäftsführer.

Die personengleiche GmbH & Co. KG, also die Beteiligungsidentität bei der Komplementär-GmbH und der KG, wurde in früheren Jahren durch eine komplizierte Verzahnungsregelung erreicht. Danach sollte jeder Gesellschafterwechsel sowohl bei der Komplementär-GmbH als auch bei der KG einheitlich erfolgen. Während bei der GmbH gemäß § 15 Abs. 1 GmbHG die Vererblichkeit des GmbH-Anteils nicht ausgeschlossen, sondern nur durch Einziehungs- und Abtretungsregelungen eingeschränkt werden kann, ist die Nachfolgeregelung bei der KG dispositiv, sodass sowohl durch die Vereinbarung einer Fortsetzungsklausel als auch der vom BGH<sup>3</sup> gestatteten dinglichen Sondererfolge eine einheitliche erbrechtliche Nachfolge nicht besteht und das Auseinanderbrechen der Beteiligungsidentität nicht verhindert werden kann, wobei zudem steuerliche Entnahmeprobleme entstehen. Darüber hinaus erfordert die Koordination

<sup>1</sup> BayObLG, Beschluss vom 16.2.1912, III 12/1912, OLG 13, 69, 72 = GmbHR 1914, 9.

<sup>2</sup> Vgl. *Priester*, DNotZ 1977, 159.

<sup>3</sup> BGH, Urteil vom 10.2.1977, II ZR 120/75, BGHZ 68, 225.

der Beteiligungsverhältnisse einen gigantischen Aufwand an gesellschaftsrechtlichen Regelungen mit einem Vertragskompendium bis zu 100 Seiten, was einer mittelständischen Klientel nicht vermittelt werden kann.

Die in der Praxis bevorzugte Alternative der Einheits-GmbH & Co. KG besteht darin, dass die Gründer der GmbH ihre GmbH-Geschäftsanteile an die GmbH & Co. KG abtreten, sodass die Komplementär-GmbH eine 100 %-ige Tochter der GmbH & Co. KG wird. Damit ist eine einfache und lückenlose Verzahnung garantiert.

## 2. Gesetzliche Regelung

Nach jahrzehntelanger Abstinenz hat der Gesetzgeber durch die GmbH-Novelle<sup>4</sup> in § 172 Abs. 6 HGB die bilanzielle Behandlung der GmbH & Co. KG in der Weise geregelt, dass die Einlage eines Kommanditisten als nicht geleistet gilt, soweit sie in Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH bewirkt wird. Gemäß § 264c Abs. 4 HGB sind die Anteile an der Komplementär-GmbH auf der Aktivseite im Rahmen des Gliederungsschemas unter den Posten A. III. 1. oder A. III. 3. auszuweisen. Für diese Anteile in Höhe des aktivierten Betrags ist auf der Passivseite nach dem Posten „Eigenkapital“ ein Sonderposten mit der Bezeichnung „Ausgleichsposten für aktivierte eigene Anteile“ zu bilden. Durch diese zwingende bilanzielle Behandlung ist gesichert, dass der Geschäftsanteil an der Komplementär-GmbH nicht zugleich als Haftkapital der KG ausgewiesen wird, also eine Kommanditgesellschaft nicht in der Weise gegründet werden kann, dass ihre Beteiligung an der Komplementär-GmbH Eigenkapital darstellt.

## 3. Der Siegeszug der Einheits-GmbH & Co. KG

Während die Praktikerliteratur ganz überwiegend die Einheits-GmbH & Co. KG empfiehlt,<sup>5</sup> standen ihr Teile der Wissenschaft über Jahrzehnte ablehnend gegenüber. *H. P. Westermann* sieht in der Einheits-GmbH & Co. KG „kautelarjuristische Akrobatstücke“,<sup>6</sup> *Karsten Schmidt*, der wohl hartnäckigste Kritiker, bezeichnete die Einheits-GmbH & Co. KG zunächst noch als überflüssig,<sup>7</sup> später als „hypertrophe Rechtskonstruktion“,<sup>8</sup> hat aber nunmehr zum Dialog zwischen Wissenschaft und Praxis aufgerufen.<sup>9</sup>

Die Problematik des in § 47 Abs. 4 GmbHG enthaltenen Stimmverbotes bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts und bei der Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber einem Gesellschafter löst die Vertragspraxis in der Weise, dass für den Fall der Verhinderung des Geschäftsführers den Kommanditisten Stimmrechtsvollmacht erteilt wird.

## 4. Gepräge-Rechtsprechung des BFH

Eine besondere Hürde ergab sich auch aus dem Steuerrecht. Der Gesetzgeber hat durch das Steuerbereinigungsgesetz vom 19.12.1985<sup>10</sup> in § 15 Abs. 3 EStG eine Nr. 2 eingefügt und damit die sog. Gepräge-Rechtsprechung des BFH wiederhergestellt. Danach ist die vermögensverwaltende GmbH & Co. KG gewerblich geprägt, wenn eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind (gewerblich geprägte Personengesellschaft). Die gewerbliche Prägung bleibt auch dann bestehen, wenn der Kommanditist Geschäftsführer der Komplementär-GmbH wird.<sup>11</sup> In diesem Fall führt der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH mittelbar die Geschäfte der KG, ist aber nicht der organ-schaftliche Geschäftsführer der KG. Geschäftsführer bleibt unverändert die GmbH. Sofern die GmbH & Co. KG keine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt, also nur vermögensverwaltend tätig wird, ist die gewerbliche Prägung mit der Folge der Betriebsaufgabe beendet, wenn einem Kommanditisten unmittelbar die Geschäftsführung der KG übertragen wird, sodass das Betriebsvermögen der GmbH & Co. KG automatisch steuerliches Privatvermögen darstellt und somit die stillen Reserven aufgelöst sind.

Von diesem Fall zu unterscheiden ist die Gestaltung, dass einem Kommanditisten nicht die Geschäftsführung als solche, sondern nur die Stimmrechtsvollmacht für den Fall erteilt wird, dass das Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG eingreift.<sup>12</sup> Der IV. BFH-Senat widerspricht dieser Auffassung, kommt aber aufgrund von Sinn und Zweck und der Entstehungsgeschichte des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG zu einem ähnlichen Ergebnis. Was ist der Sinn und Zweck der gewerblichen Prägung unter Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte des Gesetzes? Welche Deutung entspricht der Regelungsabsicht des historischen Gesetzgebers?<sup>13</sup>

Der BFH hat die gewerbliche Tätigkeit einer an sich vermögensverwaltend tätigen GmbH & Co. KG damit begründet, dass die Kapitalgesellschaft jedenfalls dann der Personengesellschaft das Gepräge gebe, wenn die geschäftsführende Kapitalgesellschaft alleiniger Komplementär ist.<sup>14</sup> Das wirtschaftliche Gewicht einer solchen GmbH sei in Rechnung zu stellen, soweit sie als persönlich haftende Gesellschafterin und Geschäftsführerin des Unternehmens der KG in Erscheinung tritt und die eigentliche Unternehmenstätigkeit entfaltet.

Im Entscheidungsfall enthielt der Gesellschaftsvertrag der GmbH & Co. KG folgende Regelung:

10 BStBl. I 1985, S. 735.

11 Vgl. BFH, Urteil vom 23.5.1996, IV R 87/93, BStBl. II 1996, S. 523 unter II. 3. C.

12 Vgl. *Carlé/Carlé*, GmbHR 2001, 100.

13 *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Studienausgabe 1993, S. 203.

14 BFH, Urteil vom 17.3.1966, IV 233/65, 234/65, BStBl. III 1966, S. 171 und BFH, Urteil vom 3.8.1972, IV R 235/67, BStBl. II 1972, S. 799.

4 BGBl. 1980 I, S. 836.

5 Vgl. *Spiegelberger*, Liber amicorum für Mock, 2009, S. 304.

6 *H. P. Westermann*, ZRP 1972, 98.

7 *K. Schmidt* in FS Röhrich, 2005, S. 511, 528.

8 *K. Schmidt*, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, S. 1637.

9 *K. Schmidt* in FS Westermann, 2008, S. 1425.

„Zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ist die persönlich haftende Gesellschafterin berechtigt und verpflichtet. Soweit es um die Wahrnehmung der Rechte aus oder an den der Gesellschaft gehörenden Gesellschaftsanteilen an der Komplementärin geht, ist die Komplementärin von der Geschäftsführung und Vertretung an sich selbst ausgeschlossen. An Stelle der persönlich haftenden Gesellschafterin sind die Kommanditisten zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaftsrechte an der Komplementärin (...) befugt.“

Diese kühne, von *Bahnsen*<sup>15</sup> vorgeschlagene Formulierung geht über die von der bisherigen Vertragspraxis geübte Übertragung des Stimmrechts auf die Kommanditisten, soweit das Stimmrechtsverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG reicht, weit hinaus und gewährt den Kommanditisten sogar Geschäftsführungs- und Vertretungsrechte an der Komplementär-GmbH, sodass die Reaktion der Finanzverwaltung, diese provozierende Vertragsgestaltung im Instanzenzug bis zum BFH anzufechten, nicht verwundert.

#### a) Personengleiche GmbH & Co. KG

Bei der personengleichen GmbH & Co. KG ist die Trennung in zwei selbstständige Gesellschaften besonders ausgeprägt, da die Kommanditisten zugleich als Gesellschafter der Komplementär-GmbH stimmberechtigt sind. Obwohl die Kommanditisten somit alle Gesellschafterrechte an der GmbH unmittelbar ausüben, steht die gewerbliche Prägung bei der personengleichen GmbH & Co. KG außer Frage.<sup>16</sup> Die Kommanditisten sind zwar Gesellschafter der Komplementär-GmbH, nicht aber organschaftliche Geschäftsführer der KG.

#### b) Einheits-GmbH & Co. KG

Der IV. Senat des BFH kommt in der besprochenen Entscheidung zu dem zutreffenden Ergebnis, dass die Einheits-GmbH & Co. KG als besondere Erscheinungsform der KG der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG sehr nahe steht. Beide Gestaltungen finden insbesondere bei Familienunternehmen Anwendung. Gemäß Rdnr. 31 des Besprechungsurteils gelten die bei der beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG unstrittigen Rechtsfolgen auch für die Einheits-GmbH & Co. KG, da diese Rechtsform der Identität der Beteiligungsverhältnisse – dem Grunde und der Höhe nach an beiden Gesellschaften – dient. Bei einer Einheits-

GmbH & Co. KG ist eine entsprechende Verzahnung der Gesellschaftsverträge der KG und GmbH entbehrlich, weil die Kommanditisten nur noch mittelbar über ihre KG-Beteiligung an der Komplementär-GmbH beteiligt sind und mithin nur noch eine Gesellschaftsbeteiligung existiert.<sup>17</sup> Bei der Einheits-GmbH & Co. KG, für die sich zunehmend die Bezeichnung „Einheitsgesellschaft“ durchsetzt, besteht das Erfordernis, eine konfliktfreie Willensbildung bei der Komplementär-GmbH zu organisieren. Dies geschieht dadurch, dass den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag der KG die Ausübung der Gesellschafterrechte aus oder an den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen eingeräumt wird. Für die Beurteilung der „Prägewirkung“ macht es nach der überzeugenden Begründung des IV. Senats keinen Unterschied, ob die Kommanditisten unmittelbar an der Komplementär-GmbH oder nur mittelbar über die KG an dieser beteiligt sind. Bei der Einheits-GmbH & Co. KG ist die Ausübung der Gesellschafterrechte aus den Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH schlicht Ausfluss ihrer Gesellschafterstellung, ohne dass damit darüber hinausgehende unmittelbare Rechte auf der Ebene der KG verbunden sind. Wenn den Kommanditisten einer Einheits-GmbH & Co. KG allein aufgrund der Gesellschafterstellung der KG an ihrer Komplementär-GmbH Befugnisse zur Vermeidung von Interessenkonflikten eingeräumt werden, begründet dies keine Geschäftsführungsbefugnis i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG und ist damit nicht prägeschädlich.

### 5. Gestaltungsvorschlag

Die Finanzverwaltung hat das Besprechungsurteil im Bundessteuerblatt veröffentlicht<sup>18</sup> und damit ihre bisherige restriktive Auffassung aufgegeben. Damit kann die vom IV. Senat sanktionierte Vertragsgestaltung, geprägensschädlich den Kommanditisten die Befugnis zur Geschäftsführung bei der Ausübung der Gesellschaftsrechte an der Komplementär-GmbH zu übertragen, gewählt werden, anstatt – wie bisher empfehlenswert – den Kommanditisten das Stimmrecht nur insoweit einzuräumen, als die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH gemäß § 47 Abs. 4 GmbHG von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen sind. Die Berufung eines Beirats mit der Kompetenz, über die Anstellung, Kündigung, Entlassung und Abberufung eines Geschäftsführers zu entscheiden, ist nicht mehr erforderlich.

<sup>15</sup> *Bahnsen*, GmbHR 2001, 187.

<sup>16</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 3.8.1972, IV R 235/67, BStBl. II 1972, S. 799 unter I.

<sup>17</sup> Vgl. *Binz/Sorg*, Die GmbH & Co. KG, 11. Aufl. 2010, § 8 Rdnr. 3; *Hesselmann/Tillmann/Müller-Thuns/Lüke*, Handbuch GmbH & Co. KG, 21. Aufl. 2016, Rdnr. 2.463.

<sup>18</sup> BStBl. II 2017, S. 1126.

## SONSTIGES

### TAGUNGSBERICHT

#### Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung des letzten Willens – Klassische Familie, Patchwork und andere Herausforderungen

##### Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 6.2.2018

Von Ass. jur. **Thomas Winkelmann**, München\*

Am 6.2.2018 fand die zweite Tagung des Wintersemesters 2017/2018 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung des letzten Willens – Klassische Familie, Patchwork und andere Herausforderungen“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth, und Notar *Stefan Braun*, Erlangen, vor und übergab das Wort an *Weidlich*.

Zu Beginn seines Referats zum Thema „Das Berliner Testament und seine Bindungswirkungen“ präsentierte *Weidlich* einen Überblick über Gemeinsamkeiten und Unterschiede zwischen gemeinschaftlichem Testament und Erbvertrag. Die Möglichkeit von Bindungen und gegenseitigen Abhängigkeiten erbrechtlicher Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament sei kritisch zu sehen. Die Erfahrung aus der Praxis zeige, dass rechtlich nicht beratenen Laien diese Auswirkungen nur in den seltensten Fällen bewusst sind. Deshalb habe *Roland Wendt* (ErbR 2015, 466 ff.) nicht zu Unrecht darauf hingewiesen, dass das gemeinschaftliche Testament zwar „der Deutschen liebstes Kind aus der Schar gesetzlich zugelassener letztwilliger Verfügungen“ sei, mit Blick auf die Umsetzung des Erblasserwillens aber auch „das gefährlichste Instrument“ darstelle und ein „Füllhorn von Auslegungsproblemen mit hohen Schwierigkeitsgraden“ berge. Weil sich die Ursache dieses Gefahrenpotenzials gut mit dem Titel des Films „... denn sie wissen nicht, was sie tun“ beschreiben lasse, habe *Wendt* in diesem Zusammenhang von „James-Dean-Testamenten“ gesprochen.

Anhand eines der Entscheidung des OLG Bamberg (Beschluß vom 6.11.2015, 4 W 105/15, MittBayNot 2017, 277 ff.) nachgebildeten Falls zeigte *Weidlich* zunächst typische Probleme auf, die sich bei der im Wege der Auslegung zu be-

antwortenden Frage nach der Wechselbezüglichkeit (§ 2270 BGB) einzelner Verfügungen beim „Berliner Testament“ in Form der Einheitslösung (§ 2269 BGB) stellen, und erläuterte die dabei zu beachtenden Grundsätze.

Sodann ging der Referent auf das Urteil des BGH vom 25.5.2016 (IV ZR 205/15, MittBayNot 2016, 524 ff.) ein, das sich mit der Problematik der Anfechtbarkeit wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament wegen eines Motivirrtums beschäftigt. Die Kernproblematik des der Entscheidung zugrunde liegenden Falles bestehe in der Frage, ob die als Schluss-erbin im Gegensatz zu ihrer Schwester nicht berücksichtigte Tochter als Dritte die Verfügungen ihres erstverstorbenen Vaters noch fristgerecht anfechten konnte und in welchem Verhältnis die Verfügungen des Vaters zu den Verfügungen der zweitverstorbenen Mutter standen. Nicht von der Revision angegriffen worden und daher vom BGH nicht zu beurteilen gewesen seien die Feststellungen des OLG Stuttgart als Vorinstanz hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit (Urteil vom 19.3.2015, 19 U 134/14, MittBayNot 2016, 518 ff.), obwohl auch diese Anlass zu Zweifeln geboten hätten. Das OLG habe die Wechselbezüglichkeit der beiden Schluss-erfolgen bejaht, weil nur ein Kind und nicht alle Kinder zu Schluss-erben eingesetzt wurden. Die weithin anerkannte, aber auch von der Rechtsprechung immer wieder missverständene Regel, dass bei einem gemeinschaftlichen Testament die Schluss-erbeneinsetzungen beider Ehegatten grundsätzlich nicht in einem wechselbezüglichen Verhältnis stehen, greife daher ausnahmsweise nicht. Eine solche Einschränkung der Regel, so *Weidlich*, lasse sich aber aus der bisherigen Rechtsprechung nicht ableiten. Die Ursache, dass als Schluss-erbin nur ein Kind, nicht aber das andere eingesetzt wurde, liege im gestörten Verhältnis zwischen den Eheleuten und der enterbten Tochter. Aus diesem Umstand allein könne jedoch noch nicht auf eine Wechselbezüglichkeit geschlossen werden. Im vorliegenden Fall hätte es daher wohl weiterer Anhaltspunkte bedurft, um eine Wechselbezüglichkeit zwischen den beiden Schluss-erbeneinsetzungen zu bejahen. Ließen sich solche nicht feststellen, hätte selbst eine erfolgreiche Anfechtung der Schluss-erbeneinsetzung des Vaters durch die übergangene Tochter nicht zum Fortfall der durch die Mutter verfügten Schluss-erbeneinsetzung zugunsten der anderen

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie (Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*) und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.



Tochter geführt. Für das OLG sei die Frage einer fehlenden Wechselbezüglichkeit letztlich irrelevant gewesen. Es habe die Wirksamkeit der Anfechtung durch die Tochter unter Rückgriff auf eine analoge Anwendung von § 2285 BGB verneint, weil ein Dritter nicht zum Nachteil des überlebenden Ehegatten handeln könne, wenn der erstverstorbene Ehegatte von seinem Recht zum Widerruf bewusst keinen Gebrauch gemacht habe. Demgegenüber sei nach Auffassung des BGH wegen der unterschiedlichen Ausgestaltung des Widerrufsrechts des erstversterbenden Ehegatten einerseits und des beim Erbvertrag bestehenden Anfechtungsrechts andererseits weder § 2285 BGB zur analogen Anwendung auf die wechselbezügliche Verfügung des erstversterbenden Ehegatten geeignet noch sei ein solcher Analogieschluss angesichts der dort bestehenden Interessenlage erforderlich. Die Lösung solcher Fälle gelte es deshalb darin zu suchen, dass derjenige, der sich auf die Wirksamkeit der Anfechtung beruft, den Nachweis erbringen kann, ob ein Motivirtum ursächlich für die Verfügung gewesen ist.

Anschließend bezog *Weidlich* zum Problem der Anfechtbarkeit bei Irrtum eines Erblasserehegatten über die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen Stellung. Nach der Rechtsprechung sei eine diesbezügliche Fehlvorstellung als bloßer Rechtsfolgenirrtum unerheblich. Die Bindung beruhe nicht auf dem rechtsgeschäftlichen Bindungswillen der Ehegatten, sondern auf der von ihnen intendierten gegenseitigen Abhängigkeit der einen Verfügung von der anderen. *Weidlich* wies darauf hin, dass diese Auffassung in der Konsequenz eine faktische Schlechterstellung der Ehegatten bei der Abfassung eines gemeinschaftlichen Testaments gegenüber der Situation beim Erbvertrag bedeute: Dort berechtere der Irrtum über die vertragliche Bindungswirkung anerkanntermaßen den Erblasser zur Anfechtung, obwohl doch der vertraglich begründeten Bindungswirkung eine höhere Legitimation zukomme. Für die Anfechtbarkeit auch beim gemeinschaftlichen Testament spreche insbesondere die rechtsgeschäftliche Qualität der Bindung. Mit einigen Anmerkungen zur Frage der Kumulation der Auslegungsregeln der §§ 2069, 2270 Abs. 2 BGB rundete *Weidlich* sein Referat ab.

Der anschließende Vortrag von *Braun* wandte den Blick der „Erbfolgegestaltung in sog. ‚Sonderkonstellationen‘ – Patchwork-Familien, ungeliebte Ex-Partner und bedürftige Kinder“ zu. *Braun* rief zunächst die für die Erbfolgegestaltung maßgeblichen Faktoren in Erinnerung. Zu beachten sei zuvörderst der Wille des Erblassers. Daneben könnten im Einzelfall etwaige pflichtteilsrechtliche Ansprüche, potenzielle Gläubigerzugriffe oder Rechtsnachfolge bei den Erben, steuerliche Überlegungen, die allgemeinen Grenzen privatautonomer Erbfolgegestaltung (§§ 134, 138, 2065 BGB) sowie eventuell bereits bestehende erbrechtliche Bindungen zu berücksichtigen sein. Bei der Wahl der „Werkzeuge“ zur Ausgestaltung der Erbfolge müsse der Numerus clausus der erbrechtlichen Gestaltungsmittel beachtet werden. Schließlich seien flankierende oder alternative lebzeitige Rechtsgeschäfte in Betracht zu ziehen.

Aufbauend auf diesen grundsätzlichen Ausführungen rückte *Braun* als erste Sonderkonstellation die „intakte“ Patchwork-Familie in den Fokus. Anhand eines mehrfach abgewandel-

ten exemplarischen Sachverhalts spielte der Referent denkbare Gestaltungsziele durch, zeigte die Bedeutung potenzieller Störfaktoren auf und machte Vorschläge zu möglichen Umsetzungsvarianten. Angedacht wurden verschiedene Formen gegenseitiger oder einseitiger Erbeinsetzung. Ergänzend sei je nach Konstellation im konkreten Einzelfall etwa an unbeschränkte oder beschränkte Abänderungsbefugnisse, Vereinbarungen mit Pflichtteilsberechtigten, besondere Spielarten des Vermächtnisses (zum Beispiel Vermächtnis auf den Überrest, Nießbrauchs- oder Wohnrechtsvermächtnis), eine Dauertestamentsvollstreckung oder an befreite Vor- und Nacherbfolge ggf. kombiniert mit Vorausvermächtnissen (sog. „superbefreiter“ Vorerbe) zu denken. Oft zweckmäßig und daher stets zu erwägen seien auch lebzeitige Übertragungen.

Sodann erläuterte der Referent Probleme aus dem Bereich der Erbfolgegestaltung in der Sonderkonstellation „Der ungeliebte Ex-Partner“. Hierzu bildete er den Beispielfall eines unverheirateten Erblassers, der sich von der Mutter seiner dreijährigen Tochter getrennt hat und sein Vermögen in voller Höhe der Tochter zukommen lassen möchte, ohne dass die Mutter und deren Verwandtschaft davon profitieren können, und exerzierte verschiedene Möglichkeiten zur Umsetzung dieses Willens durch. Betont wurde, dass es in dieser wie in ähnlichen Konstellationen generell gelte, eine vernünftige Balance zwischen der negativen Zielsetzung („kein Cent an die Mutter“) und der positiven Zielsetzung („alles für meine Tochter“) zu finden: Nicht alles, was rechtlich an Beschränkungen möglich ist, sei auch wirtschaftlich und emotional sinnvoll. Werde die Erbin durch zu weitreichende Beschränkungen „geknebelt“, bestehe das Risiko, dass sie selbst oder ihr gesetzlicher Vertreter mit familiengerichtlicher Genehmigung das Erbe ausschlägt und stattdessen den Pflichtteil verlangt (vgl. § 2306 BGB). Die Beschränkungen würden dann bezüglich des erhaltenen Pflichtteils ins Leere laufen.

Die dritte und letzte in den Blick genommene Sonderkonstellation „Das bedürftige Kind“ erläuterte *Braun* am Beispiel eines Erblassers mit einem Kind, das kurz vor der Privatinsolvenz steht und zudem auf staatliche Unterstützungsleistungen angewiesen ist. Gewünscht werde in dieser und vergleichbaren Konstellationen häufig eine Gestaltung, die sicherstellt, dass das Vermögen nicht an die Gläubiger des Kindes oder „den Staat“ falle. Stets zu bedenken seien dabei die allgemeinen Grenzen der privatautonomeren Erbfolgegestaltung (vgl. § 138 BGB). Solle das bedürftige Kind vom Nachlass profitieren, könne etwa eine Einsetzung lediglich zum Vorerben zielführend sein. Erörtert wurde, ob und wann eine Bestimmung der Erbquote in der Weise, dass sie rechnerisch den Betrag von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch übersteigt, die Anordnung eines „Voraus-Verschaffungs-Vor-Vermächtnisses“ bzw. einer Dauertestamentsvollstreckung mit konkreten Verwaltungsanweisungen oder eine auflösende Bedingung zur Verwirklichung des Erblasserwillens geeignet sein kann und welche Vor- und Nachteile eine reine Vermächtnislösung mit sich bringt. Solle das bedürftige Kind weniger als den gesetzlichen Erbteil erhalten oder enterbt werden, stelle sich die Frage, ob ein Verzicht auf die Geltendmachung des Pflichtteils in der insolvenzrechtlichen Wohlverhaltensphase eine Obliegenheitsverletzung bedeute, was die Rechtsprechung ver-

neint habe, und ob ein Pflichtteilsanspruch auf den Sozialhilfeträger nach § 93 SGB XII überleitbar sei, was zwar grundsätzlich bejaht werden könne, nicht aber bei § 2306 BGB. Insoweit gelte es, die weitere Rechtsentwicklung im Blick zu behalten. Könne oder wolle das Kind keinen Pflichtteilsverzicht erklären, biete sich möglicherweise etwa abermals die Einsetzung des bedürftigen Kindes als Vorerbe mit einer Erbquote geringfügig über der Pflichtteilsquote oder die „Flucht in die Pflichtteilsergänzung“ durch lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an.

*Braun* schloss mit einem Appell für Individualität: Auch wenn eine gewisse Typologisierung möglich sei, müsse sich jede Erbfolgegestaltung immer an den Erfordernissen des Einzelfalles orientieren. Dies gelte umso mehr, als auch beliebige Kombinationen der beleuchteten Konstellationen möglich seien und die Gestaltungsziele häufig zueinander in Widerspruch träten.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

## VERANSTALTUNGSHINWEISE

### Tagung des Rheinischen Instituts für Notarrecht an der Universität Bonn

#### Das neue Bauvertragsrecht

Mittwoch, 13. Juni 2018, 16:00 Uhr

Neuer Senatssaal im Hauptgebäude der Universität zu Köln,  
Albertus-Magnus-Platz, 50923 Köln

#### Aus dem Programm:

Änderungen im allgemeinen Werkvertragsrecht und Vorschriften des neuen Bauvertragsrechts (RA und FA für Bau- und Architektenrecht Prof. Dr. *Werner Langen*, Mönchengladbach)

Das neue Bauvertragsrecht aus Sicht der notariellen Praxis (Notar a. D. Dr. *Johannes Weber*, Geschäftsführer des DNotI, Würzburg)

**Tagungsbeitrag:** frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft, Hochschullehrer, Uni-Angehörige und Studierende; 40 € für NotRV-Mitglieder, Mitglieder des Förderkreises des Rheinischen Instituts für Notarrecht, Notarassessoren und Rechtsanwälte mit maximal 3-jähriger Zulassung; 80 € für Nichtmitglieder.

**Kontakt/Anmeldung:** Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, [notarrecht@uni-bonn.de](mailto:notarrecht@uni-bonn.de), [www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht](http://www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht), Tel. 0228/73-4432.

### Tagung des Rheinischen Instituts für Notarrecht an der Universität Bonn

#### Entwicklungen im Notarberuf seit 1800

Freitag, 20. Juli 2018, 14:00 Uhr

Seminarraum im Rheinischen Institut für Notarrecht,  
Adenauerallee 46a, 53113 Bonn

#### Aus dem Programm:

Zum Berufsrecht der Notare – Notarkammern, Qualifizierung und Disziplinarverfahren (Prof. Dr. *Werner Schubert*, Universität Kiel)

Das Bild des Notars im 19. und 20. Jahrhundert (Notar Dr. *Oliver Vossius*, München)

Die Entwicklung des Beurkundungswesens im 19. und 20. Jahrhundert (Prof. Dr. *Mathias Schmoeckel*, Universität Bonn)

**Tagungsbeitrag:** frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft, Hochschullehrer, Uni-Angehörige und Studierende; 40 € für NotRV-Mitglieder, Mitglieder des Förderkreises des Rheinischen Instituts für Notarrecht, Notarassessoren und Rechtsanwälte mit maximal 3-jähriger Zulassung; 80 € für Nichtmitglieder.

**Kontakt/Anmeldung:** Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, [notarrecht@uni-bonn.de](mailto:notarrecht@uni-bonn.de), [www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht](http://www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht), Tel. 0228/73-4432.

## Veranstaltungen des DAI

1. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat:**  
Modul 3 – Grundpfandrechte, Eintragungsbewilligungen, Überlassungsvertrag einschl. GNotKG  
(Tondorf)  
2.-3.7.2018 in Stuttgart
2. **Praxis des Kostenrechts: Neuere Rechtsprechung zum GNotKG**  
(Schmidt/Tondorf)  
11.7.2018 in Bochum
3. **Notariat für Einsteiger**  
(Scholten)  
16.-18.8.2018 in Bochum
4. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**  
(Schmidt/Tondorf)  
24.8.2018 in Kiel
5. **Professioneller Umgang mit Klienten – Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Musold)  
24.8.2018 in Heusenstamm
6. **Aktuelle Brennpunkte der notariellen Praxis**  
(Bärwaldt/Behrens/Eickelberg/Krauß)  
31.8.2018 in Hamburg

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.



## NEUERSCHEINUNGEN

1. Bauer/Schaub: Grundbuchordnung. 4. Aufl., Vahlen, 2018. 2.224 S., 249 €
2. Behrens/Wachter: Grunderwerbsteuergesetz. Schmidt, 2018. 837 S., 159 €
3. Bergschneider: Verträge in Familiensachen. 6. Aufl., Gieseking, 2018. 350 S., 59 €
4. Beuthien/Schöpflin/Wolff: Genossenschaftsgesetz. 16. Aufl., Beck, 2018. 1.399 S., 199 €
5. Dössinger: Strafrechtliche Haftungsrisiken von Mitgliedern des Aufsichtsrats in Aktiengesellschaften bei Compliance-Pflichtverletzungen des Vorstands. Duncker & Humblot, 2018. 563 S., 109,90 €
6. Hüffer/Koch: Aktiengesetz. 13. Aufl., Beck, 2018. 2.349 S., 179 €
7. Institut der Wirtschaftsprüfer: Praktiker-Handbuch Bewertung des Grundvermögens 2018. 31. Aufl., IDW, 2018. 1.100 S., 49 €
8. Jäde: Baugesetzbuch/Baunutzungsverordnung. 9. Aufl., Boorberg, 2018. 1.736 S., 120 €
9. Mann: Abdingbarkeit und Gegenstand der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht. Duncker & Humblot, 2018. 230 S., 79,90 €
10. Müller/Renner: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis. 5. Aufl., Heymanns, 2018. 452 S., 79 €
11. Priester/Mayer/Wicke: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Bd. 3: Gesellschaft mit beschränkter Haftung. 5. Aufl., Beck, 2018. 2.051 S., 189 €
12. Rothmann: Beurkundung und Bezugnahme. Nomos, 2018. 316 S., 84 €
13. Ruby/Schindler: Das Behindertentestament. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 212 S., 49 €
14. Schaaf: Praxis der Hauptversammlung. 4. Aufl., RWS, 2018. 544 S., 118 €
15. Scherer: Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht. 5. Aufl., Beck, 2018. 2.412 S., 199 €
16. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1353-1362. 17. Aufl., De Gruyter, 2018. 642 S., 239 €
17. Taube: Die Anwendung der Business Judgment Rule auf den GmbH-Geschäftsführer. Duncker & Humblot, 2018. 340 S., 99,90 €
18. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung. 39. Aufl., Beck, 2018. 2.511 S., 63 €
19. Tondorf/Schmidt: 50 Tipps zum GNotKG von A-Z. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 264 S., 45 €
20. Witt: Die nachrangige Behandlung von Krediten gesellschaftsfremder Dritter in der Insolvenz der GmbH. Nomos, 2018. 212 S., 54 €
21. Wolff: Der Anhang der kleinen Kapitalgesellschaft. 2. Aufl., Beck, 2018. 224 S., 45 €
22. Zentes/Glaab: Geldwäschegesetz. Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2018. 1.086 S., 219 €

# STANDESNACHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Rudolf Hörndler, Neumarkt i. d. OPf.,  
verstorben am 11.4.2018

Notar a. D. Dr. Reinhold Plenk, Passau,  
verstorben am 25.4.2018

Notar a. D. Dr. Friedrich Kastenbauer, Starnberg,  
verstorben am 9.5.2018

Notar a. D. Dr. Dr. Christian Schelter, Erlangen,  
verstorben am 15.5.2018

Notar a. D. Hans Günter Volland, Nürnberg,  
verstorben am 26.5.2018

Notar a. D. Helmut Baumann, Landau i. d. Pfalz,  
verstorben am 9.6.2018

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 15.5.2018:

Notar Richard Rachlitz, Roding

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.6.2018:

Rockenhausen (in Sozietät mit Notarin Schneider)	der Notarassessorin Inga Gergen (bisher in Kaiserslautern Notarstellen Jacob/Dietrich)
--------------------------------------------------------	-------------------------------------------------------------------------------------------------

### 4. Sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Dr. Sabine Keindl, München, wurde mit  
Wirkung vom 13.3.2018 promoviert

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Kaiserslautern, Notarstelle Naumann  
Kerststraße 35, 67655 Kaiserslautern  
Telefon: 0631 892970  
Telefax: 0631 8929729



## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (inkl. Versandkosten, zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:  
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,  
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).





Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)