

Vorsorge für den geschäftsunfähigen Personengesellschafter

Professor Dr. Wolfgang Baumann, Notar in Wuppertal und Dr. Wilhelm Selzener, Richter in Paderborn

Die Geschäftsunfähigkeit eines Personengesellschafters wirft Sonderprobleme auf. Betroffen sind nicht nur die Rechtsverhältnisse des Geschäftsunfähigen sondern auch die Rechtsverhältnisse der Mitgesellschafter. Die bei Geschäftsunfähigen übliche Bestellung des Betreuers führt zu Schwierigkeiten und hemmt die Handlungsfähigkeit der Personengesellschaft. Der Beitrag zeigt Lösungsmöglichkeiten im Wege vorsorgender Vollmachtsgestaltungen.

A. Einführung in die Problematik

Zu jeder sinnvollen Unternehmensplanung gehört, Risiken auszuschließen, die leicht und ohne hohen Kostenaufwand zu vermeiden sind. Zu den Risiken einer Personengesellschaft zählt der plötzliche Ausfall eines Personengesellschafters. Neben einer Notfallvorsorge für den unerwarteten Tod durch Unternehmensnachfolgelösungen, gehört die Sicherung gegen unfall- oder krankheitsbedingte Ausfälle eines Personengesellschafters durch Vollmachten zur vorsorgenden Gestaltung.¹ Die Notwendigkeit Vorsorgeregulungen für den Fall der plötzlichen Geschäftsunfähigkeit zu treffen, ist zwar durch die Medien inzwischen zunehmend in das allgemeine Bewusstsein der Öffentlichkeit aber noch nicht als juristisches Spezialproblem in das Bewusstsein der Personengesellschafter vorgedrungen. Die Geschäftsunfähigkeit eines Personengesellschafters wirft rechtliche Sonderprobleme auf, weil sich unmittelbar nachteilige Folgen auch für Dritte ergeben können. Die Kautelarjurisprudenz hat erst in den letzten Jahren begonnen, die spezifischen Probleme bei geschäftsunfähigen Personengesellschaftern dogmatisch zu prüfen und Lösungsvorschläge auszuarbeiten.²

Die wenigsten Personengesellschaftsverträge enthalten bisher eine Regelung für den Fall der Geschäftsunfähigkeit eines ihrer Gesellschafter, obwohl die Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit bei Personengesellschaftern wesentlich gravierendere Folgen auslösen als beim „Normalbürger“ und auch als bei Kapitalgesellschaftern. Die Notwendigkeit der Vorsorge ist deshalb bei Personengesellschaften größer, weil beim Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit eines Personengesellschafters auch alle Mitgesellschafter wegen der solidarischen, persönlichen Haftung in den Strudel nachteiliger Rechtsfolgen hineingezogen werden und außerdem mit der Personengesellschaft verbundene Angestellte, Lieferanten, Kunden, Dienstleister und Kreditgeber.

B. Rechtsfolgen der Geschäftsunfähigkeit eines Personengesellschafters

Ein geschäftsunfähiger Personengesellschafter verliert nicht kraft Gesetzes seine Vertretungsbefugnis, er kann seine Gesellschafterrechte jedoch nicht selbst wahrnehmen.³ Das Gesetz (§§ 1896 ff. BGB) schlägt als all-

gemeine Lösung bei volljährigen Geschäftsunfähigen vor, dass vom zuständigen Betreuungsgericht ein Betreuer bestellt wird:

„Kann ein Volljähriger aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung seine Angelegenheiten ganz oder teilweise nicht besorgen, so bestellt das Betreuungsgericht auf seinen Antrag oder von Amts wegen für ihn einen Betreuer“ (§ 1896 Abs. 1 S. 1 BGB).⁴

Wird ein Betreuer bestellt, so hat dies bei einer Personengesellschaft tiefgreifende Folgen für alle gesellschaftsrechtlichen und unternehmerischen Entscheidungen.

- Der vom Betreuungsgericht bestellte Betreuer hat keine persönliche Beziehung zum Unternehmen bzw. zu den übrigen Personengesellschaftern. Der Betreuer muss weder gesellschaftsrechtlich noch unternehmerisch – schon gar nicht im Hinblick auf den (unternehmerischen) Zweck der Personengesellschaft – qualifiziert sein. Der Betreuer muss lediglich zur Betreuung „geeignet“ (§ 1897 Abs. 1 BGB) sein.⁵ Er muss über keine spezifischen Fachkenntnisse verfügen, nicht einmal über allgemeine juristische oder zur Unternehmensleitung oder zur Führung einer freiberuflichen BGB-Gesellschaft notwendige betriebswirtschaftliche Kenntnisse.⁶ Von Betreuungsgerichten bestellte Betreuer sind nicht nur unternehmensfremd sondern meistens unternehmerisch unerfahren. Ihre Auswahl hängt von der Person des Betreuungsrichters ab, der ebenfalls über keine unternehmerischen Erfahrungen verfügt und der die betroffene Personengesellschaft und ihre unternehmerischen Ziele nicht kennt. Die Bestellung

1 Stückemann, in: Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos, Handbuch des Fachanwalts Erbrecht (6. Aufl., 2015) VI. Unternehmensvorsorgevollmacht; Arnhold/Rohner in: Gummert, Münchener Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht (2. Auflage 2015) § 3 Rz. 100.; Heckschen, NZG 2012, 10, 16; Baumann, in: Baumann/Seer/Krumm, Unternehmensnachfolge (2011) Rz. 1017 ff; Baumann, in: Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche, Hdb. Vermögensnachfolge (6. Aufl. 2001) Rz. 742 f. (7. Aufl., 2009) Rz. 800 ff.

2 Stückemann, in: Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos, Handbuch des Fachanwalts Erbrecht (6. Aufl., 2015) VI. Unternehmensvorsorgevollmacht; ders. FA 2006, 39; ders., Festschr. Leinemann, 109; Jocher, Die Vorsorgevollmacht des Unternehmers, notar 2014, 3 ff.; Mutter in Brambring, Beck'sches Formularbuch ErbR (3. Aufl. 2014); G. III. 11; Raub, „Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht“, Berliner Schriftenreihe zum Notarrecht (2013); MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Auflage 2013) § 705 BGB Rz. 124 a ff.; Heckschen, NZG 2012, 10; Schäfer, ZHR 175 (2011) 557 ff; Sauer, RNotZ 2009, 79, 92; Reymann, ZEV 2006, 12; ders., ZEV 2005, 457; 2005, 514; Langenfeld, ZEV 2005, 52.

3 Heckschen, NZG 2012, 12, 16 bezeichnet die „Ausgangslage“ bei geschäftsunfähigen Personengesellschaften als „diffizil“.

4 BGH 21. 1. 2015 – XII ZB 324/14, FGPrax 2015, 79; Palandt/Götz (74. Aufl., 2015) § 1896 BGB Rz. 2 ff; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 9 ff; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1896 BGB Rz. 7 ff.

5 Palandt/Götz (74. Aufl., 2015) § 1897 BGB Rz. 3 ff; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1897 BGB Rz. 5 ff; Zimmermann, NJW 2014, 1573, 1574; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1897 BGB Rz. 20 ff.

6 Wilde, GmbH-Rundschau, 2010, 123 f.

eines zur Ausübung der Gesellschafterrechte nicht hinreichend qualifizierten Betreuers kann zur Gefährdung der (unternehmerischen) Ziele und des Zwecks der betroffenen Personengesellschaft führen.

- Der Betreuer muss keine persönliche Beziehung zum Betreuten haben und hat diese im Regelfall dann nicht, wenn er vom Betreuungsgericht vom Amts wegen ohne vorsorgende Betreuungsverfügung des geschäftsunfähigen Personengeschafters bestellt wird. Der fremde Betreuer kennt die persönlichen und gesellschaftsrechtlichen Interessen und unternehmerischen Zielvorstellungen des Betreuten nicht. Er hat für den von ihm betreuten Personengeschafter gesellschaftsrechtliche und unternehmerische Entscheidungen zu treffen, obwohl er den wirklichen Willen des von ihm Vertretenen nicht kennt, nicht einmal dessen mutmaßlichen Willen.
- Der Betreuer ist kein Unternehmer, nicht einmal Unternehmervertreter. Der Betreuer ist nach seiner gesetzlichen Aufgabenstellung Vermögensverwalter. Der Betreuer kann unternehmerisch vertretbaren Entscheidungen nicht zustimmen, solange sie mit wirtschaftlichen Risiken verbunden sind. Er hat das Vermögen des betreuten geschäftsunfähigen Personengeschafters pflichtgemäß zu verwalten, nicht unternehmerisches Risiko einzugehen. Er darf kein „Wagniskapital“ spekulativ einsetzen. Mitgliedschaften an einer Personengesellschaft sind zur bloßen Vermögensverwaltung nur in Sonderfällen geeignet, wenn es sich um Vermögensverwaltungsgesellschaften ohne unternehmerische Zielsetzung handelt. Selbst in diesen Fällen erschwert und behindert eine Beteiligung des Betreuers mit Zustimmungserfordernissen des Betreuungsgerichts z. B. notwendige Vermögensumschichtungen.
- Der Betreuer hat als vom Betreuungsgericht eingesetzter Vertreter des geschäftsunfähigen Gesellschafters dessen Einsichts- und Auskunftsrechte⁷, selbst wenn der geschäftsunfähige Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist (§ 716 BGB). Diese Rechte können durch den Gesellschaftsvertrag weder ausgeschlossen noch gänzlich beschränkt werden⁸; zwar gestattet § 716 Abs. 2 BGB die teilweise Abbedingung, aber die Schranken der Abbedingung sind nach h. M. weit auszulegen⁹. Damit werden Dritten sehr private Informationen über die Personengeschafter und Geschäftsgeheimnisse der Personengesellschaft zugänglich. Bei geschäftsunfähigen Personengeschaftern werden die Interessen Dritter tangiert. Von der Informationsweitergabe sind nicht nur der geschäftsunfähige Personengeschafter sondern auch alle Mitgesellschafter betroffen.
- Die Teilnahme des Betreuers in der Gesellschafterversammlung zur Fassung des Ausschließungs-, Einziehungs- oder Zwangsabtretungsbeschlusses kann nicht verhindert werden. Im Gesellschaftsvertrag kann zwar das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters (und somit des Betreuers) bei Beschlüssen über sein Ausscheiden, die Einziehung oder Zwangsabtretung seiner Gesellschaftsbeteili-

gung ausgeschlossen werden. Das Teilnahmerecht eines Gesellschafters (und somit des an seine Stelle tretenden Betreuers) in Gesellschafterversammlungen kann aber weder im Gesellschaftsvertrag noch durch Gesellschafterbeschlüsse ausgeschlossen werden. Der dauerhaft geschäftsunfähige Gesellschafter bzw. sein Betreuer sind zu der betreffenden Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß zu laden.¹⁰ Der Betreuer hat ein Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen¹¹, selbst wenn der geschäftsunfähige Gesellschafter (und damit auch jeder Vertreter) von der Beschlussfassung ausgeschlossen ist.

- Belange der Mitgesellschafter und der Personengesellschaft sind für die Entscheidungen des Betreuers unerheblich. Er entscheidet unter Vermögensverwaltungsaspekten allein im von ihm nach seinem pflichtgemäßen Ermessen unterstellten Vermögenserhaltungsinteresse des Betreuten. Damit stellt der Betreuer in einer Personengesellschaft mit unternehmerischen Entscheidungen nicht nur ein Hemmnis sondern ein Risiko für alle Mitgesellschafter dar.
- Ist ein Übertragungsvertrag (Zwangsabtretung) mit einem Dritten zu schließen, so muss der Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Ausscheidenden diesen unterzeichnen. Kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, muss der Anspruch klageweise durchgesetzt werden. Damit verbundene zeitliche Verzögerungen können zur zeitweisen Handlungsunfähigkeit der Personengesellschaft führen.
- Das Betreuungsgericht hat zur Überwachung der Tätigkeit des Betreuers oder bei Entscheidungen über eine betreuungsgerichtliche Genehmigung¹²

7 BGH 21. 6. 1965 – II ZR 68/63, NJW 1965, 1961; OLG Hamm 27. 2. 1970 – 15 W 4/70, OLGZ 1970, 394, 398; Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 118 HGB Rz. 15; Koller/Kindler/Roth/Morck (8. Auflage 2015) § 118 HGB Rz. 3; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 118 HGB Rz. 8; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Drescher (3. Auflage 2014) § 118 HGB Rz. 18; MünchKomm/Enzinger (3. Auflage 2011) § 118 HGB Rz. 20; Staub/Schäfer (5. Aufl., 2009) § 118 HGB Rz. 32.

8 BGH 21. 6. 1965 – II ZR 68/63, NJW 1965, 1961, zum Gebrechlichkeitspfleger; Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 118 HGB Rz. 19f.; Koller/Kindler/Roth/Morck (8. Auflage 2015) § 118 HGB Rz. 4; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 118 HGB Rz. 17 ff; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Drescher (3. Auflage 2014) § 118 HGB Rz. 32ff; MünchKomm/Schäfer (6. Aufl., 2013) § 709 BGB Rz. 60; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 38 f; MünchKomm/Enzinger (3. Auflage 2011) § 118 HGB Rz. 32; kritisch Heckschen, NZG 2012, 10. m. w. N.

9 BGH 16. 12. 2014 – II ZR 277/13, NZG 2015, 269, 270; Palandt/Sprau (74. Aufl. 2015) § 716 BGB Rz. 1; Bamberger/Roth/Schöne BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 716 BGB Rz. 12.; MünchKomm/Schäfer (6. Aufl. 2013) § 716 BGB Rz. 19.

10 Heckschen, NZG 2012, 10, 14.

11 BGH 21. 6. 1965 – II ZR 68/63, NJW 1965, 1961; Plückelmann in: Gummert, MAH Personengesellschaftsrecht (2. Auflage 2015), § 8 Rz. 107; zur GmbH siehe BGH NJW-RR 1993, 612; Ziemons/Jaeger/Schindler BeckOK (Stand: 1. 12. 2014) § 51 GmbHG Rz. 16; Baumbach/Hueck/Zöllner (20. Aufl., 2013) § 51 GmbHG Rz. 7; Roth/Altmeppen (7. Auflage 2012) § 51 GmbHG Rz. 4; Wicke (2. Auflage 2011) § 51 GmbHG Rz. 5.

12 Für die Veräußerung (§ 1822 Nr. 3 BGB) und Auflösung (§ 1823 BGB) des Erwerbsgeschäfts ergibt sich das Genehmigungserfordernis aus dem Gesetz; Mutter in Brambring, Beckches Formularbuch ErbR (3. Aufl. 2014); G. III. 11; Reymann, ZEV 2005, 457, 457. Für den Abschluss von Rechtsgeschäften im Namen der Gesellschaft soll dagegen trotz der unbeschränkten Haftung keine

Einsicht in alle Gesellschaftsverhältnisse¹³. Betriebsinterne Unternehmensinformationen gelangen damit an einen erweiterten Personenkreis zur Kenntnis des Gerichts und seiner Bediensteten – trotz gesetzlicher Verschwiegenheitspflichten – mit wettbewerblichen Risiken.¹⁴ Haben aufgrund eines Rechtsstreits Dritte Einsicht in die Betreuungsakte, erweitert sich dieser Personenkreis.

- Die verfahrensrechtlichen Hemmnisse der betreuungsgerichtlichen Überwachungen, Genehmigungen und gesetzlich im Betreuungsverfahren erforderlichen Entscheidungen führen im günstigsten Fall zu zeitlichen Verzögerungen von Gesellschafterbeschlüssen und unternehmerische Entscheidungen, in vielen Fällen – bei Nichterteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung – zur Blockade der Personengesellschaft.
- Die insbesondere in Familiengesellschaften verbreitete Praxis, Gesellschafterversammlungen unter Verzicht auf alle Formen und Fristen einzuberufen, dient (Familien-)Personengesellschaften als Wettbewerbsvorteil durch erhöhte Flexibilität, weil Beschlüsse ad hoc gefasst werden können. Ist ein Betreuer, z. B. in einer mittelständischen Personengesellschaft, bestellt, geht dieser Wettbewerbsvorteil spontaner, flexibler Entscheidungsmöglichkeiten verloren. Der Betreuer muss aus Haftungsgründen auf der Einhaltung von Formen und Fristen für die Einberufung einer Gesellschafterversammlung bestehen mit der Folge weiterer zeitlicher Verzögerungen.
- Der Betreuer weist seine Vertretungsbefugnis nach durch Vorlage der Bestellungsurkunde des Betreuungsgerichts. Mit Vorlage dieser gerichtlichen Urkunde wird die Erkrankung bzw. Geschäftsunfähigkeit des Personengeschafters (auch wenn sie nur vorübergehender Natur ist) allen Geschäftspartnern bekannt. Dem Betroffenen wird dies – insbesondere nach gesundheitlicher Rehabilitation – oft unangenehm sein. Auch im Interesse der Gesellschaft dürfte im Regelfall nicht liegen, beliebigen Dritten die (vorübergehende) Geschäftsunfähigkeit eines Mitgeschafters zu kommunizieren. Je nach Branche der Personengesellschaft kann die Bekanntgabe der Geschäftsunfähigkeit eines Mitgeschafters für die Gesellschaft sogar geschäftsschädigend sein.
- Wird die Gesellschaft – wenn auch nur zeitweise – bis zur Bestellung eines Betreuers handlungsunfähig, kann der wirtschaftliche Schaden für die Gesellschaft mit entsprechenden Haftungsfolgen für alle Personengeschafters immens sein. Eine – auch nach gerichtlicher Betreuung – bestehende unternehmerische Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft trifft neben dem Vermögen aller Personengeschafters auch Mitarbeiter, Geschäfts- und Vertragspartner, einschließlich Kreditgeber.
- Die Rechtsfolgen eines unter Betreuung stehenden Personengeschafters werden noch nicht von allen Banken präventiv beim Rating als wirtschaftliches Risiko eingestuft. Fehlende Regelungen im Fall der Geschäftsunfähigkeit eines Personengeschafters

können sich aber schon jetzt wirtschaftlich nachteilig auf Konditionen der Unternehmensfinanzierung und das Rating des Unternehmens auswirken.¹⁵ Spätestens beim Eintritt der Geschäftsunfähigkeit eines Personengeschafters wird die Problematik jedem Kreditinstitut bewusst, mit der Folge, dass Kredite im Einzelfall wegen nicht ausreichender Risikovorsorge – je nach Darlehensvertrag – aus besonderen Gründen außerordentlich gekündigt werden können bzw. eine anstehende notwendige Prolongation des Darlehens bei fehlenden Vorsorgeregelungen nicht erteilt wird.

- Die – von den Personengeschafters nicht gewollte – Bestellung eines Betreuers kann nach Eintritt eines Betreuungsfalls nicht mehr verhindert werden. Vorsorgend vermieden werden kann sie allein, sehr leicht und kostengünstig¹⁶, durch die frühzeitige Erteilung einer (Vorsorge-)Vollmacht.
- Da die vorhersehbaren Risiken durch entsprechende kautelarjuristische Gestaltungen mit allenfalls geringem Kostenaufwand leicht vermeidbar sind, kann der Ruf nach Regressansprüchen gegenüber den beteiligten Rechtsberatern laut werden¹⁷. Von der Problematik plötzlicher Geschäftsunfähigkeit eines ihrer Mitgeschafters sind deshalb nicht nur die Personengeschafters selbst betroffen. Für gestaltende Rechtsberater könnte sich ein neues Haftungsfeld auftun, wenn die Gesellschaft – wie bei fehlerhaften Unternehmensnachfolgeberatungen im plötzlichen Todesfall¹⁸ – durch fehlerhafte oder fehlende Rechtsberatung im plötzlichen Geschäftsunfähigkeitsfall in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät. Jeder Rechtsberater ist schon nach geltendem Recht im Rahmen umfassender Rechtsberatung verpflichtet – auch zur Vermeidung eigener Haftung – jeden von ihm betreuten Personengeschafters darauf hinzuweisen, dass er unabhängig von seinem Lebensalter Vorsorge für den Fall seiner Geschäfts- oder anderweitigen Handlungsunfähigkeit (z. B. Geiselnahme oder Gefängnisarrest) bezogen auf seine Personengeschaftersbeteiligungen treffen muss.

betreuungsgerichtliche Genehmigung erforderlich sein; Eberoth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann (3. Auflage 2014) § 125 HGB Rz. 48; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 125 HGB Rz. 18. Inwieweit das Genehmigungserfordernis für die Änderung des Gesellschaftsvertrages gilt ist str., BGH NJW 1962, 2344; MünchKomm/Wagenitz (6. Auflage 2012) § 1822 BGB Rz. 28; Schäfer, ZHR 175 (2011) 557, 561. Vgl. auch Heckschen, NZG 2012, 10, 12 und zur GmbH Wilde, GmbH-Rundschau 2010, 123, 124 ff.

13 Häublein/Hoffmann-Theinert/Häublein BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 166 HGB Rz. 17; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 166 HGB Rz. 7; MünchKomm/Grunewald (3. Auflage 2012) § 166 HGB Rz. 20.

14 Heckschen, NZG 2012, 10, 13.

15 Ziegler/Rieder, ZIP 2002, 2289, 2290.

16 Stückemann, in: Frieser/Sarres/Stückemann/Tschichoflos, Handbuch des Fachanwalts Erbrecht (6. Aufl., 2015) VI. Unternehmensvorsorgevollmacht.

17 Jocher, notar 2014, 3, 4.

18 Vgl. z. B. BGH 18. 4. 2002 – IX ZR 72/99, DNotZ 2002, 768, mit Anmerkung Reithmann.

Fazit:

Die Bestellung eines Betreuers ist bei einer Personengesellschaft keine gute Lösung. Die Gestaltung einer Vorsorge muss über geeignete Vollmachten erfolgen. Umfassende Vollmachten eines nicht mehr geschäftsunfähigen Personengesellschafters können mit Grundprinzipien des Personengesellschaftsrechts kollidieren.

Der Hinweis auf die notwendige Vorsorge eines Personengesellschafters für den Fall seiner plötzlichen und unerwarteten Geschäfts- oder Handlungsunfähigkeit gehört bei jeder Gründung und bei jeder Übertragung von Personengesellschaftsbeteiligungen zum gebotenen Standard der Rechtsberatung.

Praxishinweis:

Bei jeder Beratung über und vor jeder Beurkundung von General- und Vorsorgevollmachten ist zu klären, ob der Vollmachtgeber als Rechtsinhaber an einer Personengesellschaft beteiligt ist. Ist der Vollmachtgeber an einer Personengesellschaft beteiligt, **muss der Gesellschaftsvertrag zur weiteren Rechtsberatung beigezogen** und geprüft werden, ob der Gesellschaftsvertrag Beschränkungen in Bezug auf Vertretungsregelungen (z. B. zur Person des Bevollmächtigten) enthält. Die Rechtsberatungssituation für die Vorsorge der Geschäftsunfähigkeit eines Personengesellschafters entspricht den Vorsorgeberatungen bei ungeplanter Unternehmensnachfolge (plötzlicher Tod).

C. Besonderheiten der Vorsorge bei Personengesellschaften

Gemäß § 1896 Abs. 2 S. 1 BGB darf ein Betreuer nur für Aufgabenkreise bestellt werden, in denen die Betreuung erforderlich ist. Eine wirksam erteilte Vorsorgevollmacht¹⁹ lässt die Erforderlichkeit einer Betreuung entfallen, § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB²⁰. Ein Betreuer wird gar nicht erst bestellt, die oben genannten nachteiligen Folgen werden so vermieden. Bei der Beratung eines Unternehmers sind die sich aus den Rechtsprinzipien der Personengesellschaft und den rechtsgeschäftlichen Vertretungsproblemen ergebenden besonderen Anforderungen an eine Vorsorgevollmacht zu beachten.²¹

I. Rechtsprinzipien der Personengesellschaft

1. Gesamtschuldnerische Haftung

Die Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters führt bei Personengesellschaften zu höheren Risiken als bei Kapitalgesellschaften, weil die Rechte und Pflichten eines geschäftsunfähigen Personengesellschafters wesentlich enger mit den Rechtssphären seiner Mitgesellschafter verbunden sind. Jeder Personengesellschafter haftet für Verbindlichkeiten der Gesellschaft gesamtschuldnerisch mit seinem gesamten Vermögen persönlich²²; nur Kommanditisten haben die Möglichkeit, ihre Haftung mit ihrem Privatvermögen auf die noch nicht erbrachte Hafteinlage zu beschränken, § 171 Abs. 1 HGB.

2. Einheitlichkeit der Mitgliedschaft

Im Personengesellschaftsrecht gilt nach h.M. der Grundsatz der **Einheitlichkeit der Mitgliedschaft**.²³ Daraus folgt im Unterschied zu Kapitalgesellschaften bei Personengesellschaften das Prinzip des **Abspaltungsverbots**. Verwaltungsrechte eines Personengesellschafters sind von der Mitgliedschaft nicht isoliert abtrennbar und nicht übertragbar.²⁴ Damit stellen sich bei Personengesellschaften spezifische dogmatische Fragen, in welchem Umfang die Rechte der Mitgliedschaft eines Personengesellschafters von einem rechtsgeschäftlichen Vertreter wahrgenommen werden können.²⁵

3. Selbstorganschaft

Die im Personengesellschaftsrecht bestehende und rechtlich gebotene Einheit zwischen Herrschaft und Haftung bedingt den Grundsatz der Selbstorganschaft. Deshalb gilt im Unterschied zu Kapitalgesellschaften bei Personengesellschaften das Prinzip der **Selbstorganschaft**.²⁶ Eine Fremdorganschaft, die organschaftliche

19 Dazu Müller in Würzburger Notarhandbuch (4. Auflage 2015), Teil 3 Kap. 3 m. w. N.; Schervier in Beck'sche Online Formulare Vertrag (32. Edition 2015) 24.3 (Generalvollmacht); Palandt/Götz (74. Auflage 2015) Einf v § 1896 BGB Rz. 4 ff.; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 26 ff.; Erman/Roth (14. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 41 ff.; Jauernig/Berger/Mansel (15. Auflage 2014) Vor § 1896 BGB Rz. 5; Nomos-Kommentar/Heitmann (3. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 57 ff.; Prütting/Wegen/Weinreich/Bauer (9. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 19; Schulze/Kemper (8. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 19 ff.; Lipp, notar 2014, 111; Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 263 ff.; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 44 ff.; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1896 BGB Rz. 49 ff. m. w. N. in den Literaturangaben vor 1896 BGB; Kropp, FPR 2012, 9; Anwaltkommentar/Heitmann (2005) § 1896 BGB Rz. 59 ff.; jurisPK/Bieg/Jaschinski (2. Auflage 2005) § 1896 BGB Rz. 36 ff.; Langenfeld, ZEV 2003, 449; Soergel/Zimmermann (13. Auflage 2000) § 1896 BGB Rz. 76 ff.; Bühler, BWNotZ 1999, 25; Müller, DNotZ 1999, 107; Perau, MittRhNotK 1996, 285. Insbesondere behält die Vollmacht ihre Rechtswirksamkeit über den Zeitpunkt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus (§§ 168 S. 1, 672 S. 1 BGB) und der Bevollmächtigte unterliegt nicht den Beschränkungen eines gesetzlichen Vertreters.

20 BGH 28. 3. 2012 – XII ZB 629/11, ZEV 2013, 210; BGH 14. 8. 2013 – XII ZB 206/13, NJW-RR 2013, 1473, ; Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 263; Müller, DNotZ 1997, 100, 100.

21 Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 44 ff.

22 Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 128 HGB Rz. 22; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 128 HGB Rz. 1; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 128 HGB Rz. 1.

23 BGH 1. 6. 1987 – II ZR 259/86, NJW 1987, 3184, 3186, ; BGH 4. 3. 1976 – II ZR 145/75, NJW 1976, 848, 849; Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 105 HGB Rz. 133 ff.; MünchKomm/Enzinger (3. Auflage 2011) § 105 HGB Rz. 77 ff.

Ausnahmen von Mehrfachbeteiligungen bei teilweisen Belastungen, z. B. mit Nießbrauchsvorbehalt werden anerkannt, Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 105 HGB Rz. 135; MünchKomm/Schmidt (3. Auflage 2011) § 105 HGB Rz. 78.

24 BGHZ 3, 354, 357, 10. 11. 1951 – II ZR 111/50: „Die Verwaltungsrechte sind mit dem Gesellschafteranteil notwendig verbunden und können von ihm nicht losgelöst und selbständig übertragen werden“; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 105 HGB Rz. 69; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 62 m. w. N.

25 BGH 21. 6. 1965 – II ZR 68/63, NJW 1965, 1961, 1962; MünchKomm/Enzinger (3. Auflage 2011) § 119 HGB Rz. 19.

26 BGH 16. 11. 1981 – II ZR 213/80, NJW 1982, 877, 878; MünchKomm/Rawert (3. Auflage 2011) § 114 HGB Rz. 1, 23 ff.

Vertretung durch Dritte, ist gesetzlich ausgeschlossen. Dritten, die nicht persönlich haftende Gesellschafter sind, kann in einer Personengesellschaft keine organschaftliche Vertretung eingeräumt werden²⁷, nur eine abgeleitete Vertretung z. B. als Prokurist einer Handelsgesellschaft.

Trotz Verbotes der Fremdorganschaft führt die Geschäftsunfähigkeit eines Personengesellschafters bei der Personengesellschaft nicht kraft Gesetzes zum Verlust der Vertretungsbefugnis eines vertretungsberechtigten Personengesellschafters²⁸, im Unterschied zu organschaftlichen Vertretern einer GmbH und Aktiengesellschaft. Die Organstellungen als Geschäftsführer einer GmbH bzw. Vorstand einer AG enden mit der Geschäftsunfähigkeit kraft Gesetzes (§ 6 Abs. 2 S. 1, S. 2 Nr. 1 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 AktG). Im Personengesellschaftsrecht gibt es für geschäftsunfähige Gesellschafter keine automatische Beendigung ihrer Vertretungsbefugnis.

Die Rechtsprechung hat die strikte Anwendung des Prinzips der Selbstorganschaft im Laufe der letzten Jahrzehnte deutlich gelockert²⁹ und erkennt jetzt an, dass ein Dritter, etwa für den Fall eigenen „Unvermögens“, mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen betraut werden kann³⁰, sofern die originären Rechte organschaftlicher Vertretung bei dem Gesellschafter verbleiben. Namentlich im Fall der Testamentsvollstreckung³¹ hat die Rechtsprechung den Grundsatz der Selbstorganschaft eingeschränkt, ohne ihn freilich aufzugeben.

Die Vorsorgevollmacht ist der Testamentsvollstreckung im Hinblick auf wesentliche Interessenlagen verwandt.³² Der Testamentsvollstrecker handelt für den toten Erblasser (bzw. den Nachlass, aber er vollstreckt den Willen des Verstorbenen), der Vorsorgebevollmächtigte für den – ebenfalls nicht mehr zur Abgabe von Willenserklärungen fähigen – Geschäftsunfähigen. Die Vorsorgevollmacht verletzt grundsätzlich nicht das Abspaltungsverbot und das mit ihr verbundene Prinzip der Selbstorganschaft, weil das allein gesetzlich zugelassene Vertretungsorgan einer Personengesellschaft nicht verdrängt, sondern nur im Falle seiner Verhinderung ersetzt wird.³³

Dabei ist zu beachten, dass der Grundsatz der Selbstorganschaft Art und Umfang der Vollmacht Grenzen setzt.³⁴ Einem Gesellschaftsfremden dürfen z. B. nicht durch eine unwiderrufliche Vollmacht organähnliche Kompetenzen ohne Einflussmöglichkeit der Personengesellschafter eingeräumt werden. *Reymann*³⁵ schlägt daher vor, bei Personengesellschaften³⁶ die organschaftlichen Kernbefugnisse, die zu den originären Aufgaben eines Gesellschafters gehören, aus dem Anwendungsbereich der Vollmacht ausdrücklich auszuklamern, um einer drohenden Unwirksamkeit der Bevollmächtigung entgegen zu wirken. Zulässig ist es, einen Dritten im Wege einer Generalvollmacht mit der bloßen Ausübung von Geschäftsführungsaufgaben zu betrauen³⁷, solange ihm nicht (durch eine organschaftliche Ermächtigung) die echte gesellschaftliche Geschäftsführung übertragen wird³⁸.

II. Rechtsgeschäftliche Vertretungsprobleme bei Personengesellschaften

1. Risiko einer Vertretung

Personengesellschaftsrechtliche Grundsätze und das Haftungsregime werfen spezifische Probleme bei Vorsorgevollmachten geschäftsunfähiger Gesellschafter auf: Könnte sich jeder Personengesellschafter in seinen rechtlichen Befugnissen unbeschränkt vertreten lassen, wären alle (Mit-)Gesellschafter wegen ihrer gesamtschuldnerischen persönlichen Haftung hohen wirtschaftlichen Risiken ausgesetzt. Der Missbrauch der Vorsorgevollmacht eines Personengesellschafters würde nicht nur das Vermögen des Vollmachtgebers sondern auch das Vermögen aller Mitgesellschafter gefährden.

Im Innenverhältnis – also in Gesellschafterversammlungen – ist die rechtsgeschäftliche Vertretung eines Personengesellschafters deshalb nur zulässig, wenn und soweit der Gesellschaftsvertrag dies zulässt oder alle Mitgesellschafter dies aufgrund Gesellschafterbeschlusses gestatten.

Nach außen – also beim Handeln im Namen der Personengesellschaft – kann der Personengesellschafter rechtsgeschäftlich nur vertreten werden, wenn alle vertretungsberechtigten Gesellschafter ihn im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss ermächtigt haben, Vollmacht zu erteilen, bzw. alle vertretungsberechtigten Personengesellschafter seinen Vertreter bevollmächtigt haben, die Gesellschaft nach außen zu vertreten.

27 BGH 16. 7. 2004 – IXa ZB 307/03, NJW-RR 2005, 119; BGH 11. 7. 1960 – II ZR 260/59, NJW 1960, 1997, 1998; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Born (3. Auflage 2014) § 109 HGB Rz. 15; MünchKomm/Schäfer, (6. Auflage 2013) § 709 BGB Rz. 5; Baumbach/Hopt (35. Aufl. 2012) § 114 HGB Rz. 24; MünchKomm/Rawert (3. Auflage 2011) § 114 HGB Rz. 24.

28 MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 125 HGB Rz. 18.

29 BGH 22. 3. 1982 – ZR 74/81, NJW 1982, 2495; BGH 20. 9. 1993 – II ZR 204/92, NJW-RR 1994, 98, ; MünchKomm/Schäfer, (6. Auflage 2013) § 709 BGB Rz. 6; MünchKomm/Rawert (3. Auflage 2011) § 114 HGB Rz. 26.

30 Z. B. BGH 20. 9. 1993 – II ZR 204/92, WM 1994, 237.

31 BGH 3. 7. 1989 – II ZB 1/89, NJW 1989, 3152, 3154; BGH 10. 1. 1996 – IV ZB 21/94, BB 1996, 1128, 1129 = ZEV 1996, 110 m. Anm. Lorz.

32 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl. 2013) § 705 BGB Rz. 124 a.

33 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl. 2013) § 705 BGB Rz. 124 c; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 91 f.

34 MünchKomm/Rawert (3. Auflage 2011) § 114 HGB Rz. 24 ff.

35 *Reymann*, ZEV 2005, 457, 461.

36 Im Recht der GmbH ist die organschaftliche Vertretung durch den Geschäftsführer ein zwingendes Element der GmbH-Verfassung. Daraus folgt die Unzulässigkeit einer die Vertretungsmacht des Geschäftsführers verdrängenden oder ersetzenden Generalvollmacht, selbst wenn ihr alle Gesellschafter zugestimmt haben; BGH 20. 10. 2008 – II ZR 107/07, NJW 2009, 293, 294; OLG Düsseldorf 17. 3. 1999 – 15 U 42/98, NZG 1999, 833; BGH 18. 10. 1976 – II ZR 9/75, NJW 1977, 199; Baumbach/Hueck/Zöller/Noack (20. Auflage 2013) § 35 GmbHG Rz. 76.

37 MünchKomm/Rawert (3. Auflage 2011) § 114 HGB Rz. 26.

38 LG München 17. 2. 1997 – II ZR 41/96, MittBayNot 1997, 246, 248; OLG Köln 31. 10. 1991 – 12 U 58/91, MittRhNotK 1993, 37, 38; BGH 22. 1. 1962 – II ZR 11/61, NJW 1962, 738; MünchKomm/Rawert (3. Auflage 2011) § 114 HGB Rz. 24 f.

2. Zustimmung der Personengesellschafter zur Vertretung

Der Eintritt seiner Geschäftsunfähigkeit macht es dem Vollmachtgeber faktisch unmöglich, die Vollmacht wirksam zu widerrufen. Ein Recht der Mitgesellschafter zum Widerruf der Vollmacht besteht nicht. Damit entsteht bei einer Vorsorgevollmacht mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit faktisch eine unwiderrufliche Vollmacht. Der Vorsorgebevollmächtigte erhält **organähnliche Kompetenzen**, weil er im Unterschied zu anderen Vollmachtsituationen vom Vollmachtgeber nicht mehr kontrolliert werden kann.

Deshalb nimmt die Literatur zu Recht an, dass die Zustimmung aller Mitgesellschafter zur Erteilung einer solchen Vollmacht, die organähnliche Kompetenzen einräumt, zwingend notwendig ist.³⁹ Die Pflicht einer solchen Vollmacht zuzustimmen, besteht für die Mitgesellschafter grds. nicht, es sei denn, die Befugnis, sich durch Vorsorgebevollmächtigte vertreten zu lassen oder die Pflicht zur Zustimmung ist gesellschaftsvertraglich vereinbart.⁴⁰ Problematisch kann auf gesellschaftsrechtlicher Ebene sein, ab welchem Zeitpunkt der Vorsorgebevollmächtigte als Vertreter des Gesellschafters von den Mitgesellschaftern anzuerkennen ist.

Praxistipp:

Die Gesellschafter sind gut beraten, gesellschaftsvertraglich keine zu engen Grenzen zu setzen, damit im Fall des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit ein – möglicherweise ohnehin zerstrittener – Mitgesellschafter sich nicht auf eine enge Auslegung berufen und eine Vertretung behindern kann (diese Problematik hängt von der Zahl der Personengesellschafter ab).

Heckschen hat vertreten, dass ein Zustimmungserfordernis entbehrlich sei, wenn der Gesellschaftsvertrag die freie Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils gestatte⁴¹ oder wenn der Gesellschaftsvertrag die Vertretung durch Bevollmächtigte nicht explizit ausschließe. Andere differenzieren zwischen einer Vorsorgevollmacht, der ein besonderer Schutzzweck zugrunde liege, und der Erteilung von Vollmachten an Dritte ohne besonderen Schutzzweck.⁴² Diesen Literaturmeinungen liegen überzeugende Wertungen zugrunde. Wegen der höchstrichterlich noch ungeklärten Rechtslage, sollte dem Vollmachtgeber empfohlen werden, die **Zustimmung aller Mitgesellschafter** zur Vertretung durch einen Bevollmächtigten, der nicht Mitgesellschafter ist, vorsorglich **immer einzuholen**. Das Zustimmungserfordernis ergibt sich sowohl aus der Höchstpersönlichkeit der Mitgliedschaft als auch aus dem Abspaltungsverbot und – bezogen auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis – aus dem Grundsatz der Selbstorganschaft.⁴³ Das separate Zustimmungserfordernis entfällt, wenn der Gesellschaftsvertrag die Vertretung eines geschäftsunfähigen Gesellschafters ausdrücklich regelt.

Da es sich bei der Zustimmung der Mitgesellschafter bei der Außenvertretung um ein gesellschaftsrechtliches **Wirksamkeitserfordernis** für die rechtswirksame Vertretung handelt, ist von jedem Rechtsberater auf das

Zustimmungserfordernis der Mitgesellschafter besonders hinzuweisen und schon aus Gründen der Rechtssicherheit darauf hinzuwirken, dass von allen Gesellschaftern die Zustimmung ausdrücklich erteilt wird. Ohne Zustimmung aller Mitgesellschafter kann der (Vorsorge-)Bevollmächtigte eines Personengesellschafters ohne rechtliche Zweifel lediglich die Vermögensrechte und Informationsrechte im Umfang des § 166 HGB wahrnehmen.⁴⁴

Jeder Personengesellschaftsvertrag sollte schon im Gründungsstadium eine Zustimmung oder zumindest einer Verpflichtung zur Zustimmung zur Vertretung durch Vorsorgebevollmächtigte regeln. Da die Zustimmung zur Vertretung durch Bevollmächtigte eines geschäftsunfähigen Gesellschafters im Interesse aller Mitgesellschafter liegt, werden diese zustimmen⁴⁵, sofern der Vertreter die geforderten Mindestqualifikationen erfüllt.

3. Gesellschaftsrechtliche Treuepflichten

Das rechtliche Band zwischen den Gesellschaftern ist im Personengesellschaftsrecht wegen der solidarischen Haftung besonders eng und wird deshalb geprägt durch die Treuepflicht der Gesellschafter.⁴⁶ Fraglich ist, ob und

39 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl. 2013) § 705 BGB Rz. 124 c; Heckschen, NZG 2012, 10, 15 m. w. N.; Westermann, Hdb. der Personengesellschaften (Losebl.) § 24 Rz. 490; Schäfer, ZHR 175 (2011), 557, 567 ff; einschränkend Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 127 ff.

Anders ist dies, wenn die Aufgaben des Gesellschafters durch einen gesetzlichen Vertreter wahrgenommen werden sollen, BGH NJW 1965, 1961; Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 118 HGB Rz. 19 f.; Koller/Kindler/Roth/Morck (8. Auflage 2015) § 118 HGB Rz. 4; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 118 HGB Rz. 17 ff; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Drescher (3. Auflage 2014) § 118 HGB Rz. 32ff; MünchKomm/Schäfer (6. Aufl., 2013) § 709 BGB Rz. 60; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 38 f; MünchKomm/Enzinger (3. Auflage 2011) § 118 HGB Rz. 32; kritisch Heckschen, NZG 2012, 10, m. w. N.

40 Ob und wieweit sich die Pflicht, der Vertretung durch einen Vorsorgebevollmächtigten zuzustimmen, aus der Treuepflicht der Gesellschafter ergeben kann, ist noch nicht geklärt. Bejahend Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 114 m. w. N. Vgl. auch Heckschen, NZG 2012, 10, 15 und zu ähnlich gelagerten Fällen, BGH 1. 12. 1969 – II ZR 14/68, NJW 1970, 706; Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 119 HGB Rz. 5, 6; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Freitag (3. Auflage 2014) § 119 HGB Rz. 26; MünchKomm/Enzinger (3. Aufl., 2011) § 119 HGB Rz. 19. Zu bedenken ist, dass im Einzelfall der Ausschluss des **dauerhaft** geschäftsunfähigen Gesellschafters oder die Entziehung seiner Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis sachgerechter sein kann, vgl. Jocher, notar 2014, 3, 5. Daher dürfte sich aus der Treuepflicht nur die Verpflichtung ergeben, an einer Regelung für den Fall der Geschäftsunfähigkeit mitzuwirken, diese muss nicht zwingend in der Zustimmung zur Errichtung einer Vorsorgevollmacht liegen.

41 Heckschen, NZG 2012, 10, 15; a. A. wohl MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl., 2013) § 705 BGB Rz. 124 c; zur Regelung der freien Übertragbarkeit im Gesellschaftsvertrag siehe MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Aufl. 2011) § 105 HGB Rz. 220.

42 Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 127 f.

43 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl., 2013) § 705 BGB Rz. 124 c; Schäfer, ZHR 175 (2011) 557, 567 f.

44 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl., 2013) § 705 BGB Rz. 124 c.

45 Ähnlich Schäfer, ZHR 175 (2011), 557, 568 f.; Heckschen, NZG 2012, 10, 15.

46 Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 105 HGB Rz. 149; MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Auflage 2013) § 705 BGB Rz. 221; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 105 HGB Rz. 188; Michalski, NZG 1998, 460.

in welchem Umfang die gesellschaftsrechtliche **Treuepflicht** auch einem Vertreter (Betreuer) und insbesondere einem Bevollmächtigten – als rechtsgeschäftlichem Vertreter des Gesellschafters – obliegt.⁴⁷

Der Bevollmächtigte leitet sein Vertretungsrecht vom Vollmachtgeber ab. Man könnte annehmen, dass ein Bevollmächtigter an dieselben Rechte und Pflichten wie der Vollmachtgeber gebunden ist. Der Bevollmächtigte tritt jedoch weder mit der ihm abstrakt erteilten Vollmacht noch mit dem von ihm selbst vertraglich vereinbarten Auftrag (Geschäftsbesorgungsverhältnis, dessen vertragliche Bindungen nur zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten gelten) in die gesellschaftsrechtlichen Pflichten des Gesellschafters (Vollmachtgebers) gegenüber den anderen Gesellschaftern ein. Die Vorsorgevollmacht verschafft dem Bevollmächtigten weder eine – aus der Vollmacht erwachsende – vertragliche Beziehung zu den Mitgesellschaftern noch zu der Gesellschaft selbst. Da der Bevollmächtigte nicht kraft der ihm erteilten Vollmacht oder des Auftragsverhältnisses in die Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern einbezogen wird, muss er sich zur Treuepflicht gegenüber den Mitgesellschaftern des Vollmachtgebers ausdrücklich erklären. Deshalb muss der Gesellschaftsvertrag die einschränkende Regelung enthalten, dass jeder Gesellschafter die Befugnis zur Vertretung nur erteilen darf, wenn der Bevollmächtigte sich den gesellschaftlichen Treuepflichten unterwirft. Der Vollmachtgeber kann und sollte diese Treuepflichten – wie bei einem Vertrag zugunsten Dritter (hier zugunsten der Mitgesellschafter) – dem Bevollmächtigten bereits in dem Auftrag vertraglich auferlegen.

Praxistipp:

Im Personengesellschaftsvertrag ist zu regeln:

- die Zustimmung aller Gesellschafter, dass Gesellschafterrechte durch Vorsorgebevollmächtigte wahrgenommen werden dürfen und
- dass die Bevollmächtigten vor Ausübung der Vollmacht sich schriftlich zur Einhaltung der gesellschaftlichen Treuepflichten verpflichten müssen; mitgeregelt werden kann, dass die Treuepflicht des Bevollmächtigten – was zweckmäßig ist – im der Vollmacht zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsverhältnis zu vereinbaren ist.
- Als „Auffanglösung“ – falls ein geeigneter rechtsgeschäftlicher Vertreter fehlt – sollte die wechselseitige Bevollmächtigung aller Gesellschafter geregelt sein.

D. Gestaltungsmöglichkeiten der Vorsorge

Bei der Gestaltung der Vorsorge sind der Gesellschaftsvertrag und die Vorsorgevollmacht aufeinander abzustimmen. Es empfiehlt sich, den als Bevollmächtigte zugelassene Personenkreis außerhalb des Gesellschaftsvertrages zu regeln. Ferner ist es sinnvoll, den Bevollmächtigten in einer gesonderten Urkunde (privatschriftlicher Auftrag bzw. Geschäftsbesorgung) Handlungsanweisungen aufzuerlegen.

I. Gesellschaftsvertragliche Regelungen

1. Schutz der Gesellschaft

Um alle Personengesellschafter gleichmäßig für den Fall der plötzlichen Geschäftsunfähigkeit eines Mitgesellschafter vor einer gerichtlichen Betreuung zu schützen, sollte der Personengesellschaftsvertrag regeln, dass jeder Personengesellschafter sich verpflichtet, vorsorgend für den Fall seiner Geschäfts- und/oder Handlungsunfähigkeit einen rechtsgeschäftlichen Vertreter zu bestellen.

2. Zulassung der Vertretung durch einen Vorsorgebevollmächtigten

Jeder Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft hat die Frage der Zulässigkeit der Vertretung eines (geschäftsunfähigen) Gesellschafters zu regeln. Im Gesellschaftsvertrag sollte die Ausübung aller Gesellschafterrechte durch einen Bevollmächtigten sowohl im Innen- als auch im Außenverhältnis⁴⁸ zugelassen werden. Bestehende Gesellschaftsverträge sind auf ihren Ergänzungsbedarf zu überprüfen.

Der Gesellschaftsvertrag sollte vorschreiben, dass die Vollmacht **notariell beurkundet oder beglaubigt** sein muss, damit etwaige Probleme, die mit in einfacher Schriftform erteilten Vollmachten verbunden sind (Legitimation, Beweissicherheit usw.), ausgeschlossen werden und z. B. auch Grundstücksgeschäfte, Handelsregisteranmeldungen oder Rechtsformumwandlungen problemlos abgewickelt werden können.

Als Auffanglösung – um in jedem Notfall die Funktionsfähigkeit der Gesellschaft zu gewährleisten – ist zu erwägen, dass alle Gesellschafter sich wechselseitig bevollmächtigen (jeder jeden mit Einzelvertretungsbefugnis) sie nach außen im Namen der Gesellschaft zu vertreten. Bei der OHG gilt im Außenverhältnis ohnehin Einzelvertretungsbefugnis; trotzdem kann die Mitwirkung bzw. Vertretung des geschäftsunfähigen OHG-Gesellschafters notwendig sein, z. B. bei Handelsregisteranmeldungen. Für das Innenverhältnis – also zur Wahrnehmung der Gesellschafterinteressen gegenüber den Mitgesellschaftern – können davon abweichende Regelungen getroffen werden.

Die (wechselseitige) Vollmacht selbst sollte möglichst nicht im Text des Gesellschaftsvertrages enthalten sein, damit Dritten nicht der vollständige Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden muss und sein Inhalt, der intern vertrauliche Regelungen (z. B. Gewinnverteilungen, Stimmrechtsregelungen usw.) enthalten kann, nicht jedem Geschäftspartner offenbart wird.

Im Innenverhältnis – also im Verhältnis der Gesellschafter untereinander – kann der Personengesell-

⁴⁷ Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 141 ff.

⁴⁸ Im Außenverhältnis kann die Vollmacht Einschränkungen enthalten, z. B. festlegen, dass der Bevollmächtigte nur bei notariell beglaubigten oder beurkundeten Rechtsgeschäften der Gesellschaft handeln darf, sofern eine Vertretung der Gesellschaft grds. auch ohne den geschäftsunfähigen Gesellschafter möglich ist (z. B. bei der OHG mit Einzelvertretungsbefugnis der Gesellschafter). Damit wird die Vollmacht auf die zwingend notwendigen Vertretungen reduziert.

schaftsvertrag (oder zweckmäßiger eine getrennte Geschäftsbesorgungsvereinbarung für Vorsorgebevollmächtigte) das Geschäftsbesorgungsverhältnis für alle Gesellschafter gleich regeln. Die Bindung jedes Vorsorgebevollmächtigten an die gesellschaftliche Treuepflicht sollte mitgeregelt werden.

Die erforderliche Zustimmung der Mitgesellschafter, dass ein Bevollmächtigter einen geschäfts- oder handlungsunfähigen Gesellschafter vertreten darf, sollte ausdrücklich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Sie ist konkludent immer erteilt, wenn alle Gesellschafter sich gegenseitig bevollmächtigen und wenn der Gesellschaftsvertrag die Vertretung durch qualifiziert Bevollmächtigte zulässt.

Bei bestehenden Gesellschaftsverträgen sollte vom Rechtsberater überprüft werden, ob die allgemeinen Regelungen zur Stimmrechtsausübung in Gesellschafterversammlungen durch Bevollmächtigte mit der Spezialregelung für den Fall der Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit kollidieren.

3. Vertraglicher Zwang zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht

Im Gesellschaftsvertrag sollte als **Pflicht** jedes (volljährigen) Gesellschafters vereinbart werden, eine Vorsorgevollmacht zu erteilen, damit kein Betreuer bestellt wird und werden muss (ausgenommen eines – nicht auszuschließenden – Kontrollbetreuers), zu dessen Aufgabenkreis die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten gehört. Ähnlich wie bei Vertragsklauseln über Vereinbarungen zum Ausschluss ehevertraglichen Zugewinns, der aus Gesellschaftsvermögen resultiert, sollte jeder Gesellschafter zur Vorlage einer Vorsorgevollmacht verpflichtet werden.⁴⁹

4. Inhalt der Regelungen

a) Musterklausel

- (1) Jeder Gesellschafter ist berechtigt und verpflichtet, durch notarielle Urkunde einen Bevollmächtigten zur Vorsorge für den Fall seiner Geschäfts- und/oder Handlungsfähigkeit zu bestellen, der ihn in Gesellschafterversammlungen vertreten und der – mit Zustimmung aller anderen Gesellschafter – auch Erklärungen im Namen der Gesellschaft abgeben kann. Die Vollmacht darf nicht unter einer Bedingung erteilt werden. Jeder Gesellschafter ist aber berechtigt, seinem Bevollmächtigten intern im Geschäftsbesorgungsverhältnis umfassende individuelle Weisungen zu erteilen. Die Bevollmächtigten müssen sich vor Ausübung der Vollmacht schriftlich zur Einhaltung der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichten; die Treuepflicht des Bevollmächtigten ist im Geschäftsbesorgungsverhältnis und privatschriftlich auch mit allen Personengesellschaftern zu vereinbaren.
- (2) Jeder Gesellschafter ist gegenüber seinen Mitgesellschaftern verpflichtet, den Nachweis über die gem. Abs. (1) erteilte Vollmacht durch Vorlage von (beglaubigten) Abschriften der Vollmachtsurkunde an die übrigen Gesellschafter zu führen und auf Anforderung eines anderen Gesellschafters

schriftlich zu erklären, dass die in (beglaubigter) Abschrift vorgelegte Vollmacht nicht geändert oder widerrufen ist.

b) Qualifikation des Bevollmächtigten

Zusätzlich sollte außerhalb des Gesellschaftsvertrages in einer gesonderten Gesellschaftervereinbarung geregelt werden, welche Anforderungen an einen Bevollmächtigten gestellt werden, der von allen Mitgesellschaftern als zur Vertretung hinreichend qualifiziert anerkannt wird. Diese Regelung empfiehlt sich deshalb in einer separaten Vereinbarung außerhalb des Gesellschaftsvertrages, weil Änderungen des Anforderungsprofils leichter möglich sein sollten als Änderungen des Gesellschaftsvertrages und weil bei in Einzelfällen notwendiger Vorlage des Gesellschaftsvertrages gegenüber Dritten – z. B. auch Gerichten (Grundbuchämtern, Handelsregistern) – diese Regelungen nicht notwendig aufgedeckt werden müssen.

Der Kreis der zugelassenen Bevollmächtigten sollte möglichst präzise festgelegt werden. Er kann auf Personen beschränkt werden, auf die der Gesellschaftsanteil ohne Zustimmung der Mitgesellschafter übertragen werden kann oder die im Fall des Todes des Gesellschafters nachfolgeberechtigt sind. In Ermangelung solcher Personen sollte die Vollmacht entweder einzelnen Mitgesellschaftern oder zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe erteilt werden. Ein darüber hinausgehender Kreis von Bevollmächtigten sollte in der vertraglichen Zustimmungsvereinbarung nicht allgemein definiert sondern namentlich genannt werden.

c) Sanktionen bei Nichtvorlegen der Vollmacht

Ein Verstoß gegen die im Gesellschaftsvertrag vereinbarte Vorlagepflicht könnte bei der GmbH mit der Sanktion des möglichen Verlusts der Gesellschaftsbeteiligung durch Einziehung oder Zwangsabtretung⁵⁰ belegt werden, bei Stimmrechtsausschluss des Betroffenen diesbezüglicher Beschlussfassungen in der Gesellschafterversammlung.

In der Personenhandelsgesellschaft kommen bei einem solchen Verstoß die Ausschließung eines Gesellschafters nach §§ 140, 133 HGB⁵¹ oder – als milderes Mittel⁵² – die Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis gemäß §§ 117, 127 HGB⁵³ in Betracht⁵⁴. Diese Rechte sind grundsätzlich durch Ge-

⁴⁹ Jocher, notar 2014, 3, 11.

⁵⁰ Ziemons/Jaeger/Schindler BeckOK (Stand: 1. 12. 2014) § 34 GmbHG Rz. 16; Baumbach/Hueck/Fastrich (20. Aufl., 2013) § 34 GmbHG Rz. 7ff; Roth/Altmeppen (7. Auflage 2012) § 34 GmbHG Rz. 35; Wicke (2. Auflage 2011) § 34 GmbHG Rz. 15; Heckschen/Heidinger, Die GmbH (2. Aufl. 2009) Rz 84.

⁵¹ Häublein/Hoffmann-Theinert/Lehmann-Richter BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 140 HGB Rz. 1; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 140 HGB Rz. 1.

⁵² MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 140 HGB Rz. 12.

⁵³ Häublein/Hoffmann-Theinert/Lehmann-Richter BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 117 HGB Rz. 1, § 127 HGB Rz. 1; MünchKomm/Jickeli (3. Auflage 2011) § 117 HGB Rz 1; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) 127 HGB Rz 1.

⁵⁴ Bei der KG jeweils iVm § 161 Abs. 2 HGB.

staltungsklage geltend zu machen⁵⁵. Durch einen bloßen Gesellschafterbeschluss kann ein Gesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes nur dann ausgeschlossen werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag vorgesehen und die Vertragsklausel wirksam ist⁵⁶.

Bei der GbR entsprechen dem die Entziehung der Geschäftsführung und Vertretungsmacht (§§ 712 Abs. 1, 715 BGB) sowie der Ausschluss eines Gesellschafters nach §§ 737, 723 BGB.

Der Gesellschaftsvertrag sollte diese Sanktionen regeln, damit die vorsorgende Erteilung einer Vollmacht zum Schutz der Mitgesellschafter und der Gesellschaft von jedem Gesellschafter rechtlich durchgesetzt werden kann. Als vertraglich vereinbartes Beispiel zur Durchsetzung die nachfolgende

Musterklausel:

§ . . . Ausschließung von Gesellschaftern

- (1) Ein Gesellschafter ist durch Beschluss der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, wenn in seiner Person ein Umstand eintritt, der gemäß [ggf. analog] § 140 HGB i. V. m. § 133 HGB die Ausschließung dieses Gesellschafters aus der Gesellschaft rechtfertigt. Als ein solcher Umstand gilt auch, wenn ein Gesellschafter auf Verlangen eines anderen Gesellschafters nicht innerhalb angemessener Frist (z. B. innerhalb eines Monats) nachweist, dass er für den Fall seiner dauerhaften Geschäfts- und/oder Handlungsunfähigkeit eine zur Fortführung der Gesellschaft und des Gesellschaftszwecks taugliche General- und Vorsorgevollmacht mindestens zwei qualifizierten, einzelvertretungsberechtigten Personen erteilt hat.
- (2) Qualifiziert sind Bevollmächtigte nur, wenn sie über die von den Gesellschaftern in einer gesonderten Vereinbarung festgelegten Qualifikationen verfügen.
- (3) Wird der Nachweis nicht fristgerecht erbracht, ist der Gesellschafter unverzüglich in einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung aus der Gesellschaft auszuschließen. Nach Ausschluss dieses Gesellschafters wird die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern (ggf.: unter der bisherigen Firma) fortgeführt.
- (4) Abs. (1) bis (3) sind entsprechend anwendbar, wenn ein den Ausschluss des Gesellschafters rechtfertigender Grund in der Person des Bevollmächtigten vorliegt und die Vollmacht nach Eintritt dieses Grundes nicht spätestens innerhalb von 14 Tagen widerrufen ist. Der Ausschluss ist auch gerechtfertigt, wenn der Bevollmächtigte sich nicht unverzüglich nach Aufforderung durch einen Mitgesellschafter der gesellschaftlichen Treuepflicht unterwirft.
- (5) Für die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafters gilt § . . .

5. Sanktionen bei späteren Vertragsverletzungen

a) Sanktionsmöglichkeiten

Ist die Vorsorgevollmacht trotz vertraglicher Verpflichtung gar nicht erteilt oder später widerrufen oder sind die Bevollmächtigten nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ausgefallen und keine neuen Bevollmächtigten bestellt, so sind – wie bei Nichtvorlage der Vorsorgevollmacht – Sanktionen gegenüber dem geschäftsunfähigen Gesellschafter möglich, um die Beteiligung eines Betreuers an gesellschaftsrechtlichen Entscheidungen zu vermeiden. Zwei grundsätzliche Gestaltungsmöglichkeiten kommen in Betracht:

- Die dauerhafte Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters führt zum Ausscheiden oder Ausschluss des Gesellschafters und damit zum Verlust seiner Gesellschaftsbeteiligung. Der Verlust der Personengesellschaftsbeteiligung bei dauerhafter Geschäftsunfähigkeit kann analog dem Verlust der Beteiligung beim Tod eines Gesellschafters geregelt werden. Er scheidet entweder zwangsweise aus der Personengesellschaft aus mit der Rechtsfolge der Anwachsung seiner Beteiligung oder seine Beteiligung ist zwangsweise auf Dritte zu übertragen. Die Analogie gilt auch für potentielle Abfindungen.
- Die Geschäftsunfähigkeit führt nur zum Ausschluss des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung. Der betroffene Personengesellschafter muss sich zwingend durch einen Dritten bei der Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte vertreten lassen. Dabei ist auf der Gesellschaftsebene zwischen Innenverhältnis (also insbesondere Vertretung des Geschäftsunfähigen in Gesellschafterversammlungen) und Außenverhältnis (also Vertretung der Personengesellschaft nach außen) zu unterscheiden. Die Prinzipien der Selbstorganschaft und des Abspaltungsverbots sind zu beachten.

b) Ausschluss mit Verlust der Personengesellschaftsbeteiligung

aa) Gestaltungsmöglichkeiten

Als Gestaltungsmöglichkeiten zum Ausschluss eines Gesellschafters bei Geschäftsunfähigkeit kommen in Betracht:

- das „automatische“ Ausscheiden mit Anwachsungsfolge mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit kraft Gesellschaftsvertrags (§ 131 Abs. 3 Nr. 5 HGB),
- die Ausschließung aufgrund Gesellschafterbeschlusses (durch vertraglich vereinbarte Erweiterung der in § 131 Abs. 3 HGB genannten Ausscheidungs-

⁵⁵ MünchKomm/Jickeli (3. Auflage 2011) § 117 HGB Rz 6; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) 127 HGB Rz 8; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 140 HGB Rz. 2.

⁵⁶ BGH 21. 6. 2011 – II ZR 262/09, NJW 2011, 2648; BGH 3. 2. 1997 – II ZR 71/96, NJW-RR 1997, 925; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 140 HGB Rz. 30; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 140 HGB Rz. 91. Zur Problematik der sogenannten „Herauskündigungsklauseln“ siehe Häublein/Hoffmann-Theinert/Lehmann-Richter BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 131 HGB Rz. 47 ff.

gründe iVm § 140 HGB) nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit,

- die Zwangsabtretung der Gesellschaftsbeteiligung an Dritte aufgrund Gesellschafterbeschlusses nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit⁵⁷.

bb) Beteiligungsverlust durch Gesellschaftsvertrag oder Gesellschafterbeschluss

Das Ausscheiden eines Personengesellschafters bei dauerhafter Geschäftsunfähigkeit – wie beim Tod – mit Anwachsungsfolge der Gesellschaftsbeteiligung führt zu klaren Ergebnissen; eine Mitwirkung des ausscheidenden Gesellschafters ist, wenn die Rechtsfolge des Ausscheidens im Gesellschaftsvertrag an den Tatbestand der Geschäftsunfähigkeit anknüpft, nicht erforderlich.

Ein zwangsweises Ausscheiden kann bei Vorliegen eines sachlichen Grundes stets vereinbart werden,⁵⁸ entweder in Erweiterung des Katalogs gem. § 131 Abs. 3 Nr. 5 HGB oder bei Vorliegen der Ausschließungsgründe gem. §§ 140, 133 Abs. 2 HGB, wozu nach Eintritt dauerhafter Geschäftsunfähigkeit auch gehören dürfte⁵⁹, dass „dem Gesellschafter die Erfüllung einer ihm nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden wesentlichen Verpflichtung unmöglich wird“ (§ 133 Abs. 2 HGB). Schließt der Gesellschaftsvertrag die Nachfolge externer Dritter in die Gesellschafterstellung auf den Todesfall aus⁶⁰, kann ein zwangsweises Ausscheiden des Gesellschafters auch beim Eintritt seiner dauerhaften Geschäftsunfähigkeit angemessen sein.⁶¹

Der Verlust der Beteiligung an der Personengesellschaft ist die einschneidendste Folge bei Vorliegen einer dauerhaften Geschäftsunfähigkeit. Je nach Struktur der Personengesellschaft kann das Ausscheiden – wie beim Tod eines Personengesellschafters – mit oder ohne Entschädigung erfolgen.

Ausscheiden mit Abfindung

Bei rein vermögensverwaltenden Personengesellschaften sollte ein Beteiligungsverlust regelmäßig nicht vorgesehen werden, es sei denn es handelt sich um Familiengesellschaften und die Anwachsung kommt – wie auch erbrechtlich geplant – der Familie zugute. Bei Generationsnachfolgen ist die schenkungsteuerliche Problematik zu beachten, weil die eher wahrscheinliche Geschäftsunfähigkeit des Älteren zur Annahme einer Schenkung an den Jüngeren führt; es handelt sich bei höheren Altersdifferenzen nicht mehr um ein im Gegenseitigkeitsverhältnis stehendes, aleatorisches, sondern um ein unentgeltliches Rechtsgeschäft. Anders wäre es, wenn die Rechtsfolge des **entschädigungslosen** Anwachsens an einen (altersunabhängigen) Unfall (nicht an Krankheiten, die altersbedingt sind) gebunden wäre. Ansonsten kommt ein Ausscheiden allenfalls gegen vollwertige Abfindung in Betracht. Wird nur Vermögen verwaltet, ist der Schutz der Vermögensinteressen höher einzustufen als das Interesse an der Qualifikation eines Unternehmensnachfolgers.

Ausscheiden ohne Abfindung

Bei Personengesellschaften, deren Geschäftstätigkeit von den individuellen Fähigkeiten und den Persönlich-

keiten der einzelnen Gesellschafter abhängt (z. B. Dienstleistungsgesellschaften beratender Berufe, wie Rechtsanwälten, Steuerberatern oder Heilbehandlungsbereufen wie Ärzten, Apothekern usw.), kann das Ausscheiden eines Gesellschafters mit Anwachsungsfolge, im Fall seiner dauerhaften Geschäftsunfähigkeit zum Schutz der Gesellschaft sinnvoll sein, bei vermögenslosen Dienstleistungsgesellschaften sogar ohne Entschädigung. Dem Fortbestand der Personengesellschaft/des Unternehmens (der Existenzgrundlage aller das Unternehmen fortführenden geschäftsfähigen Gesellschafter) ist Priorität gegenüber den Vermögensinteressen eines einzelnen Gesellschafters einzuräumen.

c) Entziehung der Befugnis zur Geschäftsführung und Vertretung

aa) Entziehungsbefugnis

Nach § 712 Abs. 1 BGB kann einem Gesellschafter durch einstimmigen Beschluss oder, falls nach dem Gesellschaftsvertrag die Mehrheit der Stimmen entscheidet, durch Mehrheitsbeschluss der übrigen Gesellschafter, die Befugnis zur Geschäftsführung entzogen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt⁶². Gem. § 712 Abs. 1 HS. 2 BGB ist ein wichtiger Grund insbesondere die Unfähigkeit zur Geschäftsführung. Gem. § 715 BGB kann mit der Geschäftsführung auch die Vertretungsmacht entzogen werden, nach § 127 HGB nur die Vertretungsmacht. Die Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis richtet sich bei der OHG nach § 117 HGB.

bb) Voraussetzungen der Entziehung

Dauerhafte Geschäftsunfähigkeit ist u. E.⁶³ ein wichtiger Grund nach §§ 712 Abs. 1 HS. 2, 715 BGB zur Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis oder, wenn der Ausschluss im Gesellschaftsvertrag vereinbart ist, ein wichtiger Ausschlussgrund. Dies dürfte sich schon aus dem Wortlaut der Norm ergeben, da eine „Unfähigkeit zur ordnungsgemäßen Geschäftsführung vorliegt“. Die Personengesellschaften werden typischerweise durch die als Gesellschafter beteiligten

57 Zum Gesellschafterwechsel durch Anteilsübertragung siehe Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 105 HGB Rz. 69 ff; MünchKommLanghein (3. Auflage 2011) § 107 HGB Rz. 9; Karsten Schmidt, NJW 1998, 2161, 2169.

58 BGH 21. 6. 2011 – II ZR 262/09, NJW 2011, 2648; BGH 3. 2. 1997 – II ZR 71/96, NJW-RR 1997, 925; Baumbach/Hopt/Roth (36. Auflage 2014) § 140 HGB Rz. 30; MünchKomm/Karsten Schmidt (3. Auflage 2011) § 140 HGB Rz. 91; zur GmbH vgl. Ziemons/Jaeger/Schindler BeckOK (Stand: 1. 12. 2014) § 34 GmbHG Rz. 30 ff; Baumbach/Hueck/Fastrich (20. Aufl., 2013) § 34 GmbHG Rz. 10; Roth/Altmeppen (7. Auflage 2012) § 34 GmbHG Rz. 37 ff; Wicke (2. Auflage 2011) § 34 GmbHG Rz. 16; Heckschen, NZG 2012, 10, 14 m. w. N.

59 Ausdrücklich zur Einziehungsbefugnis nach § 712 Abs. 1 BGB geregelt.

60 Vgl. zum Recht der GmbH Ziemons/Jaeger/Schindler BeckOK (Stand: 1. 12. 2014) § 34 GmbHG Rz. 32; Baumbach/Hueck/Fastrich (20. Aufl., 2013) § 34 GmbHG Rz. 10; Wicke (2. Auflage 2011) § 34 GmbHG Rz. 16.

61 Jocher, notar 2014, 3, 5.

62 Staudinger/Habermeier [2003] § 712 BGB Rz. 7 f.

63 Einschränkungend Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 27 f.; vgl. auch MünchKomm/Schäfer (6. Auflage 2013) § 723 HGB Rz. 33.

Personen geprägt⁶⁴, eine dauerhafte Geschäftsunfähigkeit muss den anderen Gesellschaftern daher die Möglichkeit eröffnen, Maßnahmen nach den §§ 712 Abs. 1 HS. 2, 715 BGB zu ergreifen. Eine nur „kurzfristige“ Geschäftsunfähigkeit ist kein dauerhafter Entziehungsgrund. Eine nur vorübergehende Geschäftsunfähigkeit (z. B. Ohnmacht mit schwerer Gehirnerschütterung nach Verkehrsunfall, auch wenn sie mehrere Tage andauert und der Gesellschafter vorübergehend auf der Intensivstation sogar im Koma liegt) kann nur ausreichen, um die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse zeitweilig zu entziehen. Das Anknüpfen an den Eintritt dauerhafter Geschäftsunfähigkeit zur endgültigen Entziehung der Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse ist sachgerecht, auch im Rahmen der §§ 117, 127 HGB. Wie aber soll mit gebotener Rechtssicherheit festgestellt werden, ob eine dauerhafte Geschäftsunfähigkeit vorliegt?

Vorgeschlagen wird, die Voraussetzung „dauerhafte Geschäftsunfähigkeit“ an die gerichtliche Bestellung eines Betreuers zu knüpfen⁶⁵. Nur wenn der Aufgabenkreis des Betreuers die Wahrnehmung aller Gesellschafterrechte umfasse, könne die Bestellung des vorläufigen Betreuers als Bedingungseintritt anerkannt werden. Knüpft man die Voraussetzung der Entziehung an Entscheidungen des Betreuungsgerichts, führt dies zu zeitlichen Verzögerungen, in denen die Personengesellschaft in ihrer Handlungsfähigkeit beschränkt oder sogar handlungsunfähig ist. Deshalb sollte die Bestellung eines **vorläufigen Betreuers** ausreichen.⁶⁶ Ein Betreuer kann auch bei nur zeitweiliger, vorübergehender Geschäftsunfähigkeit bestellt werden, erst recht ein vorläufiger Betreuer.⁶⁷ Auch bei Vorliegen eines entsprechenden fachärztlichen Gutachtens oder eines Attests des behandelnden Arztes kann von einer dauerhaften Geschäftsunfähigkeit ausgegangen werden, wenn der Gesellschaftsvertrag dies vorsieht.

II. Vollmachtsgestaltungen

1. Vertretung durch Dritte bei Ausübung der Gesellschafterrechte

Eine allgemeine General- und Vorsorgevollmacht ist auch im unternehmerischen Bereich gültig und mit ihr die Vertretung jedes Personengesellschafters möglich, sofern der Gesellschaftsvertrag dies zulässt. Die „klassische“ Vorsorgevollmacht als Generalvollmacht mit den vom Gesetzgeber geforderten Spezialvollmachten zum Regelungsinhalt der §§ 1904, 1906 BGB, ist im unternehmerischen Bereich keine sinnvolle Gestaltung, weil Vollmachten zur Gesundheitsvorsorge, zu Heilbehandlungen (§ 1904 BGB), Organentnahmen und zu freiheitsberaubenden Maßnahmen (§ 1906 BGB) in einer unternehmensbezogenen Vollmacht jeden Geschäftspartner nur irritieren. Die Einbeziehung der Unternehmens-Vollmacht in eine „klassische“ Vorsorgevollmacht, also in eine Generalvollmacht für Vermögensangelegenheiten nebst Spezialvollmacht für alle persönlichen Angelegenheiten sollte deshalb vermieden werden, selbst wenn Vorsorgebevollmächtigter und „Unternehmens-Bevollmächtigter“ identisch sind.⁶⁸

Die Erteilung einer **personengesellschafts-/unternehmensbezogenen Spezialvorsorgevollmacht** (bezeichnet als Generalvollmacht), mit dem Inhalt den Vollmachtgeber in allen Angelegenheiten als Gesellschafter der X-Personengesellschaft zu vertreten, ist vorzuzugswürdig, da die Vollmacht im Geschäftsverkehr vorgelegt wird und persönliche Regelungen einen Geschäftspartner nichts angehen, wie z. B. ärztliche Maßnahmen (§ 1904 BGB) oder Unterbringungs- und freiheitsberaubende Maßnahmen (§ 1906 BGB), die sich im rein privaten Lebensbereich abspielen.

2. Hilfsweise: Wechselseitige Bevollmächtigung aller Gesellschafter

Jeder Personengesellschafter sollte in seiner Vorsorgevollmacht zur Ausübung seiner Gesellschafterrechte möglichst mehrere Bevollmächtigte benennen.

Um die Handlungsunfähigkeit der Personengesellschaft zu vermeiden, kann – für Notfälle – jeder Personengesellschafter wechselseitig alle übrigen Gesellschafter bevollmächtigen, seine Rechte wahrzunehmen⁶⁹.

Die (hilfsweise) Verpflichtung zur wechselseitigen Bevollmächtigung kann im Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden. Dabei ist zu beachten, welche Vertretungsberechtigung das Gesetz vorsieht: Gesamtvertretung (GbR), Einzelvertretung (OHG, Partnerschaft), keine Vertretung (Kommanditist).

Gestaltungsempfehlung im Gesellschaftsvertrag:

Jeder Gesellschafter bevollmächtigt hiermit alle anderen Mitgesellschafter (unter Befreiung von § 181 BGB) und zwar jeden von ihnen mit Einzelvertretungsbefugnis, für ihn alle Gesellschafterrechte im Außenverhältnis gegenüber Dritten auszuüben. Diese Vollmacht schließt die Vertretung des Gesellschafters und der Gesellschaft durch allgemein Bevollmächtigte für Angelegenheiten der Fantasie-Gesellschaft nicht aus.

Die vorstehend erteilte Vollmacht gilt im Außenverhältnis bedingungslos. Sie ist insbesondere nicht vom Eintritt der Geschäftsunfähigkeit abhängig. Die Gesellschafter verpflichten sich, außerhalb des Gesellschaftsvertrages sich zusätzlich wechselseitig eine isolierte Vollmacht mit vorstehendem Inhalt zu erteilen.⁷⁰

Die Vollmacht gilt im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern nur dann, wenn der Gesellschafter keine anderweitigen Vollmachten für Angelegen-

64 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Auflage 2013) § 723 HGB Rz. 33.

65 Jocher, notar 2014, 3, 5.

66 A. A. Jocher, notar 2014, 3, 5.

67 Ist dem Betreuungsgericht bekannt, dass eine Vorsorgevollmacht vorliegt, dann soll vom Betreuungsgericht gar kein (vorläufiger) Betreuer bestellt werden, da die Betreuung nach dem Willen des Gesetzgebers subsidiär ist. Hält sich das Betreuungsgericht an diese Vorgaben, kann der Bedingungseintritt nie erfolgen. In diesem Fall wird jedoch schon kein Vertragsverstoß des Gesellschafters vorliegen, da ja eine Vorsorgevollmacht erteilt wurde.

68 Stückemann, Handbuch des Fachanwalts Erbrecht (Fn. 1) VI. Unternehmensvorsorgevollmacht; Jocher, notar 2014, 3, 8 ff.

69 Heckschen, NZG 2012, 10, 16 m. w. N. zum Recht der GmbH.

70 Andernfalls müsste Dritten der Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden. Die im Gesellschaftsvertrag enthaltene Vollmacht sollte nur als Auffangtatbestand dienen.

heiten der Fantasie-Gesellschaft erteilt hat. Sie gilt insbesondere für den Fall, dass ein geschäftsunfähig gewordener Personengesellschafter keine Vorsorgevollmacht in notarieller Form erteilt hat oder die Erteilung unwirksam oder untauglich ist, weil ein nicht qualifizierter Bevollmächtigter benannt ist oder alle Bevollmächtigten weggefallen sind.

Die wechselseitige Vollmacht aller Personengesellschafter ist mit Risiken verbunden. Dieses Risiko ist – je nach Gesellschaftsform – unterschiedlich hoch. Da z. B. bei der OHG grds. alle Gesellschafter Einzelvertretungsbefugnis haben, wird das Risiko durch eine wechselseitige Vollmacht nach außen kaum vergrößert; entsprechendes gilt für die Komplementäre einer KG. Jeder der genannten Gesellschafter kann die Gesellschaft auch ohne Vollmacht nach außen grds. allein vertreten. Notwendig ist die Vollmacht wegen der Mitwirkungspflicht aller Gesellschafter aber z. B. bei Handelsregisteranmeldungen oder Umwandlungserklärungen. Im Innenverhältnis – auf der internen Gesellschaftsebene – sollten grds. alle Mitgesellschafter gemeinsam die Interessen des geschäftsunfähigen Personengesellschafters wahrnehmen, es sei denn der auserkorene Unternehmensnachfolger ist schon beteiligt. Dann bietet sich an, dass dieser – zumindest im Innenverhältnis – allein die Rechte des Geschäftsunfähigen wahrnimmt.

Die wechselseitige Ermächtigung aller Mitgesellschafter, die Rechte aus den Mitgliedschaften namens des betroffenen Gesellschafters wahrzunehmen, kann zu Interessenkonflikten führen. Die ordnungsgemäße Wahrnehmung der vertretenen Gesellschafterinteressen ist zwar gerichtlich nachprüfbar; die Feststellung fehlerhaften Handelns kann aber nur zu Schadensersatzansprüchen führen.

3. Konkrete Gestaltung der Vollmacht

a) Außen- und Innenverhältnis

Wegen des abstrakten Charakters der Vollmacht, muss **zwischen Außen- und Innenverhältnis**⁷¹ der Vollmacht getrennt werden. Damit nicht zu verwechseln ist, dass auch auf die Personengesellschaftsebene zwischen Innen- und Außenverhältnis zu unterscheiden ist⁷² (Vertretung in Gesellschafterversammlungen gegenüber den Gesellschaftern zur Wahrnehmung der Gesellschafterrechte einerseits und Vertretung der Gesellschaft nach außen anstelle des Gesellschafters, zwingend notwendig z. B. bei Handelsregisteranmeldungen).

aa) Außenverhältnis

Dem Bevollmächtigten müssen im Außenverhältnis umfassende Befugnisse in allen die Personengesellschaft betreffenden Angelegenheiten eingeräumt werden.⁷³ Beschränkungen der Vorsorgevollmacht führen dazu, dass die Bestellung eines Betreuers in Einzelfällen notwendig wird, mit der Folge dass das umständliche Verfahren⁷⁴ der §§ 1896 ff. BGB, §§ 278 ff. FamFG eingeleitet wird.

bb) Innenverhältnis⁷⁵ (Handlungsanweisungen)

Der Bevollmächtigte muss die mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Vorstellungen und Ziele des von ihm vertretenen geschäftsunfähig gewordenen Gesellschafters weiterverfolgen und umsetzen können. Die gesellschaftsrechtlichen und unternehmerischen Ziele des Vollmachtgebers können im Innenverhältnis vom Vollmachtgeber vorgegeben werden.⁷⁶

In der Regel dürfte es sachgerecht sein, auch äußerlich zwischen diesen beiden Verhältnissen zu unterscheiden. Die Anweisungen im Innenverhältnis sollten also in einem gesonderten Geschäftsbesorgungsvertrag/Auftrag festgehalten werden. Dadurch kann die Vollmacht im Außenverhältnis unbedingt⁷⁷ und umfassend erteilt werden, so dass ihre Effektivität nicht beeinträchtigt wird.

Auf der schuldrechtlichen Ebene des Auftrags oder der Geschäftsbesorgung können dem Bevollmächtigten detaillierte Anweisungen⁷⁸ erteilt und sogar Handlungsschranken gesetzt werden, etwa zur Art und Weise der Fortführung des Unternehmens oder der geplanten Auseinandersetzung.

Beispiele⁷⁹:

Sind die **Fortführung des Unternehmens** bzw. das **Fortbestehen der Beteiligung** das Ziel? Die Möglichkeit des Rechtsformwechsels durch **Umwandlung** sollte in diese Überlegungen einbezogen werden. Sind **das Ausscheiden als Gesellschafter, der Verkauf der Beteiligung**, oder eine **Liquidation des Unternehmens** realistischere Perspektiven?

Hinweis:

Da die Handlungsanweisungen von der Unternehmensentwicklung überholt sein können, müssen sie von jedem Gesellschafter in regelmäßigen Abständen **auf ihre Aktualität überprüft werden**.⁸⁰ Deshalb empfiehlt sich aus Kostengründen, diese Handlungsanweisungen im Geschäftsbesorgungsvertrag/Auftrag nicht notariell sondern nur privatschriftlich festzulegen, mit der Möglichkeit sie leicht abzuändern.⁸¹ Die beteiligten Rechtsberater (i. d. R. Steuerberater)

71 Litzenburger, NotBZ 2007, 1; Sauer, RNotZ 2009, 79, 80.

72 Vgl. Karsten Schmidt, Gesellschaftsrecht (4. Aufl.) § 47 Das Innenrecht der oHG; § 48 Das Außenrecht der oHG; § 53 III Das Innenrecht der KG; § 53 IV Das Außenrecht der KG.

73 Reymann, ZEV 2005, 457, 460.

74 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl., 2013) § 705 BGB Rz. 124 a; Schäfer, ZHR 175 (2011) 557, 557 ff.

75 Zur Gestaltung des Innenverhältnisses von General- und Vorsorgevollmachten ausführlich Sauer, RNotZ 2009, 79.

76 Dies liegt auch im Interesse des Bevollmächtigten, der so seine Haftungsgefahren im Innenverhältnis minimieren kann, Langenfeld, ZEV 2005, 52, 52.

77 OLG Frankfurt 15. 10. 2010 – 20 W 399/10, DNotZ 2011, 745 ff., m. Anm. Müller; OLG Köln 10. 4. 2007 – 2 Wx 20/07, ZEV 2007, 592 ff. m. Anm. Müller; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 29. Siehe dazu D. II. 6 b).

78 Langenfeld, ZEV 2005, 52, 52.

79 Ausführlich dazu Reymann, ZEV 2005, 457, 458 ff; Langenfeld, ZEV 2005, 52, 53 ff; siehe auch Sauer, RNotZ 2009, 79, 92.

80 Jocher, notar 2014, 3, 9; Stückemann, in Fachanwalt für Erbrecht (Fn. 1) VI. Unternehmensvorsorgevollmacht; Keilbach, DNotZ 2004, 164, 167.

81 Reymann, ZEV 2005, 457, 458.

sollten regelmäßig auf die Notwendigkeit einer Anpassung hinweisen.

b) Inhalt der Vollmacht

aa) Spezialvollmacht

Die Unternehmer-Vorsorgevollmacht sollte als gesellschaftsbezogene Spezialvollmacht erteilt werden und kann bzw. sollte als Generalvollmacht – beschränkt auf diesen Aufgabenkreis (Vertretung in allen die Personengesellschaft betreffenden Angelegenheiten) – bezeichnet werden.

Es wird empfohlen, die Spezialvollmacht zur weitestmöglichen Vertretung in allen unternehmerischen und gesellschaftsrechtlichen Belangen (gegebenenfalls mit Ausnahme von Gesellschaften, die allein die private Vermögensverwaltung zum Gegenstand haben) zu formulieren: „Empfohlen wird eine beispielhafte, als nicht abschließend gekennzeichnete Aufzählung wichtiger Schwerpunkte“.⁸²

Dazu sollen insbesondere

- die Ausübung des Stimmrechts;
- die Mitwirkung an Änderungen des Gesellschaftsvertrags jeglicher Art, einschließlich der Auflösung und Liquidation des Unternehmens;
- die Entgegennahme eines Liquidationserlöses oder eines Abfindungsentgelts;
- die Ausübung von Kontroll- und Einsichtsrechten;
- die Mitwirkung an allen umwandlungsrechtlichen Vorgängen;
- die ganze oder teilweise Verfügung über die Beteiligung als solche;
- die Vertretung in allen registerrechtlichen Verfahren gehören.

Beispielhafte Aufzählungen sind nicht zu empfehlen und können sogar gefährlich sein.⁸³ Die deutsche Rechtsordnung gestattet, umfassende Generalvollmachten ohne die – z. B. im romanischen Rechtskreis übliche – beispielhafte Einzelaufzählung der Befugnisse des Bevollmächtigten zu erteilen.⁸⁴ **Die (rechtlich nicht gebotene) Aufzählung einzelner Schwerpunkte kann in Streitfällen dazu führen, dass nicht mitaufgeführte „Schwerpunkte“ Zweifel darüber begründen, ob die Generalvollmacht sie umfasst.**

Wenn unsere Rechtsordnung die höhere Abstraktion zulässt und eine allgemeine Generalvollmacht anerkennt, **ohne dass Einzelbefugnisse aufgeführt werden, ist unverständlich, dass Literaturstimmen dies auszuhöhlen versuchen.**

Einzelne Befugnisse oder Schwerpunkte der Tätigkeit sind allein in die – nur das Innenverhältnis betreffende – Handlungsanweisung aufzunehmen.

Allerdings kann auch eine Generalvollmacht im deutschen Recht durch generelle oder spezifische Kataloge eingeschränkt werden, z. B. für Grundstücksgeschäfte

oder ähnliches. Deshalb sollten im Vollmachtstext einer gesellschaftsrechtlichen Generalvollmacht die Grenzen bzw. Vertretungsschranken der Vollmacht definiert werden.⁸⁵ Wird eine Generalvollmacht ohne Begrenzungen erteilt, wäre der Bevollmächtigte auch in privaten Vermögensangelegenheiten unbeschränkt zur Vertretung berechtigt.

Sind die allgemein General- und Vorsorgebevollmächtigten und die Unternehmens-Bevollmächtigten nicht identisch, dann ist eine auf die Angelegenheiten der Personengesellschaft bezogene Spezialvollmacht zwingend. Soll z. B. ein Kind als künftiger Unternehmensnachfolger, die Gesellschafterrechte wahrnehmen, der Ehegatte jedoch im privaten Bereich für die Vertretung zuständig sein, so ist dies nur mit getrennten Vollmachten zu erreichen. Selbst bei Personenidentität ist es sinnvoll, die Unternehmer-Vorsorgevollmacht separat von der General- und Vorsorgevollmacht zu erteilen, um eine einfache Handhabung zu ermöglichen.

bb) Untervollmacht, Befreiung von § 181 BGB

Wie in jeder Vollmacht sind auch in der Vorsorgevollmacht eines Personengesellschafters Regelungen zur

- Erteilung von Untervollmachten
- Befreiung von den Verboten des § 181 BGB
 - den Wünschen des Vollmachtgebers entsprechend – vorzusehen.

Das Erfordernis der Erteilung einer Untervollmacht im **Einzelfall** ist bei der unternehmensbezogenen) Vollmacht eines Personengesellschafters von großer praktischer Bedeutung, etwa zur Unterbevollmächtigung von Bankangestellten (z. B. zur Auflösung eines Depots), oder zur Mandatserteilung für Rechtsanwälte, Wirtschaftsprüfer und Steuerberater oder für Durchführung- und Belastungsvollmachten (zur Kaufpreisfinanzierung) in Notarverträgen beim Verkauf eines Grundstücks der Gesellschaft. Die Möglichkeit eine Untervollmacht – wenigstens in (ausgewählten) Einzelfällen – zu erteilen, sollte deshalb in jeder Vorsorgevollmacht vorgesehen sein.

Eine Ermächtigung zur **generellen** Erteilung von Untervollmachten, die eine Übertragung aller Vollmachtbefugnisse auf vom Vollmachtgeber nicht gewünschte Dritte zur Folge haben kann, wird in der Regel nicht gewollt sein und wirkt im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern Probleme auf. Im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern sollte geregelt sein, wann und wem (Qualifikationsanforderungen) eine generelle Untervollmacht erteilt werden darf. Auch bei der Untervollmacht stellt sich im gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis die Problematik des Zustimmungserfordernisses aller

82 Jocher, notar 2014, 3, 9; Stückemann, in: Fachanwalt für Erbrecht (Fn. 1) VI. Unternehmensvorsorgevollmacht.

83 Baumann, NJW 1996, 2418, Schervier in: Beck'sche Online Formulare Vertrag (32. Edition 2015) 24.3 (Generalvollmacht), Rz. 3; als Beispiel kann auf BGH 28. 3. 2012 – XII ZB 629/11, ZEV 2013, 210 verwiesen werden.

84 Dazu schon Baumann, RNotZ (= MittRhNotK) 1998, 1 ff. Warum sollen deutsche Juristen sich am schleichenden Verfall unserer Rechtsordnung beteiligen und anerkannte Vorzüge unserer Rechtsordnung aufgeben?

85 Zimmermann, NJW 2014, 1573, 1574.

Mitgeschafter, mit der Folge, dass Qualifikationsanforderungen auch für den Unterbevollmächtigten gelten.

Praxishinweis:

Die Qualifikationsanforderungen an die Bevollmächtigten sollten für Unterbevollmächtigte, die nur für Einzelgeschäfte ermächtigt werden, nicht gelten.

Zu regeln ist weiterhin, ob die Untervollmacht vom Bestand der Hauptvollmacht abhängig sein soll, sie also mit dem Wegfall der Hauptvollmacht erlischt, oder ob die Untervollmacht vom Bevollmächtigten im Namen des Vollmachtgebers mit der Wirkung erteilt ist, dass sie unabhängig von der Hauptvollmacht besteht.⁸⁶

cc) Transmortale Erteilung

Die gesellschaftsbezogene (Vorsorge-)Vollmacht sollte transmortal erteilt werden. Liegen nach dem Tod des Vollmachtgebers notarielle Verfügungen von Todes wegen vor, muss der Zeitraum bis zur Eröffnung der letztwilligen Verfügungen durch das Nachlassgericht überbrückt werden. Liegen privatschriftliche oder gar keine Verfügungen von Todes wegen vor, muss zusätzlich das Erbscheinsverfahren abgewartet werden, möglicherweise sogar noch sich anschließende Rechtsstreite über die Erbfolge. Die transmortale Vollmacht gewährleistet die durch den Tod eines Personengesellschafters nicht beeinträchtigte Handlungsfähigkeit der Personengesellschaft.

4. Auswahl der Bevollmächtigten

Besondere Sorgfalt ist bei der Auswahl der Bevollmächtigten zu treffen. Diese sollten in allen den Gegenstand der Gesellschaft betreffenden Angelegenheiten über ausreichende Erfahrung verfügen.

Hinweise:

Die herkömmliche Unterscheidung zwischen unternehmerisch tätigen und vermögensverwaltenden Personengesellschaften rechtfertigt auch bei der Auswahl der Bevollmächtigten unterschiedliche Gestaltungen der Vorsorgevollmacht.

Bei vermögensverwaltenden Personengesellschaften ist die Beauftragung und Bevollmächtigung von Nichtmitgeschaftern, insbesondere künftiger Erben, angemessen, weil dem Vermögensinteresse Vorrang gegenüber dem Gesellschaftsinteresse einzuräumen ist.

Bei unternehmerisch tätigen Personengesellschaften sollte eine Vollmacht nur zur Unternehmensnachfolge geeigneten Personen oder in Ermangelung solcher anderen geschäftserfahrenen Personen, z. B. Steuerberatern, erteilt werden. Notfalls sollten alle Mitgeschafter gemeinschaftlich zur (Außen-)Vertretung des geschäftsunfähigen Personengesellschafters bevollmächtigt werden, damit die Unternehmensfortführung und die Existenz der Personengesellschaft nicht gefährdet werden.

5. Verhältnis des Unternehmensbevollmächtigten zu anderen Vorsorgebevollmächtigten

Hat der Personengeschafter eine Unternehmer-Vorsorgevollmacht erteilt, so existiert im Regelfall eine klassische General- und Vorsorgevollmacht, mit welcher der Ehepartner und/oder Abkömmlinge zu (General-)Bevollmächtigten ernannt werden.

Werden dieselben Personen sowohl allgemein General- und Vorsorgebevollmächtigte als auch im personengesellschaftlichen Bereich Bevollmächtigte, ist eine Abgrenzung der Aufgabenbereiche der Bevollmächtigten nicht erforderlich.

Bei Personenverschiedenheit der Bevollmächtigten sollte klargestellt werden, dass die allgemeine General- und Vorsorgevollmacht die Vertretung in allen Angelegenheiten unternehmerischer Tätigkeiten, einschließlich der Beteiligung an Gesellschaften, **nicht** umfasst. Andererseits sollte die unternehmensbezogene Generalvollmacht ebenfalls negativ abgrenzen und Tätigkeiten im privaten Bereich ausschließen.

Ferner ist explizit zu regeln, ob die allgemeine General- und Vorsorgevollmacht das Recht zum Widerruf der Generalvollmacht – beschränkt auf alle Angelegenheiten – der Personengesellschaft umfasst.

6. Vorsorge gegen Missbrauch der Vollmacht

a) Allgemeines

Der Vollmachtgeber ist oft besorgt, der Bevollmächtigte könne die erteilte Vollmacht missbrauchen. Zur Vermeidung eines Missbrauchs erwartet er zu seinem Schutz Gestaltungsvorschläge. Dem möglichen Missbrauch der Vollmacht⁸⁷ durch Handeln des Bevollmächtigten ohne Wissen oder gegen den Willen des Vollmachtgebers wird hohe Bedeutung beigemessen, die umso berechtigter sein kann, je weniger der Bevollmächtigte mit dem Vollmachtgeber persönlich verbunden ist.

b) Vom Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder sonstig bedingte Vollmacht

Gewünscht wird oft, dass der Bevollmächtigte nur handeln kann und die Vollmacht nur dann gilt, wenn die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers eingetreten ist.

In Musterformularen zu Vorsorgevollmachten, wird deshalb das Wirksamwerden der Vollmacht vom Eintritt der Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers abhängig gemacht mit Formulierungen wie: „Sollte ich aufgrund

⁸⁶ Bamberger/Roth/Valentini BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 167 BGB Rz. 36; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 167 BGB Rz. 103; Staudinger/Schilken [2009] § 167 BGB Rz. 68; Reymann, ZEV 2005, 515; Bous, RNotZ 2004, 483.

⁸⁷ Jocher, notar 2014, 3, 10; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 197 ff.; Zimmermann, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung (2. Aufl. 2010) S. 41 f.; Sauer, RNotZ 79, 80; vgl. allgemein zum Missbrauch der Vertretungsmacht Häublein/Hoffmann-Theinert/Klimke BeckOK (Stand: 1. 5. 2015) § 126 HGB Rz. 15 ff.; Palandt/Ellenberger (74. Auflage 2015), § 164 BGB Rz. 14 ff.; Staudinger/Schilken [2014], § 167 Rz. 91 ff.; Bamberger/Roth/Valentini BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 167 BGB Rz. 45 ff.; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 164 BGB Rz. 106 ff.

einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung meine Angelegenheit ganz oder teilweise nicht mehr selbst besorgen können (fehlende Geschäftsfähigkeit) oder in meiner natürlichen Einsichtsfähigkeit derart beeinträchtigt sein, dass ich nicht mehr im Stande bin, mein Selbstbestimmungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten wirksam auszuüben (mangelnde Einwilligungsfähigkeit), so bevollmächtige. . .⁸⁸ „Für den Fall, dass. . .“⁸⁹ oder „Sollte ich . . . nicht in der Lage sein“⁹⁰, „Diese Vollmacht gilt nur, wenn ich geschäftsunfähig werde“.

Mit solchen Formulierungen wird eine bedingte Vollmacht erteilt.

Wird eine Vollmacht unter der aufschiebenden Bedingung erteilt, dass eine Handlungsunfähigkeit oder Betreuungspflicht eintritt, dann ist die Vollmacht in ihrer Brauchbarkeit beschränkt, in den meisten Fällen sogar wertlos.⁹¹ Das gilt umso mehr, als die obigen Formulierungen die Bedingung (nach dem Willen des Vollmachtgebers zutreffend) nur für die Dauer der Geschäftsunfähigkeit gelten lassen.

Der Bevollmächtigte muss beim Gebrauch der (bedingten) Vollmacht den Eintritt der Bedingung (die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers) nachweisen (beim Gebrauch gegenüber öffentlichen Registern sogar in öffentlicher Form!). Wie dieser Nachweis geführt werden kann, ist unklar (fachärztliches Gutachten in Qualität und Umfang wie beim Verfahren zur Bestellung eines Betreuers? Attest des behandelnden Arztes?). Selbst wenn der Nachweis des Eintritts der Geschäftsunfähigkeit zu führen wäre, indem z. B. geregelt wird, dass ein amtsärztliches Attest vorzulegen ist, treten Folgeprobleme auf: Der Nachweis müsste bei jedem weiteren Gebrauch der Vollmacht erneuert werden. Selbst der ausweislich eines ärztlichen Attestes im Koma liegende Patient kann im Zeitpunkt der Verwendung der Vollmacht wieder erwacht und geschäftsfähig geworden sein. Der Nachweis des Vorliegens der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ist praktisch unmöglich.⁹² Ist die Vollmacht – z. B. bei öffentlichen Registern – in öffentlicher Form vorzulegen, so gilt dieses Formerfordernis auch für den Bedingungseintritt.

Der Nachweis, dass die Bedingung eingetreten ist, zwingt zur Vorlage dieses Nachweises, dass der Vollmachtgeber geschäftsunfähig ist, auch gegenüber dem jeweiligen Geschäftspartner.⁹³ Im Regelfall wird es nicht im Interesse des Vollmachtgebers und seiner Mitgesellschafter liegen, dass Geschäfts- und Vertragspartner durch ärztliche Atteste über die Geschäftsunfähigkeit eines unternehmerisch tätigen Gesellschafters informiert werden.

Bedingungen in einer Vorsorgevollmacht – insbesondere der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit als Bedingung – sind daher zu vermeiden. Auch Handlungsanweisungen sind nicht in die Vollmachtsurkunde aufzunehmen.⁹⁴ Bereits die Aufnahme von Handlungsanweisungen in die Vollmachtsurkunde⁹⁵ kann dazu führen, dass von Gerichten eine bedingte Vollmacht angenommen wird.⁹⁶

Praxishinweis

Soll der Gebrauch der Vollmacht eingeschränkt werden, ist dies – nach Möglichkeit – im schuldrechtlichen Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten zu regeln. Die Regelungen des Innenverhältnisses sind nicht in die Vollmachtsurkunde aufzunehmen, sondern in einem separaten Geschäftsbesorgungsvertrag zu fassen.⁹⁷ Die Bindung des Vertretenen an Erklärungen des Bevollmächtigten entfällt bei einem Verstoß nur bei Kollusion oder Evidenz⁹⁸, es bestehen jedoch ggf. Schadensersatzansprüche gegen den Bevollmächtigten.⁹⁹

c) Mehrere Bevollmächtigte

Hat der Vollmachtgeber begründete Sorge vor Missbrauch, so sollte er mehrere Bevollmächtigte benennen, die sich gegenseitig kontrollieren.

Mit einer **gemeinschaftlichen**¹⁰⁰ Vertretungsbefugnis wird zwar der Mißbrauch der Vollmacht erschwert. Gemeinsam vertretungsberechtigte Bevollmächtigte müssen aber jedes Handeln miteinander abstimmen. Sie müssen sich bei jeder rechtsgeschäftlichen Handlung einigen.¹⁰¹ Damit wird zugleich der sachgerechte Gebrauch der Vollmacht erschwert. Kommt keine Einigung zustande, besteht die Gefahr der Handlungsunfähigkeit. Außerdem müssen – bei Gesamtvertretung – die Bevollmächtigten immer in vertretungsberechtigter Zahl **anwesend** sein (Ausfall einzelner Gesamtvertretungsberechtigter bei Krankheit, Urlaub usw.). Bei eilbe-

88 Uhlenbruck, NJW 1996, 1583; krit. dazu Baumann, NJW 1996, 2418.

89 So z. B. das von Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 235, erstellte Muster.

90 Langenfeld, ZEV 2005, 53.

91 OLG Frankfurt 15. 10. 2010 – 20 W 399/10, DNotZ 2011, 745 ff. m. Anm. Müller; OLG Köln 10. 4. 2007 – 2 Wx 20/07, ZEV 2007, 592 m. Anm. Müller, Jocher, notar 2014, 3, 8; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 29; Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 278; Kropp, FPR 2012, 9, 9; Schäfer, ZHR 175 (2011) 557, 577; Müller, DNotZ 1997, 100, 106 ff.

92 Baumann, NJW 1996, 2418.

93 Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 302; Müller, DNotZ 1997, 100, 106.

94 Zimmermann, NJW 2014, 1573, 1574.

95 So das von Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 127, erstellte Muster.

96 Vgl. dazu OLG Frankfurt 29. 6. 2011 – 20 W 278/11, ZEV 2012, 378, es handelte sich um eine notariell beurkundete Vollmacht. Das Gericht stellte fest, dass die Urkunde nicht „. . . in einer von einer notariellen Vollmacht zu verlangenden Klarheit und Eindeutigkeit . . .“ zwischen Innen- und Außenverhältnis trenne. Die in der Urkunde enthaltene ausdrückliche Erklärung „Im Außenverhältnis gilt diese Vollmacht uneingeschränkt“ soll daran nichts ändern. Nach Zimmermann, NJW 2014, 1573, 1574, soll schon die Überschrift „Vorsorgevollmacht“ eine Bedingung andeuten können.

97 Sauer, RNotZ 2009, 79, 83; vgl. auch Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 278; Müller, DNotZ 1997, 100, 109 ff.

98 Bamberger/Roth/Valentini BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 167 BGB Rz. 47 ff.; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 164 BGB Rz. 106 ff.

99 MünchKomm/Seiler (6. Auflage 2012) § 665 BGB Rz. 36.

100 MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 164 BGB Rz. 82; Staudinger/Schilken [2009] § 167 BGB Rz. 53; vgl. zur Stimmrechtsausübung mehrerer Bevollmächtigter bei der GmbH Ziemons/Jaeger/Schindler BeckOK (Stand: 1. 12. 2014) § 47 GmbHG Rz. 92; Baumbach/Hueck/Fastrich (20. Aufl., 2013) § 47 GmbHG Rz. 48.

101 Heckschen, NZG 2012, 12, 16.

dürftigen Entscheidungen kann dies zu zeitlichen Verzögerungen und in Einzelfällen sogar zur längerfristigen Blockade einer Personengesellschaft führen.

Zur Lösung dieser Probleme wird vorgeschlagen,

- jedem Bevollmächtigten Einzelvertretungsbefugnis zu erteilen und die gegenseitige Kontrolle auf das Innenverhältnis (Auftragsverhältnis, ggf. unter Mitbeteiligung der Geschäftsbesorgungsanweisungen aller Mitgesellschafter) zu verlegen;¹⁰²
- die Vollmachtsurkunde bzw. -ausfertigung dem Bevollmächtigten nicht sofort auszuhändigen, sondern bei einem vertrauenswürdigen Dritten zu verwahren, der die Entscheidung über das „Wirksamwerden“ der Vollmacht bzw. deren Einsatzmöglichkeit trifft.¹⁰³ Das können der Ehegatte oder Erben des Vollmachtgebers oder die Mitgesellschafter sein. Den Mitgesellschaftern ist an einer ordnungsgemäßen Vertretung des Betroffenen und an einer Handlungsfähigkeit der Gesellschaft besonders gelegen.

Diese Gestaltungen sind jedoch ebenfalls problematisch.

Handlungsanweisungen zur Aushändigung wie zum Gebrauch der Vollmacht können und müssen im Innenverhältnis der Auftragsebene geregelt werden. Soll die Vollmachtsurkunde bei einem Dritten verwahrt und den Bevollmächtigten nicht sofort ausgehändigt werden, ist die Handlungsanweisung sorgfältig zu formulieren. Das OLG Frankfurt¹⁰⁴ vertritt die Rechtsansicht, der Wille, die Vollmachtsurkunde zunächst nur dem **Vollmachtgeber** auszuhändigen, spreche dagegen, dass die Vollmachtserteilung im Außenverhältnis sofort wirksam sein soll. In der Einschränkung der Aushändigung könne „schon eine Gestaltung des Inkrafttretens durch die Vollmachtgeberin gesehen werden“.

Zweifel daran, dass die Vollmacht mit der notariellen Beurkundung sofort wirksam ist, sollten durch eindeutige Formulierungen ausgeschlossen werden.

Musterformulierung:

Die Vollmacht wird sofort wirksam ohne Rücksicht darauf, wem und wann die Vollmachtsurkunde ausgehändigt wird.

Mit jedem Schutz vor Missbrauch sind zeitliche Verzögerungen und Ungewissheiten verbunden. Werden sich mehrere Bevollmächtigte immer einigen? Wird der Dritte, der die Vollmacht verwahrt, möglicherweise aus Sorge vor eigenen Haftungsrisiken, die Vollmachtsurkunde dem Bevollmächtigten rechtzeitig herausgeben?

Vorzugswürdig ist eine **sofortige Aushändigung** der Vollmachtsausfertigung, verbunden mit vertraglich vereinbarten Handlungsanweisungen (Geschäftsbesorgungsvertrag, Auftrag), die regeln, wann von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden darf. Ferner sollte bei mehreren Bevollmächtigten jedem Einzelvertretungsbefugnis¹⁰⁵ erteilt und in der Handlungsanweisung ein **Rangverhältnis** festgelegt werden¹⁰⁶.

d) Verbot der Vornahme unentgeltlicher Rechtsgeschäfte

Um eine missbräuchliche Bereicherung des Bevollmächtigten oder ihm nahestehender Personen auszuschließen, wird ein **Verbot von unentgeltlichen Rechtsgeschäften** erwogen.

Von der Aufnahme eines generellen Verbots unentgeltlicher Verfügungen in der Vollmacht eines Personengesellschafters ist aus folgenden Gründen abzuraten:

- Beim dauerhaft geschäftsunfähigen Personengesellschafter kann es notwendig sein, die Unternehmensnachfolge bereits zu Lebzeiten zu vollziehen und z. B. seine Gesellschaftsbeteiligung auf einen oder mehrere nachfolgeberechtigte Abkömmlinge unentgeltlich zu übertragen.

Ein generelles Verbot unentgeltlicher Rechtsgeschäfte ließe sinnvolle (Teil-)Unternehmensnachfolgegestaltungen mit der Vollmacht nicht mehr zu.

Die Bestellung eines Betreuers – beschränkt auf den Aufgabenkreis „Unternehmensnachfolge“ – würde nicht weiter helfen, um die gewünschte Unternehmensnachfolge zu vollziehen. Der Betreuer unterliegt mit Ausnahme von Gelegenheitsgeschenken und Anstandsschenkungen einem Schenkungsverbot gem. §§ 1908 i Abs. 2, 1804 BGB. Schenkungen des Betreuers sind unheilbar nichtig.¹⁰⁷ Nur die Leistung von Ausstattungen (§ 1624 BGB)¹⁰⁸ ist dem Betreuer mit Genehmigung des Betreuungsgerichts gestattet (§ 1908 BGB). Die Übertragung von Personengesellschaftsbeteiligungen wird regelmäßig nicht als Ausstattung zu werten sein (Tatbestandsmäßigkeit nach § 1624 BGB: Anlass ist Verheiratung oder Existenzgründung; Übermaßverbot usw.¹⁰⁹).

- Außerdem können im Schenkungssteuerrecht Vorgänge – zumindest steuerrechtlich – selbst dann als unentgeltlich zu qualifizieren sein¹¹⁰, wenn sie ihre causa in gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen haben:

- wird die Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, so gilt die **disquotale Einlageleistung** an Kapitalgesellschaften nach

¹⁰² Langenfeld, ZEV 2005, 52 f.; Reymann, ZEV 2006, 12, 13; Litzener, NotBZ 2007, 1.

¹⁰³ Heckschen, NZG 2012, 10, 17.

¹⁰⁴ OLG Frankfurt 29. 6. 2011 – 20 W 278/11, ZEV 2012, 378, 380; Müller, DNotZ 1997, 100, 110.

¹⁰⁵ Sauer, RNotZ 2009, 79, 86; Reymann, ZEV 2006, 12, 13.

¹⁰⁶ Sauer, RNotZ 2009, 79, 86.

¹⁰⁷ Bamberger/Roth/Bettin BeckOK (Stand: 1. 2. 2015) § 1804 BGB Rz. 4; Palandt/Götz (74. Aufl., 2015) § 1804 Rz. 1; MünchKomm/Wagenitz (6. Auflage 2012) § 1804 BGB Rz. 11.

¹⁰⁸ Bamberger/Roth/Enders BeckOK (Stand: 1. 2. 2015) § 1624 BGB Rz. 4; MünchKomm/v. Sachsen Gessaphe (6. Auflage 2012) § 1624 BGB Rz. 4; Jakob, AcP 2007, 198.

¹⁰⁹ OLG Stuttgart 30. 6. 2004 – 8 W 495/03, MittBayNot 2005, 229, ; Staudinger/Coester [2007] § 1624 BGB Rz. 13; MünchKomm/v. Sachsen Gessaphe (6. Aufl. 2012) § 1624 Rz. 6, 12.

¹¹⁰ Crezelius, ZEV 2011, 393, 395.

§ 7 Abs. 8 ErbStG als Schenkung im Sinne des ErbStG;¹¹¹

- eine Differenz zwischen steuerlichem Wert der Beteiligung und einer dafür gesellschaftsrechtlich gewährten, niedrigeren Abfindung beim Ausscheiden aus einer Personengesellschaft gilt als Schenkung im Sinne des Erbschaftsteuergesetzes, §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 7 ErbStG.¹¹² Jede Vereinbarung oder Modifizierung einer Regelung, die nicht zu einer „vollwertigen“ Abfindung führt, wäre als unentgeltliches Rechtsgeschäft einzuordnen und somit dem Bevollmächtigten untersagt, wenn man ein Schenkungsverbot aufnehmen würde.

e) Widerruf der Vorsorgevollmacht

aa) Widerruflichkeit

Jede Vollmacht ist grundsätzlich frei widerruflich (§ 168 S. 2 BGB).¹¹³ Eines rechtfertigenden Grundes bedarf der Widerruf einer Vollmacht nicht.¹¹⁴

Von der vertraglich möglichen Vereinbarung¹¹⁵ „unwiderruflicher“ Vorsorgevollmachten sollte abgesehen werden, auch wenn diese nicht als Generalvollmachten gestaltet sind. Ein vollständiger Ausschluss des Widerrufsrechts ist nur in eng umgrenzten Einzelfällen möglich¹¹⁶, insbesondere wenn die Vollmachtserteilung wegen eines besonders schutzwürdigen Interesses des Bevollmächtigten erfolgt, jedoch nicht, wenn die Vollmacht (wie regelmäßig bei einer Vorsorgevollmacht) im Interesse des Vollmachtgebers erteilt wird.¹¹⁷ Eine Stimmrechtsvollmacht kann nicht unter gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht unwiderruflich erteilt werden.¹¹⁸ Eine vergleichbare Situation läge beim geschäftsunfähigen Gesellschafter vor, der eine unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht erteilt hat.

bb) Widerrufsberechtigte

Der **Vollmachtgeber** ist jederzeit zum freien Widerruf einer erteilten Vollmacht berechtigt.¹¹⁹ Der Widerruf als empfangsbedürftige rechtsgeschäftliche Willenserklärung erfordert jedoch Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers (§§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB).¹²⁰ Ein „natürlicher Wille“ reicht zum Widerruf nicht aus.¹²¹

Bei mehreren Bevollmächtigten ist umstritten, ob jeder **einzelvertretungsberechtigte** Bevollmächtigte zum Widerruf der dem/den übrigen Bevollmächtigten erteilten Vollmacht berechtigt ist.¹²² Eine Regelung im Vollmachtstext wird zwar empfohlen¹²³, stößt aber auf die Schwierigkeit, dass nicht allen Bevollmächtigten dieses Widerrufsrecht eingeräumt werden darf, damit die Bevollmächtigten sich bei Meinungsverschiedenheiten nicht gegenseitig durch Widerruf ausschließen bzw. Streitigkeiten darüber entstehen, wer zuerst widerrufen hat. Wird nur einem Bevollmächtigten das Recht zum Widerruf eingeräumt, besteht die Gefahr, dass dieser sich durch Widerruf der übrigen Vollmachten zum einzigen Bevollmächtigten macht und die vom Vollmachtgeber gewollte gegenseitige Kontrolle verloren geht.

Namentlich bei Erteilung mehrerer Vorsorgevollmachten mit unterschiedlich Bevollmächtigten, z. B. einer klassischen General- und Vorsorgevollmacht und einer Unternehmer-Vorsorgevollmacht nebeneinander, sollte klargestellt werden, ob die allgemeine General- und Vorsorgevollmacht das Recht zum Widerruf der Spezialvollmacht umfasst.¹²⁴

Zur Personengesellschaft ist die Frage aufgeworfen worden, ob auch die Mitgesellschafter zum Widerruf berechtigt sein können.¹²⁵ Ein gesetzliches Widerrufsrecht der Mitgesellschafter besteht nicht, da sie weder die Vollmachtgeber sind noch ihre Gesellschafterstellung zum Widerruf der Vollmacht eines Mitgesellschafters berechtigt. Nur der Vollmachtgeber – oder ein von ihm zum Widerruf Bevollmächtigter – kann nach §§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB die Vollmacht widerrufen. Allerdings kann der Gesellschaftsvertrag die Mitgesellschafter zum Widerruf einer Vollmacht ermächtigen. Zweckmäßig erscheint eine solche Regelung wegen des Interessengegensatzes grds. nicht. Da sie aber im Innenverhältnis (Auftragsebene) eingeschränkt werden kann, sollte den Mitgesellschaftern das Widerrufsrecht für ähnliche Situationen eingeräumt werden, die den Ausschluss eines Gesellschafters aus der Gesellschaft rechtfertigen. Im Außenverhältnis sollte dann dieses Widerrufsrecht der Mitgesellschafter nicht beschränkt werden.

cc) Widerruf der Zustimmung

Vom Vollmachtswiderruf zu trennen ist die Frage, ob die Mitgesellschafter ihre erforderliche **Zustimmung**

111 Zur erbschaftsteuerlichen Qualifizierung der disquotalen Einlageleistung Crezelius, ZEV 2011, 393, 396; Zur erbrechtlichen Beurteilung der disquotalen Einlage als Schenkung: Mylich, ZEV 2012, 229 ff; Meincke (16. Aufl. 2012) § 7 ErbStG Rz. 153 ff.

112 Näheres hierzu: Hübner/Maurer, ZEV 2009, 361, 428; Meincke (16. Aufl. 2012) § 7 ErbStG Rz. 142 ff.

113 Bamberger/Roth/Valenthin BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 168 BGB Rz. 19; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 168 BGB Rz. 18; Staudinger/Schilken [2009] § 168 BGB Rz. 4. Einen Formulierungsvorschlag für den Widerruf einer Vorsorgevollmacht gibt Keilbach, DNotZ 2004, 751, 752.

114 Palandt/Ellenberger (74. Aufl., 2015) § 168 BGB Rz. 5; Bamberger/Roth/Valenthin BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 168 BGB Rz. 19; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 168 BGB Rz. 18.

115 Palandt/Ellenberger (74. Aufl., 2015) § 168 BGB Rz. 6; Bamberger/Roth/Valenthin BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 168 BGB Rz. 20 ff; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 168 BGB Rz. 20 ff.

116 Bamberger/Roth/Valenthin BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 168 BGB Rz. 26; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 168 BGB Rz. 21; Staudinger/Schilken [2009] § 168 BGB Rz. 8; BGH NJW 1988, 2603; BGH NJW 1970, 468.

117 Zimmermann, BKR 2007, 228.

118 MünchKomm/Schramm (6. Aufl., 2012) § 168 BGB Rz. 26.

119 Palandt/Ellenberger (74. Aufl., 2015) § 168 BGB Rz. 5; Bamberger/Roth/Valenthin BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 168 BGB Rz. 19; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 168 BGB Rz. 18; Staudinger/Schilken [2009] § 168 BGB Rz. 4.

120 Palandt/Ellenberger (74. Aufl. 2015) § 168 BGB Rz. 5; Bamberger/Roth/Valenthin BeckOK (Stand: 1. 11. 2013) § 168 BGB Rz. 19; MünchKomm/Schramm (6. Auflage 2012) § 168 BGB Rz. 19.

121 OLG München 5. 6. 2009 – 33 Wx 278/08, MittBayNot 2009, 382, 384; BayObLG 16. 5. 2002 – 3 Z BR 40/02, FamRZ 2002, 1220.

122 Ausführlich Sauer, RNotZ 2009, 79, 86 f.

123 Jocher, notar 2014, 3, 9; ablehnend Sauer, RNotZ 2009, 79, 87.

124 Sauer, RNotZ 2009, 79, 92.

125 Jocher, notar 2014, 3, 10.; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 211 f; Schäfer, ZHR 175 (2011) 557, 578; Reymann, ZEV 2006, 12, 14.

zur **gesellschaftsrechtlichen Vertretungsberechtigung** widerrufen können.¹²⁶

Hierzu wird vertreten¹²⁷, dass analog zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigem Grund (§ 117 HGB) den Mitgesellschaftern bei Vorliegen eines wichtigen Grundes auch ein Widerrufsrecht in Bezug auf die zur Vollmacht erteilte gesellschaftsrechtliche Zustimmung zustehen müsse.¹²⁸ Das wirft Folgeprobleme auf: Muss der Fortbestand der erteilten Zustimmung Dritten gegenüber nachgewiesen werden, wenn sie widerrufenlich ist?

Der gesellschaftsrechtliche Widerruf der Zustimmung kollidiert mit dem Rechtschein der bis zur Rückgabe der Vollmachtsurkunde oder deren Kraftloserklärung fortbestehenden Vollmacht. Dogmatisch darf die Zustimmung nicht zum Wirksamkeitserfordernis der Vollmacht werden, weil andernfalls eine bedingte Vollmacht erteilt wäre. Wäre die Zustimmung Wirksamkeitserfordernis der Vollmacht, dann wäre – im Falle ihrer Widerruflichkeit – das Fortbestehen der Zustimmung nachzuweisen.

Weitere dogmatische Probleme können auftreten: Was ist, wenn die Gesellschafter – mit vertraglich vereinbarter Mehrheit – eine Änderung des Gesellschaftsvertrages beschließen, der eine Vertretung nicht mehr zulässt? Der Gesellschaftsvertrag sollte hinsichtlich der möglichen Vertretung eines Personengesellschafters nur einstimmig abänderbar sein.

7. Kontrollbetreuung

Es gilt der Grundsatz der Subsidiarität der Betreuung.¹²⁹ Die Erteilung einer Vorsorgevollmacht schließt die Bestellung eines Betreuers mit demselben Aufgabenkreis wie dem des Bevollmächtigten aus, § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB.¹³⁰ Trotzdem lässt sich die Beteiligung des Betreuungsgerichts und die Bestellung eines Betreuers nicht in allen Fällen vermeiden. Bei Bedarf ist ein Betreuer zur Überwachung des Vorsorgebevollmächtigten (Kontrollbetreuer¹³¹) zu bestellen (§ 1896 Abs. 3 BGB).¹³²

Der BGH hat in mehreren Entscheidungen¹³³ die Kriterien für das Erfordernis einer Kontrollbetreuung herausgearbeitet.¹³⁴ Der Kontrollbetreuer hat zwar grundsätzlich (auch) die Funktion, den nicht mehr geschäftsfähigen Vollmachtgeber bei der Entscheidung über den Widerruf einer erteilten Vollmacht zu vertreten. Jedoch besteht laut BGH ein Bedarf für eine Kontrollbetreuung nicht bei jeder Vorsorgevollmacht. Es müssen weitere Gründe für die Erforderlichkeit einer Kontrollbetreuung¹³⁵ vorliegen, wie mangelnde Eignung des Bevollmächtigten oder besondere Schwierigkeiten¹³⁶ und/oder ein besonderer Umfang der zu besorgenden Geschäfte¹³⁷.

Da die Aufgaben des Bevollmächtigten bei unternehmerischen bzw. personengesellschaftsrechtlichen Entscheidungen regelmäßig nicht einfach sind, ist die Wahrscheinlichkeit, dass ein Betreuungsgericht die Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung bejaht, größer als bei sonstigem Vermögen. Weil der Kontrollbetreuer grundsätzlich auch berechtigt ist, eine vom Betreuten erteilte Vollmacht zu widerrufen (wenn auch nur „äußerstenfalls“¹³⁸), droht die Gefahr, dass die vom Vollmachtgeber erteilte Vorsorgevollmacht aufgehoben

wird und seine im Auftrag vereinbarten Anweisungen an den Vorsorgebevollmächtigten nicht umgesetzt werden.

Praxistipp:

Um eine Kontrollbetreuung zu vermeiden, sollte jeder Gesellschafter einer Personengesellschaft **mehrere Bevollmächtigte** (jeweils mit Einzelvertretungsbefugnis) ernennen.¹³⁹ Durch die gegenseitige Kontrolle der Bevollmächtigten ist das Erfordernis zur Bestellung eines Kontrollbetreuers so gut wie ausgeschlossen.¹⁴⁰ Bloße Meinungsverschiedenheiten unter den Bevollmächtigten rechtfertigen noch keine Bestellung eines Kontrollbetreuers.¹⁴¹

Dass die Ernennung mehrerer Bevollmächtigter auch Nachteile (z. B. notwendige interne Abstimmung) haben kann, wurde bereits dargelegt. Diese Nachteile können auf der Anweisungsebene ausgeschlossen werden, indem z. B. unter den Bevollmächtigten ein Rangverhältnis festgelegt wird.

Kommt die Ernennung mehrerer Bevollmächtigter nicht in Betracht, so sollte zumindest (und immer hilfsweise) die Einflussmöglichkeit auf die Auswahl des Kontrollbetreuers durch eine **Betreuungsverfügung** (Vorschlag eines Betreuers und Ersatzbetreuer) genutzt werden.¹⁴²

126 Jocher, notar 2014, 3, 11; Schäfer, ZHR 175 (2011) 557, 580.

127 MünchKomm/Ulmer/Schäfer (6. Aufl. 2013) § 705 BGB Rz. 124 c; Schäfer, ZHR 175 (2011), 557, 578 ff.

128 Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 219.

129 Palandt/Götz (74. Aufl., 2015) § 1896 Rz. 12; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 20 ff; Erman/Roth (14. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 39; Nomos-Kommentar/Heitmann (3. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 54; Prütting/Wegen/Weinreich/Bauer (9. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 19; Schulze/Kemper (8. Auflage 2014) § 1896 BGB Rz. 19; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1896 BGB Rz. 39 ff.

130 BGH 28. 3. 2012 – XII ZB 629/11, ZEV 2013, 210; BGH 14. 8. 2013 – XII ZB 206/13, NJW-RR 2013, 1473.

131 Dazu Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 276; Kurze, NJW 2007, 2220 ff.

132 Teilweise wird vorgeschlagen, einen sogenannten Kontrollbevollmächtigten zu ernennen, um dies zu vermeiden, siehe Kropf, FPR 2012, 9, 9.

133 BGH 1. 8. 2012 – XII ZB 438/11, ZEV 2012, 675; BGH 21. 3. 2012 – XII ZB 666/11, ZEV 2012, 374, jeweils Anmerkung von Volmer in: MittBayNot 2012, 473, 474; BGH 30. 3. 2011 – XII ZB 537/10, ZEV 2011, 431, Besprechung von Milzer in: FamFR 2011, 311; ZEV 2011, 433.

134 Palandt/Götz (74. Aufl., 2015) § 1896 Rz. 23; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 42 ff; Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 276; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1896 BGB Rz. 236 ff; Reymann, ZEV 2006, 12, 12.

135 Palandt/Götz (74. Aufl., 2015) § 1896 Rz. 23; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 42; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1896 BGB Rz. 236.

136 Cypionka, NJW 1992, 207, 208.

137 BGH 30. 3. 2011 – XII ZB 537/10, ZEV 2011, 431, 432; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012/Aktualisierung vom 30. 1. 2013) § 1896 BGB Rz. 241; kritisch hierzu: Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht (2013) S. 200.

138 BayOblLG 3. 6. 1994 – 3Z BR 18/94, FamRZ 1994, 1550.

139 Reymann, ZEV 2006, 12, 13.

140 BGH 30. 3. 2011 – XII ZB 537/10, ZEV 2011, 431, 432; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 43; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1896 BGB Rz. 241.

141 BGH 30. 3. 2011 – XII ZB 537/10, ZEV 2011, 431, 432, Besprechung von Milzer in: FamFR 2011, 311.

142 BGH 14. 8. 2013 – XII ZB 206/13, NJW-RR 2013, 1473; Staudinger/Bienwald [2013] § 1896 BGB Rz. 283.

Auch bei der Person des Kontrollbetreuers hat der Vorschlag des Betroffenen Vorrang (§ 1897 Abs. 4 BGB)¹⁴³ und ist für das Gericht grundsätzlich bindend. Über den Vorschlag des Betroffenen darf das Gericht sich nur hinwegsetzen, wenn die Umsetzung dem Wohl des Betroffenen erheblich zuwiderlaufen würde.¹⁴⁴

Praxistipp:

Vorschlag des Vollmachtgebers zur Bestellung eines etwaigen Kontrollbetreuers:

In der Urkunde kann zum Ausdruck gebracht werden, dass der Vollmachtgeber keine Betreuung, auch keine Kontrollbetreuung wünscht, weil er bedacht hat, dass die Entscheidungen innerhalb der Personengesellschaft mit besonderen Schwierigkeiten verbunden sind und besonderen Zeitaufwand erfordern und der Vollmachtgeber die Anordnung einer Kontrollbetreuung allein wegen solcher Kriterien nicht wünscht.

Hilfsweise sollte mit jeder Vorsorgevollmacht immer eine Betreuungsverfügung mitbeurkundet werden, unter namentlichen Vorschlag eines Kontrollbetreuers, falls das Betreuungsgericht die Bestellung eines Kontrollbetreuers für erforderlich hält.

E. Gestaltungsmuster

Jede Beratung auch in Vollmachtsangelegenheiten muss dem Einzelfall gerecht werden¹⁴⁵ und erfordert eine sorgfältige Aufklärung des Sachverhalts. Die folgenden Gestaltungsmuster sind auf die jeweiligen Sachverhalte individuell zuzuschneiden.

I. Personengesellschafts-Vorsorgevollmacht (beurkundet)

Urkundseingang

Ich erteile

a) Herrn/Frau. . .

b) Herrn/Frau. . .

c) Herrn/Frau. . .

I.

Generalvollmacht,

mich in allen Angelegenheiten, die meine Beteiligungen als Gesellschafter an folgenden Personengesellschaften betreffen

Fantasie GbR
Fantasie OHG
Fantasie KG
Fantasie Partnerschaft

uneingeschränkt zu vertreten und alle Rechte als Gesellschafter der vorgenannten Gesellschaften in meinem Namen wahrzunehmen.

Jeder Bevollmächtigte ist stets einzelvertretungsbefugt.

(2) Folgende Rechtsgeschäfte sind von dieser Ge-

neralvollmacht ausdrücklich nicht umfasst:

- die Vertretung in allen privaten Angelegenheiten, auch soweit ihnen private Herausgabeansprüche gegen eine der vorgenannten Gesellschaften zugrunde liegen,
 - Grundstücksgeschäfte über Grundbesitz, bei denen nicht eine der vorgenannten Gesellschaften sondern meine Person als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist oder wird, selbst wenn die Grundstücke steuerlich dem Gesellschaftsvermögen (Betriebsvermögen) zugerechnet werden,
 - Verfügungen über Bankkonten, bei denen ich als Alleininhaber oder gemeinsam mit meiner Ehefrau eingetragen bin.
- (3) Jeder Bevollmächtigte ist berechtigt, für jeden Einzelfall Untervollmacht zu erteilen. Die Untervollmacht ist nicht vom Bestand der Hauptvollmacht abhängig.
- Jeder Bevollmächtigte ist von allen Beschränkungen des § 181 BGB befreit
- (4) Die Vollmachten und die zugrundeliegenden Geschäftsbesorgungsverhältnisse erlöschen nicht mit meinem Tod oder dem Eintritt meiner Geschäftsunfähigkeit.
- (5) Die Vollmachten sind einzeln und insgesamt stets widerruflich. Ein Widerruf durch einen der vorstehend Bevollmächtigten ist nicht zulässig.
- (6) Die Vollmacht ist im Außenverhältnis nicht beschränkt und nicht bedingt. Die Vollmacht wird sofort wirksam ohne Rücksicht darauf, wem und wann die Vollmachtsurkunde ausgehändigt wird.

II.

Betreuungsverfügung

- (1) Mit dieser Vollmacht soll die Bestellung eines Betreuers für den Aufgabenkreis, den ich den Bevollmächtigten zugewiesen habe, vermieden werden. Eine Betreuung ist von mir ausdrücklich nicht gewollt, auch nicht die Bestellung eines Kontrollbetreuers zur Überwachung eines Bevollmächtigten, selbst dann nicht, wenn die Ausübung der Vollmacht im Rahmen der Tätigkeiten der vorgenannten Gesellschaften mit Schwierigkeiten oder erhöhten Anforderungen verbunden ist.
- (2) Sollte das Betreuungsgericht die Bestellung eines Kontrollbetreuers – gegen meinen erklärten Willen – gleichwohl für zwingend erforderlich halten, schlage ich vor, dass
- Herr/Frau . . .
- ersatzweise Herr/Frau . . .
- zum (Kontroll-)Betreuer bestellt wird. Der Betreuer soll in seinem Aufgabenkreis soweit wie möglich eingeschränkt sein. Die erteilten Vollmachten sol-

¹⁴³ Palandt/Götz (74. Aufl., 2015) § 1897 BGB Rz. 16; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1896 BGB Rz. 44.

¹⁴⁴ BGH 15. 12. 2010 – XII ZB 165/10, NJW 2011, 925; Bamberger/Roth/Müller BeckOK (Stand: 1. 11. 2014) § 1897 BGB Rz. 15; MünchKomm/Schwab (6. Auflage 2012) § 1897 BGB Rz. 25 ff.

¹⁴⁵ Reymann, ZEV 2005, 457, 463.

len trotz der Bestellung eines Betreuers solange fortgelten, bis sie von mir oder einem von mir Bevollmächtigten widerrufen sind.

Es ist mein ausdrücklicher Wille, dass der nach dem Gesetz nur subsidiär zuständige Betreuer zum Widerruf dieser Vollmacht nicht berechtigt ist und der ihm zugewiesene Aufgabenkreis diese Befugnisse nicht umfasst.

III.

Ausfertigungen/Anweisung

- (1) Den Bevollmächtigten sind auf deren Anfordern beliebig viele Ausfertigungen dieser Vollmachtsurkunde zu erteilen.
- (2) Der Notar hat auf die Möglichkeit hingewiesen, die vorstehenden Verfügungen im Vorsorgeregister der Bundesnotarkammer registrieren zu lassen. Er wird beauftragt und ermächtigt, die Registrierung vorzunehmen.

II. Geschäftsbesorgungsverhältnis/Auftrag (privatschriftlich)

Ich habe am... (UR.-Nr. ... der Notarin/des Notars ...)

a) Herrn/Frau...

b) Herrn/Frau...

c) Herrn/Frau...

eine Vorsorgevollmacht zur Vertretung in allen Angelegenheiten erteilt, die meine Beteiligungen an folgenden Personengesellschaften

Fantasie GbR

Fantasie OHG

Fantasie KG

Fantasie Partnerschaft

betrifft.

Die Bevollmächtigten werden hiermit zur Einhaltung der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichtet.

Jeder Bevollmächtigte hat die folgenden, ihm treuhänderisch auferlegten Handlungsanweisungen zu beachten:

- (1) Von der erteilten Vollmacht darf jeder Bevollmächtigte nur Gebrauch machen, wenn ich
 - wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen nicht mehr selbst in der Lage bin, die vom Aufgabenkreis der Vollmacht umfassten Angelegenheiten in vollem Umfang selbst zu regeln und zu überwachen (Geschäftsunfähigkeit),
Die Feststellung, ob und wann ein solcher Fall eingetreten ist, obliegt jedem Bevollmächtigten nach seinem pflichtgemäßen Ermessen. Die Bevollmächtigten sollen sich im Fall der Geschäftsunfähigkeit möglichst auf eine ärztliche Bescheinigung stützen, die zumindest Zweifel an meiner Geschäftsfähigkeit feststellt.
 - oder ich trotz Geschäftsfähigkeit handlungsunfähig bin (z. B. aufgrund Verschollenheit, Geiselnahme),

– oder ich ausdrücklich meine Einwilligung zum Gebrauch der Vollmacht schriftlich erteilt habe.

- (2) Die Bevollmächtigten sollen ihre Entscheidungen möglichst einvernehmlich treffen und ihre Vertretungshandlungen untereinander abstimmen. Grundsätzlich sollen die Bevollmächtigten in folgerndem Rangverhältnis zur Vertretung berufen sein:

1.

2.

3.

Die Bevollmächtigten können einzelne Aufgabenbereiche im Sinne einer Geschäftsverteilung auch untereinander aufteilen.

Die Bevollmächtigten sind einander auskunfts- und rechenschaftspflichtig.

- (3) Hat einer der Bevollmächtigten im Einzelfall eine Untervollmacht erteilt, so ist diese den übrigen Bevollmächtigten und allen Gesellschaftern anzuzeigen.

- (4) Die Bevollmächtigten dürfen im Einvernehmen mit meinen Mitgesellschaftern nach billigem Ermessen alle für die Gesellschaft zweckmäßigen Rechtshandlungen vornehmen. Dabei liegt die von mir gesetzte Priorität auf (beispielhaft)

- der Fortführung der Gesellschaft oder
- der Umwandlung der Gesellschaft in eine (z. B.) GmbH oder
- der Liquidation der Gesellschaft oder
- der Vorbereitung der Unternehmensnachfolge oder
- der Durchführung der Unternehmensnachfolge.

- (5) Die Bevollmächtigten sind berechtigt, meine Gesellschaftsbeteiligungen auf einen oder mehrere Nachfolger, unter Beachtung der Regelungen des betreffenden Gesellschaftsvertrags, zu übertragen, wenn nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen eine Wiederaufnahme meiner Gesellschafterrechte durch mich persönlich dauerhaft ausgeschlossen erscheint.

- (6) Ist einer oder sind mehrere meiner nachfolgeberechtigten Abkömmlinge nach den Regeln des Gesellschaftsvertrages zur Nachfolge geeignet, ist die Übertragung auf meine nachfolgeberechtigten Abkömmlinge einer Übertragung auf Mitgesellschafter oder sonstige Dritte vorzuziehen. Hierbei sind meine im Testament vom angeordneten Unternehmensnachfolgeregelungen zu beachten.

- (7) Jeder Bevollmächtigte hat meiner Ehefrau, meinen Kindern und/bzw. allen ihm von mir oder meiner Familie mitgeteilten Personen, denen ich eine private Vorsorgevollmacht erteilt habe, mindestens halbjährlich über alle seine Handlungen im Namen der Gesellschaft zu berichten und meiner Familie auf deren Verlangen Rechenschaft zu legen. In allen Angelegenheiten, die über die gewöhnliche Geschäftstätigkeit der Gesellschaft hinausgehen,

hat jeder Bevollmächtigte unverzüglich zu informieren.

- (8) Die Bevollmächtigten haften nur für Vorsatz und die Sorgfalt wie in eigenen Angelegenheiten.
- (9) Die Vergütung der Bevollmächtigten beträgt: ^{***146} zuzüglich dem Ersatz ihrer notwendigen Aufwendungen, sowie jeweils ggf. zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer.
- Jeder Bevollmächtigte hat Anspruch auf Ersatz der Versicherungsbeiträge für eine von ihm abzuschließende, angemessene Haftpflichtversicherung zur Abdeckung von Schäden, die bei Ausübung der Vollmacht entstehen können.
- (10) Jeder Bevollmächtigte hat Anspruch auf Ersatz eines Schadens, der ihm in ordnungsgemäßer Ausübung der Vollmacht entsteht.
- (11) Im Übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen der §§ 662 ff. BGB.

Unterschrift des Vollmachtgebers und aller Bevollmächtigten

III. Gesellschaftsvertrag

§ . . . Vorsorgevollmachten

(1) Jeder Gesellschafter ist berechtigt und verpflichtet, durch notarielle Urkunde einen Bevollmächtigten zur Vorsorge für den Fall seiner Geschäfts- und/oder Handlungsfähigkeit zu bestellen, der ihn in Gesellschafterversammlungen vertreten und der – mit Zustimmung aller anderen Gesellschafter – auch Erklärungen im Namen der Gesellschaft abgeben kann. Die Vollmacht darf nicht unter einer Bedingung erteilt werden. Jeder Gesellschafter ist aber berechtigt, seinem Bevollmächtigten intern im Auftrags- oder Geschäftsbesorgungsverhältnis umfassende individuelle Weisungen zu erteilen. Die Bevollmächtigten müssen sich vor Ausübung der Vollmacht gegenüber allen Mitgesellschaftern schriftlich zur Einhaltung der gesellschaftlichen Treuepflicht verpflichten; die Treuepflicht des Bevollmächtigten ist auch im Geschäftsbesorgungsvertrag zu vereinbaren. Die Bevollmächtigten dürfen Untervollmachten nur für den Einzelfall erteilen.

(2) Jeder Gesellschafter ist gegenüber seinen Mitgesellschaftern verpflichtet, den Nachweis über die gem. Abs. (1) erteilte Vollmacht durch Vorlage von (beglaubigten) Abschriften der Vollmachtsurkunde an die übrigen Gesellschafter zu führen und auf Anforderung eines anderen Gesellschafter schriftlich zu erklären, dass die in (beglaubigter) Abschrift vorgelegte Vollmacht nicht geändert oder widerrufen ist.

(3) Jeder Gesellschafter bevollmächtigt hiermit wechselseitig alle anderen Mitgesellschafter (unter Befreiung von § 181 BGB) und zwar jeden von ihnen mit Einzelvertretungsbefugnis, für ihn alle Gesellschafterrechte im Außenverhältnis gegenüber Dritten auszuüben. Diese Vollmacht schließt die Vertretung des Gesellschafter und der Gesellschaft durch allgemein Bevollmächtigte für Angelegenheiten der Fantasie-Gesellschaft nicht aus.

(4) Die unter (3) genannte Vollmacht gilt im Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern nur dann, wenn der Gesellschafter keine anderweitigen Vollmachten für Angelegenheiten der Fantasie-Gesellschaft erteilt hat. Die Gesellschafter sind verpflichtet, sich wechselseitig eine isolierte Vollmacht mit dem Inhalt des Abs. (3) zu erteilen. In einer gesonderten Geschäftsbesorgungsvereinbarung wird festgelegt, unter welchen Voraussetzungen von der wechselseitigen Vollmacht Gebrauch gemacht werden darf.

(5) Die in diesem Paragraphen des Gesellschaftsvertrages getroffenen Vereinbarungen sind nur einstimmig abänderbar.

§ . . . Ausschließung von Gesellschaftern

(1) Ein Gesellschafter ist durch Beschluss der übrigen Gesellschafter aus der Gesellschaft auszuschließen, wenn in seiner Person ein Umstand eintritt, der gemäß [ggf. analog] § 140 HGB i. V. m. § 133 HGB die Ausschließung dieses Gesellschafter aus der Gesellschaft rechtfertigt. Als ein solcher Umstand gilt auch, wenn ein Gesellschafter auf Verlangen eines anderen Gesellschafter nicht innerhalb angemessener Frist (z. B. innerhalb eines Monats) nachweist, dass er für den Fall seiner dauerhaften Geschäfts- und/oder Handlungsunfähigkeit eine zur Fortführung der Gesellschaft und des Gesellschaftszwecks taugliche General- und Vorsorgevollmacht mindestens zwei qualifizierten, einzelvertretungsberechtigten Personen erteilt hat.

(2) Qualifiziert sind Bevollmächtigte nur, wenn sie über die von den Gesellschaftern in einer gesonderten Vereinbarung festgelegten Qualifikationen verfügen.

(3) Wird der Nachweis nicht fristgerecht erbracht, ist der Gesellschafter unverzüglich in einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung aus der Gesellschaft auszuschließen. Nach Ausschluss dieses Gesellschafter wird die Gesellschaft von den übrigen Gesellschaftern (ggf.: unter der bisherigen Firma) fortgeführt.

(4) Abs. (1) bis (3) sind entsprechend anwendbar, wenn ein den Ausschluss des Gesellschafter rechtfertigender Grund in der Person des Bevollmächtigten vorliegt und die Vollmacht nach Eintritt dieses Grundes nicht spätestens innerhalb von 14 Tagen widerrufen ist. Der Ausschluss ist auch gerechtfertigt, wenn der Bevollmächtigte sich nicht unverzüglich nach Aufforderung durch einen Mitgesellschafter der gesellschaftlichen Treuepflicht unterwirft.

(5) Für die Abfindung des ausgeschlossenen Gesellschafter gilt § . . .

IV. Vereinbarung der Gesellschafter über die Qualifikation der Bevollmächtigten

Qualifiziert sind Bevollmächtigte nur, wenn sie zu dem im Gesellschaftsvertrag festgelegten nachfolgeberechtigten Personenkreis gehören oder sie Mitgesell-

146 Hier könnten die Grundsätze zur Testamentsvollstreckervergütung bei einer Dauervollstreckung entsprechend herangezogen werden. Baumann in Esch/Baumann/Schulze zur Wiesche (7. Aufl., 2011) Buch I Rz. 708 ff.

schafter oder Angehörige der zur Berufsverschwiegenheit verpflichtenden rechts- oder steuerberatenden Berufe sind.

Ferner sind zur Vertretung qualifiziert:

Herr/Frau

Herr/Frau

Bevollmächtigte dürfen nicht zugleich für ein Konkurrenzunternehmen tätig sein.

Diese Qualifikationsanforderungen gelten nicht für Unterbevollmächtigte, die nur für Einzelgeschäfte ermächtigt werden.

Die Rechtswahlfiktion in Art. 83 Abs. 4 EuErbVO: „Alte Testamente“ und „neues Recht“ bei Erbscheinsanträgen und Ausschlagungserklärungen

Dr. Johannes Fetsch, LL.M. (Cornell), Euskirchen

I. Einführung

Der 17. August 2015 wird als Stichtag – bezogen auf den Erbfall – in der notariellen und nachlassgerichtlichen Praxis einen dauerhaften Platz erhalten: Er markiert nicht nur den kollisionsrechtlichen Wechsel von Art. 25 EGBGB zum Anknüpfungsregime der EuErbVO (vgl. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO), sondern ist zugleich auch der Stichtag für die Anwendbarkeit der neuen nachlassgerichtlichen Verfahrensregelungen in den §§ 343, 344, 352–352 e FamFG n. F. (vgl. Art. 229 § 36 EGBGB). Der Abschied vom Staatsangehörigkeitsprinzip bringt für die notarielle Praxis eine erhebliche Erleichterung, weil mit der Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt ausländisches Erbrecht faktisch sehr viel seltener zur Anwendung gelangt.

Doch auch für Erbfälle nach dem 17. August 2015, die kollisions- und verfahrensrechtlich bereits dem „neuen Recht“ unterliegen, kann die Staatsangehörigkeit des Erblassers noch eine Rolle spielen: Für letztwillige Verfügungen, die vor dem 17. August 2015 errichtet wurden (im Folgenden als „Alttestamente“ bezeichnet), fingiert die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO die Wahl des Heimatrechts des Erblassers, wenn die letztwillige Verfügung nach dem Heimatrecht wirksam errichtet ist. Auch wenn die Reichweite und Bedeutung dieser Vorschrift im Detail noch unklar ist, muss der Notar bei testamentarischer Erbfolge aufgrund eines „Alttestamentes“ stets die Staatsangehörigkeit des Erblassers bei Errichtung der Verfügung feststellen.

Dass trotz der Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers weiterhin die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Erbscheinsantrag anzugeben ist (§ 352 Abs. 1 Nr. 2 FamFG n. F.) hat eine dreifache Berechtigung: Zum einen ist diese Angaben nötig, um die Wirksamkeit einer Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO zu überprüfen, zum anderen kann sie Grundlage einer Rechtswahlfiktion nach Art. 83 Abs. 4 EuErbVO sein; schließlich gelten nach wie vor das deutsch-sowjetische und das deutsch-türkische Nachlassabkommen, welche als konsularische Abkommen ebenfalls an die Staatsangehörigkeit des Erblassers anknüpfen¹. Vor diesem Hintergrund wird man den etwas unscharfen Gesetzeswortlaut des § 352 Abs. 1 Nr. 2 FamFG n. F. – jede Staatsangehörigkeit des Erblassers oder nur die letzte? – dahin präzisieren, dass – jedenfalls bei testa-

mentarischer Erbfolge – die Staatsangehörigkeit beim Erbfall und bei Errichtung der Verfügung anzugeben ist.

II. Voraussetzungen der Rechtswahlfiktion des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO

Enthält ein Testament keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl, so ordnet Art. 83 Abs. 4 EuErbVO eine fiktive Rechtswahl des Heimatrechtes an, wenn die Verfügung „nach diesem Recht errichtet wurde“. Auf den ersten Blick wird mit dieser Vorschrift im Gewand einer Rechtswahl das Staatsangehörigkeitsprinzip des Art. 25 Abs. 1 EGBGB für „Alttestamente“ perpetuiert – ein Befund, den es im Folgenden zu hinterfragen gilt.

1. „. . . nach dem Recht errichtet . . .“

Derzeit ist unklar, wie das Tatbestandsmerkmal „nach dem Recht errichtet“ auszulegen ist:

a) Eine Ansicht geht davon aus, dass die letztwillige Verfügung lediglich wirksam errichtet sein muss²; weitergehende Anforderungen an den kollisionsrechtlichen Erwartungshorizont des Erblassers („Rechtsanwendungsbewusstsein“) sind nicht zu stellen.³ Ein geschwätziger Erblasser solle nicht besser gestellt werden als ein schweigsamer.⁴ Zudem wird auf den Gesetzeswortlaut in anderen Sprachen verwiesen, der dieses Verständnis nahelegt.⁵

¹ Näher zu diesen Abkommen *Fetsch*, in: Dorsel (Hrsg.), Kölner Formularbuch Erbrecht, 2. Aufl. 2015, Kapitel 19 Rn. 41 ff.

² *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 155; *Döbereiner*, DNotZ 2014, 323, 339; *ders.*, MittBayNot 2013, 437, 446; *Palandt/Thorn*, Art. 83 EuErbVO Rn. 7; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kapitel 3 Rn. 40; *Solomon*, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung (2014), S. 19, 44 (Rn. 67); wohl auch *Lehmann*, DStR 2012, 2085, 2088; *Schaal*, BWNotZ 2013, 29; *Heinig*, RNotZ 2014, 197, 205. Dahingehend auch *Wautelet*, in: Bonomi/Wautelet, Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n. 650/2012 du 4 juillet 2012 (1. Aufl. 2013), Art. 83 Rn. 32; Art. 83 Abs. 4 verlange keine voluntatives Element.

³ So ausdrücklich *Wautelet*, in: Bonomi/Wautelet, Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n. 650/2012 du 4 juillet 2012 (1. Aufl. 2013), Art. 83 Rn. 32; *Lehmann*, DStR 2012, 2085, 2088.

⁴ Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, Teil 7 Kapitel 3 Rz. 40.

⁵ Englisch: „in accordance with“; Französisch: „conformément à“; Italienisch: „in conformità alla“; Niederländisch: „in overeenstemming met“; Spanisch: „con arreglo a“. Hiergegen jedoch *Fetsch*, in: FS W.-H. Roth (2015), S. 107, 112: „Zahlenmäßige Mehrheit“ der Übersetzungen ist nicht maßgeblich, zumal der Berichter-

Beispiel: Nach dieser Auffassung hätte mit Testamentserrichtung vor dem 17. 8. 2015 ein Niederländer, der seit Geburt in Deutschland lebt und nur hier Vermögen hat, niederländisches Erbrecht gewählt. In gleicher Weise hätte ein Brite, der hier sein domicile und Immobilienvermögen hat, englisches Recht gewählt. Nach altem IPR galt in diesen Fällen durch Rückverweisung deutsches Erbrecht, so dass durch die Rechtswahlfiktion ein überraschender Statutenwechsel einträte.

b) Nach anderer Ansicht ist eine – wie auch immer geartete – Bezugnahme auf die Heimatrechtsordnung erforderlich.⁶ Diese Regelung würde damit Konstellationen abdecken, bei denen aufgrund fehlenden Erklärungsbewusstseins keine Rechtswahl vorliegt, wohl aber hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass der Erblasser von der Geltung eines bestimmten Rechts ausgegangen ist, somit ein „Rechtsanwendungsbewusstsein“ hatte.

2. Stellungnahme

Die unter 1. b) letztgenannte Auffassung ist aus mehreren Gründen zutreffend:

a) Ratio legis des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO

aa) Nimmt man die europarechtliche Herkunft dieser Vorschrift in den Blick, so muss ihr eine ratio legis zugrunde liegen, die von allen EuErbVO-Staaten geteilt werden kann. Eine solche ratio legis bleibt die zu 1. a) genannte Auffassung schuldig⁷: Stellt man nämlich keine weitergehenden Anforderungen in Form eines „Rechtsanwendungsbewusstseins“, würde man Art. 83 Abs. 4 EuErbVO lediglich einen abstrakten Vertrauensschutz in die Fortgeltung des Staatsangehörigkeitsprinzips in Fällen testamentarischer Erbfolge entnehmen können. Ein solches Vertrauen kann jedoch in den bisherigen VO-Staaten mit Aufenthalts- bzw. Domicile-Anknüpfung gar nicht bestehen und daher auch nicht schützenswert sein. Für die Angehörigen dieser Staaten wäre eine rückwirkende Einführung des Staatsangehörigkeitsprinzips für jegliche „Alttestamente“ eine erhebliche Überraschung. Der Vertrauensschutz in die Fortgeltung des Staatsangehörigkeitsprinzips bei testamentarischer Erbfolge scheidet folglich als ratio legis des europäischen Gesetzgebers aus.

bb) Schutzzweck des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO ist vielmehr das *konkrete* Vertrauen in die Fortgeltung des Heimatrechtes als Erbstatut.⁸ Geschützt werden soll jedoch nur derjenige Erblasser, der bei Testamentserrichtung von der Geltung einer bestimmten Rechtsordnung ausging, diese aber – mangels Kenntnis der sich in Zukunft einmal ergebenden Rechtswahlmöglichkeit – nicht ausdrücklich gewählt hat, indem ihm nachträglich eine Rechtswahl unterstellt wird. Diese ratio legis erfordert, dass ein entsprechendes Rechtsanwendungsbewusstsein Tatbestandsvoraussetzung des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO ist, welches beim Merkmal „nach dem Recht errichtet“ anzusiedeln sind.

Die hier vertretene Auffassung wird auch durch die Ausführungen des zuständigen Berichtstatters im Europäischen Parlament, Notar *Kurt Lechner*, zum Gesetzgebungsverfahren gestützt: Danach soll Art. 83 Abs. 4 EuErbVO als bewusst gewählte „Auffangbestimmung“

zu Art. 22 Abs. 2 EuErbVO vor dem Hintergrund der Diskussion um einen „Rechtswahlwillen“ oder „Rechtsgestaltungswillen“ zu verstehen sein.⁹ Man wollte – bei fehlenden Anhaltspunkten für eine Rechtswahl – ein trotzdem vorhandenes Rechtsanwendungsbewusstsein schützen.

Die fiktive Rechtswahl beruht letztlich auf der gesetzgeberischen Vermutung,¹⁰ der Erblasser hätte das Heimatrecht bei Kenntnis dieser Rechtswahloption tatsächlich gewählt. Angesichts des grundsätzlichen Wechsels zum Aufenthaltsprinzip verwundert diese Wertung auf den ersten Blick, stellt sie doch diesen neuen Ansatz jedenfalls für Alttestamente gewissermaßen in Frage. Sie erhält aber ihren Sinn, wenn man – wie hier vertreten – eine konkrete „Vertrauensbetätigung“ des Erblassers verlangt, weil dann der mutmaßliche Wille des Erblassers tatsächlich umgesetzt wird. Zugleich bewahrt der Gesetzgeber damit die Gerichte vor der – möglichen – Neigung, in Alttestamente konkludente Rechtswahlen hinein zu interpretieren, die tatsächlich nie gewollt waren.

b) Rechtfertigung für die unterschiedliche Anknüpfung bei gesetzlicher und testamentarischer Erbfolge

Angesichts der weitreichenden Konsequenzen einer Rechtswahl, die sich nicht nur auf das Testament sondern das gesamte Erbstatut erstreckt und darüber hinaus auch im Zuständigkeitsrecht der Art. 5 ff. EuErbVO Auswirkungen haben kann, muss verhindert werden, dass über die Rechtswahlfiktion eine Verbindung zu einer Rechtsordnung konstruiert wird, die der Erblasser so weder gewollt noch wahrgenommen hat.¹¹ Ohne eine relevante Verbindung zum Heimatstaat über die Staatsangehörigkeit hinaus ist eine unterschiedliche Anknüpfung, je nachdem ob eine letztwillige Verfügung vorliegt (dann „Heimatrecht“) oder die gesetzliche Erbfolge gilt („dann letzter gewöhnlicher Aufenthalt“), schwerlich zu

statter der Deutsche Kurt Lechner war und daher der „Arbeitsprache“ in den Sitzungen besondere Bedeutung zukommen müsste.

6 Ausführlich *Fetsch*, in: FS W.-H. Roth (2015), S. 107, 111 ff.; *Magnus*, in: Hüßtege/Mansel, Rom-Verordnungen (2. Aufl. 2015), EuErbVO Art. 84 Rn. 38; MünchKomm/Dutta, 6. Aufl. 2015, EuErbVO Art. 83 Rn. 8. In diesem Sinne *Grau*, in: Zimmermann (Hrsg.), Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze (2013), Anh. zu Art. 25, 26 EGBGB: ErbVO, Rn. 94; offenbar auch *de Vareilles-Sommières*, Recueil Dalloz 2012, 2321, 2322: „... une disposition à cause de mort en contemplation de sa loi nationale, ...“ und *Leitzen*, ZEV 2013, 128, 131. Unentschieden *Frank/Döbereiner*, Nachlassfälle mit Auslandsbezug (2015), Rn. 227.

7 Etwas ratlos stellt daher auch *Solomon*, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung (2014), S. 19, 44 (Rn. 67), fest: „Indes ist die genaue Ratio der Regelung zugegebenermaßen unklar.“

8 Vgl. auch *Lechner*, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung (2014), S. 5, 15 (Rz. 42); *Magnus*, in: Hüßtege/Mansel, Rom-Verordnungen (2. Aufl. 2015), EuErbVO Art. 84 Rn. 38.

9 *Lechner*, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung (2014), S. 5, 15 (Rz. 41).

10 So *Wautelet*, in: Bonomi/Wautelet, Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n. 650/2012 du 4 juillet 2012 (1. Aufl. 2013), Art. 83 Rn. 32.

11 *Magnus*, in: Hüßtege/Mansel, Rom-Verordnungen (2. Aufl. 2015), EuErbVO Art. 84 Rn. 38; vgl. auch MünchKomm/Dutta, 6. Aufl. 2015, EuErbVO Art. 83 Rn. 8: dem Erblasser würde eine Rechtswahl „untergejubelt“.

rechtfertigen. Art. 83 Abs. 4 EuErbVO würde sonst zu „Zufallstreffern“ führen. Auch aus diesem Grund ist das weitergehende Erfordernis eines „Rechtsanwendungsbewusstseins“ geboten.

c) Effet utile der EuErbVO und Schaffung eines einheitlichen Erbstatuts

Schließlich wird man auch den effet utile der EuErbVO für diese einschränkende Auslegung von Art. 83 Abs. 4 EuErbVO ins Feld führen können: Die Verordnung und die mit ihr eingeführte Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt sollen grundsätzlich für alle Erbfälle ab dem 17. August 2015 gelten; würde man pauschal sämtliche Erbfälle, in denen letztwillige Verfügungen errichtet wurden, dem Staatsangehörigkeitsprinzip unterwerfen, würde dieser neue Ansatz in einer großen Anzahl von Erbfällen unterlaufen.¹²

Neben der oben skizzierten ratio legis des Vertrauensschutzes in den Fortbestand des Erbstatutes mag man Art. 83 Abs. 4 EuErbVO als weiteres Regelungsziel die Schaffung eines einheitlichen Erbstatuts entnehmen.¹³ Die in Art. 83 Abs. 3 EuErbVO mit dem Ziel eines favor validitatis vorgesehene Spaltung des Erbstatuts in ein Errichtungsstatut und ein Wirkungsstatut und die damit verbundenen Anpassungsprobleme werden durch die fiktive Rechtswahl vermieden.¹⁴

III. Anwendungskriterien

Konsequenz des oben skizzierten Verständnisses der Rechtswahlfiktion ist, dass die Rechtsanwendung mit einer Testamentsauslegung und daher mit gewissen Unwägbarkeiten verbunden ist. Werden in den einzelnen EuErbVO-Staaten unterschiedlich strenge Anforderungen an das „Rechtsanwendungsbewusstsein“ des Testators gestellt, besteht die Gefahr von Entscheidungsdivergenzen. Umso wichtiger sind verlässliche und einheitliche Auslegungskriterien für die Praxis.

Nach hier vertretener Ansicht – hierzu nachfolgend a)–e) – ist eine letztwillige Verfügung „nach dem Heimatrecht“ des Erblassers errichtet, wenn in der Verfügung selbst Ausführungen zur Staatsangehörigkeit des Erblassers oder eindeutige Rechtsbegriffe aus dem Heimatrecht enthalten sind oder wenn bei Testamentserrichtung sämtliche kollisionsrechtlich relevanten Anknüpfungspunkte (Errichtungsort, Wohnsitz, Vermögensbelegenheit) auf den Heimatstaat verweisen.

Diese Auslegung des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO, die aus objektiv feststellbaren Umständen auf das „Rechtsanwendungsbewusstsein“ schließt, gewährleistet einerseits ein ausreichendes Maß an Rechtssicherheit und führt letztlich in der großen Mehrzahl der „eindeutigen Fälle“, in denen der Erblasser bei Testamentserrichtung in seinem Heimatstaat lebte und nur dort Vermögen besaß, zu einer Anwendung der Rechtswahlfiktion. Nachträgliche Wohnsitzverlagerungen oder späterer Erwerb von Auslandsvermögen führen dann nicht zu einem Statutenwechsel. Andererseits werden diejenigen Fälle, in denen bereits bei Testamentserrichtung divergierende Auslandskontakte bestanden, sachgerecht gelöst, indem nicht pauschal über eine fiktive Rechtswahl das Staatsangehörigkeitsprinzip durchgesetzt wird, sondern

die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt im Erbfall nach Art. 21 EuErbVO erfolgt.

1. Erwähnung der Staatsangehörigkeit

Bei notariellen Testamenten finden sich regelmäßig Ausführungen zur Staatsangehörigkeit des Erblassers. Enthält eine Urkunde den Hinweis auf die deutsche Staatsangehörigkeit, wurde die Urkunde offenkundig auf Grundlage des deutschen Rechts errichtet. Gleiches gilt, wenn die Notarurkunde eines ausländischen Staatsangehörigen Hinweise auf die Rückverweisung auf deutsches Recht enthält (der Notar hätte anderenfalls über die mögliche Anwendbarkeit ausländischen Rechts belehren müssen, § 17 Abs. 3 BeurkG).

Art. 83 Abs. 4 EuErbVO erfordert demnach nicht zwingend ein „Rechtsanwendungsbewusstsein“ des Erblassers selbst; es genügt, wenn der von ihm beauftragte Rechtsberater das anwendbare Recht geprüft und das Testament erkennbar auf Grundlage dieser Rechtsordnung entworfen hat.¹⁵

2. Errichtungsort, Wohnsitz und Vermögensbelegenheit im Heimatstaat

Verweisen im Zeitpunkt der Testamentserrichtung sämtliche kollisionsrechtlich relevanten Anknüpfungspunkte auf das Heimatrecht (d. h. Errichtungsort, Wohnsitz und Vermögensbelegenheit waren ausschließlich im Heimatstaat), wird der Erblasser seinerzeit selbstverständlich von der Geltung seines Heimatrechtes ausgegangen sein, weil es an jeglicher relevanten Auslandsbeziehung fehlte.¹⁶ Untergeordnetes Auslandsvermögen (z. B. ein Bankkonto in Luxemburg, eine Ferienwohnung im Ausland) vermag allerdings den kollisionsrechtlichen Erwartungshorizont nicht zu zerstören.

Wer hingegen ein Testament außerhalb seines Heimatstaates errichtet, hatte zu diesem Zeitpunkt unterschiedliche Auslandsberührungen und somit keinen eindeutigen kollisionsrechtlichen Erwartungshorizont. Dem im Testament angegebenen Errichtungsort kommt daher für die Ermittlung eines „Rechtsanwendungsbewusstseins“ eine zentrale Bedeutung zu.

3. Verwendung bestimmter Rechtsbegriffe

Ist nach den unter 2. genannten Kriterien kein eindeutiger kollisionsrechtlicher Erwartungshorizont erkennbar (z. B. existiert relevantes Auslandsvermögen; der Erblasser lebte bei Testamentserrichtung außerhalb seines Heimatstaates), ist hilfsweise auf den sprachlichen Inhalt der Verfügung zurückzugreifen. Sind in einem privatschriftlichen Testament eindeutige Begriffe aus dem Heimatrecht des Erblassers enthalten (z. B. spezifisch deutsche Rechtsbegriffe wie „Berliner Testament“, „Vorausvermächtnis“, „Vor- und Nacherbschaft“ oder Verwendung einer Pflichtteilsstrafklausel), ist die Verfü-

¹² Fetsch, in: FS W.-H. Roth (2015), S. 107, 113.

¹³ Diese Rechtsfolge betont zutreffend auch Wautelet, in: Bonomi/Wautelet, Le droit européen des successions, Commentaire du Règlement n. 650/2012 du 4 juillet 2012 (1. Aufl. 2013), Art. 83 Rn. 31.

¹⁴ Fetsch, in: FS W.-H. Roth (2015), S. 107, 114.

¹⁵ Fetsch, in: FS W.-H. Roth (2015), S. 107, 114.

¹⁶ Fetsch, in: FS W.-H. Roth (2015), S. 107, 115.

gung „nach diesem Recht“ errichtet worden. In vielen Fällen mag man in der Verwendung bestimmter Rechtsbegriffe bereits eine konkludente Rechtswahl erkennen, so dass insoweit die Grenzen fließend sind. Ist die konkludente Rechtswahl jedoch nicht zweifelsfrei, so führt jedenfalls Art. 83 Abs. 4 EuErbVO zur Wahl des Heimatrechts.¹⁷

Allein die Verwendung deutscher Rechtsbegriffe wie „Erbe“ oder „Vermächtnis“ bzw. die bloße Tatsache der Verwendung der Heimatsprache reichen dagegen allein nicht aus. Allerdings kann man u. U. in der Zusammenschau mit weiteren Kontakten zum Heimatstaat (z. B. relevantes Vermögen; nur vorübergehender Wegzug aus dem Heimatstaat) auf ein Rechtsanwendungsbewusstsein bezüglich des Heimatstaates schließen. Die Kontakte zum Heimatstaat müssen jedoch deutlich überwiegen, um auf ein Rechtsanwendungsbewusstsein schließen zu können.

IV. Sonderfälle

1. Doppelte Staatsangehörigkeit

Schwierigkeiten bereiten auf den ersten Blick Fälle doppelter Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt der Testamentserrichtung: In der Tat ist diese Fallkonstellation nicht überzeugend zu lösen, wenn man kein Rechtsanwendungsbewusstsein verlangt, weil nach dem Gesetzeswortlaut unklar ist, welche Staatsangehörigkeit den Vorrang erhalten soll; Art. 83 Abs. 4 wird daher zum Teil in diesen Konstellationen für unanwendbar gehalten¹⁸. Nach hier vertretener Ansicht ist hingegen einfach dasjenige Heimatrecht maßgebend, nach welchem das Testament gemäß obigen Kriterien zu Ziffer III. 2. a)-c) errichtet wurde.

2. Mehrere Testamente

Besondere Probleme mit der Rechtswahlfiktion können sich ergeben, wenn der Erblasser mehrere Testamente errichtet hat, möglicherweise sogar zum Teil im Ausland oder vor einem ausländischen Notar.

a) Testamente vor und nach dem 17. 8. 2015

Hat der Erblasser mehrere Testamente errichtet, welche vor und nach dem Stichtag des 17. 8. 2015 datieren, so wird zum Teil – allerdings ohne näherer Begründung – vertreten, dass die späteren Ergänzungen oder Änderungen die Rechtswahlfiktion des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO stets zerstören.¹⁹ In einem solchen Fall wäre somit die objektive Anknüpfung an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers maßgeblich.

Gegen diese Auffassung spricht, dass auch die fingierte Rechtswahl nach Art. 83 Abs. 4 EuErbVO grundsätzlich sämtliche Rechtswirkungen einer nach Art. 22 EuErbVO getroffenen Rechtswahl entfaltet, somit nur durch Widerruf beseitigt werden kann (vgl. Art. 22 Abs. 4 EuErbVO). Richtigerweise ist daher zu prüfen, ob die spätere Testamentsänderung einen konkludenten Widerruf der Rechtswahl enthält oder nicht. Bei einer vollständigen Neufassung des Testamentes nach dem 17. 8. 2015 spricht vieles dafür, so dass dann das Erbstatut objektiv an den letzten gewöhnlichen Aufenthalt

des Erblassers anzuknüpfen ist. Anders hingegen ist bei nur punktuellen Änderungen (z. B. Widerruf eines Vermächtnisses) zu urteilen: Hier kann die Rechtswahlfiktion des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO aus dem ersten Testament noch fortwirken.

b) Testamente im In- und Ausland

Denkbar ist auch, dass ein Testator mehrere Testamente errichtet hat und zwar u. a. auch eines im Ausland. Gerade in Bezug auf ausländischen Grundbesitz („Ferienhaus in Spanien“) wurde in der Praxis vielfach empfohlen, diesbezüglich nur ein „Vermächtnistestament“ zu errichten und im übrigen vor einem deutschen Notar die Erbeinsetzung zu testieren. Grundsätzlich gelten in diesen Fällen die unter a) geschilderten Grundsätze, d. h. es gilt zu prüfen, ob die Rechtswahl im ersten Testament durch die spätere Änderung widerrufen wurde. Allerdings wird man in solchen Konstellationen besonders sorgfältig prüfen müssen, ob die im Ausland errichtete Verfügung überhaupt die Voraussetzungen einer Rechtswahlfiktion erfüllt: Ergibt sich bei Errichtung der Verfügung kein eindeutiger „kollisionsrechtlicher Erwartungshorizont“ (vgl. oben Ziffer II. 2.), liegen schon die tatbestandlichen Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO nicht vor. Dies dürfte namentlich bei Testamenten deutscher Staatsangehöriger vor ausländischen Notaren gelten.

3. Testamente nach Wechsel der Staatsangehörigkeit

Bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit ist grundsätzlich diejenige im Zeitpunkt der Testamentserrichtung maßgeblich. Ausnahmen gelten in Sonderkonstellationen, in denen bereits bei Testamentserrichtung der Wechsel vorhersehbar und geplant war (z. B. neue Staatsangehörigkeit war bereits beantragt oder sollte durch bereits geplante Hochzeit erworben werden).

4. Rechtswahlfiktion durch Erb- oder Pflichtteilsverzicht?

Da Art. 83 Abs. 4 EuErbVO die Errichtung einer „Verfügung von Todes wegen“ voraussetzt überrascht die Fragestellung, ob ein Erb-/Pflichtteilsverzicht die Rechtswahlfiktion auslösen kann, auf den ersten Blick. Unter diesen Begriff fallen jedoch nach der Definition in Art. 3 Abs. 1 lit. d) EuErbVO auch „Erbverträge“ und damit nach lit. b) wiederum auch Erbverzichtsverträge. Ist also ein Erb- oder Pflichtteilsverzichtsvertrag „nach dem Heimatrecht des Erblassers“ wirksam errichtet, würde dies die Voraussetzungen einer Rechtswahlfiktion erfüllen. Mit der ratio legis, das Vertrauen in den Fortbestand des Erbstatuts zu schützen, ist eine solche Auslegung zu vereinbaren.²⁰

17 Vgl. Lechner, in: Dutta/Herrler (Hrsg.), Die Europäische Erbrechtsverordnung (2014), S. 5, 15 (Rz. 41).

18 So wohl Heinig, RNotZ 2014, 197, 205 bei Bezug zu mehreren Staaten.

19 Palandt/Thorn, Art. 83 EuErbVO Rn. 7; MünchKomm/Dutta, 6. Aufl. 2015, EuErbVO Art. 83 Rn. 8; Magnus, in: Hüßtege/Mansel, Rom-Verordnungen (2. Aufl. 2015), EuErbVO Art. 84 Rn. 39.

20 Fetsch, in: FS W.-H. Roth (2015), S. 107, 122 f.

Wurde vor einem deutschen Notar ein Pflichtteilsverzicht beurkundet, so ist davon auszugehen, dass der Erblasser (und der Notar) von der Geltung deutschen Rechts ausgegangen sind; anderenfalls hätte der Notar einen Hinweis nach § 17 Abs. 3 BeurkG auf die Geltung ausländischen Rechts geben müssen. Der beurkundete Erb- bzw. Pflichtteilsverzicht nach einem deutschen Erblasser erfüllt somit die Voraussetzungen des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die Existenz eines solchen Vertrages im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens mitzuteilen ist. Die Erstreckung der Mitteilungspflichten in Erbsachen auf Pflichtteilsverzichtsverträge wäre daher de lege ferenda sinnvoll.

5. Fehlgeschlagene Rechtswahl

Enthält ein Testament eine fehlgeschlagene Rechtswahl, ist die Rechtswahlfiktion des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO ausgeschlossen, denn der Erblasser hat eine Errichtung „nach dem gewählten Recht“ intendiert und handelte somit unter falschem Recht (Beispiel: der Notar hat vorausschauend bei einem Ausländer eine Rechtswahl deutschen Rechts vorgesehen mit dem Zusatz „sollte diese Rechtswahl jetzt oder in Zukunft möglich sein“; diese Rechtswahl ist unwirksam, vorbehaltlich Art. 83 Abs. 2 EuErbVO).

V. Zusammenfassung

Die Rechtswahlfiktion des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO setzt voraus, dass der Erblasser bei Errichtung der letztwilligen Verfügung ein „Rechtsanwendungsbewusstsein“ bezüglich der Rechtsordnung seines Heimatrechts hatte (II. 2.). In notariellen Testamenten genügt die Erwähnung der deutschen Staatsangehörigkeit (bzw. ein fehlender Hinweis auf die Geltung ausländischen Rechts) für ein Rechtsanwendungsbewusstsein (III. 1.). Bei privatschriftlichen Testamenten kommt es darauf an, ob bei Testamentserrichtung sämtliche relevanten Kontakte (Errichtungsort, Wohnsitz, Vermögensbelegenheit) auf das Heimatrecht verweisen (III. 2.). Sind die relevanten objektiven Kontakte nicht eindeutig, kann die Verwendung bestimmter Begriffe oder Rechtskonstruktionen in der Zusammenschau mit anderen objektiven Kriterien ein „Rechtsanwendungsbewusstsein“ für das Heimatrecht begründen (III. 3.). Ein nach dem 17. 8. 2015 errichtetes Testament lässt die Rechtswahlfiktion bei vollständiger Neufassung entfallen; bei punktuellen Änderungen ist zu ermitteln, ob ein Widerruf der Rechtswahl gewollt war (IV. 2.). Auch ein Erb- oder Pflichtteilsverzicht kann die Rechtswahlfiktion auslösen (IV. 4.)

VI. Formulierungsbeispiele Erbscheinsantrag

Bei einem Erbfall nach dem 17. August 2015 erfordert die Vorschrift des Art. 83 Abs. 4 EuErbVO in Fällen der testamentarischen Erbfolge über die Angabe des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes hinaus auch Angaben zur Staatsangehörigkeit des Erblassers *bei Testamentserrichtung*.

Erbscheinsantrag deutscher Erblasser

Ich bitte um Beurkundung eines Erbscheinsantrages aufgrund einer Verfügung von Todes wegen und mache hierzu folgende Angaben:

1. Am 25. Oktober 2015 verstarb in Bonn (Universitätsklinik) Frau Berta Sorglos.
2. Die Erblasserin besaß im Todeszeitpunkt ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und hatte ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland und zwar in Euskirchen. Im Nachlass befindet sich kein Hof im Sinne der Höfeordnung und auch kein Auslandsvermögen.
3. Die Erblasserin hat die folgende Verfügung von Todes wegen hinterlassen: Eigenhändiges (gemeinschaftliches) Testament vom 24. September 1996.

Weitere Verfügungen von Todes wegen liegen nicht vor.

4. *Formulierung Einzeltestament:* Bei der Errichtung des o. g. Testamentes an ihrem damaligen Wohnsitz in Euskirchen hatte die Erblasserin ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland; sie besaß auch kein Auslandsvermögen. Daher gilt deutsches Erbrecht als gewählt (Art. 83 Abs. 4 EuErbVO). Ein Widerruf der Rechtswahl (z. B. durch spätere Testamente) ist nicht erfolgt.

4. *Formulierung bei gemeinschaftlichem Testament:* Bei Errichtung des oben genannten gemeinschaftlichen Testamentes an ihrem damaligen Wohnsitz in Euskirchen hatten beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland und verfügten über kein Auslandsvermögen; beide besaßen damals – und auch danach Zeit ihres Lebens – ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und kein Auslandsvermögen. Somit gilt das deutsche Erbrecht von beiden Erblassern als gewählt (Art. 83 Abs. 4 EuErbVO). Ein Widerruf der Rechtswahl (z. B. durch spätere Testamente) ist nicht erfolgt.

Die Erblasserin war mit Hubert Sorglos verheiratet. Eine diese Ehe betreffende Ehesache (Scheidungsverfahren bzw. Aufhebungsklage, §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 2268 BGB) war zur Zeit ihres Todes nicht anhängig.

5. Die Erbfolge beruht auf dem vorgenannten Testament vom 24. 9. 1996. Danach bin ich, der Antragsteller, der alleinige Erbe der Erblasserin geworden.
6. Ich als alleiniger Erbe habe die Erbschaft angenommen. Ein Rechtsstreit über das Erbrecht ist nicht anhängig.

Eidesstattliche Versicherung und Antrag.

Erbscheinsantrag ausländischer Erblasser

Ich bitte um Beurkundung eines Erbscheinsantrages aufgrund einer Verfügung von Todes wegen und mache hierzu folgende Angaben:

1. Am 25. Oktober 2015 verstarb in Bonn (Universitätsklinik) Frau Francesca Sorglos.

2. Die Erblasserin besaß im Todeszeitpunkt ausschließlich die italienische Staatsangehörigkeit und hatte ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland und zwar in Mechernich. Im Nachlass befindet sich kein Hof im Sinne der Höfeordnung und auch kein Auslandsvermögen.

3. Die Erblasserin hat die folgende Verfügung von Todes wegen hinterlassen: Eigenhändiges (gemeinschaftliches) Testament vom 24. September 1996.

Weitere Verfügungen von Todes wegen liegen nicht vor.

4. Bei der Errichtung des o. g. Testamentes hatte die Erblasserin ausschließlich die italienische Staatsangehörigkeit, jedoch ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Sie lebte bereits seit 20 Jahren in Deutschland und hatte allein hier ihr Vermögen (u. a. ein Einfamilienhaus in Mechernich); zu ihrem Heimatland hatte sie keinen engen Kontakt. Außer der italienischen Staatsangehörigkeit hatte sie somit keinen relevanten Bezug zu Italien, so dass die Voraussetzungen für eine Rechtswahlfiktion nach Art. 83 Abs. 4 EuErbVO nicht vorliegen. Vielmehr ist die Erblasserin gemäß Art. 21 EuErbVO nach deutschem Recht beerbt worden, da sie hier ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Zusatz bei gemeinschaftlichem Testament: Bei Errichtung des oben genannten gemeinschaftlichen Testamentes besaß der Ehegatte der Erblasserin, Herr Hubert Sorglos, damals – und auch danach Zeit seines Lebens – ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland; somit gilt für den Ehegatten das deutsche Erbrecht als gewählt (Art. 83 Abs. 4 EuErbVO); ein Widerruf der Rechtswahl (z. B. durch spätere Testamente) ist nicht erfolgt. Für die Erblasserin gilt deutsches Erbrecht nach Art. 21 EuErbVO, da sie hier ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

Die Erblasserin war mit Hubert Sorglos verheiratet. Eine diese Ehe betreffende Ehesache (Scheidungsverfahren bzw. Aufhebungsklage, §§ 2077 Abs. 1 Satz 2, 2268 BGB) war zur Zeit ihres Todes nicht anhängig.

5. Die Erbfolge beruht auf dem vorgenannten Testament vom 24. 9. 1996. Danach bin ich, der Antragsteller, der alleinige Erbe der Erblasserin geworden.

6. Ich als alleiniger Erbe habe die Erbschaft angenommen. Ein Rechtsstreit über das Erbrecht ist nicht anhängig.

Eidesstattliche Versicherung und Antrag.

VII. Formulierungsbeispiele Ausschlagungserklärung

Anders als für Erbscheinsanträge gelten die Bestimmungen der §§ 352 ff. FamFG n. F. für jegliche Ausschlagungserklärungen, auch wenn eine letztwillige Verfügung vor dem 17. August 2015 errichtet worden sein sollte.²¹ Neu ist – neben der Ersetzung des letzten Wohnsitzes durch den „letzten gewöhnlichen Aufent-

halt“ (§§ 343, 344 FamFG) – die Vorschrift des § 344 Abs. 7 FamFG n. F., wonach auch das Nachlassgericht am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden für die Entgegennahme der Erklärung zuständig ist, diese sodann an das nach § 343 FamFG zuständige Nachlassgericht weiter zu leiten hat.

Diese Zuständigkeitsregelung korrespondiert mit Art. 13 EuErbVO, wonach auch die Internationale Zuständigkeit der Nachlassgerichte am gewöhnlichen Aufenthalt des Ausschlagenden besteht.²²

Vor dem Hintergrund einer möglichen Rechtswahlfiktion nach Art. 83 Abs. 4 EuErbVO empfiehlt es sich, im Rahmen von Ausschlagungserklärungen stets Angaben zur Staatsangehörigkeit des Erblassers aufzunehmen.

Deutscher Erblasser

An das

Amtsgericht Köln
– Nachlassgericht –
50667 Köln

Nachlasssache Berta Sorglos, Aktenzeichen:
– VI 123/16 –

Der Unterzeichnende erklärt gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht:

1. Verstorben ist am 1. 1. 2016 in Euskirchen mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Köln Frau Berta Sorglos. Sie besaß Zeit ihres Lebens, somit auch bei Errichtung etwaiger Testamente, ausschließlich die deutsche Staatsangehörigkeit und ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland; sie verfügte meines Wissens nicht über Vermögen im Ausland.
2. Ich, Max Meier, schlage hiermit die gesamte Erbschaft nach der vorgenannten Verstorbenen aus allen möglichen Berufungsgründen und ohne jede Bedingung aus. Der gesamte Nachlass erscheint überschuldet.
3. Ich habe keine Abkömmlinge.
4. Belehrungen

Ausländischer Erblasser (testamentarische Erbfolge)

An das

Amtsgericht Köln
– Nachlassgericht –
50667 Köln

Nachlasssache Luigi Bertone, Aktenzeichen:
– VI 123/16 –

Der Unterzeichnende erklärt gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht:

1. Verstorben ist am 1. 1. 2016 in Euskirchen mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Köln Herr Luigi Bertone.²³ Er besaß Zeit seines Lebens, somit

²¹ Dies folgt daraus, dass Art. 229 § 36 EGBGB nur das Erbscheinsverfahren erwähnt.

²² Zur internationalen Zuständigkeit bei Ausschlagungserklärungen ausführlich *Leipold*, ZEV 2015, 553 ff.

²³ Der letzte gewöhnliche Aufenthalt ist maßgeblich für die Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 13 EuErbVO sowie für die örtliche Zuständigkeit nach § 344 FamFG n. F.

auch bei Errichtung seines Testamentes vom 23. 8. 2004, ausschließlich die italienische Staatsangehörigkeit. Er hat das Testament an seinem damaligen Wohnsitz in Köln errichtet. Er verfügte damals wie zum Zeitpunkt des Erbfalls meines Wissens nicht über Vermögen im Ausland.

2. Ich, Max Meier, schlage hiermit die gesamte Erbschaft nach dem vorgenannten Verstorbenen aus allen möglichen Berufungsgründen und ohne jede Bedingung aus und zwar auch soweit er im Ausland belegen ist und einem anderen Recht unterliegen sollte. Der gesamte Nachlass erscheint überschuldet.
3. Ich habe keine Abkömmlinge.
4. Allgemeine Belehrungen
5. *Belehrung betreffend ausländisches Recht (§ 17 Abs. 3 BeurkG)*: Der Notar belehrte ferner darüber, dass auch aus Sicht deutscher Gerichte auf die Ausschlagung der Erbschaft möglicherweise ausländisches, insbesondere italienisches Recht Anwendung finden kann, wenn die Voraussetzungen einer Rechtswahl nach Art. 83 Abs. 4 Europäische Erbrechtsverordnung erfüllt sein sollten. Die Anwendung dieser Vorschrift ist derzeit noch mit Un-

sicherheiten behaftet. Der Notar weiß nicht, an welche Voraussetzungen (z. B. für Form und Frist) die Ausschlagung nach ausländischem Recht gebunden ist. Der Notar wies ferner darauf hin, dass die Ausschlagung im Ausland²⁴ unwirksam sein kann, sofern sie nicht gegenüber dem zuständigen ausländischen Nachlassgericht erklärt wird. Er hat daher geraten, eine Ausschlagungserklärung vorsorglich auch vor den zuständigen Stellen derjenigen Staaten abzugeben, deren Staatsangehörigkeit der Erblasser hatte, in denen sich Nachlassgegenstände befinden oder in denen Nachlassverbindlichkeiten eingeklagt werden könnten, insbesondere wenn es sich hierbei nicht um Staaten im Geltungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung handelt.²⁵

²⁴ Dies gilt jedenfalls für die Nicht-EuErbVO-Staaten; innerhalb der VO-Staaten sind Ausschlagungen gegenüber dem Nachlassgericht am gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (Art. 4 EuErbVO) oder des Ausschlagenden (Art. 13 EuErbVO) wirksam.

²⁵ Die Verordnung gilt in folgenden Staaten: Belgien, Bulgarien, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn, Zypern.

Die notarielle Beurkundung von Beherrschungs- und Ergebnisabführungsverträgen

Notar Dr. Marc Hermanns, Köln

Der im Gesellschaftsrecht tätige Notar wird gelegentlich auch mit der Aufgabe betraut, für den wirksamen Abschluss eines Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrages Sorge zu tragen. Auch die Änderung oder Aufhebung eines solchen Vertrages bedarf der notariellen Mitwirkung, so dass auch diese Fälle an den Notar herangetragen werden. In der Regel ist der Abschluss derartiger Verträge steuerlich motiviert, um eine steuerliche Organschaft zu begründen¹. Wegen ihrer gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen bedürfen die Verträge zu ihrer Wirksamkeit allerdings auch der Zustimmung der Gesellschafter der betroffenen Gesellschaften sowie der Eintragung im Handelsregister der beherrschten bzw. gewinnabführenden Gesellschaft.

A. Der Neuabschluss eines Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages

Der wirksame Abschluss eines Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages setzt voraus, dass der Vertrag zum einen wirksam durch die Organe der beteiligten Gesellschaften abgeschlossen wird, zum zweiten die Gesellschafterversammlungen der beteiligten Gesellschaften zustimmen und dieser Vertrag zum dritten in das Handelsregister der Organgesellschaft eingetragen wird.

I. Der Abschluss eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages

Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag als solcher wird zwischen den beteiligten Gesellschaften geschlossen. Die beherrschte und gewinnabführende Gesellschaft wird in diesem Zusammenhang häufig Organgesellschaft genannt, die herrschende und gewinnaufnehmende Gesellschaft häufig Organträger. Der Vertrag ist in der Regel nicht beurkundungspflichtig, so dass der Notar in die Erstellung und Unterzeichnung des Vertrages in der Regel nicht einbezogen wird. In der Praxis wird der Entwurf des Vertrags dem Notar im Vorfeld der Beurkundung zugeschickt und anschließend vom jeweiligen Vertretungsorgan der beteiligten Gesellschaften unterzeichnet. Da der Abschluss eines Unternehmensvertrages sowohl für die Organgesellschaft als auch für den Organträger wegen seiner weitreichenden gesellschaftsrechtlichen Auswirkungen als Grundlagengeschäft anzusehen ist², empfiehlt sich eine Unterzeichnung eines solchen Vertrages ausschließlich durch Prokuristen nicht, da diese zur Vornahme von Grundlagengeschäften nicht berechtigt sind.³ Der Ver-

¹ Hüffer, § 291 AktG Rn. 3.

² Hüffer, § 291 AktG Rn. 2: „Regelmäßig in die Unternehmensstruktur eingreifender Charakter“.

³ Eberoth/Boujong/Joost/Strohn, § 49 HGB, Rn. 11 ff.

trag sollte daher auf jeder Seite mindestens in unechter Gesamtvertretung, also unter Beteiligung mindestens eines organschaftlichen Vertreters, unterschrieben werden. Eine derartige Handhabung empfiehlt sich in der Praxis schon allein deswegen, um spätere Diskussionen, etwa mit dem Handelsregister oder gar den Steuerbehörden, über die Wirksamkeit des Vertragschlusses von vorneherein zu vermeiden.

Der Vertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit der Eintragung in das Handelsregister und ist mit den weiteren Unterlagen zum Handelsregister einzureichen. Im Rahmen seiner Prüfung wird das Handelsregister jedenfalls auch überprüfen, ob die beteiligten Gesellschaften bei Abschluss des Vertrages ordnungsgemäß vertreten wurden. Es empfiehlt sich daher für den die Angelegenheit betreuenden Notar, dem Vertrag Vertretungsbescheinigungen über die ordnungsgemäße Vertretung der beteiligten Gesellschaften beizuheften. Handeln für beide beteiligten Gesellschaften ganz oder teilweise personengleiche Organe, muss darauf geachtet werden, dass die handelnden Organe von den Beschränkungen des § 181 BGB (Mehrfachvertretung) befreit sind, da anderenfalls der Vertrag nicht wirksam abgeschlossen ist. Auch dies sollte durch Notarbescheinigung dem Registergericht nachgewiesen werden. Bei ausländischen Gesellschaften kann die Nichtanwendbarkeit des Verbots der Mehrfachvertretung bzw. die Befreiung von diesem häufig durch ein Gutachten aus der Datenbank des DNotI ermittelt und belegt werden.

Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bedarf in der Regel keiner notariellen Beurkundung. § 305 AktG bestimmt allerdings, dass der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bei Vorhandensein außenstehender Aktionäre in der beherrschten Gesellschaft die Verpflichtung der herrschenden Gesellschaft enthalten muss, auf Verlangen eines solchen außenstehenden Aktionärs dessen Aktien zu erwerben. § 305 AktG wird auch auf den GmbH-Vertragskonzern entsprechend angewendet.⁴ Dies bedeutet konkret, dass ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, bei dem die beherrschte Gesellschaft eine GmbH ist und wenn diese Gesellschaft außenstehende Gesellschafter hat⁵, ein Angebot der herrschenden Gesellschaft an die außenstehenden Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft enthalten muss, deren Geschäftsanteile zu erwerben. Ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, der ein derartiges Angebot enthält, muss daher wegen des verpflichtenden Angebots auf Erwerb der Geschäftsanteile der außenstehenden Gesellschafter der Beurkundungsform nach § 15 Abs. 4 GmbHG genügen.⁶ Ob ein vorheriger Verzicht der außenstehenden Gesellschafter der beherrschten Gesellschaft auf ein entsprechendes Angebot der herrschenden Gesellschaft die Verpflichtung entfallen lässt, ein solches Angebot in den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag aufzunehmen, wird – soweit ersichtlich – in der Literatur nicht behandelt, so dass es geraten erscheint, in jedem Fall eine entsprechende Regelung in den Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag aufzunehmen und diesen zu beurkunden.

II. Die Zustimmungsbeschlüsse der Gesellschafterversammlungen

Der Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag bedarf zu seiner Wirksamkeit ferner sowohl der Zustimmung der Gesellschafterversammlung des Organträgers als auch der Gesellschafterversammlung der Organgesellschaft.

1. Nach § 293 Abs. 1 AktG wird ein Unternehmensvertrag, und damit auch ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, nur mit Zustimmung der Hauptversammlung (gemeint ist: der beherrschten bzw. gewinnabführenden Gesellschaft) wirksam. Die Bestimmung ist auf den GmbH-Vertragskonzern entsprechend anwendbar. Der Beschluss kann dem Abschluss des Unternehmensvertrages als Einwilligung oder Ermächtigung vorangehen oder seinem Abschluss als Genehmigung nachfolgen.⁷ Bis zur Erteilung der Zustimmung ist der Vertrag schwebend unwirksam.⁸ Der Vertrag wird endgültig unwirksam, wenn die Gesellschafterversammlung die Zustimmung versagt.⁹ Der Beschluss bedarf nach § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG mindestens einer Mehrheit von 3/4 des bei der Beschlussfassung vertretenen Grundkapitals und nach der Rechtsprechung des BGH (wegen seines strukturändernden Charakters) auch bei der GmbH der notariellen Beurkundung.¹⁰ Inhaltlich enthält der Beschluss die Zustimmung zum Abschluss des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages sowie häufig den Verzicht der Anteilsinhaber der beherrschten Gesellschaft auf die Erstattung eines Vertragsberichts (§ 293 a Abs. 3 AktG) und auf eine Vertragsprüfung (§ 293 b Abs. 2 AktG). Die beiden letztgenannten Verzichtserklärungen sind rechtsgeschäftliche Erklärungen der Anteilsinhaber, so dass insoweit eine Beurkundung in Form der Tatsachenniederschrift nach § 36 ff BeurkG nicht in Betracht kommt. Wird demzufolge der Zustimmungsbeschluss im Wege der Tatsachenbeurkundung nach § 36 ff BeurkG beurkundet, müssen die Verzichtserklärungen ggf. separat im Verfahren nach § 8 ff BeurkG beurkundet oder glaubigt werden.

2. Nach § 293 Abs. 2 AktG setzt die Wirksamkeit des Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrages auch die Zustimmung der Hauptversammlung des Organträgers voraus, wenn dieser eine Aktiengesellschaft oder eine Kommanditgesellschaft auf Aktien ist. Auch diese Bestimmung gilt beim GmbH-Vertragskonzern entsprechend, so dass sie auch dann anzuwenden ist, wenn die herrschende Gesellschaft eine GmbH ist.¹¹ Der Beschluss der Gesellschafterversammlung des Organträgers ist grundsätzlich nicht formbedürftig, son-

4 Michalski/Servatius, GmbHG, systematische Darstellung 4, Konzernrecht, Rn. 104 f.

5 Zum Begriff des außenstehenden Gesellschafters vgl. etwa Hüffer, AktG, § 304 Rn. 2 f.

6 Vgl. hierzu Hermanns, DNotZ 2013, 9, 12 mit Hinweis auf BGHZ 105, 324, 342; dazu Schulze/Osterloh, EWIR 1989, 59.

7 Hüffer, § 293 AktG Rn. 4; MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 293 AktG Rn. 34; Spindler/Stilz/Veil, § 293 AktG Rn. 16.

8 Hüffer, § 293 AktG Rn. 12.

9 Kammergericht, AG 2000, 183, 185; Hüffer, § 293 AktG Rn. 12.

10 BGHZ 105, 324, 338; weitergehend Hüffer, § 293 AktG Rn. 2, der die Zustimmung aller Gesellschafter, und damit einen einstimmigen Beschluss, verlangt.

11 BGHZ 105, 324, 335 f.; Hüffer, § 293 AktG Rn. 17.

dem kann und wird in der Regel einfach schriftlich gefasst. Enthält dieser Beschluss – wie üblich – allerdings auch die Verzichtserklärungen nach § 293 a Abs. 3 AktG oder § 293 b Abs. 2 AktG, müssen diese Verzichtserklärungen öffentlich beglaubigt werden, so dass in diesem Fall in der Praxis die Unterschriften unter den Beschluss des Organträgers sämtlich notariell beglaubigt werden. Ist die herrschende Gesellschaft eine Aktiengesellschaft muss auch der Zustimmungsbeschluss bei dieser beurkundet werden, da ein privatschriftliches – vom Vorsitzenden des Aufsichtsrates unterschriebenes – Protokoll wegen des Erfordernisses einer qualifizierten Mehrheit für den Zustimmungsbeschluss (§ 293 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 293 Abs. 1 Satz 2 AktG) nicht ausreichend ist (§ 130 Abs. 1 Satz 3 AktG).

III. Anmeldung zum Handelsregister und Eintragung in das Handelsregister

Schließlich muss ein Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, um zivilrechtliche und steuerliche Wirksamkeit zu erlangen, zum Handelsregister angemeldet und in das Handelsregister eingetragen werden. Um steuerliche Auswirkung noch für das laufende Geschäftsjahr zu erlangen, muss die Eintragung vor Ablauf des Geschäftsjahres erfolgen.

1. Gemäß § 294 AktG ist das Bestehen und die Art des Unternehmensvertrages zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Vertrag wird nach § 294 Abs. 2 AktG erst wirksam, wenn sein Bestehen in das Handelsregister des Sitzes der (beherrschten) Gesellschaft eingetragen worden ist. Vom Vertretungsorgan der beherrschten Gesellschaft ist damit in vertretungsberechtigter Zahl (auch in gemischter Gesamtvertretung¹²) das Bestehen und die Art des Unternehmensvertrages und der Name des anderen Vertragsteils zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Der Anmeldung sind nach § 294 Abs. 1 Satz 2 AktG der Unternehmensvertrag als solcher sowie die Beschlüsse und ggf. die Verzichtserklärungen nach § 293 a Abs. 3 AktG, 293 b Abs. 2 AktG in der gebotenen Form beizufügen.

2. Nach einer neueren Entscheidung des OLG Celle kann der Unternehmensvertrag auch in das Handelsregister des Organträgers eingetragen werden.¹³ Die Publizitätsfunktion des Handelsregisters in Verbindung mit den aus einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag für das herrschende Unternehmen herrührenden Pflichten zur Verlustübernahme und zur Sicherheitsleistung gemäß § 302 ff AktG sprächen dafür, die Eintragung beim herrschenden Unternehmen für möglich und sachgerecht zu halten. Auch der BGH nehme ausdrücklich an, dass der aus den Besonderheiten und Gefahren derartiger Unternehmensverträge herrührende Informationsbedarf unabhängig von der Rechtsform der herrschenden Gesellschaft bestehe, was dafür spreche, eine Eintragung auch bei der herrschenden Gesellschaft vorzunehmen, wenn diese eine GmbH sei. Erste Stellungnahmen¹⁴ pflichten dem OLG Celle bei. Mit dem Unternehmensvertrag übernehme die Obergesellschaft das Geschäftsrisiko der Unter- gesellschaft und ein gesetzlich zwingendes, auf Dauer angelegtes Pflichtenprogramm. Die Auswirkungen auf

die Organisationsstruktur der Obergesellschaft seien so wesentlich, dass ein erhebliches Bedürfnis bestehe, über die Konzernlage und die sich hieraus ergebenden Konsequenzen durch das Handelsregister zu informieren. Insoweit sei die Eintragungsfähigkeit auch bei der Obergesellschaft zu bejahen; ein Wirksamkeitserfordernis stelle diese Eintragung indes nicht dar.¹⁵ Bislang war bei Unternehmensverträgen lediglich die Eintragung bei der beherrschten Gesellschaft als zulässig angesehen worden.¹⁶

3. Da es sich bei der Eintragung im Handelsregister des Organträgers nicht um eine eintragungspflichtige Tatsache handelt, besteht bei unterbliebener Eintragung auch keine Rechtsscheinwirkung entsprechend § 15 HGB. Der Notar wird im Rahmen seiner Beratung die Gesellschaften also künftig danach fragen, ob eine Eintragung nur im Register der Organgesellschaft erfolgen soll oder ob eine Eintragung auch im Register des Organträgers versucht werden soll. Ob sich weitere Registergerichte der Entscheidung des OLG Celle anschließen werden, bleibt insoweit abzuwarten.

B. Änderungen eines bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages

Die Änderung eines bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages unterliegt nach § 295 Abs. 1 AktG im Wesentlichen den gleichen Vorschriften wie der Neuabschluss eines solchen Vertrages.

I. Der Abschluss der Änderungsvereinbarung

Die Änderung eines Unternehmensvertrages ist eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung der Parteien des Unternehmensvertrages, die noch während der Laufzeit des Vertrages wirksam werden soll und den Inhalt des bestehenden Unternehmensvertrages ändern soll.¹⁷ Auch die Auswechslung eines Vertragspartners ist eine Vertragsänderung, die den Anforderungen des § 295 AktG unterliegt.¹⁸ Beruht der Parteiwechsel allerdings auf einer Gesamtrechtsnachfolge, zum Beispiel einer Umwandlung nach UmwG, handelt es sich hierbei nicht um eine rechtsgeschäftlich vereinbarte Änderung, so dass § 295 AktG nicht anwendbar ist.¹⁹ Demgegenüber wird der Wechsel der Art des Unternehmensvertrages nicht als Vertragsänderung, sondern als Aufhebung des alten Unternehmensvertrages verbunden mit dem Abschluss eines neuen Vertrages angesehen.²⁰ Auch die Verlängerung eines befristeten Vertrages ist nach der Rechtsprechung Neuabschluss und nicht Änderung des bestehenden Vertrages.²¹

12 Hüffer, § 294 AktG Rn. 2.

13 OLG Celle NZG 2015, 644.

14 Enders, NZG 2015, 623 ff.

15 Enders, NZG 2015, 623, 626.

16 Krafska/Willer/Kühn, Registerrecht, Rn. 103.

17 Hüffer, § 295 AktG, Rn. 3.

18 Hüffer, § 295 AktG Rn. 5.

19 Hüffer, § 295 AktG Rn. 6.

20 OLG Frankfurt, AG 2005, 353, 354; MünchKomm-AktG/Altmeppen, § 295 AktG Rn. 7 f; Spindler/Stilz/Veil, § 295 AktG Rn. 10.

21 OLG Frankfurt, AG 2005, 353, 354; Hüffer, § 295 AktG Rn. 7.

II. Sinngemäße Geltung der §§ 293 bis 294 AktG

Gemäß § 295 Abs. 1 Satz 2 AktG gelten die §§ 293 bis 294 AktG sinngemäß. Dies bedeutet, dass sowohl die Gesellschafterversammlung der Organgesellschaft als auch die Gesellschafterversammlung des Organträgers der Änderungsvereinbarung zustimmen müssen.²² Auch hinsichtlich der Formerfordernisse gelten die gleichen Anforderungen wie beim Neuabschluss eines Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages. Schließlich muss auch die Änderungsvereinbarung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet werden.²³ Diese Eintragung ist Wirksamkeitsbedingung für die Vertragsänderung.²⁴

III. Sonderbeschluss außenstehender Gesellschafter nach § 295 Abs. 2 AktG

Nach § 295 Abs. 2 AktG bedarf die Änderungsvereinbarung zu ihrer Wirksamkeit bei Vorhandensein außenstehender Gesellschafter eines Sonderbeschlusses dieser außenstehenden Gesellschafter, wenn die Änderung solche Vertragsbestimmungen betrifft, die zur Leistung eines Ausgleichs an die außenstehenden Aktionäre der Gesellschaft oder zum Erwerb ihrer Aktien verpflichten, wenn also die Ausgleichs- oder Abfindungsregelungen des Unternehmensvertrages geändert werden. Entscheidend ist, ob materiell (direkt oder indirekt) ein Eingriff in die Rechtsstellung der außenstehenden Gesellschafter vorliegt.²⁵ Es ist nicht erforderlich, dass sich die Änderung für die außenstehenden Gesellschafter wirtschaftlich nachteilig auswirkt.²⁶ Die Auswechslung des herrschenden Vertragsteils durch Vertragsübernahme ist immer auch ein Fall des § 295 Abs. 2 AktG, weil sich der Schuldner der Ausgleichs- oder Abfindungsleistung ändert.²⁷ Ob dies auch für einen Vertragsbeitritt auf Seiten des Organträgers gilt, ist umstritten.²⁸

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist ein Sonderbeschluss der außenstehenden Gesellschafter zu fassen, der den Anforderungen des § 138 AktG unterliegt. Dieser Sonderbeschluss ist Wirksamkeitserfordernis für die Vertragsänderung, die bis zur Fassung des Sonderbeschlusses schwebend unwirksam ist und bei Ablehnung durch den Sonderbeschluss endgültig unwirksam wird.²⁹

C. Die Aufhebung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrages

1. § 296 AktG behandelt die Aufhebung eines Unternehmensvertrages durch Aufhebungsvertrag.³⁰ Der Gegenstand des Aufhebungsvertrages ist die Beendigung unternehmensvertraglicher Bindung durch übereinstimmende Erklärung der Vertragsparteien. Für deren Vertretung gelten die gleichen Grundsätze und Anforderungen wie beim Neuabschluss des Unternehmensvertrages.³¹ Die Aufhebung kann nach § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG nur zum Ende des Geschäftsjahres der verpflichteten Gesellschaft oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums vereinbart werden. Eine rückwirkende Aufhebung ist nach § 296

Abs. 1 Satz 2 AktG nicht zulässig. Wird ein unzulässiger Aufhebungszeitpunkt vereinbart, ist diese Bestimmung nach § 296 AktG iVm § 134 BGB unwirksam. Welche Auswirkungen sich hieraus auf den gesamten Aufhebungsvertrag ergeben, ist nach § 139 BGB zu beurteilen.

2. Ob die Gesellschafterversammlung des Organträgers oder der Organgesellschaft der Aufhebung des Unternehmensvertrages zustimmen müssen, ist umstritten. Nach überwiegender Ansicht ist der Abschluss der Aufhebungsvereinbarung sowohl beim Organträger als auch bei der Organgesellschaft Geschäftsführungsan gelegenheit, die zu ihrer Wirksamkeit keinen vorherigen oder nachträglichen Zustimmungsbeschluss der jeweiligen Gesellschafterversammlung voraussetzt.³² Insbesondere auf Ebene der Organgesellschaft wird allerdings in der Literatur zum Teil vertreten, dass die Aufhebung eines Beherrschungsvertrages als *actus contrarius* den Regelungen über den Abschluss eines Unternehmensvertrages unterliegt und daher ebenfalls einen Zustimmungsbeschluss (jedenfalls auf Ebene der beherrschten Gesellschaft) voraussetzt.³³

Bei Vorhandensein von außenstehenden Aktionären ist eine Aufhebung nur zulässig und wirksam, wenn die außenstehenden Aktionäre durch Sonderbeschluss nach § 296 Abs. 2 AktG zustimmen.³⁴ Zur Klarstellung: Dieser *Sonderbeschluss* ist Wirksamkeitsvoraussetzung für den Aufhebungsvertrag.³⁵

3. Nach § 298 AktG hat der Vorstand der Gesellschaft, in deren Handelsregister der Unternehmensvertrag eingetragen ist, den Grund und den Zeitpunkt der Beendigung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Allerdings ist die Eintragung der Aufhebung in das Handelsregister keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die Aufhebung, sondern hat nur deklaratorische Bedeutung.³⁶

4. Nur der Vollständigkeit halber sei auf die Möglichkeit hingewiesen, einen Unternehmensvertrag aus wichtigem Grund nach § 297 AktG zu kündigen. Die Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit nicht der Zustimmung der einen oder der anderen Gesellschafterversammlung. Die Beendigung des Unternehmensvertrages ist nach § 298 AktG zur Eintragung in das Handelsregister

22 Hüffer, § 295 AktG Rn. 8.

23 Hüffer, § 295 AktG Rn. 9.

24 Hüffer, § 295 AktG Rn. 9.

25 BGH AG 1974, 320, 323; BGHZ 119, 1, 8 ff; OLG Frankfurt AG 2005, 353, 354; OLG Karlsruhe AG 1991, 144, 145 f; Großkomm-AktG/Mülbert, § 295 AktG Rn. 55; Hüffer, § 295 AktG, Rn. 10.

26 Hüffer, § 295 AktG Rn. 10.

27 Großkomm-AktG/Mülbert, § 295 AktG Rn. 56; Priester, ZIP 1992, 293, 296.

28 Zum Meinungsstand vgl. etwa Hüffer, § 295 AktG Rn. 11.

29 Hüffer, § 295 AktG Rn. 15.

30 Hüffer, § 296 AktG Rn. 1.

31 Hüffer, § 296 AktG Rn. 1 f.

32 Vgl. hierzu etwa Michalski/Servatius, GmbHG, systematische Darstellung 4, Rn. 191 ff mwN, auch zur Gegenansicht.

33 Lutter/Hommelhoff, Anhang § 13 GmbHG, Rn. 85; vgl. auch Emmerich/Habersack, § 296 AktG Rn. 7a.

34 Vgl. hierzu bereits oben Abschnitt B III.

35 Hüffer, § 296 AktG Rn. 7; Michalski/Servatius, GmbHG, systematische Darstellung 4, Rn. 194.

36 Hüffer, § 296 AktG Rn. 9; Michalski/Servatius, GmbHG, systematische Darstellung 4, Rn. 197 f.

anzumelden; die Eintragung hat hier – wie bei der Aufhebung des Unternehmensvertrages nach § 296 AktG – nur deklaratorische Bedeutung.

D. Notarkostenberechnung

Der Zustimmungsbeschluss zu einem Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag ist nach § 108 Abs. 2 GNotKG mit dem Wert des Unternehmensvertrages zu bewerten. Die früher umstrittene Rechtsfrage, ob derartige Zustimmungsbeschlüsse als Beschlüsse mit bestimmtem oder mit unbestimmtem Geldwert einzuordnen sind, ist damit nunmehr in dem Sinne entschieden, dass es sich hierbei um Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert handelt. Dieser Wert richtet sich nach dem Wert des Unternehmensvertrages, der wiederum nach § 52 GNotKG zu bestimmen ist. Maßgebend ist der Jahreswert der Abführungs- oder Ausgleichspflichten auf der Grundlage des Jahresgewinns bzw. des Jahresfehlbetrags der letzten Jahre, wobei ein

durchschnittlicher Jahreswert zugrunde gelegt werden kann. Wenn es sich um einen Vertrag von unbestimmter Dauer handelt, ist der zehnfache Jahreswert maßgeblich.³⁷ Der Höchstgeschäftswert beträgt nach § 108 Abs. 5 GNotKG 5 Mio. €.

Bei Änderungen eines bestehenden Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrages ist der Wert entsprechend zu bestimmen, wenn die Änderung einen bestimmten Geldwert hat. Hat die Änderung keinen bestimmten Geldwert, hat eine Wertbestimmung nach § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen zu erfolgen. Ausgangswert ist insoweit der Wert des Gewinnabführungsvertrages, multipliziert mit dem zehnfachen Jahresbetrag (bzw. bei geringerer Restlaufzeit des Vertrages multipliziert mit der Zahl der verbleibenden Jahre). Dieser Wert ist anschließend erneut mit 10 bis 30 % zu multiplizieren und der Höchstwert von 5 Mio. € zu beachten.

³⁷ Vgl. hierzu Streifzug GNotKG, Rn. 1415 bis 1420.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Zum Nachweis der Verfügungsberechtigung bei Tod eines Gesellschafters einer GbR und Eintritt von dessen Erben in die Gesellschaft

(OLG München, Beschluss vom 22. 9. 2015 – 34 Wx 47/14, mitgeteilt durch Richterin am Oberlandesgericht Edith Paintner)

BGB §§ 166; 727 Abs. 1

GBO §§ 20; 22 Abs. 1; 29 Abs. 1; 47 Abs. 2

- Zum Nachweis der Auflassungsberechtigung, wenn der im Grundbuch eingetragene Gesellschafter einer zweigliedrigen Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) verstorben ist.**
- Der Erbnachweis macht einen zusätzlichen Nachweis zum Vorhandensein und etwaigen Inhalt einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel nicht entbehrlich. Liegt ein – schriftlicher – Gesellschaftsvertrag nicht vor, kann das Grundbuchamt zur Glaubhaftmachung seines Inhalts grundsätzlich eidesstattliche Versicherungen des verbliebenen Gesellschafters und des (der) Erben verlangen. Von Vertretern im Urkundstermin abgegebene „einfache“ – wenn auch nachgenommene – Erklärungen zur Nachfolge in den Gesellschaftsanteil genügen dafür regelmäßig nicht.**

Zur Einordnung:

Das OLG München befasst sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, wie bei Versterben eines Gesellschafters einer GbR der Nachweis zu führen ist, dass dessen Erben in die Gesellschaft eingetreten und damit über ein im Eigentum

der Gesellschaft stehendes Grundstück Verfügungsbefugte sind.

Auf die Grundsatzentscheidung des BGH vom 29. 1. 2001 zur Rechtsfähigkeit der GbR (BGHZ 146, 341 = NJW 2001, 1056) und die Folgeentscheidungen zu deren Grundbuchfähigkeit, insbesondere die Entscheidung vom 4. 12. 2008 (DNotZ 2009, 115, m. Anm. Hertel), reagierte der Gesetzgeber im Jahr 2009 im Grundbuchverfahrensrecht mit einer Änderung des § 47 Abs. 2 GBO, im materiellen Recht mit Einfügen des § 899 a BGB. Im Verfahrensrecht wurde mit § 47 Abs. 2 GBO eine Regelung dahingehend geschaffen, dass stets (auch) die Gesellschafter einer GbR in das Grundbuch einzutragen sind. Materiellrechtlich bewirkt die Regelung des § 899 a BGB zum einen eine positive Vermutung hinsichtlich der Gesellschafterstellung der im Grundbuch eingetragenen Personen und zum anderen eine negative Vermutung dahingehend, dass es darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter gibt (BeckOK-BGB/Eckert, Ed. 36, § 899 a Rn. 3).

Ist ein Gesellschafter verstorben und dies dem GBA gegenüber nachgewiesen, so ist die Vermutung des § 899 a BGB, die betreffende eingetragene Person sei Gesellschafter der GbR, nicht mehr erfüllt. Es stellt sich dann die Frage, wie gegenüber dem GBA der Nachweis zu führen ist, dass die Erben des verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft eingetreten und damit das Grundbuch unrichtig geworden ist (vgl. hierzu im Einzelnen und mit Formulierungsvorschlägen für Grundbuchanträge Weber, ZEV 2015, 200).

Im vorliegenden Fall war dem GBA gegenüber die Erbfolge nach einem verstorbenen Gesellschafter der

betreffenden GbR durch Vorlage einer beglaubigten Abschrift des Erbvertrages nebst Eröffnungsprotokoll (§ 348 Abs. 1 S. 2 FamFG) gemäß § 35 Abs. 1 S. 2 GBO nachgewiesen. Es fehlte aber – mangels Vorliegen eines schriftlichen Gesellschaftsvertrages – aus Sicht des GBA an einem Nachweis darüber, dass die gesetzliche Regelung des § 727 Abs. 1 BGB durch gesellschaftsvertragliche Regelung abbedungen war, so dass die Alleinerbin des verstorbenen Gesellschafters in die Gesellschaft eintreten konnte. Das OLG München hat diese Auffassung des GBA bestätigt und zugleich zum Zweck der Erbringung von Nachweisen über den Inhalt des Gesellschaftsvertrages eine eidesstattliche Versicherung des verbliebenen Gesellschafters und der Gesellschafter-Erbin für ausreichend aber auch erforderlich angesehen. Der Auffassung der Bet., außer einer Fortsetzung der GbR mit der Erbin käme nur deren Liquidation in Betracht, so dass in jedem Fall die maßgeblichen Verfügungen durch die Berechtigten – es hatten ja sowohl der einzige verbliebene Altgesellschafter als auch die Alleinerbin gehandelt – abgegeben seien, ist das OLG nicht gefolgt, ohne dass sich der Entscheidung hierzu eine schlüssige Begründung entnehmen ließe.

Für die notarielle Praxis zeigt der vorliegende Fall, dass GbR-Konstellationen im Grundbuch nach wie vor gelegentlich unerwartete Probleme aufwerfen; die Bet. des Verfahrens hatten sich vermutlich angesichts einiger vermeintlich eher günstiger Umstände – Bestehen eines notariellen Erbvertrages mit einer Gesellschafter-Alleinerbin, Existenz nur eines weiteren Gesellschafters – in Sicherheit gewogen. Das GBA und das OLG München verlangten jedoch weiteren Vortrag und Nachweise zum konkreten Inhalt des Gesellschaftsvertrages, was hier nicht anders zu leisten war als durch das im Grundbuchverfahren nur in Ausnahmefällen (etwa § 35 Abs. 3 S. 2 GBO) zulässige Beweismittel der eidesstattlichen Versicherung.

Die Schriftleitung (JT)

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 1) und der am 26. 10. 1993 verstorbene Ehemann der Bet. zu 2) sind als Gesellschafter des bürgerlichen Rechts seit 22. 9. 1988 als Eigentümer im Grundbuch eingetragen.

Der Bet. zu 1) und sein Mitgesellschafter hatten mit notariellem Bauträgervertrag vom 5. 8. 1988 das damals noch zu errichtende Teileigentum an die Ehegatten G., die Bet. zu 3) und 4), verkauft und eine Eigentumsvormerkung bewilligt, die zu deren Gunsten am 28. 9. 1988 auch eingetragen wurde.

Ein zwischen der Bet. zu 2) und ihrem Ehemann geschlossener Ehe- und Erbvertrag, der zur Niederschrift des Nachlassgerichts am 2. 12. 1993 eröffnet wurde, enthält in Ziff. IV. die Vereinbarung:

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu unseren unbeschränkten Alleinerben ein und nehmen diese Erbeinsetzung hiermit gegenseitig an.

Am 8. 5. 2013 errichteten die Bet. zu 3) und 4) eine notarielle Urkunde, in der sie im eigenen Namen und zugleich für die Bet.

zu 1) und 2) die Auflassung des Vertragsbesitzes erklärten und die Eintragung im Grundbuch bewilligten und beantragten.

Ziff. IV. der Urkunde lautet:

Herr . . . (Bet. zu 1)) und Frau . . . (Bet. zu 2)) versichern, dass seit Gründung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Eigentümer) keine Änderung der Gesellschafter stattgefunden hat – von der Gesamtrechtsnachfolge aufgrund Erbfolge abgesehen –, dass nach dem Gesellschaftsvertrag die Gesellschaft mit Erben eines Gesellschafters fortgeführt wird, und dass Frau . . . (Bet. zu 2)) unmittelbar unbeschränkte Alleinerbin nach ihrem Ehemann wurde.

Die Genehmigung der Urkunde durch die Bet. zu 1) und 2) liegt in grundbuchmäßiger Form vor.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 20. 11. 2013 hat das GBA u. a. beanstandet, dass der Gesellschaftsvertrag in schriftlicher Form oder, wenn ein solcher nicht existiere, die eidesstattliche Versicherung des Bet. zu 1) über den entsprechenden Inhalt des Gesellschaftsvertrags vorzulegen sei. Dagegen wendet sich die Beschwerde der Bet., mit der sie geltend machen, denkbar sei nach dem Tod des einen Gesellschafters allein die Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben oder eine Auflösung der Gesellschaft nach § 727 BGB. In beiden Fällen hätten die maßgeblichen Personen gehandelt. Zudem enthalte die notarielle Urkunde vom 8. 5. 2013 in Ziff. IV. eine solche Versicherung.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

1. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 GBO) ist nach § 11 Abs. 1 RPflG mit § 71 Abs. 1 GBO statthaft und in zulässiger Form (§ 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) eingelegt. Der Notar hat zwar nicht angegeben, für wen er die Beschwerde einlegt; ersichtlich sind dies aber die Antragsberechtigten als Veräußerer und Erwerber des belasteten Grundbesitzes, somit die Urkundsbet. (Demharter, GBO, 29. Aufl., § 15 Rn. 20), deren Beschwerdeberechtigung nicht zweifelhaft ist (Demharter, § 71 Rn. 57 f.).

2. Die Beschwerde ist unbegründet, da das AG zu Recht einen Nachweis der Auflassungsbefugnis durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags oder eine eidesstattliche Versicherung zu dessen Inhalt verlangt.

Einigungsberechtigt sind grundsätzlich die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter

a) Im Fall der Veräußerung eines Grundstücks (oder eines gleichzubehandelnden Wohnungs-/Teileigentums; vgl. BGHZ 49, 250) durch Auflassung (§ 20 GBO, § 925 BGB) ist die Auflassungsberechtigung als sonstige Voraussetzung der Eintragung gemäß § 29 GBO nachzuweisen (vgl. Hügel/Otto, GBO, 2. Aufl., § 29 Rn. 108 ff.).

Einigungsberechtigt ist im Fall der Auflassung eines Grundstücks der Eigentümer als verlierender und der Erwerber als gewinnender Teil (Demharter, § 20 Rn. 39 f.). Im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), wenn auch deren Gesellschafter, wie in „Altfällen“ üblich, noch als unmittelbar Berechtigte eingetragen sind (vgl. Demharter, § 47 Rn. 34). Auch dann ist die Gesellschaft selbst Eigentümerin (BGH NJW 2006, 3716) und damit einigungsberechtigt; für sie handeln jedoch regelmäßig

die Gesellschafter gemeinschaftlich, § 709 BGB. Als einigungsberechtigt sind daher grundsätzlich die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter anzusehen (vgl. § 899 a BGB, § 47 Abs. 2 S. 2 GBO; Art. 229 § 21 EGBGB).

Bei Tod eines Gesellschafters ist die Vermutung des § 899 a BGB widerlegt

Ist allerdings das Grundbuch hinsichtlich des Gesellschaftersbestands unrichtig, etwa weil ein noch eingetragener Gesellschafter bereits verstorben ist, ist die Vermutung des § 899 a BGB widerlegt. In diesem Fall setzt die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung des Rechtsnachfolgers des verstorbenen Gesellschafters voraus, dass entweder der Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO geführt wird oder Berichtigungsbewilligungen unter schlüssiger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit vorgelegt werden. Dies erfordert übereinstimmende Erklärungen der Gesellschafter und Erben in grundbuchmäßiger Form zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags (vgl. BayObLG NZG 2001, 124, 125; BayObLGZ 1992, 259, 261; OLG Schleswig FGPrax 2012, 62, 63); denn das Grundbuch darf nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten Rechtszustand insgesamt richtig wiedergibt (BayObLG NJW-RR 1995, 272; OLG Schleswig FGPrax 2012, 62 LS 1). Nichts anderes gilt, wenn das Grundbuch nicht erst durch Eintragung des Rechtsnachfolgers berichtigt werden soll, sondern das Grundstück sogleich an Dritte weiterveräußert wird (OLG Schleswig a.a.O.).

Vorliegend enthält die von den Bet. zu 1) und 2) genehmigte Urkunde zwar die Bewilligungserklärungen zur Eintragung der Bet. zu 3) und 4), nicht aber die schlüssige Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit einschließlich der Richtigkeit der erstrebten Eintragung. Durch die vorgelegte Eröffnungsniederschrift über den Erbvertrag steht zwar fest, dass das Grundbuch hinsichtlich der Eintragung des Gesellschafters M. unrichtig ist (vgl. § 47 Abs. 2 S. 2, § 22 Abs. 1 GBO). Mit dem ebenfalls vorgelegten Erbvertrag ist jedoch lediglich die Erbfolge nachgewiesen (§ 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO). Aus diesen Unterlagen allein ergibt sich nicht ausreichend, ob die gesetzliche Regelung des § 727 Abs. 1 BGB eingreift oder durch Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist (OLG Schleswig FGPrax 2012, 62, 64). Dies ist jedoch erforderlich, da sich aus der Darlegung der Unrichtigkeit auch ergeben muss, wer durch die Berichtigung betroffen ist und daher die entsprechende Berichtigungsbewilligung abgeben muss (Hügel/Holzer, § 22 Rn. 17).

Es ist nicht nachgewiesen, dass die Erbin in die Gesellschaft eingetreten ist

b) Die Bet. zu 1) und 2) haben weder einen Gesellschaftsvertrag in schriftlicher Form vorgelegt noch sich dazu erklärt, ob ein Gesellschaftsvertrag mit Nachfolgeklausel bestand und zum Eintritt der Bet. zu 2) in die Gesellschaft führen konnte.

Die notarielle Urkunde vom 8. 5. 2013, die die Bet. zu 3) und 4) auch namens der Bet. zu 1) und 2) errichteten, spricht zwar von einer Fortführung der Gesellschaft „mit Erben eines Gesellschafters“. Abgesehen davon, dass

diese Erklärung schon nicht klar und eindeutig formuliert ist, stellt sie lediglich eine reine Wissenserklärung dar. Die Vorschriften über die Vertretung bei Willenserklärungen (§§ 164 ff. BGB) gelten für bloße Wissenserklärungen nur entsprechend. Dabei regelt § 166 BGB für Fälle der Stellvertretung lediglich die Wissenszurechnung und besagt, dass sich der Vertretene unter gewissen Umständen Wissen des Vertreters zurechnen lassen muss. Zwar ist – nicht nur im Versicherungsrecht – für Vorstellungsäußerungen anerkannt, dass entsprechend § 166 BGB eine Erklärung durch einen Wissenserklärungsvertreter abgegeben werden kann (Staudinger/Schilken, BGB, Bearb. April 2014, Vorbem. zu § 164 Rn. 86). Diese Erklärungen können beweiserrechtliche Auswirkungen haben. Sie sind jedoch nicht geeignet, im Grundbuchverfahren die Erklärung eines Bet. über das bei ihm vorhandene Wissen zu ersetzen (vgl. auch BayObLG NZG 2001, 124, 125 zu einer vom Notar abgegebenen Wissenserklärung).

Das Grundbuchamt kann zur Glaubhaftmachung der vorgetragene Umstände die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung u. a. dann verlangen, wenn ein Nachweis in der Form des § 29 GBO ausscheidet

c) Es kann hier dahingestellt bleiben, unter welchen Umständen die Genehmigung der in der notariellen Auflassungsurkunde enthaltenen Erklärungen durch die Bet. zu 1) und 2) ggf. auch zur Darlegung des Inhalts des Gesellschaftsvertrags geeignet und ausreichend erscheinen. Jedenfalls kann das GBA zur Glaubhaftmachung der vorgetragene Umstände die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über die relevanten Tatsachen verlangen.

(1) Zwar ist eine abgeschwächte Form des Nachweises durch eidesstattliche Versicherung im Grundbuchrecht im Allgemeinen ohne gesetzliche Ausnahme wie in § 35 Abs. 3 S. 2 GBO nicht zulässig (vgl. Senat vom 11. 6. 2014, 34 Wx 172/14 juris Rn. 18; OLG Jena vom 23. 8. 2013, 9 W 356/13 juris Rn. 5; Demharter, § 29 Rn. 23). Allerdings ist anerkannt, dass eine solche Versicherung etwa dann ausreichen kann, wenn auch das Nachlassgericht keine andere Nachweismöglichkeit hätte (KG NJW-RR 2012, 847). Zum Teil wird eine eidesstattliche Erklärung auch zum Nachweis von Negativtatsachen für zulässig erachtet (vgl. OLG Köln FGPrax 2011, 13, 16). Scheidet etwa bei nur mündlich geschlossenen Gesellschaftsverträgen der Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO von vorneherein aus, so können zwar die übereinstimmenden Erklärungen der verbliebenen Gesellschafter und aller Erben in grundbuchmäßiger Form zum Inhalt des Gesellschaftsvertrags genügen (vgl. BayObLGZ 1992, 259, 261). Sind jedoch nicht in der Form des § 29 GBO nachweisbare Tatsachen frei zu würdigen, kann das GBA auch in Erwägung ziehen, zur Glaubhaftmachung entsprechende eidesstattliche Versicherungen zu verlangen (BayObLG NZG 2001, 124, 125; OLG Schleswig FGPrax 2012, 62, 64).

(2) Zutreffend geht das GBA davon aus, dass entsprechende eidesstattliche Versicherungen bislang nicht vorliegen. Bei der in Ziff. 4. der Urkunde vom 8. 5. 2013 abgegebenen Versicherung handelt es sich nicht um eine Erklärung über eigene Erkenntnisse der Bet. zu 3)

und 4) (vgl. Leibold in Stein/Jonas, ZPO, 22. Aufl., § 294 Rn. 19). Die Genehmigung der Urkunde vom 8. 5. 2013 durch die Bet. zu 1) und 2) enthält wiederum keine Erklärung, dass sie selbst die in der genehmigten Urkunde angegebenen Tatsachen an Eides statt versichern und sich über die Bedeutung und Strafbarkeit einer falschen Erklärung im Klaren sind (vgl. § 38 Abs. 2 BeurkG).

Es ist fernliegend, dass die gemäß § 727 BGB aufgelöste Gesellschaft mit diesem Zweck über 20 Jahre lang fortbestanden hat

d) Der Hinweis der Bet., außer einer Fortsetzung käme nur eine Liquidation der GbR in Betracht, so dass auch daher nur die Bet. zu 1) und 2) für die Abgabe der Auflassungserklärung in Betracht kämen und kein weiterer Nachweis erforderlich wäre, ist ebenfalls nicht zielführend. Falls die GbR nach dem Ableben eines ihrer Gesellschafter im Jahr 1993 aufgelöst worden sein sollte, erscheint es eher fernliegend, dass die Liquidationsgesellschaft mit diesem Zweck über 20 Jahre lang fortbestanden hat. Vielmehr kommt in Betracht, dass eine Liquidationsgesellschaft binnen eines so langen Zeitraums wieder in eine werbende GbR rückumgewandelt wurde, zumal die Eintragung im Grundbuch unverändert fortbestand. Auch dann kann auf eine Erklärung der Bet. zum Inhalt eines Gesellschaftsvertrags und zu den Gesellschaftern der GbR nicht verzichtet werden.

III. Der Senat weist noch darauf hin, dass nach der zitierten Rechtsprechung das Hindernis nicht zwingend schon durch die eidesstattliche Versicherung nur des Bet. zu 1) behoben ist. Vielmehr kann auch eine Erklärung der Erbin, hier also der Bet. zu 2), notwendig werden.

IV. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens bestimmt sich nach den Schwierigkeiten für die Behebung des Hindernisses (Demharter, § 77 Rn. 37); als Beziehungswert kann der Wert des Grundstücks herangezogen werden. Angemessen erscheint hier ein (verhältnismäßig niedriger) Bruchteil des Werts des zur Auflassung stehenden Grundbesitzes (10 % von gerundet 45 000,- €; § 36 Abs. 1, § 79 Abs. 1 S. 1 GNotKG).

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 78 Abs. 2 GBO liegen nicht vor.

2. Liegenschaftsrecht – Zur Grundbuchberichtigung bei Gesellschafterwechsel einer GbR in Folge der Anwendung einer einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel

(*OLG München*, Beschluss vom 28. 7. 2015 – 34 Wx 106/15, mitgeteilt durch *Richterin am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

**BGB §§ 133; 398; 413; 899 a; 2033 Abs. 1
GBO §§ 19; 22 Abs. 1; 29 Abs. 1; 47 Abs. 2**

1. Sind die Anteile des Erblassers an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgrund einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel durch Singular-

sukzession auf dessen Erben übergegangen, haben sich aber die Erben über den Nachlass bereits vollständig auseinandergesetzt, so geht eine in diesem Stadium vereinbarte Erbanteilsübertragung in dinglicher Hinsicht ins Leere; sie bewirkt insbesondere keinen Übergang der Gesellschaftsanteile der übertragenden Miterben auf den übernehmenden Miterben.

2. Die Eintragung eines Gesellschafterwechsels im Wege der Grundbuchberichtigung setzt bei rechtsgeschäftlicher Anteilsübertragung die Berichtigungsbewilligung nicht nur des übertragenden und des übernehmenden Teils, sondern auch aller übrigen Mitgesellschafter – alternativ den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit – voraus. Nichts anderes gilt, wenn die Übertragung unter Mitgesellschaftern stattfindet (a. A. KG vom 30. 4. 2015, 1 W 466/15 = MDR 2015, 719).

3. Kommt es im Berichtigungsverfahren für den Nachweis der Unrichtigkeit auf den Inhalt des in privatschriftlicher Form vorliegenden Gesellschaftsvertrags an, kann es notwendig sein, die unveränderte Fortgeltung desselben durch übereinstimmende Erklärung der Gesellschafter zu belegen (hier: über 40 Jahre alter Gesellschaftsvertrag eines personalistisch strukturierten Zusammenschlusses von Waldbesitzern).

Zur Einordnung:

Das OLG München beschäftigt sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung insbesondere mit der Frage, ob zur Eintragung eines Gesellschafterwechsels bei einer GbR im Wege der Grundbuchberichtigung Berichtigungsbewilligungen nicht nur des übertragenden und des übernehmenden Teils, sondern auch aller übrigen Mitgesellschafter erforderlich sind und bei einer Übertragung unter Mitgesellschaftern insoweit die gleichen Maßstäbe gelten.

Stimmt der Inhalt des Grundbuchs mit der wirklichen Rechtslage nicht überein, so ist das Grundbuch zu berichtigen. Die Berichtigung kann erfolgen entweder aufgrund Vorlage einer Berichtigungsbewilligung des Betroffenen oder aufgrund Nachweises der Unrichtigkeit des Grundbuchs, wobei derjenige, der die Grundbuchberichtigung betreibt, unter diesen beiden Möglichkeiten die Wahl hat (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 360). Da auch für die Berichtigungsbewilligung das formelle Konsensprinzip des § 19 GBO gilt (BeckOK-GBO/Holzer, 25. Ed., § 22, Rn. 69), hat das GBA das tatsächliche Vorliegen der Voraussetzungen der Unrichtigkeit bei Berichtigung aufgrund Bewilligung grundsätzlich nicht weiter zu prüfen.

Änderungen im Gesellschafterbestand einer GbR werden im Hinblick auf die Eintragung der GbR in das Grundbuch auf Grundlage der Regelungen der §§ 899 a BGB, 47 Abs. 2 GBO nicht als Änderung der internen gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse behandelt, sondern wie eine Änderung der rechtlichen Verhältnisse am Grundstück (BGH NJW 2011, 615, 617). Daraus folgt, dass eine Änderung des Gesellschafterbestandes einer GbR, die über Grundeigen-

tum verfügt, im Wege der Grundbuchberichtigung in das Grundbuch umzusetzen ist, obwohl die (rechtsfähige) GbR tatsächlich weiterhin Eigentümer ist. Das Grundbuch wird demnach hinsichtlich der Gesellschafter als unrichtig behandelt (OLG Zweibrücken FGPrax 2010, 22, 23). Schwierigkeiten bereitet bei dieser Berichtigung insbesondere die Frage, wer – vorausgesetzt man kann oder möchte den Nachweis der Unrichtigkeit nicht führen – die Berichtigungsbewilligung abzugeben hat: Nur der übertragende und der übernehmende Teil als unmittelbar Betroffene oder auch alle übrigen Gesellschafter als zumindest mittelbar Betroffene.

Das Kammergericht hat diese Frage unlängst dahingehend beantwortet, dass bei Übertragung eines Gesellschaftsanteils einer GbR von einem Gesellschafter auf einen Mitgesellschafter zur Berichtigung des Grundbuchs durch Löschung des ausscheidenden Gesellschafters dessen Bewilligung genüge, es somit der Bewilligung der verbliebenen Gesellschafter nicht bedürfe (Beschluss vom 30. 4. 2015 – 1 W 466/15; FGPrax 2015, 153, m. Anm. Bestelmeyer = ZfIR 2015, 719, m. Anm. Böttcher = RNotZ 2015, 460 (LS)). Das OLG München hat sich dieser Auffassung im vorliegenden Fall nicht angeschlossen. Es ist vielmehr der Auffassung, bei Eintragung eines Gesellschafterswechsels, der auf rechtsgeschäftlicher Übertragung des Gesellschaftsanteils beruht, seien sämtliche im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter formell mitbetroffen, so dass auch deren Bewilligung vorzulegen sei. Die rechtliche Betroffenheit der Mitgesellschafter ergebe sich dabei allein schon daraus, dass materiellrechtlich für eine rechtsgeschäftliche Übertragung eines Gesellschaftsanteils die Zustimmung aller Mitgesellschafter erforderlich sei. Entsprechend ist auch eine Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises nach Auffassung des OLG hier nicht möglich, da insoweit die naheliegende Möglichkeit bestehe, dass die im Gesellschaftsvertrag enthaltene erbrechtliche Nachfolgeklausel eine Übertragung des Gesellschaftsanteils unter Miterben eines verstorbenen Gesellschafters nicht mit erfasse.

Die Schriftleitung (JT)

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 1) bis 4) sind „in Erbengemeinschaft“ nach der am 3. 10. 2011 verstorbenen G. E., der Alleinerbin eines von ursprünglich 12 Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), neben den übrigen Gesellschaftern bzw. deren Erben und Erbeserben mit dem weiteren Zusatz „als Gesellschafter des Bürgerlichen Rechts“ im Grundbuch eingetragen. Die Wirtschaftsart des Grundbesitzes mit einer Größe von 1,3 ha ist in Spalte 3 des Grundbuchs mit „Nadelwald“ angegeben.

Im privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag (GV) vom 1. 12. 1971 haben die Gesellschafter die Nutzung des Grundstücks wie folgt geregelt (§ 2 GV):

1. Jedem Gesellschafter steht an dem Grundstück je ein gleich großer Anteil zur gesamten Hand zu.
2. Der beiliegende Lageplan soll die Anteile optisch bezeichnen. Im Falle einer Realteilung wird entsprechend verfahren.

Dem Gesellschaftsvertrag ist ein Lageplan beigelegt, wonach jedem Gesellschafter eine Teilfläche von etwa gleicher Größe zur alleinigen Nutzung zugewiesen ist. Eine Realteilung des Grundstücks ist nicht erfolgt.

Für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters bestimmt § 4 Ziff. 6 GV:

Soweit ein Erbfall eintritt, wird die Gesellschaft mit dem oder den Erben fortgesetzt.

Bei mehreren Erben haben diese einen Bevollmächtigten zu bestimmen.

§ 5 GV stellt die Übertragung von Gesellschaftsanteilen unter Zustimmungsvorbehalt und legt fest:

1. Bei Übertragung von Anteilen ist die Zustimmung der übrigen Gesellschafter mit einer Mehrheit von 9/12 erforderlich.
2. Dies gilt nicht im Erbfall. Im Übrigen kann die Zustimmung nur aus einem wichtigen Grund versagt werden.

Zu notarieller Urkunde, bezeichnet als Erbanteilsübertragung, vom 13. 5. 2014 stellten die Bet. fest, dass der Nachlass nach der Erblasserin G. E. in vollem Umfang auseinandergesetzt sei „mit Ausnahme des nachstehend aufgeführten Anteils an dem dort beschriebenen Grundbesitz“. Die aus den Bet. bestehende Erbengemeinschaft sei in den Gesellschaftsanteil der Erblasserin „bezüglich dieses Grundbesitzes“ eingetreten. Sodann vereinbarten die Bet. Überlassung und Übertragung in der Weise, dass die Bet. zu 1) bis 3) jeweils ihren vorbezeichneten Erbteil bezüglich des Anteils an der GbR mit allen Rechten und Pflichten an die Bet. zu 4) zur Alleinberechtigung überlassen, der jeweilige Veräußerer den jeweiligen Erbteil auf die Erwerberin mit sofortiger dinglicher Wirkung überlässt sowie überträgt und die Erwerberin die Übertragung annimmt.

Gleichzeitig bewilligten und beantragten die Bet. die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbteilsübertragung. Dem Urkundsnotar erteilten sie Vollmacht, (unter anderem) Grundbuchbewilligungen jeder Art abzugeben sowie Anträge zu stellen und zu ändern.

Der Notar hat für die Bet. den Vollzug der Berichtigung im Grundbuch beantragt.

Nachdem das GBA mit Zwischenverfügung vom 19. 8. 2014 zunächst beanstandet hatte, dass der Gesellschafteranteil nicht zum Nachlass der Erblasserin gehöre und eine Erbteilsübertragung somit nicht stattfinden könne, stellte der Notar unter Bezugnahme auf die ihm erteilte Vollmacht zur Urkunde vom 26. 1. 2015 namens der Bet. fest, diese hätten mit dem beurkundeten Rechtsgeschäft das Ziel verfolgt, dass Berechtigte des Gesellschaftsanteils der Erblasserin allein die Bet. zu 4) sein solle. Die zur Vorurkunde abgegebenen Erklärungen seien daher so zu verstehen, dass die Bet. zu 1) bis 3) ihre durch Sondererfolge entstandenen Berechtigungsanteile an der GbR auf die Bet. zu 4) übertragen und abtreten. Namens der Bet. wurde die Eintragung der Bet. zu 4) mit einem Gesellschaftsanteil von 1/12 und diesbezüglich Berichtigung des Grundbuchs auf die Bet. zu 4) allein bewilligt und beantragt.

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 5. 2. 2015 hat das GBA nun als Eintragungshindernis – soweit im Beschwerdeverfahren noch von Bedeutung – die fehlende Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter mit einer Mehrheit von 9/12 angeführt. Gleichzeitig hat es dem Notar aufgegeben, die Gesellschafter zur Angabe ihrer Beteiligungsquote anzuhalten, damit das Erreichen des erforderlichen Quorums überprüft werden könne. Außerdem solle er angeben, dass kein weiterer „Gesellschaftervertrag“ geschlossen wurde.

Gegen die Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde der Bet.

Sie machen geltend, dass der Grundbuchinhalt im Widerspruch zu ihrer quotalen Beteiligung an der Gesellschaft stehe. Darüber hinaus sei der Gesellschaftsvertrag dahingehend auszulegen, dass eine Zustimmung der übrigen Mitgesellschafter zur Übertragung von Anteilen jedenfalls dann nicht erforderlich sei, wenn diese unter den Miterben einer Erbengemeinschaft stattfinde. Würde sich § 5 Ziff. 1 GV nur auf die Sondererfolge im Erbfall selbst beziehen, hätte die Bestimmung keinen Anwendungsbereich.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen; das von den Bet. präferierte Verständnis sei nicht hinreichend sicher aus dem Gesellschaftsvertrag ableitbar.

Aus den Gründen:

II. Das Rechtsmittel hat im Ergebnis keinen Erfolg.

1. Gegen die ergangene Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist die unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPfIG mit § 71 Abs. 1 GBO; Demharter, GBO, 29. Aufl., § 71 Rn. 1 und 12). Als Bf. sind sämtliche Ast. laut der dem Berichtigungsantrag zugrundeliegenden Notarurkunde und somit die Bet. zu 1) bis 4) anzusehen (Demharter, § 15 Rn. 20). Die in zulässiger Weise durch den urkundlich bevollmächtigten Notar vertretenen Bet. sind auch beschwerdeberechtigt, da sie teils als verlierender, teils als gewinnender Part der erstrebten Grundbuchberichtigung gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 GBO antragsberechtigt sind.

2. In der Sache ist die Beschwerde im Wesentlichen unbegründet. Der Erlass einer fristsetzenden Zwischenverfügung zur Behebung der aufgezeigten Hindernisse war verfahrensrechtlich zulässig. Alle noch gegenständlichen Beanstandungen, auf deren Prüfung das Beschwerdegericht beschränkt ist (BayObLGZ 1967, 408), stehen der Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Bet. zu 4) als Gesellschafterin entgegen. Veranlasst ist lediglich eine Klarstellung im Hinblick auf die teils missverständliche Fassung der Zwischenverfügung, die nicht zweifelsfrei erkennen lässt, ob die Mitwirkung von Bet. und Mitgesellschaftern erforderlich ist oder Angaben des Notars genügen, um den Mangel auszuräumen (vgl. Bauer/von Oefele/Wilke, GBO, 3. Aufl., § 18 Rn. 18).

Der Mangel des Antrages kann mit rückwirkender Kraft geheilt werden

a) Wegen eines Eintragungshindernisses darf eine Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 S. 1 GBO) nur ergehen, wenn der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann; denn andernfalls würde dem Antrag infolge der rangwahrenden Wirkung der Zwischenverfügung (Bauer/von Oefele/Wilke, § 18 Rn. 21 a) ein Rang zugewiesen, der ihm nicht zukommt (BGH Rpfleger 2014, 580, 581; NJW 2014, 1002; Senat vom 2. 4. 2015, 34 Wx 482/14, juris Rn. 15; OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 1137, 1138; Demharter, § 18 Rn. 8). Diese Voraussetzung ist hinsichtlich der Beanstandungen des GBA erfüllt. Nachträgliche Zustimmungserklärungen (§ 182 Abs. 1 BGB) von Mitgesellschaftern zur dinglichen Übertragung von Gesellschaftsanteilen (§§ 413, 398 BGB) wirken gemäß § 184 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts zurück. Sie verleihen der bis dahin schwebend unwirksamen

(BGH NJW 1954, 1155; Palandt/Sprau, BGB, 74. Aufl., § 719 Rn. 6; Keller, MittBayNot 2007, 96, 98) Anteilsübertragung Rechtswirkung rückwirkend auf den Zeitpunkt der Anteilsabtretung (MünchKomm/Schäfer, BGB, 6. Aufl., § 719 Rn. 38; OLG München – 31. Zivilsenat – Rpfleger 2008, 643).

Die Berichtigung des Grundbuchs ist aufgrund Berichtigungsbewilligung oder Unrichtigkeitsnachweis möglich

b) Das Grundbuch kann auf der Basis von Berichtigungsbewilligungen bei lediglich schlüssiger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit (§ 19 GBO) oder aufgrund grundsätzlich lückenlosen, besonders formalisierten Nachweises der die Unrichtigkeit des Grundbuchs bedingenden Tatsachen (§ 22 GBO) berichtigt werden (Bauer/v. Oefele/Kohler, § 22 Rn. 7). Vorliegend sind weder die Voraussetzungen der ersten noch die der zweiten Alternative erfüllt.

(1) Für den ersten Weg fehlt es an den erforderlichen Bewilligungen der übrigen im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter der GbR, deren Beteiligung an der Gesellschaft wegen § 899 a BGB (Art. 229 § 21 EGBGB) vermutet wird (Senat vom 7. 9. 2010, 34 Wx 100/10 = FGPrax 2010, 279; vom 14. 1. 2011, 34 Wx 155/10 = FGPrax 2011, 66; OLG Karlsruhe FGPrax 2012, 247 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 4269); die von den Bet. zu 1) bis 4) abgegebenen Bewilligungen stellen keine ausreichende Eintragunggrundlage dar.

Formell Betroffene sind bei Eintragung eines Gesellschafterwechsels, der sich durch rechtsgeschäftliche Übertragung des Gesellschaftsanteils vollzogen hat, sämtliche Gesellschafter, wie sie im Grundbuch verlaubar sind

aa) In formeller Hinsicht ist für die (berichtigende) Grundbucheintragung die Bewilligung (§ 19 GBO) auch derjenigen erforderlich, deren grundbuchmäßige Rechtsstellung von der Eintragung formell mitbetroffen wird, mithin auch die Bewilligung derjenigen Betroffenen, deren Buchposition durch die Berichtigung nur möglicherweise eine Beeinträchtigung erfährt (allg. M.; BGHZ 91, 343, 346 m. w. N.; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl., § 19 Rn. 35 ff., § 22 Rn. 105, 107; Bauer/v. Oefele/Kohler, § 22 Rn. 18). Das sind jedenfalls bei Eintragung eines Gesellschafterwechsels, der sich durch rechtsgeschäftliche Übertragung des Gesellschaftsanteils vollzogen hat, sämtliche Gesellschafter, wie sie im Grundbuch verlaubar sind (Senat vom 1. 12. 2010, 34 Wx 119/10 = ZIP 2011, 466; OLG Zweibrücken NJW 2010, 384, 385; FGPrax 2012, 247; OLG Frankfurt vom 31. 5. 2011, 20 W 444/10 Rn. 15, juris; ähnlich OLG Köln FGPrax 2013, 150; Schöner/Stöber, Rn. 4270 und 4272; Demharter, § 47 Rn. 30; Hügel/Reetz, BeckOK Stand 1. 4. 2015 § 47 Rn. 101; Böhringer, Rpfleger 2013, 433, 439).

Nichts anderes gilt, wenn – wie hier – der Gesellschaftsanteil nicht an einen außenstehenden Dritten, sondern an einen Mitgesellschafter übertragen wurde (OLG Zweibrücken NJW 2010, 384, 385 und FGPrax 2012, 247; a. A. KG MDR 2015, 719). Die gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO vorzunehmende Eintragung aller Ge-

sellschafter in das Grundbuch dient nicht lediglich der Identifizierung der grundbesitzenden Gesellschaft, sondern bildet gemäß § 47 Abs. 2 S. 2 GBO Grundbuchinhalt mit den sich hieran anknüpfenden verfahrens- und materiellrechtlichen Konsequenzen. Die Eintragung begründet eine materiellrechtliche (gemäß § 899 a S. 1 BGB positive und negative) Vermutung hinsichtlich der Gesellschafterstellung, so dass an die Eintragung die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 892 ff. BGB geknüpft werden kann (vgl. BT-Drucks. 16/13437 Seite 24). Für die grundbuchmäßige Behandlung von Änderungen im Gesellschafterbestand trifft § 47 Abs. 2 S. 2 GBO eine Regelung, mit der nach der Vorstellung des Gesetzgebers die frühere, vor Anerkennung der Grundbuchfähigkeit der GbR geübte Grundbuchpraxis im Wesentlichen unverändert beibehalten werden kann (BT-Drucks. 16/13437 Seite 24). Nach alledem bekundet wie bisher die Buchposition der eingetragenen Gesellschafter nicht nur deren Identität, sondern auch deren Zusammenschluss als Gesellschafter in einer GbR. Bereits aus der Buchposition ergibt sich daher die rechtliche Betroffenheit aller übrigen Mitgesellschafter, die darin gründet, dass materiellrechtlich für eine rechtsgeschäftliche Übertragung eines Gesellschaftsanteils die vorherige oder nachträgliche Zustimmung aller Mitgesellschafter erforderlich ist (MünchKomm/Schäfer, § 719 Rn. 27; Staudinger/Habermeier, BGB, Bearb. 2003, § 719 Rn. 8–10; Palandt/Sprau, § 719 Rn. 6 a; § 736 Rn. 1, 7 f.). Ist aber nach materiellem Recht für die Rechtsänderung die Zustimmung des dinglich Berechtigten notwendig, so bedarf es auch grundbuchrechtlich dessen Eintragungsbewilligung (BGHZ 91, 343, 346). Daran, dass im Grundbuchberichtigungsverfahren neben der Berichtigungsbevolligung des übertragenden sowie des übernehmenden Gesellschafter auch die Bewilligungen aller übrigen Mitgesellschafter vorzulegen sind (vgl. aus der früheren Rechtsprechung OLG Frankfurt FGPrax 1996, 126 f.; auch Demharter, GBO, 27. Aufl., § 22 Rn. 15; Wenz, MittRhNotK 1996, 377, 384; Zimmermann, BWNotZ 1995, 73, 82), hat sich durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR (BGHZ 146, 341 ff.) mithin nichts geändert.

Anderes mag gelten für ein – bereits im Gesellschaftsvertrag bedachtes – Ausscheiden eines Gesellschafter unter Anwachsen seines Anteils bei den verbliebenen Gesellschaftern (vgl. hierzu Senat vom 29. 1. 2013, 34 Wx 370/12 = FGPrax 2013, 64; KG MittBayNot 2012, 219; OLG Jena NJW-RR 2011, 1236; a. A. Hügel/Reetz, § 47 Rn. 103). Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor.

Eine Erbteilsübertragung war mangels gesamthänderisch gebundenen Nachlasses nicht mehr möglich

bb) Nur eine solche einzelobjektbezogene Anteilsübertragung gemäß §§ 413, 398 BGB, nicht hingegen eine Erbteilsübertragung gemäß § 2033 Abs. 1 BGB kann Grundlage eines Anteilserwerbs der Bet. zu 4) sein. Die Erbteilsübertragung als solche war zum Zeitpunkt ihrer Vereinbarung schon deshalb inhaltsleer, weil gesamthänderisch gebundener Nachlass zu diesem Zeitpunkt infolge der bereits zuvor durchgeführten Auseinandersetzung des Gesamthandvermögens nicht mehr existierte.

Eine Erbteilsübertragung ist aber in zeitlicher Hinsicht nur so lange möglich, als hinsichtlich mindestens eines Gegenstands noch eine gesamthänderische Bindung besteht (BGH NJW 1969, 92; OLG Hamm DNotZ 66, 745/746 f.; OLG Düsseldorf NJW 1977, 1828; MünchKomm/Gergen, § 2033 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 2033 Rn. 1; Keller, MittBayNot 2007, 96). Der Anteil an der GbR gehörte, obwohl er als Teil des von der Erblasserin hinterlassenen Vermögens in den Nachlass fiel (BGHZ 108, 187, 192; BGH NJW 1996, 1284, 1285), nicht zum Gesamthandvermögen der Erbengemeinschaft. Vielmehr erwarben die Bet. zu 1) bis 4) aufgrund der einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel des Gesellschaftsvertrags je persönlich einen ihrer Erbquote entsprechenden Teil der Gesellschaftsbeteiligung im Wege der Sondererbfolge (BGH NJW 1986, 2432; NJW-RR 1991, 837, 839; NJW 1999, 571; OLG Hamburg vom 22. 1. 2008, 2 U 35/04, juris Rn. 255 mit BGH vom 15. 7. 2009, IV ZR 29/08, juris; MünchKomm/Schäfer § 727 Rn. 31–33; Palandt/Weidlich, § 2032 Rn. 8 und § 1922 Rn. 18 f.; Ivo, ZEV 2004, 499 ff.; Böhringer, Rpfleger 2013, 433, 437 f.).

An dieser materiellen Rechtszuordnung ändert sich nichts durch die hiervon abweichende fehlerhafte Eintragung der Bet. als Erbengemeinschaft im Grundbuch. Mit der Vorlage des privatschriftlichen, eine erbrechtliche Fortsetzungsklausel enthaltenden Gesellschaftsvertrags ist – trotz des grundsätzlich strengen Formerfordernisses gemäß § 29 GBO im Grundbuchverfahren (vgl. BayObLGZ 1991, 301, 305; zum Streitstand Böhringer, Rpfleger 2013, 433/434 m. w. N.) – der Nachweis geführt, dass die Erben des ursprünglichen Gesellschafters gemäß ihrer Erbquote in die Gesellschafterstellung nachgerückt sind. Der Senat entnimmt dies trotz des Alters des Gesellschaftsvertrags von mehr als 40 Jahren dem Umstand, dass in allen Erbfällen seit Gesellschaftsgründung – das sind 12 Erbfälle im Zeitraum von 1978 bis 2014 – in dieser Weise verfahren wurde und kein Gesellschafter der Behandlung widersprochen oder die Richtigkeit des Grundbuchs in Zweifel gezogen hat.

cc) Dass es sich bei dem beurkundeten Rechtsgeschäft der Sache nach um eine rechtsgeschäftliche Übertragung der durch Singularsukzession entstandenen Gesellschaftsanteile der Bet. zu 1) bis 3) auf die Bet. zu 4) und bei der Bezeichnung als Erbteilsübertragung um eine unschädliche Falschbezeichnung (falsa demonstratio) handelt, ergibt sich durch Auslegung der beurkundeten Erklärungen gemäß § 133 BGB unter Berücksichtigung des von den Bet. übereinstimmend verfolgten Ziels. Die vom Notar für die Bet. abgegebene Erklärung zur Auslegung stimmt hiermit überein.

Zur Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Gesellschaftsanteile bedarf es bei dieser Sachlage mithin der Bewilligung aller (übrigen) Gesellschafter.

Die Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ist nicht möglich, da nicht nachgewiesen ist, dass die Bet. zu 4) die Gesellschaftsanteile der Bet. zu 1) bis 3) rechtswirksam erworben hat

(2) Auch die Voraussetzungen für den zweiten Weg sind nicht erfüllt. Die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 Abs. 1 GBO setzt neben dem Nachweis der Unrichtigkeit voraus, dass der Ast. alle Möglichkeiten ausräumt, die der Richtigkeit der beantragten neuen Eintragung entgegenstehen würden (BayObLGZ 1991, 301, 302; BayObLG Rpfleger 1992, 19; OLG Hamm Rpfleger 1989, 148; Demharter, § 22 Rn. 37; Bauer/v. Oefele, § 22 Rn. 171 und 174). Das unrichtig gewordene Grundbuch darf nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten Rechtszustand insgesamt richtig wiedergibt (BayObLG NJW-RR 1995, 272; OLG Schleswig FGPrax 2012, 62 LS 1). Zwar wurde das Grundbuch infolge der erbrechtlichen Nachfolge in das Vermögen der Erblasserin (§ 1922 Abs. 1 BGB) und des Weiteren infolge der Bezeichnung des Rechtsverhältnisses unter den Verfahrensbeteiligten (§ 47 Abs. 1 GBO) als Erbengemeinschaft unrichtig. Hingegen ist nicht nachgewiesen, dass die Bet. zu 4) die Gesellschaftsanteile der Bet. zu 1) bis 3) rechtswirksam erworben hat.

aa) Die gegenständliche Alteintragung im Grundbuch weist gemäß § 47 Abs. 2 GBO i. V. m. Art. 229 § 21 EGBGB die GbR als unmittelbare Rechtsträgerin aus (BGH NJW 2006, 3716), welche gemäß dem Gesellschaftsvertrag unberührt vom Ausscheiden einzelner Gesellschafter fortgesetzt wird und somit Eigentümerin geblieben ist. Das Grundbuch wird aber wegen § 47 Abs. 2 GBO bei unzutreffender Bezeichnung der Gesellschafter (§ 899 a BGB) als unrichtig (§ 22 GBO, § 894 BGB) behandelt mit der Folge, dass die Berichtigung des Gesellschafterbeschreibs im Grundbuch entsprechend § 22 GBO zulässig ist (Senat vom 29. 1. 2013, 34 Wx 370/12 = FGPrax 2013, 64; Bauer/v. Oefele/Kohler, § 22 Rn. 118 und 120 – 122).

bb) Der Nachweis eines Gesellschafterwechsels von den Bet. zu 1) bis 3) auf die Bet. zu 4) als Voraussetzung für die beantragte Berichtigungseintragung ist nicht geführt. An dessen Erbringung sind strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Wahrscheinlichkeitsgrad genügt nicht. Freilich brauchen ganz entfernte Möglichkeiten, welche die Richtigkeit der begehrten Eintragung in Frage stellen könnten, nicht widerlegt zu werden (BayObLGZ 1995, 413, 416; Bauer/v. Oefele, § 22 Rn. 171). Hier aber besteht die naheliegende und nicht ausgeräumte Möglichkeit, dass eine Anteilsübertragung nur mit anlassbezogener Zustimmung eines Quorums von 9/12 der aktuellen Gesellschafter rechtswirksam möglich ist (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 4272; Keller, Mitt-BayNot 2007, 96, 97 f.).

Die Übertragung der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft gemäß §§ 413, 398 BGB bedarf als dingliches Grundlagengeschäft der Zustimmung aller Mitgesellschafter, wenn sie nicht bereits im Gesellschaftsvertrag selbst in genereller Form oder für besondere Fälle zugelassen ist (BGH NJW 1954, 1155, 1156 für die GbR; BGHZ 81, 82, 84 für die KG; MünchKomm/Schäfer, § 719 Rn. 27; Baumbach/Hopt, HGB, 36. Aufl., § 105 Rn. 70; DNotl-Report 1997, 59, 60). Der Gesellschaftsvertrag kann dabei auch – wie hier – Mehrheitsklauseln vorsehen (MünchKomm/Schäfer, § 719 Rn. 27 f.; Baumbach/Hopt, a.a.O.). Mit einer erbrechtli-

chen Nachfolgeklausel im Gesellschaftsvertrag ist die Zustimmung der verbleibenden Gesellschafter zur Anteilsübertragung für den Erbfall in allgemeiner Form erteilt (MünchKomm/Schäfer, § 719 Rn. 27). An diese Zustimmung sind auch die Gesellschaftererben gebunden, § 1922 BGB.

Die für den Erbfall erteilte Zustimmung in § 5 des Gesellschaftsvertrages erfasst nicht zugleich auch den Fall der Anteilsveräußerung unter Miterben

Es kommt deshalb darauf an, ob die in § 5 Ziff. 2 S. 1 GV „für den Erbfall“ generell erteilte Zustimmung auch den vorliegenden Sachverhalt der Anteilsübertragung unter Miterben umfasst. Grundsätzlich lassen sich Gesellschaftsverträge hinsichtlich derjenigen Vertragsbestandteile, welche – wie hier § 5 Ziff. 2 S. 1 GV – das personalistische Element der Gesellschaft betreffen, individuell nach den Maßstäben der §§ 133, 157 BGB auslegen (BGH NJW-RR 1991, 837, 839; NJW 1993, 3193, 3194; MünchKomm/Ulmer, § 705 Rn. 171 ff.), was es nahelegen könnte, nicht streng am formalen Wortlaut zu haften, welcher den Regelungssachverhalt eng als „Erbfall“ beschreibt. Im Grundbuchverfahren sind allerdings der Ermittlung des Parteiwillens mit Blick auf den verfahrensbeherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsunterlagen Grenzen gesetzt (BayObLGZ 1984, 122, 124; Senat vom 28. 7. 2014, 34 Wx 240/14 = FamRZ 2015, 1139). Danach darf auf die Auslegung nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Bei der Auslegung ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung der Erklärung ergibt. Entsprechend dürfen für die Auslegung Umstände außerhalb der schriftlich niedergelegten Vertragsfassung nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Umständen des Einzelfalles für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (vgl. BGHZ 92, 351, 355; BGHZ 113, 374, 378; BGH ZWE 2013, 402, 403; Senat a.a.O.; Demharter, § 19 Rn. 28 m. w. N.).

Nach diesen Maßstäben kann hier nicht davon ausgegangen werden, dass die im Gesellschaftsvertrag erteilte Zustimmung die vorliegende Anteilsübertragung umfasst.

Der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages betrifft diese Konstellation nicht. Die Bestimmung in § 5 Ziff. 2 S. 1 GV gibt einen Sinn auch in der Weise, dass die Gesellschafter ihr lediglich eine klarstellende Funktion beigemessen haben, um den Konflikt zwischen der einfachen erbrechtlichen Nachfolgeklausel gemäß § 4 Ziff. 6 GV und dem Zustimmungserfordernis gemäß § 5 Ziff. 1 GV unmissverständlich zu regeln. Bei Abschluss des Vertrags im Jahr 1971 waren die sich aus der Verzahnung von Gesellschafts- und Erbrecht bei der erbrechtlichen Nachfolge in den Gesellschaftsanteil einer Personengesellschaft ergebenden rechtlichen Probleme weit weniger durchdrungen als heute; die Meinungsbildung in Literatur und Rechtsprechung befand sich offensichtlich in einem nicht abgeschlossenen Stadium der Entwicklung (vgl. Schmidt, BWNotZ 1983, 102). Dass die Gründungsgesellschafter, zu denen auch ein Rechtsanwalt gehörte, eine Klarstellung als zweckmä-

big angesehen haben, liegt deshalb nicht fern. Dass sie darüber hinaus die rechtsgeschäftliche Übertragung unter Miterben einer Regelung unterwerfen wollten, erscheint demgegenüber schon deshalb eher zweifelhaft, weil dieser Sachverhalt mit dem Begriff des „Erbfalls“ nicht zutreffend beschrieben, sondern – auch nach dem Verständnis der Bet. – allenfalls angedeutet ist. Hätten die Gründungsgesellschafter eine generelle Zustimmung nicht nur zur Nachfolge des/der Erben in den Gesellschaftsanteil, sondern auch zur Übertragung unter den Miterben erteilen wollen, hätte es nahegelegen, eine entsprechend ausführlichere Sachverhaltsbeschreibung zu wählen und genau darzustellen, welche Übertragungsfälle unter Miterben als generell zulässig angesehen werden.

Auch über eine im Grundbuchverfahren nicht gänzlich ausgeschlossene (vgl. BGH NJW 2004, 3413; Demharter, § 19 Rn. 29, § 53 Rn. 4) ergänzende Vertragsauslegung wird kein anderes Ergebnis erzielt. Eine solche erscheint vielmehr als unzulässig, weil eine Regelungslücke nicht zweifelsfrei festgestellt werden kann. Voraussetzung wäre, dass die Gründungsgesellschafter bei Vertragsschluss die spätere Entwicklung, nämlich eine Beerbung durch mehrere Miterben, nicht in Betracht gezogen haben und die unterlassene Regelung hierauf beruht. Da aber der Eintritt einer solchen Situation in § 4 Ziff. 6 S. 1 Alt. 2 GV angesprochen und des weiteren in § 4 Ziff. 6 S. 2 GV dahingehend geregelt ist, dass die mehreren Miterben einen Bevollmächtigten zu bestellen haben, fehlen schon Anhaltspunkte für eine „planwidrige Unvollständigkeit“ (BGHZ 127, 138, 142). Daher ist es keineswegs ausgeschlossen, dass die Vertragsparteien eine weiterreichende generalisierende Regelung dazu bewusst unterlassen haben.

Die im Grundbuchverfahren verbleibenden Unklarheiten und Zweifel gehen zu Lasten der Ast. (Bauer/v. Oefele, § 22 Rn. 174).

cc) Aus diesen Gründen bedarf es eines Nachweises über das Erreichen des Zustimmungsquorums (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 4272; Bauer/v. Oefele/Kohler, § 22 Rn. 212). Die Zwischenverfügung des GBA bezeichnet die hierfür notwendigen Unterlagen, nämlich die Zustimmungserklärungen selbst nebst Angaben über die Größe des jeweiligen Gesellschaftsanteils, zutreffend.

Es ist außerdem eine Erklärung darüber erforderlich, dass der Gesellschaftsvertrag unverändert fortbesteht

dd) Darüber hinaus sind bei dem vorliegenden Sachverhalt Bestätigungserklärungen der aktuellen Gesellschafter (selbst) hinsichtlich des unveränderten Fortbestands des Gesellschaftsvertrags erforderlich.

In der Rechtsprechung werden unterschiedliche Ansichten darüber vertreten, welche tatsächlichen Umstände Anlass für eine Fortgeltungsbestätigung geben. Während das AG Stuttgart mit Beschluss vom 28. 3. 1967 das Verlangen eines Fortbestehensnachweises bei einem notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag für „überspitzt“ gehalten hatte (BWNotZ 1967, 214), entschied das LG Tübingen am 22. 12. 1981, dass bei einem ca. drei Jahre alten, notariell beurkundeten

Gesellschaftsvertrag schon wegen des seit Vertragsabschluss verstrichenen Zeitraums ein formgerechter Nachweis über die Fortgeltung zu erbringen sei (BWNotZ 1982, 168, 169). In Abgrenzung hierzu befand das LG Tübingen am 15. 1. 1986 in Bezug auf eine kapitalistisch organisierte GbR, dass eine Abänderung des Gesellschaftsvertrags in Anbetracht der faktischen Schwierigkeiten einer Vertragsänderung, resultierend aus dem Erfordernis der Einstimmigkeit aller Gesellschafter, und unter Berücksichtigung der Interessenlage der Gesellschafter als äußerst entfernt liegende und daher nur theoretische Möglichkeit anzusehen sei (BWNotZ 1986, 69 f.).

Die letztgenannten Entscheidungen wurden in der Literatur teils positiv aufgenommen. Ausgehend von einem Erfahrungssatz, wonach Gesellschaftsverträge wegen eines fortlaufenden Anpassungsbedarfs an die aktuellen personellen und finanziellen Verhältnisse einem häufigeren Wandel unterworfen seien, dürfe nach allgemeiner Lebenserfahrung ein unverändertes Fortbestehen des Gesellschaftsvertrags nach Ablauf von „mehreren Jahren“ nicht mehr angenommen werden (Meikel/Böttcher, § 22 Rn. 124; Bauer/v. Oefele/Kohler, § 22 Rn. 212; DNotI-Report 2001, 80/81). Demgegenüber wird aber auch die Ansicht vertreten, dass ein Fortgeltungsnachweis nur verlangt werden könne, wenn wegen konkreter Tatsachen und nicht schon wegen der bloß theoretischen Möglichkeit einer – nur einstimmig möglichen – Vertragsänderung Zweifel am unveränderten Fortbestand bleiben (Hügel/Wilsch, GBO, 2. Aufl., § 35 Rn. 143; Bauer/v. Oefele/Knothe, § 29 Rn. 59 a a. E.; Jaschke, DNotZ 1992, 160, 163; vgl. auch Senat vom 24. 10. 2014, 34 Wx 176/14 = Rpfleger 2014, 198, 199; BayObLGZ 1997, 307, 310 m. w. N., jeweils für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung).

Schon der Umstand, dass die gegenständliche GbR – wie ihrem Wesen entsprechend üblich – personalistisch geprägt ist, rechtfertigt nach einem gewissen Zeitablauf nicht mehr die Annahme, dass der Gesellschaftsvertrag unverändert fortbesteht. Während die jahrzehntelange Beibehaltung der erbrechtlichen Fortsetzungsklausel aus dem Grundbuchinhalt selbst hervorgeht und insoweit Zweifel an der unveränderten Fortgeltung nicht angezeigt sind (siehe oben zu 2. b) (1) bb)), bestehen doch wegen gleichfalls aus dem Grundbuch ersichtlichen tatsächlichen Umständen Bedenken gegen die Annahme, der Gesellschaftsvertrag gelte auch in seinem übrigen Inhalt unverändert fort. An die Stelle der ursprünglich 12 Gesellschafter sind in der Zwischenzeit infolge mehrfacher Erbgänge 30 Personen getreten. Schon die mit dieser Entwicklung verbundene Vermehrung der Gesellschaftsanteile, welche das Zusammenwirken der Gesellschafter zunehmend erschwert, können nach der Lebenserfahrung Anlass dafür geben, die Gesellschaftsgrundlage neu zu regeln. Aus der Grundakte ist zudem nichts dafür ersichtlich, dass die Gesellschafter nach der Bestimmung in § 5 S. 2 GV verfahren. Auch die Bet. selbst haben offenbar keinen Bevollmächtigten bestellt. Dass der Gesellschaftsvertrag vollständig mit dem ursprünglichen Inhalt fortbesteht, kann bei dieser Sachlage aus tatsächlichen Gründen nicht angenommen werden. Deshalb bedarf es einer Erklärung aller eingetragenen ursprüng-

lichen Gesellschafter sowie der Erben und Erbeserben (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2012, 62/63) über den aktuellen Inhalt des Gesellschaftsvertrags. Da dessen ursprünglicher Inhalt mit dem privatschriftlichen Vertrag hinreichend nachgewiesen ist und bei Fehlen einer nachträglichen Abänderung fortgilt, wäre es allerdings auch ausreichend, wenn die Gesellschafter übereinstimmend erklären, von einer Änderung keine Kenntnis zu haben.

Die Zustimmungserklärungen und die weiteren Erklärungen über tatsächliche Umstände sind in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO, also durch öffentliche Urkunde, nachzuweisen, da es sich nicht um Erklärungen i. S. v. § 29 Abs. 1 S. 1 GBO handelt (Senat vom 7. 9. 2010, 34 Wx 100/10 = FGPrax 2010, 279/280; vgl. zum Formerfordernis beim Nachweis der – abgeänderten – Vertretungsbefugnis eines GbR-Gesellschafters OLG Celle MDR 2013, 770).

III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Ihre – klarstellende – Notwendigkeit folgt aus § 25 GNotKG.

Den Geschäftswert bestimmt der Senat nach §§ 61, 36 Abs. 1 GNotKG. Der Wert einer Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung bemisst sich zwar nach dem Schwierigkeitsgrad der Beseitigung des Hindernisses. Der Senat begrenzt den Wert aber nach dem Wert der beantragten Eintragung, wie er sich hier aus der Angabe in der Notarsurkunde ergibt.

IV. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen, weil die obergerichtliche Rechtsprechung an die Eintragung eines Gesellschafterwechsels im Grundbuch unterschiedliche Anforderungen stellt. Die Frage, ob und in welchem Umfang ein nicht in der Form des § 29 GBO geschlossener Gesellschaftsvertrag im Grundbuchverfahren den Nachweis erbringt, dass er seinem Inhalt nach unverändert fortbesteht, ist ebenfalls höchstrichterlich bisher ungeklärt (§ 78 Abs. 2 S. 1 Nrn. 1 und 2 GBO).

3. Familienrecht – Zur Abgrenzung von Vermögen und Einkünften im Rahmen des § 1374 Abs. 2 BGB (OLG Celle, Beschluss vom 28. 7. 2015 – 17 UF 63/15)

BGB §§ 1374 Abs. 2; 1378

Werden der Ehefrau mehrere Monate vor Zustellung des Scheidungsantrags des Ehemannes von verschiedenen gemeinnützigen Stiftungen zweckgebunden Geldmittel zur Anschaffung eines zum Transport des gemeinsamen schwerbehinderten Sohnes der Ehegatten geeigneten PKW (VW Caddy) schenkweise zugewandt, so ist der Gesamtbetrag der Zuwendungen (16 900,- €) gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen der Ehefrau hinzuzurechnen.

Zur Einordnung:

Die Entscheidung des OLG Celle befasst sich mit der Abgrenzung von Vermögen und Einkünften im Rahmen der Feststellung des Anfangsvermögens gem.

§ 1374 Abs. 2 BGB bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs nach § 1373 BGB.

Übersteigt der Zugewinn des einen Ehegatten den Zugewinn des anderen, so steht die Hälfte des Überschusses dem anderen Ehegatten als Ausgleichsforderung zu (§ 1378 Abs. 1 BGB). Gem. § 1373 BGB ist Zugewinn der Betrag, um den das Endvermögen eines Ehegatten das Anfangsvermögen übersteigt. Anfangsvermögen ist das Vermögen, das einem Ehegatten nach Abzug der Verbindlichkeiten beim Eintritt des Güterstandes gehört (§ 1374 Abs. 1 BGB). Nach § 1374 Abs. 2 BGB wird Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung (sog. privilegiertes Vermögen) erwirbt, nach Abzug der Verbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzugerechnet, soweit es nicht den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist. Durch diese Hinzurechnung von privilegiertem Vermögen zum Anfangsvermögen ist dieser Erwerb nicht ausgleichspflichtig. Hintergrund ist, dass der Erwerb dieses privilegierten Vermögens auf einer besonderen persönlichen Beziehung des Erwerbers zum Zuwendenden oder auf ähnlichen persönlichen Umständen beruht (BGHZ 170, 324, 330; 157, 379, 386).

Die Einschränkung des § 1374 Abs. 2 BGB, dass privilegierter Erwerb nur insoweit dem Anfangsvermögen hinzugerechnet wird, als er „nicht den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen“ ist, dient der Abgrenzung zwischen solchen Zuwendungen, die zum Verbrauch bestimmt sind, also der Deckung des laufenden Lebensbedarfs dienen, oder die die Vermögensbildung fördern sollen (BGHZ 101, 229, 234; BGH RNotZ 2014, 132; OLG Koblenz FamRZ 2006, 1839; OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 236; MünchKomm-BGB/Koch, 6. Aufl. 2013, § 1374 Rn. 27). Denn nach der Zielsetzung des Zugewinnausgleichs soll grundsätzlich nur ein Vermögenszuwachs ausgeglichen werden. Damit soll Verzerrungen der Zugewinnausgleichsbilanz entgegengewirkt werden, die sich aus der künstlichen Erhöhung des Anfangsvermögens durch die zum Verbrauch bestimmten Zuwendungen ergeben können. Das ist im Einzelfall unter Berücksichtigung des Anlasses der Zuwendung, der Absichten des Zuwendenden und der wirtschaftlichen Verhältnisse des Empfängers zu entscheiden (BGHZ 101, 229, 234). Soweit Zuwendungen der Deckung des laufenden Lebensbedarfs dienen, fallen sie daher aus dem Anwendungsbereich des § 1374 Abs. 2 BGB hinaus (Palandt/Brudermüller, 74. Aufl. 2015, § 1374 Rn. 18); das gilt auch, soweit es sich um einmalige Zuwendungen handelt. Darunter fallen z. B. Haushaltszuschüsse, Zahlungen zur Finanzierung eines Urlaubs, eines Führerscheins oder der Wohnungseinrichtung (MünchKomm-BGB/Koch, 6. Aufl. 2013, § 1374 BGB Rn. 27). Auch ein zur Fahrt zur Arbeitsstätte benötigter PKW kann dem laufenden Lebensbedarf dienen und muss deshalb nicht i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert sein (OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 236).

Im vorliegenden Fall nahm das OLG Celle keine „Ein-

künfte“ an, sondern rechnete den Gesamtbetrag der Zuwendungen von verschiedenen gemeinnützigen Stiftungen zur Anschaffung eines zum Transport des schwerbehinderten Sohnes geeigneten PKW gem. § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen der Ehefrau zu. Ausschlaggebend für diese Betrachtung war dabei, dass die Stiftungen durch die verschieden großen Geldzuwendungen auch die Vermögensbildung vor Augen hatten. Zudem war keine Verzerrung des Anfangsvermögens zu befürchten, da der PKW noch mit einem nennenswerten Vermögenswert im Endvermögen der Ehefrau vorhanden gewesen war.

Das OLG Celle führt in seiner Entscheidung die Grundsätze der Berechnung des Zugewinnausgleichs aus und setzt sich detailliert damit auseinander, dass ein an sich privilegierter Erwerb dem Anfangsvermögen nicht hinzugerechnet wird, wenn er den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist.

Die Schriftleitung (AG)

Zum Sachverhalt:

I. Das Beschwerdegericht kann nach §§ 117 Abs. 3, 68 Abs. 3 S. 2 FamFG in Ehe- und Familienstreitsachen von der Durchführung eines Termins, einer mündlichen Verhandlung oder von sonstigen Verfahrensabschnitten absehen, wenn diese bereits im ersten Rechtszug vorgenommen wurden und von ihrer erneuten Durchführung keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind. Diese Voraussetzungen liegen hier vor; die bereits erfolgte Terminanberaumung durch den Senatsvorsitzenden steht dem Verfahren nach §§ 117 Abs. 3, 68 Abs. 3 S. 2 FamFG nicht entgegen (vgl. dazu BVerfG NJW 2011, 3356, 3357; OLG Düsseldorf NJW 2005, 833 f.; OLG Celle [9. Senat], Beschluss vom 6. 5. 2009 – 9 U 162/08 – BeckRS 2009, 28340 jeweils zu § 522 Abs. 2 ZPO, st. Rspr. des Senats, Senatsbeschlüsse vom 4. 7. 2011 – 17 UF 95/11, 10. 8. 2011 – 17 UF 71/11, 8. 2. 2012 – 17 UF 218/10, 5. 4. 2012 – 17 UF27/12).

II. Die Bet. nehmen sich wechselseitig auf Zugewinnausgleich in Anspruch.

Sie haben am 12. 8. 2001 geheiratet und sich am 6. 5. 2009 voneinander getrennt. Auf den am 10. 9. 2013 zugestellten Scheidungsantrag des Ag. wurde die Ehe durch Beschluss des AG – Familiengericht – L. vom 14. 1. 2014 geschieden. Die Rechtskraft der Ehescheidung ist am 1. 3. 2014 eingetreten.

Das Anfangs- und Endvermögen des Ag. ist zwischen den Bet. unstreitig. Streit besteht hinsichtlich der Frage, ob Geldgeschenke der Eltern der Ast. in Höhe von 3 500,- € am 12. 12. 2003 und 25 000,- € am 31. 10. 2010 gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen sind. Außerdem sind die Bet. unterschiedlicher Auffassung darüber, wie ein für den gemeinsamen schwerbehinderten Sohn M. der Bet. mit Hilfe von verschiedenen Stiftungsgeldern angeschafftes Kraftfahrzeug VW Caddy im Zugewinnausgleichsverfahren einzuordnen ist.

Auf den Antrag der Ast., den Ag. zu verpflichten, an sie einen Zugewinnausgleich in Höhe von 12 231,31 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. 3. 2014 zu zahlen und den Widerantrag des Ag., die Ast. zu verpflichten, an ihn einen Zugewinnausgleich in Höhe von 5 910,19 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. 3. 2014 zu zahlen, hat das AG mit der angefochtenen Entscheidung erkannt, dass der Ag. an die Ast. einen Zugewinnausgleich in Höhe von 8 845,- € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 1. 3. 2014 zu zahlen hat und hat die übrigen Anträge zurückgewiesen.

Hiergegen wendet sich der Ag. mit seiner Beschwerde und verfolgt sein erstinstanzliches Begehren weiter. Mit ihrer Anschlussbeschwerde erstrebt auch die Ast. die Zahlung des bereits erstinstanzlich begehrten Betrages in Höhe von insgesamt 12 231,31 €. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens hat die Ast. auf Nachfrage des Senats das Guthaben (zum Stichtag für das Endvermögen) auf dem bisher noch nicht berücksichtigten Girokonto Nr. ... bei der Sparkasse L. mit 17,46 € angegeben und durch Vorlage eines Kontoauszuges nachgewiesen.

Aus den Gründen:

III. Die Beschwerde des Ag. ist unbegründet, während die Anschlussbeschwerde der Ast. Erfolg hat.

Die Ast. hat gegen den Ag. gemäß § 1378 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Zahlung des von ihr geltend gemachten Zugewinnausgleichs in Höhe von 12 231,31 €, §§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, 308 Abs. 1 S. 1, 528 ZPO.

Der Zugewinn des Ag. in Höhe von 29 303,95 € übersteigt den Zugewinn der Ast. in Höhe von 4 782,07 €, so dass sich sogar ein Zugewinnausgleichsanspruch der Ast. in Höhe von 12 260,94 € ergäbe.

Es ergibt sich folgende Berechnung:

– Zugewinn des Ag. (§ 1373 BGB)

– Endvermögen (§ 1375 Abs. 1 BGB)

Aktiva

1. 1/2 Miteigentum Am W.	114 384,00 €
2. Girokonto	<u>95,64 €</u>
Aktiva	114 479,64 €

Passiva

3. 1/2 Darlehn H. Vereinsbank	43 816,94 €
4. 1/2 Darlehn Kfw	24 722,77 €
5. Darlehn E. Credit	<u>11 194,26 €</u>
Passiva	79 733,97 €

Saldo

Aktiva	114 479,64 €
Passiva	<u>-79 733,97 €</u>
Endvermögen von Ag.	34 745,67 €

– Zurechnung zum Endvermögen (§ 1375 Abs. 2 BGB)

keine	34 745,67 €
-------	-------------

– Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 1 BGB)

Aktiva

6. Lebensvers.	1 920,61 €
7. Pkw Nissan Primera	<u>5 200,00 €</u>
Aktiva	7 120,61 €

Passiva8. Girokonto 2 571,31 €Passiva 2 571,31 €**Saldo**

Aktiva 7 120,61 €

Passiva -2 571,31 €

Anfangsvermögen von Ag. 4 549,30 €

umgerechnet: * 106,1/88,7 (Basis 2010) 5 441,72 €

- Zurechnung zum Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 2 BGB)

keine

- Zusammenfassung:

Endvermögen von Ag.: 34 745,67 €

abz. Anfangsvermögen von Ag.: -5 441,72 €

Zugewinn: 29 303,95 €

- Zugewinn der Ast. (§ 1373 BGB)**- Endvermögen (§ 1375 Abs. 1 BGB)****Aktiva**

9. Sparbuch . . . 563,49 €

10. Sparbuch . . . 304,96 €

11. 1/2 Miteigentum Am W. 114 384,00 €

12. L. Bausparvertrag 308,55 €

13. Pkw VW Caddy 17 000,00 €

14. Kto. . . . SK 17,46 €

Aktiva 132 578,46 €

Passiva

15. 1/2 Darlehn H. Vereinsbank 43 816,94 €

16. 1/2 Darlehn K. 24 722,77 €

17. Girokonto . . . 379,23 €

Passiva 68 918,94 €

Saldo

Aktiva 132 578,46 €

Passiva -68 918,94 €

Endvermögen von Ast. 63 659,52 €

- Zurechnung zum Endvermögen (§ 1375 Abs. 2 BGB)

keine

63 659,52 €

- Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 1 BGB)**Aktiva**

18. Sparbuch . . . 599,26 €

19. Sparbuch . . . 2 786,33 €

20. Girokonto . . . 623,66 €

21. Pkw Nissan Micra 3 900,00 €

Aktiva 7 909,25 €

Passiva

Passiva 0,00 €

Saldo

Aktiva 7 909,25 €

Passiva 0,00 €

Anfangsvermögen von Ast. 7 909,25 €

umgerechnet: * 106,1/88,7 (Basis 2010) 9 460,78 €

- Zurechnung zum Anfangsvermögen (§ 1374 Abs. 2 BGB)

22. Schenkung Eltern

Datum der Zurechnung 12. 12. 2003 3 500,00 €

umgerechnet: * 106,1/90,1 (Basis 2010) 4 121,53 €

23. Schenkung Eltern

Datum der Zurechnung 31. 10. 2006 25 000,00 €

umgerechnet: * 106,1/94 (Basis 2010) 28 218,09 €

24. Pkw VW Caddy

Datum der Zurechnung 1. 12. 2012 16 900,00 €

umgerechnet: * 106,1/105 (Basis 2010) 17 077,05 €

58 877,45 €

- Zusammenfassung:

Endvermögen von Ast.: 63 659,52 €

abz. Anfangsvermögen von Ast.: -58 877,45 €

Zugewinn: 4 782,07 €

- Ausgleichsanspruch (§ 1378 BGB)

Zugewinn von Ag. 29 303,95 €

Zugewinn von Ast. -4 782,07 €

Differenz 24 521,88 €

Ausgleichsanspruch von Ast. 12 260,94 €

Der Zugewinn des Ag. in Höhe von 29 303,95 € ist zwischen den Bet. unstreitig.

Der Zugewinn der Ast. beläuft sich auf 4 782,07 € und ergibt sich aus einem Endvermögen in Höhe von 63 659,52 € und einem Anfangsvermögen (zzgl. Zu-rechnungen gemäß § 1374 Abs. 2 BGB) in Höhe von 58 877,45 €.

Der PKW ist im Endvermögen der Ast. zu berücksichtigen

Wie der Senat bereits im Beschluss vom 19. 5. 2015 ausgeführt hat, ist der PKW VW Caddy mit einem (zwischen den Bet. unstreitigen Wert) Wert von 17 000,- € im Endvermögen der Ast. zu berücksichtigen (Position 13). Hieran hält der Senat aus den dargelegten Gründen fest. Soweit die Ast. geltend macht, der PKW VW Caddy sei nicht in ihrem Endvermögen einzustellen, weil es sich insoweit um ein Fahrzeug handle, welches für den minderjährigen Sohn M. beschafft worden sei und deshalb diesem gehöre, kann sie damit nicht gehört werden. Wie das AG zutreffend erkannt hat, ist der Pkw VW Caddy mit einem Wert von 17 000,- € zum Endvermögen der Ast. zu zählen. Unstreitig wurde das Fahrzeug im Dezember 2012 mit Tageszulassung zu einem Kaufpreis von 17 000,- € gekauft. Der Pkw wird unstreitig von der Ast. genutzt, ist auf diese zugelassen und über sie versichert. Die Ast. ist auch als Halterin im Fahrzeugbrief und im Fahrzeugschein eingetragen. Vor diesem Hintergrund kann der pauschale Vortrag der Ast., Eigentümer des Fahrzeuges sei der schwerbehinderte minderjährige Sohn M., nicht überzeugen.

Die von den Stiftungen für den Erwerb des PKW zur Verfügung gestellten Beträge sind dem Anfangsvermögen der Ast. zuzurechnen

Allerdings ist der Senat nach nochmaliger eingehender Beratung, abweichend vom Beschluss vom 19. 5. 2015, zu dem Schluss gekommen, dass der Pkw VW Caddy, bzw. die von den Stiftungen für dessen Erwerb zur Verfügung gestellten Beträge in Höhe von insgesamt 16 900,- €, gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen der Ast. zuzurechnen ist (Position 24).

Die zur Anschaffung des PKW bereitgestellten Geldmittel sind nicht zu den Einkünften i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB zu rechnen

Nach § 1374 Abs. 2 BGB wird Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstands von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, nach Abzug der Verbindlichkeiten dem Anfangsvermögen hinzuge-rechnet, soweit es nicht den Umständen nach zu den Einkünften zu rechnen ist. Soweit der Senat im Beschluss vom 19. 5. 2015 noch die Auffassung vertreten hat, der Pkw, bzw. die zu dessen Anschaffung bereitgestellten Geldmittel, sei zu den Einkünften zu rechnen, hält er hieran nicht mehr fest.

Es ist zu unterscheiden, ob die Zuwendungen zur Deckung des laufenden Lebensbedarfes dienen oder die Vermögensbildung fördern sollen

Das Gesetz definiert nicht näher, was in diesem Zusammenhang unter „Einkünften“ zu verstehen ist. Mit der Zielsetzung, die der Zugewinnausgleich verfolgt, sollen nur Vermögenszuwächse ausgeglichen werden. Wenn

dabei auch solche unentgeltlichen Zuwendungen nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegiert wären, die nicht der Vermögensbildung, sondern von vornherein nur dem Verbrauch dienen, würde dies – zum Nachteil des anderen Ehegatten – zu einer ständigen Vergrößerung des Anfangsvermögens führen, ohne dass diese Zuwendungen im Endvermögen noch in nennenswertem Umfang in Erscheinung treten würden. Es würde dann nicht nur eine Nichtbeteiligung des anderen Ehegatten an diesen Zuwendungen, sondern faktisch sogar dessen Benachteiligung erreicht (OLG Bremen OLGR 1998, 205, 207; MünchKommBGB/Koch, 6. Aufl., § 1374 Rn. 28; Erman/Budzikiewicz, BGB, 13. Aufl., § 1374 Rn. 20; Johannsen/Henrich/Jaeger, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 Rn. 39). Bei unentgeltlichen Zuwendungen i. S. d. § 1374 Abs. 2 BGB ist deshalb in erster Linie danach zu unterscheiden, ob sie zur Deckung des laufenden Lebensbedarfes dienen oder die Vermögensbildung fördern sollen. Das wird im Einzelfall unter Berücksichtigung des Anlasses der Zuwendung, der Willensrichtung des Zuwendenden und der wirtschaftlichen Verhältnisse des Zuwendungsempfängers zu beurteilen sein (BGHZ 101, 229, 234 = DNotZ 1988, 436; BGH FamRZ 2014, 98 = RNotZ 2014, 132).

Anhaltspunkte, ob es sich um Einkünfte handelt, lassen sich daraus gewinnen, ob der Zuwendungsgegenstand, wäre die Ehe in einem überschaubaren Zeitraum nach der Zuwendung gescheitert, noch mit einem nennenswerten Vermögenswert im Endvermögen des begünstigten Ehegatten vorhanden gewesen wäre

Ein Vermögenserwerb von Todes wegen wird in den meisten Fällen nicht zu den Einkünften zu rechnen sein, da eine solche Zuwendung in der Regel unabhängig von einem konkreten Lebensbedarf des Zuwendungsempfängers erfolgt (BGH a.a.O. = RNotZ 2014, 132; vgl. auch OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 276, 277). Im Übrigen werden sich bei größeren Sachzuwendungen brauchbare Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob es sich um Einkünfte handelt, vor allem aus der Prognose gewinnen lassen, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Zuwendungsgegenstand, wäre die Ehe in einem überschaubaren Zeitraum nach der Zuwendung gescheitert, noch mit einem nennenswerten Vermögenswert im Endvermögen des begünstigten Ehegatten vorhanden gewesen wäre (BGH FamRZ 2014, 98 = RNotZ 2014, 132 unter Hinweis auf Büte, Zugewinnausgleich bei Ehescheidung, 4. Aufl., Rn. 28; Haußleiter/Schulz, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., Kap. 1 Rn. 47; Kogel, Strategien beim Zugewinnausgleich, 4. Aufl., Rn. 190).

Der Senat hat bei seiner bisherigen Beurteilung ein zu geringes Augenmerk auf die Zielsetzung des § 1374 Abs. 2 BGB gelegt und nicht in ausreichendem Maße berücksichtigt, in welcher Weise der BGH eine Abgrenzung zwischen Einkünften und der Vermögensbildung dienenden Zuwendungen vornimmt.

Wie der Senat im Beschluss vom 19. 5. 2015 ausgeführt hat, ist die Ast. mit diversen Stiftungen in Kontakt getreten und hat um die Bereitstellung von Mitteln für die Finanzierung eines für den Transport des behinderten Sohnes M. geeigneten Pkw erworben. Auf diese Weise

hat sie im Ergebnis von elf Stiftungen jeweils Geldbeträge zwischen 500,- € und 4 000,- €, insgesamt 16 900,- €, für den Erwerb des Pkw VW Caddy im Wert von 17 000,- € erhalten. Insoweit hält der Senat an seiner Ansicht fest, dass die Ast. die Gelder vorliegend nur im Hinblick auf eine konkrete Bedarfssituation, nämlich fehlende eigene Mittel für die Anschaffung eines behindertengerechten Fahrzeugs, schenkweise erhalten hat. Weiterhin hält der Senat an der Einschätzung fest, dass Anhaltspunkte dafür, dass die verschiedenen Stiftungen bei der Hingabe des Geldes, bzw. bei der Vornahme der entsprechenden Überweisung direkt an das Autohaus, vorrangig die Absicht gehabt haben, die Vermögensbildung der Ast. zu fördern, nicht ersichtlich sind. Insoweit ist davon auszugehen, dass die Stiftungen in erster Linie die Absicht verfolgt haben, einen bestehenden (Lebens)Bedarf auf Seiten der Ast. und ihres schwerbehinderten Sohnes zu decken, den diese aus eigenen Mitteln nicht hätten bestreiten können (vgl. OLG Karlsruhe FamRZ 2002, 236; OLG Zweibrücken FamRZ 1984, 276). Allerdings schließt dies nicht aus, dass die Stiftungen mit der zur Verfügungstellung der jeweiligen Geldmittel für die zweckgebundene Anschaffung des Pkw VW Caddy im Ergebnis auch eine Vermögensbildung auf Seiten der Ast. vor Augen hatten. Dies ist sogar naheliegend, denn jede einzelne Stiftung wusste bei dem konkreten Erwerbsvorgang, weil die Ast. den Stiftungen jeweils den gesamten Finanzierungsplan vorzulegen hatte, dass die Ast. von verschiedenen Stiftungen Geld für die Anschaffung des Fahrzeuges erhalten würde und somit aus mehreren – teilweise verhältnismäßig kleinen – Beträgen der Gegenwert des Fahrzeuges finanziert würde. Dass ein Pkw einen Vermögenswert darstellt, liegt dabei auf der Hand. Gemessen an den vom BGH aufgestellten Maßstäben ist somit festzuhalten, dass der finanzierte Pkw nicht von vornherein nur dem Verbrauch dienen sollte und somit eine Privilegierung gemäß § 1374 Abs. 2 BGB hier nicht zum Nachteil des anderen Ehegatten zu einer Vergrößerung des Anfangsvermögens führen würde, ohne dass diese Zuwendung im Endvermögen noch in nennenswertem Umfang in Erscheinung treten würde. Auch die vom BGH geforderte Prüfung, wonach sich bei größeren Sachzuwendungen – und um eine solche handelt es sich hier in der Summe – brauchbare Anhaltspunkte für die Beurteilung, ob es sich um Einkünfte handelt, vor allem aus der Prognose gewinnen lassen, mit welcher Wahrscheinlichkeit der Zuwendungsgegenstand, wäre die Ehe in einem überschaubaren Zeitraum nach der Zuwendung gescheitert, noch mit einem nennenswerten Vermögenswert im Endvermögen des begünstigten Ehegatten vorhanden gewesen wäre, führt zu keiner anderen Beurteilung. Denn hier wurde nach der im Dezember 2012 erfolgten Anschaffung des Pkw im September 2013 der Scheidungsantrag des Ag. zugestellt. Der Pkw ist im Endvermögen noch mit dem vollen Anschaffungswert in Höhe von 17 000,- € eingestellt worden, so dass es insoweit auch keine Notwendigkeit gibt, eine Schiefelage durch die Zurechnung der zur Anschaffung zur Verfügung gestellten Geldmittel in Höhe von 16 900,- € zum Anfangsvermögen gemäß § 1374 Abs. 2 BGB zu vermeiden (vgl. hierzu Koch, FamRZ 2014, 103 Anm. zu BGH FamRZ 2014, 98). Selbst für den Fall, dass im Endvermögen ein Wertverlust des

Neuwagens Berücksichtigung fände, würde dies im Ergebnis keine abweichende Beurteilung rechtfertigen, denn der Wert des Fahrzeugs wäre zum Stichtag (der nur 9 Monate nach der Anschaffung liegt) immer noch deutlich im fünfstelligen Bereich anzusiedeln.

– Position 22: Schenkung der Eltern über 3 500,- €

Die Ast. hat am 12. 12. 2003 von ihren Eltern einen Betrag in Höhe von 3 500,- € auf ihr Girokonto überwiesen bekommen. Hierbei handelt es sich nach dem Vortrag der Ast. um eine Zahlung als vorweggenommenes Erbe bzw. eine Schenkung. Der Betrag ist damit gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen. Die Ast. hat unter Vorlage eines vom 21. 12. 2003 datierenden Auszuges des Kontos Nr. . . . ihrer Eltern bei der B. Sparkasse nachgewiesen, dass ihre Eltern unter dem Buchungsdatum 12. 12. 2003 sowohl ihr, als auch ihrer Schwester (C. M.) jeweils einen Betrag in Höhe von 3 500,- € überwiesen haben, nachdem sie zuvor die Leistungen aus drei Versicherungsverträgen bei der H. Versicherungs-AG über insgesamt rund 12 300,- € erhalten hatten. Schon der Umstand, dass sowohl die Ast. als auch ihre Schwester einen Geldbetrag in Höhe von 3 500,- € erhalten haben, zeigt, dass die Eltern ihre Töchter an ihrem Vermögen teilhaben lassen und eine eigene Vermögensbildung durch diese fördern wollten. Hinzu kommt, dass das Geld nicht im Hinblick auf eine bestimmte Bedarfssituation der Ast. gezahlt wurde und somit offensichtlich nicht den Zweck hatte, die Ast. bei der Bestreitung ihres allgemeinen Lebensunterhalts zu unterstützen.

– Position 23: Schenkung der Eltern über 25 000,- €

Auch die am 31. 10. 2006 von den Eltern der Ast. an diese geleistete Zahlung in Höhe von 25 000,- € ist in voller Höhe gemäß § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen hinzuzurechnen. Aus dem von der Ast. vorgelegten Kontoauszug vom 1. 11. 2006 betreffend ihr Konto Nr. . . . bei der Sparkasse L. ergibt sich, dass ihre Eltern den fraglichen Betrag mit dem Zusatz „Haus“ im Verwendungszweck an sie überwiesen haben. Daraus wird deutlich, dass der Geldbetrag nach dem Willen und der Zweckrichtung der Eltern dem Erwerb einer Immobilie und somit der Vermögensbildung dienen sollte. Unbeachtlich ist, wie die Ast. das Geld später tatsächlich verwandt hat.

Im Ergebnis errechnet sich damit ein Zugewinnausgleichsanspruch der Ast. in Höhe von 12 260,94 € (29 303,95 € – 4 782,07 € = 24 521,88 € : 2).

IV. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG, 97 Abs. 1 ZPO.

V. Im Hinblick auf die streitige Frage, ob der PKW VW Caddy (bzw. die zu dessen Anschaffung von den verschiedenen Stiftungen zur Verfügung gestellten Geldmittel) zu den Einkünften der Ast. i. S. v. § 1374 Abs. 2 BGB zu rechnen ist, oder der Vermögensbildung dient und somit als privilegiertes Anfangsvermögen zu behandeln ist, lässt der Senat die Rechtsbeschwerde zu, § 70 Abs. 1 FamFG.

4. Familienrecht – Zur Rückforderung ehebezogener Schenkungen der Schwiegereltern

(OLG Bremen, Beschluss vom 17. 8. 2015 – 4 UF 52/15)

BGB §§ 313; 516

FamFG §§ 113 Abs. 1; 266 Abs. 1 Nr. 3

1. Für die Feststellung des Leistungsempfängers einer Geldzuwendung der Schwiegereltern sind – bei Fehlen genauer Angaben – die Angaben auf dem Überweisungsträger, die Art und die Zweckbestimmung des Empfängerkontos sowie der vorgesehene Verwendungszweck ausschlaggebend.
2. Ehebezogene Schenkungen der Schwiegereltern können nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage erfolgreich zurückverlangt werden, wenn die nach Scheitern der Ehe zwischen Kind und Schwiegerkind bestehende Vermögenslage für die schenkenden Schwiegereltern unzumutbar ist.
3. Der im Rahmen des § 313 BGB vorzunehmende Abschlag wegen teilweiser Zweckerreichung ist nach der sog. Eheerwartung des Schenkers zu bemessen. Angesichts der auf Lebenszeit eingegangenen Ehe wird sich diese Erwartung regelmäßig an der statistischen Lebenserwartung der Ehepartner im Zeitpunkt der Zuwendung orientieren.

Zur Einordnung:

Die Entscheidung des OLG Bremen befasst sich mit der Rückforderung von ehebezogenen Schenkungen durch die Schwiegereltern gegen das Schwiegerkind aufgrund Scheiterns der Ehe zwischen Kind und Schwiegerkind.

Seit der Entscheidung des BGH aus 2010 (BGH NJW 2010, 2202) sind Zuwendungen, die Schwiegereltern dem Ehegatten ihres Kindes mit Rücksicht auf die zwischen ihnen bestehende Ehe machen, als Schenkungen i. S. d. § 516 BGB zu qualifizieren. Im Unterschied zu ehebedingten Zuwendungen zwischen den Ehegatten als Rechtsverhältnis sui generis partizipieren die Schwiegereltern nicht an dem zugewandten Gegenstand. Auf solche Schenkungen sind die Grundzüge des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 BGB anzuwenden (BGH NJW 2012, 523; 2010, 2884; 2010, 2202; BeckOGK-BGB/Lorenz, Stand: 1. 3. 2015, § 313 Rn. 265). Die Geschäftsgrundlage der Schenkung liegt darin, dass die Schwiegereltern bei der Schenkung von der Vorstellung ausgehen, dass die Ehe des Schwiegerkinds mit ihrem Kind Bestand haben und die Zuwendung daher auch ihrem Kind dauerhaft zugutekommen wird (BeckOGK-BGB/Lorenz, a.a.O., § 313 Rn. 265). Wenn diese Geschäftsgrundlage infolge eines Scheiterns der Ehe wegfällt, kommt es dann zu einer Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB, wenn dem Zuwendenden das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (BGH FamRZ 2015, 490). Güterrechtliche Erwägungen spielen im Rahmen dieser Abwägung keine Rolle.

Im Anschluss an die BGH-Rechtsprechung wendet das OLG Bremen diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall an. Aufgrund des Verwendungszwecks der Überweisungen war das Schwiegerkind neben dem eigenen Kind Leistungsempfänger von Zahlungen der Schwiegereltern, die zur Rückzahlung eines für eine selbstgenutzte Immobilie aufgenommenen Darlehens diente. Infolge des Scheiterns der Ehe konnten die Schwiegereltern erfolgreich den hälftigen an Schwiegerkind und eigenes Kind gezahlten Geldbetrag vom Schwiegerkind zurückfordern, da nach Scheitern der Ehe für sie die bestehende Vermögenslage unzumutbar war. Abwägungskriterien im Rahmen der Zumutbarkeit waren vorliegend, inwieweit das eigene Kind von der Schenkung angemessen profitiert hat, ob die Vermögensmehrung noch vorhanden ist und die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bet.

Die Entscheidung verdeutlicht die Grundsätze der BGH-Rechtsprechung zum Wegfall der Geschäftsgrundlage bei Zuwendungen von Schwiegereltern an ein Schwiegerkind. In der notariellen Gestaltungspraxis sollte in diesen Fällen überlegt werden, ob entsprechende Rückforderungsregelungen zu treffen sind.

Die Schriftleitung (AG)

Zum Sachverhalt:

I. Der Ast. nimmt den Ag., seinen ehemaligen Schwiegersohn, auf Zahlung von 86 139,50 € in Anspruch.

Der Ast. hat in den Jahren 2006 und 2009 auf das Girokonto seiner Tochter Nr. [. . .] bei der Kreissparkasse [. . .] insgesamt 224 320,- € überwiesen, wobei er als Verwendungszweck jeweils angegeben hat, dass das Geld zur Rückzahlung von Darlehen dienen solle. Die Eheleute hatten nämlich bereits im Jahre 2002 und somit noch vor ihrer im November 2004 erfolgten Eheschließung ein Haus in [. . .] für 199 999,- € gekauft und hierfür mehrere Darlehen in Höhe von insgesamt 240 000,- € aufgenommen. Die vom Ast. überwiesenen Beträge sind zur Ablösung dieser Darlehen verwandt worden. Mitte 2012 haben sich der Ag. und die Tochter des Ast. getrennt. Sie sind seit dem 12. 7. 2014 rechtskräftig geschieden. Ein Zugewinnausgleich hat zwischen ihnen noch nicht stattgefunden.

Unter Vornahme eines Abzugs für teilweise Zweckerreichung hat der Ast. den Ag. auf Rückzahlung von insgesamt 86 139,50 € in Anspruch genommen. Durch das Scheitern der Ehe zwischen seiner Tochter und dem Ag. sei die Geschäftsgrundlage für die von ihm vorgenommenen Zuwendungen entfallen. Der Ag. hat hiergegen eingewandt, dass eine so genannte Kettenschenkung vorliege, da der Ast. nicht ihm, sondern seiner Tochter die unstrittigen Geldbeträge zugewandt habe.

Das AG – Familiengericht – B. hat mit Beschluss vom 20. 2. 2015 den Ag. verpflichtet, an den Ast. 86 139,50 € nebst Zinsen hierauf von 5 % über dem Basiszinssatz seit dem 10. 4. 2014 zu zahlen. Gegen diesen dem Ag.-Vertreter am 16. 3. 2015 zugestellten Beschluss wendet sich der Ag. mit seiner am 13. 4. 2015 beim AG B. eingegangenen Beschwerde. Er beantragt, unter Aufhebung des Beschlusses des AG B. vom 20. 2. 2015 den Antrag zurückzuweisen und ihm Verfahrenskostenhilfe unter Beiordnung seines Verfahrensbevollmächtigten zu bewilligen.

Aus den Gründen:

II. Die statthafte (§ 58 FamFG), form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde des Ag. ist zulässig. Nach dem derzeitigen Sachstand fehlt es aber an der nach § 114 ZPO für die Bewilligung von Verfahrenskostenhilfe erforderlichen Erfolgsaussicht. Das AG – Familiengericht – B. hat dem Ast. zu Recht den geltend gemachten Zahlungsanspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) zugesprochen.

Das AG ist in dem angefochtenen Beschluss zutreffend davon ausgegangen, dass im vorliegenden Fall der Ast. die in den Jahren 2006 und 2009 auf das Konto der Tochter erfolgten Zahlungen nicht nur dieser, sondern zugleich dem Ag. geschenkt hat; hierbei handelte es sich um sog. ehebezogene Schenkungen (hierzu unter Ziff. II.1). Entgegen der Auffassung des Ag. liegen keine Kettenschenkungen vor (hierzu unter Ziff. II.2). Mit dem Scheitern der Ehe zwischen dem Ag. und der Tochter des Ast. ist die Geschäftsgrundlage für die in 2006 und 2009 erfolgten Zuwendungen entfallen, was eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB dahingehend zur Folge hat, dass der Ag. an den Ast. den vom AG in seiner angefochtenen Entscheidung festgesetzten Betrag nebst Zinsen zurückzuzahlen hat (hierzu unter Ziff. II.3).

1. Bei den am 14. 2. 2006, 20. 7. 2009 und 22. 7. 2009 vorgenommenen Zahlungen des Ast. handelt es sich um Schenkungen i. S. d. § 516 Abs. 1 BGB an beide damaligen Ehegatten, also sowohl an die Tochter des Ast. als auch an den Ag.

Zuwendungen, die Eltern um der Ehe ihres Kindes Willen an das Schwiegerkind machen, sind als Schenkungen zu qualifizieren

Seit der Entscheidung des BGH vom 3. 2. 2010 (FamRZ 2010, 958 = DNotZ 2010, 852) sind Zuwendungen, die Eltern um der Ehe ihres Kindes Willen an das Schwiegerkind machen, als Schenkungen zu qualifizieren; der BGH spricht insofern von ehebezogenen Schenkungen. Auch auf derartige Schenkungen sind die Grundsätze des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB anzuwenden (FamRZ 2010, 958 = DNotZ 2010, 852). Dass nicht nur die Tochter des Ast., sondern ebenso der Ag. Leistungsempfänger der vom Ast. vorgenommenen Zahlungen, von ihm im Übrigen auch ausdrücklich als Schenkungen bezeichnet, war, hat das Amtsgericht in dem angefochtenen Beschluss zutreffend festgestellt.

Für die Feststellung, wer Leistungsempfänger einer finanziellen Zuwendung der (Schwieger-)Eltern ist, ob also nur das eigene Kind oder sowohl dieses als auch das Schwiegerkind bedacht werden sollten, sind insbesondere folgende Kriterien von Bedeutung: die Angaben auf dem Überweisungsträger, die Art und die Zweckbestimmung des Empfängerkontos sowie der vorgesehene Verwendungszweck (vgl. Wever, Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts, 6. Aufl., Rn. 553 a).

Für die Feststellung, wer Leistungsempfänger einer finanziellen Zuwendung ist, kann die Angabe auf dem Überweisungsträger zur Person des Empfängers ein ausschlaggebendes Gewicht haben

a) Bereits die Angabe auf dem Überweisungsträger zur Person des Empfängers kann ein ausschlaggebendes Gewicht haben (vgl. Wever, a.a.O., Rn. 553 a). Im vorliegenden Fall hat der Ast. bei den vier Überweisungen jeweils seine Tochter als Begünstigte bzw. ihren Namen als Empfängerinnen angegeben, was schon allein deshalb geboten war, weil die Tochter die Kontoinhaberin ist. Dass sie allein die Begünstigte der Überweisungen sein sollte, lässt sich den Überweisungsträgern hingegen nicht entnehmen, da diese zum Verwendungszweck keine dahingehenden Eintragungen enthalten.

Als weiteres Kriterium zur Feststellung des Leistungsempfängers kann auf das Empfängerkonto abgestellt werden

b) Als weiteres Kriterium zur Feststellung des Leistungsempfängers kann auf das Empfängerkonto abgestellt werden. So besteht Einigkeit darin, dass die Überweisung auf ein Einzelkonto dafür sprechen kann, dass nur der Kontoinhaber bedacht werden sollte. Anders stellt sich die Situation hingegen dar, wenn es sich um das Familienkonto handelt, auf das beide Eheleute Zugriff hatten, auf das ihre Gehälter flossen und von dem sie gemeinsame Ausgaben bestritten haben. Insgesamt ist die Bedeutung des Empfängerkontos eher zurückhaltend zu bewerten (vgl. Wever, a.a.O., Rn. 553 a). Im vorliegenden Fall hat der Ast. die Beträge jeweils auf das bei der Kreissparkasse [. . .] geführte Girokonto (Nr. [. . .]) seiner Tochter überwiesen. Dieses Konto stand aber nicht nur der Tochter zur Verfügung. Denn der Ag. besaß sowohl eine EC-Karte als auch eine sog. SparkassenCard für das Konto seiner damaligen Ehefrau; er hatte somit Kontovollmacht. Dass er von seinen hierdurch bewirkten Verfügungsmöglichkeiten über das Konto auch Gebrauch gemacht hat, hat der Ast. in der Beschwerdeerwiderung noch einmal näher ausgeführt und zum Beleg Kontoauszüge aus der Zeit vor der Trennung der ehemaligen Eheleute vorgelegt. Aus diesen antragstellerseitigen Ausführungen nebst Belegen ergibt sich, dass das Girokonto der Tochter des Ast. als so genanntes Familienkonto benutzt wurde. Es lässt sich somit allein aus der Zahlung des Ast. auf das Girokonto seiner Tochter nicht schlussfolgern, dass er nur dieser die überwiesenen Beträge schenken wollte. Das AG hat zudem zutreffend darauf hingewiesen, dass die damaligen Eheleute kein Gemeinschaftskonto besaßen und es sich bei dem Girokonto der Tochter des Ast. um das einzige Konto handelte, auf das beide Eheleute Zugriff nehmen konnten; die Tochter des Ast. besaß weder für das Girokonto noch das Geschäftskonto des Ag. Kontovollmacht.

Als weiteres Kriterium für die Bestimmung des Leistungsempfängers kommt der vorgesehene Verwendungszweck in Betracht

c) Als weiteres Kriterium für die Bestimmung des Leistungsempfängers kommt – wie bereits erwähnt – der vorgesehene Verwendungszweck in Betracht. Hierbei ist von besonderem Gewicht, ob das Geld für gemeinsame oder nur für Zwecke eines Ehegatten vorgesehen war. War das Geld für gemeinsame Anschaffungen bzw. den Erwerb oder Ausbau einer im Miteigentum der Ehegatten stehenden Immobilie bestimmt, spricht dies

dafür, dass das Geld beiden Ehegatten zugewandt werden sollte (vgl. Wever, a.a.O., Rn. 553 a). Im vorliegenden Fall kommt insbesondere diesem Kriterium eine besondere Bedeutung zu. Denn der Ast. hat alle vier Überweisungen mit einem Verwendungszweck versehen, der darauf schließen lässt, dass er die jeweiligen Beträge sowohl seiner Tochter als auch seinem Schwiegersohn jeweils hälftig zuwenden wollte. Bei der ersten Überweisung vom 14. 2. 2006 von 122 620,19 € hat der Ast. auf dem Überweisungsträger „Schenkung fuer Rueckzahlung des Darlehens Nr. [. . .]“ angegeben. Sowohl durch diesen konkreten Verwendungszweck als auch die Betragshöhe, die genau dem Betrag entspricht, den die ehemaligen Eheleuten in dem am selben Tag mit der darlehensgebenden Bank geschlossenen Aufhebungsvertrag bezüglich des Darlehens Nr. [. . .] ausgehandelt hatten, wird deutlich, dass der Ast. durch seine Zahlung auf das Girokonto seiner Tochter den Eheleuten die Ablösung des kompletten Darlehens ermöglichen wollte. Durch diese Zahlung hat der Ast. somit bewirkt, dass sich sowohl seine Tochter als auch sein Schwiegersohn von jeglichen Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Bank bezüglich des Darlehens Nr. [. . .] befreien konnten. Es ist unstrittig, dass der Ast. Kenntnis davon hatte, dass beide Eheleute Darlehensnehmer waren, zumal auch das Hausgrundstück ihnen zu hälftigem Miteigentum gehört. Dass auch hinsichtlich der weiteren Darlehen, deren Höhe im Einzelnen nicht vorgetragen worden ist, die Ablösung nach dem gleichen Muster erfolgte, ist zwischen den Bet. unstrittig. Dementsprechend hat der Ast. bei seiner Überweisung vom 20. 7. 2009 als Verwendungszweck „Hauskreditablosung“ und bei seinen zwei Überweisungen vom 22. 7. 2009 jeweils „Schenkung für Hauskreditablösung“ angegeben. Es war somit in jedem Schenkungsfalle klar, dass mit den vom Ast. überwiesenen Beträgen bei bestimmungsgemäßem Verhalten der Leistungsempfänger Kreditbelastungen beider Ehegatten und somit nicht nur der Tochter allein zurückgeführt werden würden. Dies spricht nach Auffassung des Senats deutlich dafür, dass auch der Ag. als Leistungsempfänger jeweils zu 50 % an den Geldschenkungen des Ast. partizipieren sollte.

Eben für diese Annahme spricht auch, dass der Ast. seinem Schwiegersohn für dessen geschäftliche Aktivitäten unstrittig mindestens 30 000,- € hat zukommen lassen. Dies spricht dafür, dass das Verhältnis zwischen den Verfahrensbet. vor dem Scheitern der Ehe zwischen dem Ag. und der Tochter des Ast. so gut war, dass der Ast. seinen Schwiegersohn finanziell ohne weiteres unterstützt hat.

Soweit der Ag. meint, Schenkungsverträge seien schon allein deshalb nicht zustande gekommen, da er die von seinem Schwiegervater stammenden Zahlungen nicht angenommen habe, kann dem nicht gefolgt werden. Der Ag. musste für die Darlehensrückführungen als Mitdarlehensnehmer jeweils die Aufhebungsverträge mit der Bank mitunterzeichnen. Ihm war auch bewusst, dass die Rückzahlungsbeträge nur von seinem Schwiegervater stammen konnten. Dadurch, dass er mit den Darlehensrückführungen mithilfe der Zahlungen seines Schwiegervaters einverstanden war, hat er die entsprechenden Schenkungen somit angenommen.

Es liegt keine Kettenschenkung vor

2. Die Auffassung des Ag., es liege eine so genannte Kettenschenkung vor, also der Ast. habe zunächst die jeweiligen Beträge nur seiner Tochter geschenkt, die sodann durch die Rückführung der gemeinsamen Darlehen der Eheleute dem Ag. ehebezogene Zuwendungen gemacht habe, folgt der Senat nicht.

Voraussetzung für eine so genannte Kettenschenkung sind zunächst zwei selbstständige Schenkungsvorgänge und somit zwei freigebige Zuwendungen (vgl. Kogel, FamRZ 2012, 832, 834), also erst vom Ast. an seine Tochter und sodann von dieser an den Ag., wobei die erstbeschenkte Person nicht nur als bloße Durchgangsperson fungieren darf, die das Geschenkte aufgrund einer entsprechenden Verpflichtung an einen Dritten weitergibt. Voraussetzung einer Kettenschenkung ist somit, dass die erstbeschenkte Person, hier also die Tochter des Ast., eine eigene Entscheidungsmöglichkeit hinsichtlich der Verwendung des jeweils zugewandten Geldbetrages hat (vgl. Kogel, a.a.O.). An eben einem derartigen Entscheidungsspielraum fehlte es der Tochter des Ast. dadurch, dass Letzterer bei den Überweisungen jeweils konkret bestimmt hatte, dass die Geldbeträge zur Ablösung der Hauskredite einzusetzen seien. Die Annahme einer Kettenschenkung scheidet somit zumindest am Fehlen dieser Voraussetzung.

Soweit der Ag. geltend macht, nur die Tochter des Ast. sei i. S. einer Kettenschenkung Leistungsempfängerin gewesen, da andernfalls bei ihm, dem Ag., angesichts eines nur geringen Steuerfreibetrages für Schwiegerkinder eine Verpflichtung zur Zahlung von Schenkungssteuer angefallen wäre, kann dieser Argumentation nicht gefolgt werden.

Es ist bereits nichts dafür ersichtlich, dass die damaligen Eheleute und/oder der Ast. überhaupt steuerrechtliche Aspekte bei ihrem Handeln bedacht haben. Der Ast. hat vielmehr dargelegt, dass über eventuelle schenkungssteuerrechtliche Verpflichtungen des Ag. zwischen den Bet. nicht gesprochen worden sei. Dies stellt sich ebenso nach dem Vortrag des Ag. dar. Dieser behauptet ebenfalls nicht, dass steuerrechtliche Erwägungen in den Jahren 2006 und 2009 von den Bet. überhaupt angestellt worden seien. Die damals unterbliebenen Erwägungen können nicht dazu führen, die damaligen Vorgänge nun in eine so genannte Kettenschenkung umzudeuten. Diese Umdeutung würde auch vor den Finanzämtern keinen Bestand haben, da – wie ausgeführt – eine Kettenschenkung im vorliegenden Fall zumindest daran scheitern würde, dass die Tochter des Ast. bei der Verwendung der geschenkten Geldbeträge keinen eigenen Entscheidungsspielraum hatte. Fehlt es an einem solchen, treten die steuerschädlichen Folgen einer direkten Zuwendung an das Schwiegerkind ein (vgl. Kogel, a.a.O.). Es wird daher zur Vermeidung von Steuernachteilen für das Schwiegerkind sogar dazu geraten, Schenkungen in getrennten Urkunden vorzunehmen und einen gewissen zeitlichen Abstand für die Übertragung auf das eigene Kind und von diesem dann auf den Ehepartner zu wahren (Kogel, a.a.O.; Schulz/Hauß, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 6. Aufl., Rn. 2085). Im Übrigen spricht

selbst das Bestehen einer Verpflichtung des Ag. zur Zahlung von Schenkungssteuer aufgrund der vorgenommenen Schenkungen nicht dagegen, dass er neben der Tochter Leistungsempfänger war. Wie bereits Kogel (FamRZ 2012, 834) ausführt, bewegen sich Schenkungen der Schwiegereltern an das eigene Kind und das Schwiegerkind häufig in einer „Grauzone“, da die Schenkungen meistens nicht gegenüber dem Finanzamt offen gelegt werden. Das AG ist somit zu Recht davon ausgegangen, dass neben der Tochter des Ast. auch der Ag. Leistungsempfänger war.

Diese Schenkungen, soweit sie dem Ag. zugeflossen und in seinem Vermögen noch vorhanden sind, können nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückgefordert werden

3. Der Ast. kann diese Schenkungen, soweit sie dem Ag. zugeflossen und in seinem Vermögen noch vorhanden sind, nach den Grundsätzen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB zurückfordern, da mit dem Scheitern der Ehe zwischen dem Ag. und der Tochter des Ast. die für den Ag. erkennbare Geschäftsgrundlage der Schenkungen weggefallen ist und die bestehende Vermögenssituation für den Ast. unzumutbar ist.

Seit der Entscheidung des BGH vom 3. 2. 2010 (FamRZ 2010, 958 = DNotZ 2010, 852) vertritt dieser in Abänderung seiner bisherigen Rechtsprechung die Auffassung, dass schwiegerelterliche Zuwendungen sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen des § 516 Abs. 1 BGB erfüllen und daher als Schenkungen zu qualifizieren seien, unabhängig davon, dass sie um der Ehe des eigenen Kindes Willen erfolgen; der BGH spricht in diesem Fall von ehebezogenen Schenkungen (BGH FamRZ 2010, 958 = DNotZ 2010, 852 sowie FamRZ 2012, 273 = DNotZ 2012, 538 und FamRZ 2015, 490). Damit können derartige Zuwendungen nicht nur nach schenkungsrechtlichen Bestimmungen, sondern auch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage erfolgreich zurückverlangt werden (vgl. BGH FamRZ 2010, 958 = DNotZ 2010, 852), wenn die jeweiligen Anspruchsvoraussetzungen gegeben sind.

Im vorliegenden Fall hat sich das AG in der angefochtenen Entscheidung zu Recht nur mit den Voraussetzungen des Wegfalls der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB auseinandergesetzt, da schenkungsrechtliche Rückforderungstatbestände bereits nicht geltend gemacht werden und auch nicht gegeben sind.

a) Wie das AG in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, wird die Geschäftsgrundlage i. S. d. § 313 Abs. 1 BGB nach ständiger Rechtsprechung dahingehend definiert, dass es sich um nicht zum eigentlichen Vertragsinhalt erhobene, bei Vertragsschluss aber zu Tage getretene gemeinsame Vorstellungen beider Vertragsparteien sowie die der einen Vertragspartei erkennbaren und von ihr nicht beanstandeten Vorstellungen der anderen vom Vorhandensein oder dem künftigen Eintritt gewisser Umstände handelt, sofern der Geschäftswille der Parteien auf diesen Vorstellungen aufbaut (vgl. u. a. BGH FamRZ 2012, 273). Es ist im vorliegenden Fall von den Bet. nicht in-

frage gestellt worden, dass der Ast. die Zahlungen auf das Girokonto seiner Tochter, um damit die Rückzahlung der gemeinsamen Darlehen der Eheleute für ihr Haus in [...] zu ermöglichen, mit der Vorstellung erbracht hat, die Ehe seiner Tochter mit dem Ag. werde durch diese Zahlungen unterstützt. Ihnen wurde es so ermöglicht, lastenfreies hälftiges Miteigentum an ihrem Grundstück in [...] zu erlangen und somit ein dauerhaftes Zuhause für ihre Familie, zu der auch noch zwei Kinder gehören, zu sichern. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die somit als ehebezogen zu qualifizierenden Schenkungen der jeweils hälftigen Beträge an den Ag. unabhängig von dem Fortbestand der Ehe durch den Ast. getätigt wurden.

Mit Scheitern der Ehe ist die Geschäftsgrundlage für die erfolgten Zuwendungen entfallen

b) Die auch für den Ag. erkennbare Geschäftsgrundlage „Fortbestand der Ehe“ für die erheblichen Schenkungen des Ast. ist dadurch in Wegfall geraten, dass sich die Eheleute Mitte 2012 dauerhaft getrennt haben und mittlerweile rechtskräftig geschieden sind. Mit Scheitern der Ehe ist also die Geschäftsgrundlage für die erfolgten Zuwendungen seitens des Ast. insgesamt entfallen. Auch wenn die Tochter des Ast. zurzeit die im Miteigentum der ehemaligen Eheleute stehende Immobilie in [...] noch mit den gemeinsamen Kindern bewohnt, ist eine dauerhafte Nutzungsmöglichkeit dadurch infrage gestellt, dass die ehemaligen Eheleute die Miteigentumsgemeinschaft künftig entweder einverständlich oder im Wege der Teilungsversteigerung des Hauses werden beenden wollen bzw. müssen. Damit wird die vom Ast. beabsichtigte Begünstigung seiner Tochter entgegen seinen Erwartungen vorzeitig enden (vgl. hierzu auch BGH FamRZ 2012, 273 = DNotZ 2012, 538 sowie FamRZ 2015, 490, Rn. 21).

Dem Zuwendenden kann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden

c) Nach dem Wegfall der Geschäftsgrundlage hat eine Anpassung der Schenkungsverträge unter Beachtung der Abwägungskriterien zu erfolgen, die nach der früheren Rechtsprechung des BGH zu unbenannten schwiegerelterlichen Zuwendungen heranzuziehen waren. Allerdings haben nach der neueren BGH-Rechtsprechung güterrechtliche Aspekte, insbesondere ein möglicher Zugewinnausgleich zwischen Kind und Schwiegerkind, keinen Einfluss mehr auf die im Rahmen des § 313 BGB vorzunehmende Abwägung (vgl. BGH FamRZ 2010, 958; OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 172). Allein der Wegfall der Geschäftsgrundlage berechtigt noch nicht zu einer Vertragsanpassung nach § 313 Abs. 1 BGB. Voraussetzung ist vielmehr, dass dem Zuwendenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann (BGH FamRZ 2015, 490).

aa) Im Rahmen der Abwägung ist als ein Kriterium zunächst zu berücksichtigen, inwieweit sich die mit der Schenkung verbundene Erwartung, das eigene Kind werde von dieser angemessen profitieren, verwirklicht hat. Handelt es sich um die durch die Schwiegereltern mitfinanzierte Immobilie, stellt sich also die Frage, wie

lange das eigene Kind diese Immobilie bis zum endgültigen Scheitern der Ehe mitgenutzt hat (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 172, 175). Dieser Gesichtspunkt der so genannten teilweisen Zweckerreichung muss durch einen angemessenen Abschlag von der schwiegerelterlichen Zuwendung berücksichtigt werden.

Der Abschlag für teilweise Zweckerreichung bemisst sich danach, in welchem Verhältnis die Dauer nach der Zuwendung bis zum Scheitern der Ehe zur Eheerwartung im Zeitpunkt der Zuwendung steht

Wie dieser Abschlag im Einzelnen zu berechnen ist, ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung umstritten. Der vom AG in seiner angefochtenen Entscheidung beschrittene Weg, auf dem auch die Berechnung des Ast. beruht, nämlich bei einer Fortdauer der Ehe zwischen Kind und Schwiegerkind von 20 Jahren nach erfolgter Zuwendung eine vollständigen Zweckerreichung anzunehmen und somit bei kürzerer Eheerwartung nach Zuwendung verhältnismäßige Abschläge vom zugewandten Betrag zu machen, ist vom BGH in seiner Entscheidung vom 26. 11. 2014 (FamRZ 2015, 490) abgelehnt worden. Der Senat favorisiert die von Wever (FamRZ 2013, 1 und 514 sowie Wever, a.a.O., Rn. 498 c) vorgeschlagene Lösung, wonach sich der Abschlag für teilweise Zweckerreichung danach bemisst, in welchem Verhältnis die Dauer nach der Zuwendung bis zum Scheitern der Ehe zur angenommenen Gesamtdauer der Ehe im Zeitpunkt der Zuwendung, der so genannten Eheerwartung, steht. Dieser Vorschlag ist anderen Berechnungsmodellen deshalb vorzuziehen, weil er an die Erwartung des Zuwendenden im Zeitpunkt der Zuwendung anknüpft, die in aller Regel dahin geht, dass die Ehe, die er mit seiner Zuwendung begünstigen will, lebenslang Bestand haben wird. Aus diesem Grund muss die Eheerwartung an die Lebenserwartung beider Ehegatten im Zeitpunkt der Zuwendung anknüpfen. Die Lebenserwartung lässt sich Sterbetafeln entnehmen und kann auch mithilfe der Internetadresse www.statistik.at/Lebenserwartung/action.do errechnet werden. Um eine derartige Berechnung im vorliegenden Fall durchführen zu können, wäre die Kenntnis der Geburtsdaten beider ehemaligen Eheleute erforderlich; der Akte lässt sich allerdings nur das Geburtsdatum des Ag. entnehmen. Wann die Tochter des Ast. geboren worden ist, bedarf hier dennoch keiner näheren Aufklärung, weil sich bereits aus dem Geburtsjahrgang des Ag., nämlich 1966, ergibt, dass dessen Lebenserwartung zu den Zeitpunkten der Zuwendungen weit über 20 Jahre betrug. Angesichts des Alters des Ag. und der Geburtsjahre der gemeinsamen Kinder geht der Senat davon aus, dass die Tochter des Ast. in etwa so alt ist wie der Ag., so dass sich auch aufgrund ihrer Lebenserwartung in den Zeitpunkten der ehebezogenen Schenkungen eine Eheerwartung von weit über 20 Jahren errechnen würde. Der nach der vom Senat favorisierten Methode vorzunehmende Abschlag wegen teilweiser Zweckerreichung würde somit wesentlich geringer ausfallen als der bereits vom Ast. in seiner Antragsberechnung berücksichtigte Betrag. Da auch – wie im Folgenden näher dargestellt – die weitere Abwägung nicht zu einer Reduktion des zurückzufordernden Betrages führt und es somit wegen des Verschlechterungsverbot bei der amtsgerichtlichen Ent-

scheidung zu verbleiben hat, kann eine konkrete Abschlagsberechnung nach der vom Senat favorisierten Methode hier unterbleiben.

Weiteres Abwägungskriterium ist die Höhe der bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, noch vorhandenen messbaren Vermögensmehrung

bb) Weiteres Abwägungskriterium im Rahmen des § 313 Abs. 1 BGB ist die Höhe der bei Wegfall der Geschäftsgrundlage, also dem Scheitern der Ehe Mitte 2012, noch vorhandenen messbaren Vermögensmehrung. Diese stellt die Obergrenze des Erstattungsanspruches dar (BGH FamRZ 2012, 273).

Im vorliegenden Fall macht der Ast. zu Recht geltend, dass bei dem Ag. eine Vermögensmehrung noch insofern vorhanden ist, als er hälftiger Miteigentümer des nach Darlehensrückzahlung unbelasteten Hausgrundstücks in G. ist. Soweit die Bet. davon ausgehen, dass das Hausgrundstück nur noch einen Wert von 176 000,- € hat, steht dies dem Rückforderungsbegehren des Ast. nicht entgegen. Denn aus einem entsprechenden Verkaufserlös stünden dem Ag. 88 000,- € zu, ein Betrag also, der den vom Ast. zurückgeforderten Betrag übersteigt. Es stellt sich somit nicht die Frage, ob ein etwaiger Wertverlust der Immobilie von dem Rückforderungsanspruch des Schwiegervaters in Abzug zu bringen wäre, was nach Auffassung des OLG Düsseldorf (FamRZ 2015, 172, 175) unter Hinweis auf die in FamRZ 2012, 273, 275 veröffentlichte BGH-Entscheidung abzulehnen ist.

Der Ag. hat in seiner Beschwerdebegründung die Auffassung vertreten, es sei zu berücksichtigen, dass die abgelösten Darlehen auch Zinsen und Kosten beinhalteten. Es sei vom AG nicht geprüft worden, inwieweit bei ihm insoweit eine Vermögensmehrung noch vorhanden sei. Im Hinblick auf die Entscheidung des BGH vom 26. 11. 2014 hat der Ag. weiter ausgeführt, eine Vermögensmehrung sei bei ihm nicht hinsichtlich der abgelösten Zins- und Kostenforderungen der Darlehensgeber eingetreten; zumindest hinsichtlich der Vorfälligkeitsentschädigungen müsse der Zahlungsanspruch verringert werden.

Dieser Auffassung kann nicht gefolgt werden. Der vom BGH entschiedene Fall ist schon mit dem vorliegenden nicht vergleichbar, da in dem dortigen Fall die Schwiegereltern über Jahre die Darlehensraten von Kind und Schwiegerkind monatlich gezahlt hatten, während im vorliegenden Fall die in den Jahren 2006 und 2009 noch bestehenden Darlehensverpflichtungen durch einmalige Zahlungen komplett abgelöst worden sind. Nur durch derartige Zahlungen, die insbesondere auch Vorfälligkeitsentschädigungen der Banken umfassen müssen, da sich diese sonst nicht mit der Darlehensablösung durch eine Einmalzahlung einverstanden erklären, war es möglich, die Hauskredite komplett zum Erlöschen zu bringen. Dies wiederum führte zu lastenfreiem Miteigentum des Ag. an dem Hausgrundstück in G. und somit zu einer dauerhaften Vermögensmehrung bei ihm.

Weitere Umstände stellen grundsätzlich die beiderseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bet. dar

cc) Weitere Umstände, die die Abwägung im Rahmen des § 313 BGB beeinflussen könnten, stellen grundsätzlich die beiderseitigen Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Bet. dar. Zu ihnen haben die Bet. – abgesehen vom Vorbringen des Ast., er habe Teile seiner Altersversorgung für die Schenkungen verwandt – nicht näher vorgetragen, weshalb der Senat davon ausgeht, dass sich aus ihnen keine abweichende Beurteilung des Rückforderungsanspruchs des Ast. ergeben würde (vgl. auch OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 173, 176).

Im Rahmen der nach § 313 BGB vorzunehmenden Abwägung ist allerdings noch der Vortrag des Ast. zu berücksichtigen, er habe für die verfahrensgegenständlichen Schenkungen seine Altersversorgung eingesetzt und neben den Schenkungen den Ag. auch mehrfach bei seiner selbständigen Tätigkeit finanziell unterstützt. Diese finanzielle Unterstützung wegen wirtschaftlicher Schwierigkeiten des Ag. fordere er nicht zurück. Dieser unwidersprochen gebliebene und damit unstrittige Tatsachenvortrag lässt es durchaus gerechtfertigt erscheinen, dass der Ag. den vom Ast. geforderten Betrag, der ausschließlich in die Darlehensrückzahlung geflossen ist, über eine Anpassung der Schenkungsverträge wegen der für den Ast. nun unzumutbaren Vermögenslage (§ 313 BGB) zurückzahlen muss.

Anspruch wegen Zweckverfehlung aus § 812 Abs. 1 S. 2. Alt. BGB scheidet aus

4. Auch wenn nach der geänderten Rechtsprechung des BGH ebenfalls ein Anspruch wegen Zweckverfehlung aus § 812 Abs. 1 S. 2. Alt. BGB grundsätzlich neben einem Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage infrage kommt, ist ein derartiger Anspruch hier schon allein deshalb auszuschließen, weil nicht von einer positiven Kenntnis des Ag. von konkreten Zweckvorstellungen des Ast. bei den von ihm vorgenommenen Zahlungen ausgegangen werden kann (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2015, 172, 176). So hat der Ag. bisher nur eingeräumt, er habe sich denken können, von wem die hohen Geldbeträge zur Rückzahlung der noch bestehenden Darlehensforderungen aus den Immobilienkrediten stammen würden. Dass zwischen beiden Bet. des vorliegenden Verfahrens über diese Überweisungen gesprochen, geschweige denn konkrete Zweckvorstellungen vom Ast. geäußert worden sind, ist aufgrund des Vortrags der beiden Bet. nicht anzunehmen.

5. Erbrecht – Keine entsprechende Anwendung des § 2282 Abs. 2 BGB auf einseitige Verfügungen bei Testierunfähigkeit des Erblassers

(OLG Bamberg, Beschluss vom 22. 5. 2015 – 4 W 16/14)

BGB §§ 2080 Abs. 1; 2081 Abs. 1; 2229 Abs. 4; 2282 Abs. 2

1. Zur Annahme von Testierunfähigkeit bei vaskulärer Demenz mittelschwerer Ausprägung i. V. m. markanten Orientierungsstörungen.

2. Auch bei nachgewiesener Testierunfähigkeit hat der Erblasser kein eigenes Anfechtungsrecht entsprechend § 2282 Abs. 2 BGB hinsichtlich eigener nicht wechselbezüglicher Verfügungen.

Zur Einordnung:

Das OLG Bamberg beschäftigt sich in der nachstehend abgedruckten Entscheidung mit der Frage der entsprechenden Anwendbarkeit des § 2282 Abs. 2 BGB auf in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene einseitige Verfügungen im Falle einer Testierunfähigkeit des Erblassers. Schon aufgrund des Beurkundungserfordernisses der Anfechtungserklärung gemäß § 2282 Abs. 3 BGB analog (BeckOK-BGB/Litzenburger, Ed. 36, Stand: 1. 8. 2015, § 2271 Rn. 37) ist die Problematik auch für die notarielle Praxis von Bedeutung.

Die Anfechtung wechselbezüglicher Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten ist nicht gesetzlich normiert. Aufgrund der nach dem ersten Erbfall bestehenden vergleichbaren Bindung sind die erbrechtlichen Vorschriften insoweit jedoch entsprechend anzuwenden (BGH NJW 1962, 1913; BeckOK-BGB/Litzenburger, Ed. 36, Stand: 1. 8. 2015, § 2271 Rn. 35). Gemäß § 2281 Abs. 1 Hs. 1 BGB analog kann der überlebende Ehegatte die von ihm selbst getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen daher unter den Voraussetzungen der §§ 2079, 2080 BGB anfechten (MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl. 2013, § 2281 Rn. 4). Für Form und Frist der Anfechtung gelten die §§ 2282, 2283 BGB entsprechend (MünchKomm-BGB/Musielak, 6. Aufl. 2013, § 2271 Rn. 40). Für einen geschäftsunfähigen Erblasser kann somit analog § 2282 Abs. 2 BGB sein gesetzlicher Vertreter das gemeinschaftliche Testament anfechten, wobei im Falle einer Betreuung die Genehmigung des Betreuungsgerichts erforderlich ist.

Für eigene einseitige Verfügungen kommt eine Anfechtung dagegen grundsätzlich nicht in Betracht, da der überlebende Ehegatte diese auch nach dem ersten Erbfall jederzeit widerrufen oder ändern kann (BGH FamRZ 1956, 83, 84; BeckOK-BGB/Litzenburger, Ed. 36, Stand: 1. 8. 2015, § 2271 Rn. 35). Diese Möglichkeit entfällt jedoch, wenn der Erblasser testierunfähig wird (MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2080 Rn. 2). Eine Ansicht in der Literatur will daher die Anfechtbarkeit einseitiger Verfügungen durch den gesetzlichen Vertreter analog § 2282 Abs. 2 BGB zulassen, wenn der Erblasser testierunfähig geworden ist (Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl. 2015, § 2271 Rn. 27; Jauernig/Stürner, BGB, 15. Aufl. 2014, § 2080, Rn. 1; Harke, JZ 2004, 180, 183; Helms, DNotZ 2003, 104, 110). Die Gegenmeinung lehnt eine solche Analogie mangels Regelungslücke ab. Dem Gesetzgeber sei das Problem testierunfähig gewordener Erblasser bekannt gewesen. Es liege insoweit eine bewusste Entscheidung vor, die Anfechtung für solche Fälle allein den Betroffenen, also den nach § 2080 Anfechtungsberechtigten zu überantworten (MünchKomm-BGB/Leipold, § 2080 Rn. 2; Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2013, § 2080 Rn. 33).

Das OLG Bamberg folgt der Gegenauffassung und lehnt eine analoge Anwendung des § 2282 Abs. 2

BGB auf einseitig getroffene Verfügungen für den Fall eingetretener Testierunfähigkeit des überlebenden Ehegatten mangels Vorliegens einer Gesetzeslücke und eines praktischen Bedürfnisses der Anfechtbarkeit ab. Die Anfechtung der im Wege einer einseitigen Verfügung erfolgten Schlusserbeneinsetzung durch die Betreuerin war daher unwirksam.

Der Beschluss ist – soweit ersichtlich – die erste obergerichtliche Entscheidung, die sich mit der Frage der analogen Anwendbarkeit des § 2282 Abs. 2 BGB für den Fall der eingetretenen Testierunfähigkeit beschäftigt. Im Rahmen der kautelarjuristischen Praxis dürfte sie zumindest dahingehend zu berücksichtigen sein, dass auf die mögliche Unwirksamkeit einer gleichwohl erklärten Anfechtung durch den gesetzlichen Vertreter hinzuweisen ist.

Die Schriftleitung (DH)

Zum Sachverhalt:

I. Der verwitwete kinderlose Erblasser ist am . . . 2010 im Alter von 89 Jahren verstorben. Seine Ehefrau F. A. (künftig nur: Ehefrau) ist am . . . 2007 verstorben. Die Bet. zu 1) und Bf. ist Adoptivtochter einer Schwester der verstorbenen Ehefrau. Der Bet. zu 3) ist Neffe der verstorbenen Ehefrau, die Bet. zu 2) ist die Ehefrau des Bet. zu 3).

Der Erblasser befand sich ab 7. 4. 2007 im Pflegezentrum S. Bereits mit Beschluss des AG – Betreuungsgericht – W. vom 14. 3. 2007 war die Bf. als Ersatzbetreuerin für den Erblasser eingesetzt worden. Als Hauptbetreuerin wurde mit gleichem Beschluss ihre Adoptivmutter bestimmt. Mit Beschluss des Betreuungsgerichts vom 31. 3. 2010 wurden die beiden Betreuerinnen entlassen und es wurde ein Berufsbetreuer bestellt.

Mit privatschriftlichem gemeinschaftlichem Testament vom 4. 4. 1989 haben sich die Eheleute A. gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. In einem weiteren handschriftlichen gemeinschaftlichen Testament vom 1. 6. 2005 bestimmten die Ehegatten als Schlusserben nach ihrem Ableben die Bet. zu 2) und 3).

Daneben existieren zwei handschriftliche Testamente des Erblassers vom 27. 5. 2007 und vom 28. 6. 2007, in welchen der Erblasser jeweils die Bet. zu 1) als Alleinerbin einsetzt.

Mit Schriftsatz vom 27. 2. 2009 im Nachlassverfahren der Ehefrau hat der anwaltliche Vertreter der Bf. namens und im Auftrag des Erblassers die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen der Ehegatten vom 1. 6. 2005 erklärt. Er hat hierzu eine von der Bf. als Ersatzbetreuerin unterzeichnete Vollmacht vom 5. 5. 2008 vorgelegt.

Mit Schriftsatz vom 29. 6. 2010 im gegenständlichen Nachlassverfahren ist nochmals für die Bf. die Anfechtung der letztwilligen Verfügungen vom 1. 6. 2005 erklärt worden. Gleichzeitig beantragte die Bf. die Erteilung eines Erbscheins, der sie auf der Grundlage der Testamente vom 27. 5. 2007 und 28. 6. 2007 als Alleinerbin ausweist.

Die Bet. zu 2) und 3) haben ihrerseits die Erteilung eines Erbscheins auf der Grundlage des Testaments vom 1. 6. 2005 beantragt, der sie zur Erben zu je 1/2 ausweist.

Das AG – Nachlassgericht – W. hat mit Beschluss vom 18. 10. 2013 den Antrag der Bet. zu 1) zurückgewiesen und dem Antrag der Bet. zu 2) und 3) stattgegeben. Es hat dargelegt, dass hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung keine wechselbezügliche Verfügung vorliege, so dass die Bestimmung des Schlusserben jederzeit frei abänderbar gewesen sei. Auf die Wirksamkeit der Anfechtungserklärungen komme es

daher nicht mehr an. Die Testamente vom 27. 5. 2007 und 28. 6. 2007 seien für die Bestimmung der Erbfolge nicht heranzuziehen, da der Erblasser zum Zeitpunkt der Abfassung der Testamente testierunfähig gewesen sei. Dies folge aus den zur Verfügung stehenden Unterlagen sowie den Ausführungen des Sachverständigen Dr. R.

Gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts, der Bf. zugestellt am 24. 10. 2013, hat diese am 22. 11. 2013 Beschwerde eingelegt. Sie rügt unter Berufung auf ein Privatgutachten des Arztes Prof. Dr. L., das Erstgericht gehe zu Unrecht von einer Testierunfähigkeit des Erblassers aus. Die Datenlage ermögliche keinen Rückschluss auf eine kontinuierliche, gravierende Beeinträchtigung der kognitiven Fähigkeiten.

Das Erstgericht hat mit Beschluss vom 17. 2. 2014 der Beschwerde nicht abgeholfen.

Der Senat hat mit Beschluss vom 7. 8. 2014 dem Sachverständigen Dr. R. aufgegeben, sich schriftlich zu den Einwendungen der Bf. und zu der Frage, ob weitere Aufklärungsansätze zur Frage der Testierfähigkeit gegeben sind (etwa die Anhörung des Hausarztes), zu äußern, was dieser in seiner ergänzenden Stellungnahme vom 4. 12. 2014 getan hat. Die Bf. hat hierauf eine weitere Stellungnahme des Privatgutachters Prof. Dr. L. vom 23. 12. 2014 vorgelegt, die der Sachverständige Dr. R. zum Gegenstand seines weiteren Ergänzungsgutachtens vom 8. 4. 2015 gemacht hat, in dem er seine Auffassung, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, aufrechterhält. Unter Berufung auf eine erneute Stellungnahme des Privatgutachters Prof. Dr. L. rügt die Bf., der Sachverständige habe sich mit den Einwendungen des Privatgutachters nicht auseinandergesetzt. Sie beantragt die Einholung eines Obergutachtens. Sie hält im Übrigen die Einvernahme des Hausarztes nicht für sinnvoll. Beim Pflegepersonal sei zu berücksichtigen, dass es sich nicht um psychiatrisches Fachpersonal handele.

Aus den Gründen:

II. Das gemäß §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 1 und 2, 63 Abs. 1, 3, 64 Abs. 1 FamFG zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

Die Erbfolge ist anhand des gemeinschaftlichen Testaments zu bestimmen

Die Erbfolge ist anhand des Testaments vom 1. 6. 2005 zu bestimmen. Wie das Nachlassgericht ist auch der Senat davon überzeugt, dass die dort getroffene Schlusserbeneinsetzung der Bet. zu 2) und 3) durch die Testamente vom 27. 5. 2007 und 28. 6. 2007 nicht berührt wurde, da der Erblasser zum Zeitpunkt der Abfassung dieser beiden Testamente testierunfähig war. Die Wirksamkeit des Testaments wurde auch nicht durch die Anfechtungserklärungen vom 27. 2. 2009 und 29. 6. 2010 beseitigt.

Anhaltspunkte für eine zum Zeitpunkt der Errichtung bestehende Testierunfähigkeit des Erblassers existieren nicht

1. Anhaltspunkte für eine bereits 2005 bestehende Testierunfähigkeit des Erblassers existieren nicht. Insbesondere ergeben sich derartige Anhaltspunkte entgegen der im Schriftsatz vom 5. 2. 2015 geäußerten Auffassung der Bf. auch nicht aus den vorliegenden Gutachten des Sachverständigen Dr. R. Dieser weist darauf hin, dass ab April 2007 Orientierungsstörungen belegt seien und sieht dies als führendes Kriterium für die anzunehmende Einschränkung der freien Willens-

bildung. Auch der Hausarzt Dr. N. geht in seinen schriftlichen Erklärungen vom 9. 11. 2011 und 8. 5. 2012 von einer Testierunfähigkeit erst ab Januar 2007 aus.

Die Schlusserbeneinsetzung stellt keine wechselbezügliche Verfügung dar

2. Zurecht ist das Erstgericht davon ausgegangen, dass hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung der Bet. zu 2) und 3) nicht von einer Wechselbezüglichkeit i. S. d. § 2270 Abs. 1 BGB ausgegangen werden kann. Hinsichtlich dieser – von der Bf. nicht angegriffenen Auslegung – wird auf die Ausführungen unter Ziffer II.1 im angefochtenen Beschluss Bezug genommen. Die Schlusserbeneinsetzung war daher für den Erblasser auch nach dem Tod seiner Ehefrau frei abänderbar.

Die beiden späteren Testamente sind mangels Testierfähigkeit des Erblassers unwirksam

3. Der Erblasser war bei Abfassung der Testamente vom 27. 5. 2007 und 28. 6. 2007 nicht testierfähig.

a) Nach § 2229 Abs. 4 BGB kann ein Testament nicht errichten, wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln. Testierunfähig ist derjenige, dessen Erwägungen und Willensentschlüsse nicht mehr auf einer dem allgemeinen Verkehrsverständnis entsprechenden Würdigung der Außendinge und der Lebensverhältnisse beruhen, sondern durch krankhaftes Empfinden oder krankhafte Vorstellungen und Gedanken derart beeinflusst werden, dass sie tatsächlich nicht mehr frei sind, sondern vielmehr von diesen krankhaften Einwirkungen beherrscht werden. Dabei braucht diese Unfreiheit der Willensbildungen nicht darin zutage treten, dass der Erblasser sich keine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung eines Testaments und von dessen Inhalt zu machen vermag. Die Unfreiheit kann sich vielmehr darauf beschränken, die Motive für die Errichtung einer letztwilligen Verfügung entscheidend zu beeinflussen. Testierunfähig ist daher auch derjenige, der nicht in der Lage ist, sich über die für und gegen seine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe ein klares, von krankhaften Einflüssen nicht gestörtes Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln (ständige Rechtsprechung; vgl. BGH FamRZ 1958, 127, 128; BayObLGZ 2004, 237, 240 f.; OLG München, Beschluss vom 14. 8. 2007, 31 Wx 16/07, Rz. 18; OLG Bamberg, Beschluss vom 18. 6. 2012, 6 W 20/12, Rz. 15 = RNotZ 2013, 43).

Für die Annahme von Testierfähigkeit reicht es deshalb nicht aus, dass der Testierende in der Lage ist, die eigenen Bezugspersonen zu erkennen und einfache Sachverhalte zu erfassen. Er muss vielmehr in der Lage sein, die für und gegen eine letztwillige Verfügung sprechenden Gründe abzuwägen und sich aus eigener Überlegung, frei von Einflüssen Dritter, also selbständig und aus eigener Kraft ein Urteil zu bilden. Dies setzt voraus, dass es ihm bei der Testamentserrichtung möglich ist, sich an Sachverhalte und Ereignisse zu erinnern, Informationen aufzunehmen, Zusammenhänge zu er-

fassen und Abwägungen vorzunehmen (OLG München a.a.O., Rz. 19).

Aufgrund einer vaskulären Demenz in mittelgradiger bis schwerer Ausprägung war dem Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung keine freie Willensbildung mehr möglich

b) Der Senat ist der Überzeugung, dass der Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 27. 5. 2007 und 28. 6. 2007 an einer vaskulären Demenz in einer mittelgradigen bis schweren Ausprägung litt, so dass ihm eine freie Willensbildung nicht mehr möglich war. Demgemäß war der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung der beiden Testamente am 27. 5. 2007 und am 28. 6. 2007 nicht testierfähig. Bei dieser Einschätzung hat der Senat insbesondere die Eintragungen in der Pflegeakte des Erblassers, die Befunderhebungen des Hausarztes sowie die Ausführungen des Sachverständigen Dr. R. berücksichtigt.

aa) Der Sachverständige hat sich bei der Beurteilung der Frage, ob eine Demenzerkrankung vorliegt, auf die Beschreibung in der internationalen Klassifikation psychischer Störungen der Weltgesundheitsorganisation (ICD-10) gestützt. Bei diesen Leitlinien handelt es sich um ein anerkanntes Mittel, um das Vorliegen einer Demenz bestimmen zu können. Die Einschätzung des Sachverständigen wird auch vom Privatgutachter Prof. Dr. L., der von den Bf. mit einer Begutachtung beauftragt wurde, geteilt. Auch er geht vom Vorliegen einer vaskulären Demenz aus.

Der gerichtliche Sachverständige ist weiter zu dem Schluss gekommen, dass aufgrund der bekannten Beschwerden ab 26. 4. 2007 von einer mittelschweren bis schweren Ausprägung der vorliegenden Demenz ausgegangen werden muss, die zur Annahme einer Testierunfähigkeit führe. Er berücksichtigt bei seiner Schlussfolgerung zunächst, dass das neuropsychiatrische Störungsbild der vaskulären Demenz durch eine große Variabilität gekennzeichnet ist. Im Gegensatz zur Alzheimer Demenz stehe der Gedächtnisverlust nicht im Vordergrund und auch die Einsichts- und Urteilsfähigkeit können relativ erhalten sein. Typisch seien vielmehr fluktuierende Beeinträchtigungen von Funktionen des Stammhirns mit Störungen der Aufmerksamkeit, vermehrter Perseveration (Wiederholung von Worten) und Verlust der kognitiven Flexibilität, sowie Vigilanzschwankungen. Bei einem leichten Ausprägungsgrad der Demenz könne daher aus forensisch-psychiatrischer Sicht in der Regel von Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit ausgegangen werden. Bei einer mittelschweren Ausprägung der demenziellen Erkrankung ergäben sich jedoch Überlegungen in Richtung einer Testierunfähigkeit. Hier komme es auf das Ausmaß der kognitiven Einschränkungen an, die eine eigenständige Lebensführung ohne Hilfe nicht mehr gestatteten und die vielfach mit Desorientierung einhergingen. Bei eingetretener Desorientierung könne das Postulat freier Willensbestimmung nicht mehr vernünftig begründet werden (a.a.O., S. 16).

bb) Der Senat geht mit dem Sachverständigen Dr. R. davon aus, dass das Störungsbild beim Erblasser am

27. 5. 2007 bereits ein Ausmaß erreicht hatte, das zur Annahme einer Testierunfähigkeit führt.

Vor dem 7. 4. 2007 befand sich der Erblasser im Seniorenwohncentrum G. Die Einrichtungsleiterin des Seniorenwohncentrums hat mit Schreiben vom 8. 2. 2012 dem Nachlassgericht mitgeteilt, das bei Einzug vorhandene geringe Psychosyndrom und die leichte Demenz des Erblassers seien zum Zeitpunkt seines Umzuges nach S. schon so erheblich fortgeschritten gewesen, „dass er die Tragweite seiner Handlungen nicht mehr einordnen konnte“. Am 7. 4. 2007 erfolgte die Verlegung in das Pflegezentrum S. Laut eines ärztlich-pflegerischen Zeugnisses des Hausarztes Dr. N. vom 10. 4. 2007, das sich in der Pflegeakte befindet, lag beim Erblasser eine leichte Sprachstörung vor und fehlte zeitweise die zeitliche, örtliche, objektive und die Orientierung in der Person. Aus einem Eintrag in der Pflegeakte des Pflegezentrums S. vom 26. 4. 2007 ergibt sich, dass der Erblasser an diesem Tag zeitlich und örtlich sowie zur Person nicht orientiert gewesen sei. Der Hausarzt, Dr. N., hat mit Schreiben vom 8. 5. 2012 dem Nachlassgericht mitgeteilt, dass seines Erachtens seit Januar 2007 keine Testierfähigkeit mehr bestanden habe. Er berief sich hierbei auf ein Schreiben vom 9. 11. 2011, wonach ab 23. 1. 2007 ein hochgradiger cerebraler Abbauprozess und eine Demenz bestanden hätten. Es liegt weiter ein Schreiben der J. vom 24. 11. 2011 vor, wonach diese den Erblasser kurz nach der Verlegung in den S. am 14. oder 15. 4. 2007 besuchte, er an diesem Tag jedoch geschlafen habe. Bei einem weiteren Besuch ca. 3 Wochen später habe er wirr gesprochen und sie nicht mehr erkannt, obwohl sie sich ihm mehrmals vorgestellt habe.

Der Senat ist auf dieser Tatsachengrundlage und unter Berücksichtigung der Wertung des Sachverständigen Dr. R. ebenso wie das Nachlassgericht davon überzeugt, dass von einer fehlenden Testierfähigkeit zum Zeitpunkt der Abfassung der beiden Testamente auszugehen ist. Der Sachverständige Dr. R. hat in seinen Gutachten vom 31. 8. 2012, 21. 11. 2012, 12. 8. 2013, 4. 12. 2014 und 8. 4. 2015 überzeugend dargelegt, dass die belegten Orientierungsstörungen eine freie Willensbildung ausschließen. Die gegen das Ausgangsgutachten vom 31. 8. 2012 und die beiden Ergänzungsgutachten vom 21. 11. 2012 und 12. 8. 2013 von der Bf. in der Beschwerde begründung vom 30. 1. 2014 vorgebrachten Argumente sind nicht tragfähig. Dort wird im Wesentlichen argumentiert, die vorhandenen Eintragungen könnten nicht i. S. einer permanenten deutlichen Beeinträchtigung der kognitiven Leistungsfähigkeit interpretiert werden. Es fehle daher an ausreichenden positiven Befunden und Nachweisen einer Testierunfähigkeit. Die Bf. beruft sich insoweit auf ein Privatgutachten des Sachverständigen Prof. Dr. L. vom 23. 1. 2014.

Der gerichtliche Sachverständige Dr. R. hat jedoch bereits mit Ergänzungsgutachten vom 12. 8. 2013 darauf hingewiesen, dass es sich bei Demenz um eine chronisch fortschreitende, sich über Monate und Jahre erheblich verschlechternde Krankheit handelt, die eine Heilung nicht erwarten lässt. Schwankungen in der Befindlichkeit könnten zwar in den Initial- und leichteren

Stadien der Erkrankung in einer forensisch-psychiatrisch relevanten Art und Weise auftreten, nicht mehr jedoch bei mittelgradigen und/oder schwersten Ausfallerscheinungen. In seinem Ergänzungsgutachten vom 4. 12. 2014 hat der Sachverständige Dr. R. insoweit nachvollziehbar ausgeführt, dass die ab April 2007 belegte fehlende Orientierung zur eigenen Person einen weit fortgeschrittenen Krankheitsverlauf dokumentiere, ohne dass es in der Folge einer Häufung der Befunde bedürfe. Die Verschlechterung der Orientierungsstörungen des Erblassers im April 2007 sei anhand der Unterlagen deutlich belegt. Soweit die Bf. hiergegen einwenden, dem Merkmal der Orientierungsstörung könne keine höherwertigere Relevanz als anderen Kriterien zugesprochen werden hat der Sachverständigen in seinem weiteren Ergänzungsgutachten vom 8. 4. 2015 unter Heranziehung der psychiatrischen Literatur dargelegt, dass eine nachgewiesene Orientierungsstörung zur Situation oder zur Person eine freie Willensbildung ausschließe, auch wenn eindeutige Aussagen zum Umfang kognitiver Störungen nicht getroffen werden könnten. Es trifft daher nicht zu, dass der Sachverständige sich nicht mit den Ausführungen des Privatgutachters auseinandergesetzt habe. Vielmehr sind die Ausführungen des Sachverständigen aus Sicht des Senats schlüssig, widerspruchsfrei und in der Sache überzeugend. Es ist insbesondere nicht erkennbar, dass der Sachverständige neben dem Kriterium der Orientierungslosigkeit andere relevante Kriterien außer Acht lässt, die für eine Testierfähigkeit sprechen könnten.

Der Einholung eines weiteren Gutachtens bedarf es bei dieser Sachlage nicht. Es fehlt hierfür an den erforderlichen Anhaltspunkten für eine Mangelhaftigkeit des erstatteten Gutachtens, zumal beide Gutachter vom selben Krankheitsbild ausgehen und lediglich bei der Bewertung der vorliegenden Befunde zu einem unterschiedlichen Ergebnis gelangen.

c) Einer Einvernahme des Hausarztes oder des Pflegepersonals bedurfte es nicht. Eine Aufklärungspflicht besteht nämlich nur insoweit, als das Vorbringen der Bet. und der festgestellte Sachverhalt zu weiteren Ermittlungen Anlass geben (BayObLG Beschluss vom 18. 2. 2003, 1 Z BR 136/02 Rz. 24). Aufgrund des Zeitablaufs ist der Senat der Überzeugung, dass zusätzlich zu den eingeholten schriftlichen Stellungnahmen durch eine Anhörung des Hausarztes Dr. N. oder des Pflegepersonals keine weiteren Erkenntnisse zu erwarten gewesen wären. Diese Einschätzung wurde auch von den Bet. geteilt.

Das gemeinschaftliche Testament ist nicht wirksam angefochten worden

4. Die Wirksamkeit des Testaments vom 1. 6. 2005 wird durch die beiden Anfechtungserklärungen vom 27. 2. 2009 und vom 29. 6. 2010 nicht beseitigt.

a) Die Anfechtungserklärung vom 27. 2. 2009 wurde im Namen des Erblassers erklärt. Ein eigenes Anfechtungsrecht des Erblassers besteht jedoch nicht (MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl., § 2080, Rn. 2).

Ein Anfechtungsrecht des Erblassers kommt nur für wechselbezügliche Verfügungen in Betracht, da

einseitige Verfügungen jederzeit frei widerruflich sind

aa) Zwar kann beim gemeinschaftlichen Testament nach dem Tod des einen Ehegatten dem überlebenden Ehegatten aufgrund der nun eingetretenen Bindungswirkung ein Anfechtungsrecht in entsprechender Anwendung der §§ 2281ff BGB zustehen. Dies gilt jedoch nur für die eigenen wechselbezüglichen Verfügungen des Überlebenden. Seine eigenen einseitigen Verfügungen kann er nicht anfechten, da er sie jederzeit nach §§ 2253 ff, 2299 BGB frei widerrufen kann (Palandt-Weidlich, BGB, 74. Aufl., § 2271 Rn. 28). Die Erbeinsetzung der Bet. zu 2) und 3) war im vorliegenden Fall jedoch nicht wechselbezüglich (vgl. oben Ziffer II.2).

Für eine entsprechende Anwendung des § 2282 Abs. 2 BGB auf einseitige Verfügungen im Falle eingetretener Testierunfähigkeit fehlt es an einer Gesetzeslücke

bb) Soweit in der Literatur vereinzelt diskutiert wird, ob im Falle eingetretener Testierunfähigkeit auch einseitige Verfügungen durch den Betreuer des überlebenden Ehegatten entsprechend § 2282 Abs. 2 BGB angefochten werden können (Palandt-Weidlich a.a.O., Rn. 27, Jauernig-Stürner, BGB, 15. Aufl., § 2080, Rn. 1; Zimmer, NJW 2007, 1713, 1716), folgt der Senat dieser Auffassung nicht.

Es fehlt bereits an einer Gesetzeslücke. Ein Bedürfnis, dem Erblasser in dieser Konstellation überhaupt ein Anfechtungsrecht zuzubilligen, besteht nicht. Denn während beim Erbvertrag der Erblasser durch eine Anfechtung seine Testierfreiheit wieder erlangen kann, wurde diese beim einseitigen Testament oder durch nicht-wechselbezügliche Verfügungen von vorneherein nicht eingeschränkt. Vor diesem Hintergrund wird nur eine teilweise Analogie, nämlich ein Anfechtungsrecht für den Fall eingetretener Testierunfähigkeit, gefordert (vgl. zum Streitstand Staudinger-Otte, BGB (2013), § 2080 Rn. 32). Auch insoweit fehlt es jedoch an einer Regelungslücke und an einem praktischen Bedürfnis für die postulierte Analogie. Wie der als Ausnahmeregelung konzipierte § 2282 Abs. 2 BGB zeigt, war dem Gesetzgeber die Problematik des testierunfähig gewordenen Erblassers bewusst. Im Falle des Erbvertrages kann die Anfechtung der frühzeitigen Klärung der Rechtslage im Interesse des Vertragspartners dienen (Staudinger-Otte, a.a.O., Rn. 33). Ein entsprechendes Bedürfnis besteht bei einseitigen Verfügungen des Erblassers nicht. Es ist daher von einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers auszugehen, die Anfechtung eines Erbvertrages – ausnahmsweise – durch einen gesetzlichen Vertreter des testierunfähigen Erblassers zuzulassen, die Möglichkeit der Anfechtung eines Testaments jedoch auf den Kreis der in § 2080 Abs. 1 BGB genannten Anfechtungsberechtigten zu beschränken (MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl., § 2080 Rn. 2; Staudinger-Otte a.a.O.).

Auch praktische Erwägungen sprechen gegen eine entsprechende Anwendung des § 2282 Abs. 2 BGB

Auch praktische Erwägungen sprechen gegen eine entsprechende Anwendung des § 2282 Abs. 2 BGB. Zum einen sind Interessenkollisionen zu befürchten, da

der Betreuer des Erblassers nicht selten mit diesem verwandt ist und somit – wie auch im vorliegenden Fall – eigene Interessen des Betreuers bei der Ausübung des Anfechtungsrechts mitbestimmend sein können. Zum anderen – was sich hier ebenfalls zeigt – bereitet es oftmals Schwierigkeiten, den Zeitpunkt des Eintritts einer Testierunfähigkeit zu bestimmen, so dass häufig Rechtsunsicherheit über die Wirksamkeit einer vom Betreuer abgegebenen Anfechtungserklärung bestehen wird.

Darüber hinaus würde es vorliegend an der Genehmigung des Betreuungsgerichts sowie der notariellen Beurkundung der Anfechtungserklärung fehlen

cc) Unabhängig davon wäre selbst im Falle einer entsprechenden Anwendung zu fordern, dass eine Genehmigung des Betreuungsgerichts vorliegt (§ 2282 Abs. 2, Hs. 2 BGB), was hier nicht der Fall ist. Ebenso würde es an der erforderlichen notariellen Beurkundung fehlen, § 2282 Abs. 3 BGB.

Die im Namen der Bf. erklärte Anfechtung war mangels Bestehens eines Anfechtungsrechts ebenfalls unwirksam

b) Die Anfechtungserklärung vom 29. 6. 2010 ist ebenfalls unwirksam.

Anfechtungsberechtigt ist gemäß § 2080 Abs. 1 BGB nur, wenn der Wegfall der angefochtenen letztwilligen Verfügung unmittelbar zustattenkommen würde (MünchKomm-BGB/Leipold, a.a.O., Rn. 4). Aufgrund der Unwirksamkeit der Testamente vom 27. 5. 2007 und 28. 6. 2007 träte bei einem Wegfall des Testaments vom 1. 6. 2005 die gesetzliche Erbfolge ein. Ein Verwandtschaftsverhältnis der Bf. zum Erblasser bestand nicht, so dass ein Erbrecht der Bf. auch im Wege der gesetzlichen Erbfolge nicht entstehen könnte. Sie hätte aus dem Wegfall des angefochtenen Testaments vom 1. 6. 2005 daher keinen Vorteil. Ihr steht folglich kein Anfechtungsrecht zu.

5. Das AG – Nachlassgericht – W. ist daher im Ergebnis zu Recht davon ausgegangen, dass die Erbfolge nach dem Testament vom 1. 6. 2005 zu bestimmen ist.

Die Beschwerde ist zurückzuweisen.

III. [...] Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen. Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts, § 70 Abs. 2 FamFG.

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Schluss der Liquidation bei einem schwebenden Steuerungsverfahren

(OLG Hamm, Beschluss vom 29. 7. 2015 – 27 W 50/15)

FamFG § 394 GmbHG § 74 Abs. 1

Die Liquidation ist i. S. v. § 74 I GmbHG noch nicht beendet, wenn ein die Gesellschaft betreffendes

Steuerverfahren noch nicht abgeschlossen und ihr noch ein Steuerbescheid zuzustellen ist (Abgrenzung zu den Fällen des § 394 FamFG und Senat, Beschluss vom 3. 9. 2014, 27 W 109/14; Beschluss vom 21. 4. 2015, 27 W 46/15).

Zur Einordnung:

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des OLG Hamm behandelt die Frage, ob ein anhängiges Steuerverfahren und im Zusammenhang mit einer noch ausstehenden Außenprüfung einer aufgelösten Gesellschaft noch zu erwartende Verwaltungsakte der Anmeldung des Schlusses der Liquidation i. S. v. § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG zum Handelsregister entgegensteht.

Nach § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG haben die Liquidatoren einer GmbH den Schluss der Liquidation zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wenn die Liquidation beendet und die Schlussrechnung gelegt ist. Die Liquidation ist i. S. v. § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG beendet, wenn das verwertbare Gesellschaftsvermögen verteilt und auch keine sonstigen Abwicklungsmaßnahmen mehr erforderlich sind (Baumbauch/Hueck/Haase, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 74 Rn. 2; Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 74 Rn. 3). Das Registergericht hat in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob die Liquidation tatsächlich beendet ist (Baumbauch/Hueck/Haase, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 74 Rn. 2). Grundsätzlich kann das Registergericht sich dabei auf die entsprechende Versicherung der Liquidatoren verlassen (vgl. OLG Köln RNotZ 2005, 50, 51 f.; MünchKomm-GmbHG/H. F. Müller, 2011, § 74 Rn. 9). Bei Zweifeln bezüglich der Richtigkeit und Vollständigkeit der Angaben der Liquidatoren hat es jedoch nach § 26 FamFG von Amts wegen die zur Feststellung der entscheidungserheblichen Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen (Michalski/Nehrlich, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 74 Rn. 12). Das Registergericht kann sich etwa zur Vermeidung einer späteren Nachtragsliquidation bei dem zuständigen Finanzamt nach noch andauernden Steuerverfahren erkundigen (Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn. 1150).

In dem vom OLG Hamm zu entscheidenden Sachverhalt hatte das zuständige Finanzamt mitgeteilt, dass bei der Gesellschaft noch eine steuerliche Außenprüfung durchgeführt werde und nach deren Abschluss noch mit der Zustellung von Verwaltungsakten zu rechnen sei. In diesem Fall ist nach dem Gericht die Liquidation im Ergebnis noch nicht abgeschlossen, da ggf. noch weitere Abwicklungsmaßnahmen im Zusammenhang mit dem noch laufenden Steuerverfahren erforderlich sind. Hierfür spricht auch, dass sich eine alternativ in Betracht kommende Nachtragsliquidation zum Abschluss des laufenden Steuerverfahrens schwierig gestalten könnte (vgl. Michalski/Nehrlich, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 74 Rn. 46). Grundsätzlich können steuerliche Pflichten einer gelöschten GmbH zwar Anlass für die Durchführung einer Nachtragsliquidation sein (vgl. Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 74 Rn. 26). Eine Nachtragsliquidation soll in diesem Zusammenhang aber nicht zulässig sein, wenn diese nur zum Zwecke

der Zustellung eines Steuerbescheides erfolgen soll (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 100). Vielmehr soll eine Nachtragsliquidation nur dann stattfinden, wenn eine Steuerschuld aus noch vorhandenem Vermögen der Gesellschaft beglichen werden soll, oder die Zustimmung notwendig ist, um einen Anspruch gegen einen Dritten geltend zu machen (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 100; Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 74 Rn. 26).

In der Praxis dürfte es sich empfehlen, dass der mit der Anmeldung des Schlusses der Liquidation einer Gesellschaft betraute Notar bei den Bet. ggf. laufende Steuerverfahren erfragt, um eine Zurückweisung seines Eintragungsantrages bzw. die Anregung einer Zurücknahme desselben durch das Registergericht zu vermeiden.

Die Schriftleitung (AW)

Zum Sachverhalt:

I. Der Bet. zu 2.) hat mit notarieller Urkunde – UR-Nr. 60/2015 – vom 20. 2. 2015 die Beendigung der Liquidation und das Erlöschen der Firma zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

Das AG hat mit Verfügung vom 26. 2. 2015 die zuständige Finanzbehörde um Stellungnahme gebeten, ob die Gesellschaft gelöscht werden kann. Die Finanzbehörde hat daraufhin mit Schreiben vom 10. 3. 2015 darum gebeten, die Löschung nicht vorzunehmen, da noch Verwaltungsakte zuzustellen seien.

Mit Verfügung vom 13. 3. 2015 hat das AG die Rücknahme der Anmeldung und erneute Einreichung im Fall der Lösungsreife angeregt. Zur Begründung hat das AG ausgeführt, dass die Liquidation noch nicht als beendet angesehen werden könne, weil die Finanzbehörde einer Löschung der Gesellschaft noch nicht zugestimmt habe.

Der beurkundende Notar hat mit Schreiben vom 24. 3. 2015 um Rückstellung für dreißig Tage gebeten, weil nach Rücksprache mit dem Steuerberater und aktueller Prüfung durch die Finanzbehörde deren Zustimmung in diesem Zeitraum zu erwarten sei.

Das AG hat die Anmeldung mit dem angefochtenen Beschluss vom 30. 3. 2015 unter Hinweis auf die in dem Schreiben vom 13. 3. 2015 genannten Gründe zurückgewiesen. Weiter hat das AG ausgeführt, dass es bei einer Verneinung der Löschung seitens der Finanzbehörde mit der hier gegebenen Begründung die Rücknahme der Anmeldung und die Neuvernahme zu einem Zeitpunkt anrege, wenn die Behörde ihre Zustimmung zur Löschung vorbehaltlos erteilt habe. Mit Löschung des Rechtsträgers wären Zustellungen von Steuerbescheiden nicht mehr möglich und eine Nachtragsliquidation würde sehenden Auges in Kauf genommen. Wegen der zu befürchtenden Nachtragsliquidation sei anderslautender obergerichtlicher Rechtsprechung nicht zu folgen.

Hiergegen wendet sich die Bet. zu 1) mit der rechtzeitig eingegangenen Beschwerde vom 16. 4. 2015.

Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Hierbei hat das AG darauf verwiesen, auch das ordnungsgemäße Legen der Schlussrechnung gehöre neben der Auskehr des Vermögens zu den wesentlichen Voraussetzungen der Beendigung der Liquidation. Eine ordnungsgemäße Schlussrechnung könne daher erst nach Abschluss auch der steuerrechtlichen Abwicklung der Gesellschaft erfolgen.

Im Beschwerdeverfahren hat der Senat mit Verfügungen vom 28. 5. 2015 und vom 18. 6. 2015 auf einzelne rechtliche Gesichtspunkte hingewiesen.

Die Finanzbehörde hat mit Schreiben vom 2. 6. 2015 mitgeteilt, dass gegen die beabsichtigte Löschung Bedenken bestünden, da eine steuerliche Außenprüfung bei der Gesellschaft durchgeführt werde. Die Vermögenslosigkeit der Gesellschaft könne derzeit vom Veranlagungsbezirk nicht geprüft werden. Zudem seien nach Abschluss der Außenprüfung noch Verwaltungsakte zuzustellen.

Die Bet. zu 1) hat mit Schreiben vom 10. 6. 2015, 12. 6. 2015 und 13. 7. 2015 in der Sache noch Stellung genommen.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Gründe der angefochtenen Entscheidungen, den Inhalt der jeweiligen Verfügungen und Schreiben sowie den sonstigen Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

II. Das AG hat die Anmeldung zu Recht zurückgewiesen.

1. Nach § 74 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist der Schluss der Liquidation zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wenn die Liquidation beendet und die Schlussrechnung gelegt ist.

Ein laufendes Steuerverfahren steht dem Abschluss dem Abschluss der Liquidation entgegen, so dass eine Löschung der Gesellschaft (noch) nicht erfolgen kann

Die Liquidation ist beendet, wenn das verwertbare Gesellschaftsvermögen verteilt ist und auch keine sonstigen Abwicklungsmaßnahmen mehr erforderlich sind. Daran fehlt es, wenn ein die Gesellschaft betreffendes Steuerverfahren noch nicht abgeschlossen und der Gesellschaft noch ein Steuerbescheid zuzustellen ist. In dieser Situation kann von einer beendeten Abwicklung keine Rede sein. Nicht abgeschlossene Steuerverfahren können – von zu bewirkenden Zustellungen abgesehen – etwa durch Steuer(nach)forderungen oder Steuererstattungen noch Auswirkungen auf das Gesellschaftsvermögen haben. Die Einlegung von Rechtsmitteln gegen Steuerbescheide kann sich zudem als geboten erweisen. Auch sonst besteht regelmäßig keine Veranlassung, eine Gesellschaft durch ihre Löschung gleichsam einem laufenden Steuerverfahren zu entziehen (vgl. zum Ganzen OLG Hamm NJW-RR 2002, 324 ff., Rn. 13 und Rn. 17; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 20. Aufl., § 74 Rn. 2 und § 60 Rn. 105 m. w. N.).

Für die Richtigkeit dieser Wertung spricht letztlich auch das Vorbringen der Bf. Hiernach sollen sich infolge einer Betriebsprüfung minimale Änderungen durch eine zu erwartende kleinere Nachforderung bei der Gewerbesteuer und eine Erstattung bei der Einkommensteuer ergeben. Diese Ausführungen zeigen, dass eben keine Beendigung der Liquidation anzunehmen ist. Es ist nicht angezeigt, „Erwartungen und Prognosen“ eines Schuldners zum Ausgang steuerrechtlicher Verfahren der Beurteilung zu Grunde zu legen. Maßgeblich ist vielmehr, dass der weitere (tatsächliche) Verlauf offen ist. Es ist daher abzuwarten, ob sich Steuer(nach)forderungen oder Steuererstattungen ergeben.

Ebenso ist möglich, dass im Rahmen der steuerrechtlichen Beurteilung weitere Mitwirkungshandlungen erforderlich werden. Auch insoweit gehen die möglicherweise noch erforderlichen Abwicklungsmaßnahmen

über die Entgegennahme von etwaigen Verwaltungsakten hinaus.

Die von der Bf. zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27. 3. 2014 (abgedruckt in DB 2014, 1006 f.) ist nicht einschlägig. Es geht hier nicht um die Löschung einer Kommanditgesellschaft, die sich nach § 157 HGB richtet, sondern um die Löschung einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die nach § 74 GmbHG zu beurteilen ist.

Die Löschung der Gesellschaft während eines noch schwebenden Steuerverfahrens würde zwangsläufig eine Nachtragsliquidation erforderlich machen

Für die Unzulässigkeit der Löschung nach § 74 Abs. 1 GmbHG bei noch nicht abgeschlossenen Steuerverfahren spricht auch, dass es damit zur Beendigung dieser Verfahren keiner Nachtragsliquidation bedarf. Die Nachtragsliquidation verursacht erheblichen Aufwand, der vermieden wird, wenn die Gesellschaft vor ihrer Löschung auch steuerlich abgewickelt wird. Hinzu kommt, dass die Voraussetzungen, unter denen die Nachtragsliquidation wegen noch laufender Steuerverfahren geboten ist, im Einzelnen streitig sind (vgl. nur OLG Karlsruhe NJW-RR 1990, 100 f.; OLG München GmbHR 2008, 821 ff.; Haas, a.a.O., § 60 Rn. 105; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 74 Rn. 14 ff.; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl., § 74 Rn. 17 ff., jew. m. w. N.). Die damit einhergehenden praktischen Schwierigkeiten in der Abwicklung von Steuerverfahren einer im Handelsregister bereits gelöschten Gesellschaft stellen sich nicht, wenn man die Löschung nach § 74 Abs. 1 GmbHG erst nach Abschluss der Steuerverfahren vornimmt.

Die ebenfalls von der Beschwerde herangezogene Vorschrift des § 394 FamFG ist nicht einschlägig. Die amtswegige Löschung einer vermögenslosen Gesellschaft beruht auf anderen Wertungen und hat andere Voraussetzungen als die vorliegend allein in Rede stehende Löschung auf Betreiben der Gesellschaft bzw. ihrer Liquidatoren gemäß § 74 Abs. 1 GmbHG. Soweit der Senat es in einem Beschluss vom 3. 9. 2014 mit Blick auf § 394 FamFG für unerheblich gehalten hat, dass noch Verwaltungsakte zuzustellen sind, gilt dies nicht für die Löschung gemäß § 74 Abs. 1 GmbHG. Sollte die vorgenannte Entscheidung anders verstanden werden können, hält der Senat hieran nicht fest.

2.) Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 70 FamFG nicht vorliegen.

Einschlägige obergerichtliche oder höchstrichterliche Rechtsprechung, die zu einer anderen Beurteilung kommt, ist nicht ersichtlich. In Anbetracht der erfolgten gesetzlichen Regelung in § 74 GmbHG ist insbesondere auch keine klärungsbedürftige Rechtsfrage anzunehmen.

3.) Die Wertfestsetzung folgt aus § 36 Abs. 3 GNotKG. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG.

7. Kostenrecht – Zur Gebührenfreiheit der Eigentumseintragung bei Ausübung eines durch letztwillige Verfügung eingeräumten Übernahmerechts

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 16. 7. 2015 – 8 W 255/15)

KV GNotKG Nr. 14110 Nr. 1 Abs. 1

Die Gebührenbefreiung der Nr. 14110 Nr. 1 Abs. 1 S. 1 und S. 2 KV GNotKG begünstigt auch die Eintragung eines Erben des eingetragenen Eigentümers, dessen Erwerb erfolgt ist durch die Ausübung eines erbvertraglich eingeräumten Übernahmerechts und Abschluss eines Übernahmevertrags zwischen sämtlichen Erben einschließlich Auflassung, Eintragungsbewilligung und -antrag.

Zur Einordnung:

Ob und unter welchen Voraussetzungen die Eintragung eines Erben als Eigentümer im Grundbuch gebührenfrei erfolgen kann, ist in der notariellen Praxis häufig Gegenstand von Nachfragen. Das OLG Stuttgart hatte in seinem Beschluss über die Gebührenfreiheit der Eintragung eines Erben zu entscheiden, die aufgrund der Ausübung eines erbvertraglich eingeräumten Übernahmerechts erfolgt ist.

Die Gebühr 14110 Nr. 1 KV GNotKG sieht für die Eintragung eines Eigentümerwechsels im Grundbuch grundsätzlich eine 1,0-Gebühr vor. Gemäß Nr. 14110 Abs. 1 S. 1 KV fällt die Gebühr jedoch nicht an für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers, sofern der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem GBA eingereicht wird. In Erweiterung der Vorgängervorschrift des § 60 Abs. 4 KostO stellt S. 2 ausdrücklich auch den Erwerb aufgrund einer Erbauseinandersetzung gebührenfrei. Der insoweit zur KostO bestehende Streit ist damit ausdrücklich zugunsten der Kostenprivilegierung entschieden worden (vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Gutfried, GNotKG, 1. Aufl. 2014, Nr. 14110 KV Rn. 22). Durch die Regelung soll eine zeitnahe Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften gefördert und deren Perpetuierung im Grundbuch möglichst vermieden werden (vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 206). Voraussetzung für die Gebührenfreiheit ist, dass der Erwerber Erbe ist. Die Eintragung eines Vermächtnisnehmers (der nicht zugleich Miterbe ist) oder eines Käufers, der das Grundstück von der Erbengemeinschaft im Rahmen der Auseinandersetzung erwirbt, ist daher nicht gebührenprivilegiert (Korintenberg/Heyl, GNotKG, 19. Aufl. 2015, Nr. 14110 KV Rn. 45). Auf welchem Weg die Erbauseinandersetzung erfolgt, ist unerheblich (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Gutfried, GNotKG, 1. Aufl. 2014, Nr. 14110 KV Rn. 23 f.): Neben der dinglichen Übertragung des Grundstücks durch Auflassung und Eintragung und der Übertragung des Erbteils gemäß § 2033 BGB, hat der BGH auch die Abschichtung als Mittel der Erbauseinandersetzung anerkannt (BGH DNotI-Report 2005, 24).

Das OLG Stuttgart knüpft hieran an und erkennt auch die Eintragung eines Erben aufgrund der Ausübung

eines erbvertraglich angeordneten Übernahmerechts als gebührenprivilegiert an. Die Einräumung des Übernahmerechts beinhaltet die (optionale) Anordnung einer Erbauseinandersetzung, sodass die Eintragung nach seiner Ausübung „infolge einer Erbauseinandersetzung“ erfolgt ist. Dass durch die Ausübung des Übernahmerechts lediglich eine Teilaus- einander- setzung im Hinblick auf das Grundstück stattgefunden hat, steht der Gebührenfreiheit nicht entgegen.

Für die Praxis hat die Entscheidung zur Folge, dass auch die Ausübung eines durch letztwillige Verfügung angeordneten Übernahmerechts durch einen Erben innerhalb von zwei Jahren seit dem Erbfall erfolgen sollte. In diesem Fall erfolgt die Eintragung des Erben als Eigentümer im Grundbuch gebührenfrei. Für die Fristwahrung ist die Einreichung des Antrags – nicht dessen Vollzugsreife – entscheidend (OLG Frankfurt MittBayNot 2007, 522).

Die Schriftleitung (DH)

Zum Sachverhalt:

I. Im Grundbuch von S. war als Alleineigentümer des Grundbesitzes Gemarkung S., Bl. . . ., Flurstück. . ., Gebäude- und Freifläche, . . ., bebaut mit einem 3-Familienhaus, der Erblasser. . ., eingetragen, der am 11. 3. 2014 verstorben ist.

Aufgrund des notariellen Erbvertrags zwischen ihm und seiner Ehefrau vom 7. 9. 2004 wurden nach dem Letztversterbenden die acht gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt, so auch der Kostenschuldner zu einem Achtel.

In § 4 des Erbvertrags wurde diesem ein Übernahmerecht an dem vorgenannten Grundstück eingeräumt zu einem Übernahmepreis von 90 % des Verkehrswerts, der durch den Gutachterausschuss der Stadt Stuttgart festgestellt werden sollte.

Das Übernahmerecht wurde vom Kostenschuldner ausgeübt und infolgedessen schlossen die Erben am 9. 3. 2015 einen notariellen Übernahmevertrag, wonach der [Kostenschuldner] das Grundstück übertragen erhielt zu einem Übernahmepreis von 283 500,- € (90 % des von der Stadt Stuttgart ermittelten Verkehrswertes von 315 000,- €), wovon auf jeden Miterben ein Teilbetrag von 35 437,50 € entfiel.

In dem notariellen Vertrag wurde zugleich die Auflassung erklärt und vom Veräußerer die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch bewilligt sowie vom Erwerber beantragt.

Nach Vollzug der Eigentumsänderung hat das Notariat – GBA – S. mit der Kostenrechnung vom 11. 3. 2015 nach Nr. 14110 GNotKG-KV beim Kostenschuldner eine Gebühr von 535,- € erhoben, gegen deren Ansatz sich dieser mit seiner Erinnerung vom 8. 5. 2015 gewandt hat.

Nach Nichtabhilfe durch das Notariat vom 20. 5. 2015 und Einholung einer Stellungnahme der Bezirksrevisorin vom 2. 6. 2015 hat das AG S. mit Beschluss vom 3. 6. 2015 die Erinnerung als unbegründet zurückgewiesen.

Hiergegen hat der Kostenschuldner mit Schreiben vom 18. 6. 2015, eingegangen am 22. 6. 2015, Beschwerde erhoben, der das AG mit Beschluss vom 22. 6. 2015 nicht abgeholfen hat. Die dem LG S. zur Entscheidung vorgelegten Akten wurden von diesem an das zuständige OLG abgegeben.

Aus den Gründen:

II. Die gemäß § 81 Abs. 2 S. 1 GNotKG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

Nach Nr. 14110 Ziff. 1 Abs. 1 S. 2 KV GNotKG ist die Eintragung eines Erben auch dann gebührenfrei, wenn sie erst infolge einer Erbauseinandersetzung erfolgt

Während in § 60 Abs. 4 KostO geregelt war, dass die Gebühren nach den Abs. 1–3 nicht erhoben werden bei Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem GBA eingereicht wird, hat der Gesetzgeber die hier zur Anwendung kommende Gebührennorm Nr. 14110 GNotKG-KV abgeändert:

„Eintragung

1. eines Eigentümers oder von Miteigentümern oder
2. von den Gesellschaftern einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Wege der Grundbuchberichtigung 1,0

I 1 Die Gebühr wird nicht für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers oder von Erben des Gesellschafters bürgerlichen Rechts erhoben, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem Grundbuchamt eingereicht wird. 2 Dies gilt auch, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden.

II . . .“

Im Gesetzentwurf der Bundesregierung (Deutscher Bundestag, 17. Wahlperiode, Drucksache 17/11471, Seite 206) ist hierzu ausgeführt:

„Abs. 1 der Anm. übernimmt die in § 60 Abs. 4 KostO enthaltene Privilegierung für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers und erweitert diese um Erben des Gesellschafters bürgerlichen Rechts. [. . .] Die Grundbuchberichtigung dient dem öffentlichen Interesse an der Richtigkeit der Grundbücher. S. 2 der Anm. ist neu und soll die umstrittene Frage, ob Erben, die infolge einer Erbauseinandersetzung im Grundbuch eingetragen werden, noch an der Gebührenvergünstigung teilnehmen (vgl. dazu Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 18. Aufl., § 60 Rn. 59, 60), positiv entscheiden. Durch diese Vergünstigung soll die zeitnahe Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften gefördert werden, um die Perpetuierung im Grundbuch möglichst zu vermeiden. Andernfalls kann es bereits nach wenigen aufeinanderfolgenden Erbfällen zu höchst unübersichtlichen Grundbüchern kommen, deren Bereinigung oftmals auch erhebliche materiell-rechtliche Schwierigkeiten nach sich ziehen kann.“

Bei der erforderlichen Subsumtion unter die Gebührennorm der Nr. 14110 GNotKG-KV ist vorliegend festzustellen, dass es sich um die Eintragung eines Erben des eingetragenen Eigentümers handelt, allerdings nicht im Wege der Grundbuchberichtigung, sondern nach Ausübung des erbvertraglich eingeräumten Übernahmerechts und Abschluss eines Übernahmevertrages zwischen sämtlichen Erben einschließlich Auflassung, Eintragungsbewilligung und -antrag.

Nachdem dieser auch binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem GBA eingereicht worden ist, verbleibt ausschließlich die Problematik, ob das vom Erblasser eingeräumte und von sämtlichen Erben vollzogene Übernahmerecht bezüglich eines Nachlassgegenstandes, des streitgegenständlichen Grundstücks, unter den Begriff der Erbauseinandersetzung fällt.

Voraussetzung für die Gebührenfreiheit ist, dass an der Auseinandersetzung ausschließlich Erben beteiligt sind

Denn der Erwerb aufgrund Erbauseinandersetzung ist gebührenfrei. Voraussetzung ist – wie vorliegend erfüllt – , dass an der Auseinandersetzung ausschließlich Erben beteiligt sind. Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes, der auf die Eintragung „der Erben“ im Wege der Erbauseinandersetzung abstellt.

Auf welchem Weg die Erbauseinandersetzung erfolgt, ist für die Gebührenfreiheit unerheblich

Unerheblich ist, auf welchem Weg die Erbauseinandersetzung erfolgt. Privilegiert sind sowohl die dingliche Übertragung des Grundstücks selbst durch Auflassung und Eintragung (Auseinandersetzungsvertrag/Teilungsanordnung mit Auflassung, §§ 2042, 2048, 925 BGB) als auch die Auseinandersetzung durch Übertragung des Erbteils (§ 2033 BGB) und die formlose Absichtungsvereinbarung aller Erben (Böhlinger, BWNotZ 2014, 17 ff.; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Gutfried, GNotKG, 2014, Nr. 14110 GNotKG-KV Rn. 22–23; Korintenberg/Heyl, GNotKG, 19. Aufl. 2015, Nr. 14110 GNotKG-KV Rn. 44–46; Fackelmann/Heinemann/Drempetic, GNotKG, 1. Aufl. 2013, Nr. 14110 GNotKG-KV Rn. 23; Renner/Otto/Heinze/Schulz, GNotKG, 2013, Nr. 14110 GNotKG-KV Rn. 12; je m. w. N.).

Die letztwillige Anordnung eines Übernahmerechts beinhaltet die Anordnung einer Erbauseinandersetzung

Vorliegend hat der Erblasser selbst in dem notariellen Erbvertrag eine Anordnung für die Auseinandersetzung gemäß § 2048 BGB getroffen, indem er einem Miterben, dem Kostenschuldner, das Recht eingeräumt hat, einen Nachlassgegenstand, das streitgegenständliche Grundstück, unter Anrechnung eines bestimmten bzw. eines zu bestimmenden Wertes zu übernehmen.

Ein solches Übernahmerecht verpflichtet den Miterben nicht zur Übernahme des zugewiesenen Gegenstands, sondern es steht ihm nach der Erblasseranordnung frei, diesen gegen Wertausgleich zu übernehmen. Er hat ein Gestaltungsrecht in Form eines Übernahmerechts. Der Anspruch auf Übertragung zum Übernahmepreis entsteht erst durch seine Erklärung, vom Übernahmerecht Gebrauch machen zu wollen (MünchKommBGB/Ann, 6. Aufl. 2013, § 2048 BGB Rn. 7 und 10; BeckOK-BGB/Lohmann, Hrsg. Bamberger/Roth, Stand 1. 11. 2014, § 2048 BGB Rn. 2; Schulze/Hoeren u. a., BGB, 8. Aufl. 2014, § 2048 BGB Rn. 1 ff.; Staudinger/Werner, BGB, 2010, § 2048 Rn. 6 ff.; Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl. 2015, § 2048 Rn. 9; je m. w. N.).

Ob dieses Übernahmerecht eine Teilungsanordnung (ohne Begünstigungswillen des Erblassers) beinhaltet oder ein Vorausvermächtnis zu Gunsten eines Miterben, um diesem einen Vermögensvorteil gegenüber den anderen Miterben einzuräumen (Schulze/Hoeren u. a., a.a.O., § 2048 BGB Rn. 3 ff.; Jauernig/Stürner, BGB, 15. Aufl. 2014, Rn. 4; Staudinger/Ann, a.a.O., § 2048 Rn. 6 ff.; BGHZ 36, 115; BGH MDR 1962, 470; BGH FamRZ 1987, 475; je m. w. N.), bedarf im Grundbuchverfahren und dem sich hieraus ergebenden Kostenansatz keiner Entscheidung. Denn auch beim Vorliegen eines Vorausvermächtnisses (§ 2150 BGB) wird der Miterbe nicht zu einem bloßen Vermächtnisnehmer, der schon begrifflich kein Erbe ist, sondern er behält seine Erbenstellung, die Voraussetzung für die Gebührenfreiheit nach Nr. 14110 GNotKG-KV ist (Korintenberg/Heyl, a.a.O., Nr. 14110 GNotKG-KV Rn. 42, m. w. N.).

Unerheblich ist dabei, dass ihm das Vermächtnis auch verbleiben würde, wenn er das Erbe ausschlägt – wie hier gerade nicht. Dann würde die Gebührenbefreiung allein schon am Verlust der Erbenstellung scheitern.

Die aufgrund der Ausübung des Übernahmerechts erfolgte Eintragung ist somit gebührenfrei

Die letztwillige Anordnung des Übernahmerechts durch den Erblasser beinhaltet danach aber zweifellos die Anordnung einer Erbauseinandersetzung gemäß § 2048 BGB und erfüllt damit die Gebührenprivilegierung der Nr. 14110 GNotKG-KV.

Dass durch die Ausübung des Übernahmerechts lediglich eine Teilauseinandersetzung stattgefunden hat, steht dem nicht entgegen

Dass durch die Ausübung des Übernahmerechts lediglich eine Teilauseinandersetzung stattgefunden hat und die Erbengemeinschaft bezüglich des verbleibenden Nachlasses bestehen bleibt, steht der Gebührenfreiheit nicht entgegen, da die Erbauseinandersetzung bezüglich des durch ein Übernahmerecht zugewiesenen Grundstücks bei dessen Ausübung und Vollzug endgültig abgeschlossen ist und von dem Fortbestehen der Erbengemeinschaft hinsichtlich des weiteren Nachlasses nicht berührt wird, so dass der gesetzgeberische Zweck der Begünstigung zur Verhinderung der Perpetuierung von Erbengemeinschaften bezogen auf das hier allein betroffene Grundbuchrecht nicht als verfehlt angesehen werden kann (vgl. zur Problematik: Korintenberg/Heyl, a.a.O., Nr. 14110 GNotKG-KV Rn. 47).

Demzufolge nimmt der Kostenschuldner zu Recht die Gebührenbefreiung der Nr. 14110 Ziff. 1 Abs. 1 S. 1 und S. 2 GNotKG-KV in Anspruch und auf seine Beschwerde waren die Erinnerungsentscheidung des AG S. und der Kostenansatz des GBA S. bezüglich der Eigentumsänderung in Höhe von 535,- € abzuändern bzw. aufzuheben.

Das Erinnerungs- und das Beschwerdeverfahren sind gemäß § 81 Abs. 8 GNotKG gebührenfrei und Kosten sind nicht zu erstatten.

8. Kostenrecht – Zur unrichtigen Sachbehandlung bei der Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung einer KG zu einer Grundstücksübertragung

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 25. 6. 2015 – 19 T 123/14, mit Anmerkung von *Dipl.-Rechtspfleger Joachim Volpert, Willich*)

GNotKG § 21 Abs. 1 S. 1 KV GNotKG Nr. 21100

Unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG liegt nicht vor, wenn eine KG ein Grundstück überträgt, das im Wesentlichen das einzige Vermögen der Gesellschaft darstellt, und der Notar den Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung zu der Übertragung beurkundet und hierfür eine Beurkundungs-Verfahrensgebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG erhebt.

Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. zu 2.) war Eigentümerin des Grundbesitzes mit der postalischen Anschrift, eingetragen im Grundbuch des AG D. Das Grundstück stellt den im Wesentlichen einzigen Vermögenswert der Bet. zu 2) dar. Einzige Kommanditistin der Bet. zu 2) und einzige Gesellschafterin der einzigen Komplementärin der Bet. zu 2) ist die Firma . . . GmbH. Deren einziger Gesellschafter und alleiniger Geschäftsführer ist Herr . . . (im Folgenden: Geschäftsführer). Vor dem beteiligten Notar schloss die Bet. zu 2) einen Grundstückskaufvertrag vom 30. 9. 2013 (UR-Nr. . . .) über den Grundbesitz mit der Firma . . . GmbH. Für deren vollständigen Inhalt wird auf die Anl. H1 zur Antragschrift Bezug genommen.

Im Rahmen des ersten Kaufvertragsentwurfes, den der beteiligte Notar der Bet. zu 2) durch E-Mail vom 16. 9. 2014 zugesandt hatte, und für dessen Inhalt auf Anl. 1 zur Antrags-erwidern Bezug genommen wird, war unter Ziffer VII. 2. folgendes ausgeführt:

„Die Gesellschafterversammlung des Verkäufers hat dem Abschluss dieses Kaufvertrags analog § 179 a Aktiengesetz zugestimmt. Eine Abschrift des entsprechenden Beschlusses ist als Anlage VII beigelegt. [Zur Wirksamkeit des Vertrages ist die Zustimmung der Gesellschafterversammlung des Verkäufers erforderlich; ein entsprechender Beschluss ist noch zu fassen]“.

Eine Belehrung, dass ein solcher Gesellschafterbeschluss privatschriftlich getroffen werden könne, erfolgte nicht. Der Geschäftsführer wünschte in einem Beratungsgespräch mit dem beteiligten Notar die Vorbereitung des Beschlusses durch den beteiligten Notar. Auch die Käuferin wünschte die Wahl des sichersten Weges durch den Notar. Zehn Tage vor dem Beurkundungstermin übersandte der beteiligte Notar einen angepassten Vertragsentwurf, der hinsichtlich der vorgenannten Ziffer – bis auf Korrekturzeichen – dem endgültigen Beurkundungsvertrag entsprach. Für den vollständigen Inhalt wird auf Anl. 3 zur Antrags-erwidern Bezug genommen.

Im endgültigen Vertrag ist unter Ziffer VII. 2. folgendes ausgeführt:

„Sämtliche Gesellschafter des Verkäufers stimmen dem Abschluss des Kaufvertrags zu. Rein vorsorglich halten sämtliche Gesellschafter des Verkäufers unter Verzicht auf Frist und Formvorschriften hiermit eine Gesellschafterversammlung des Verkäufers ab und beschließen einstimmig: Dem Abschluss dieses Kaufvertrages wird analog § 179 a AktG zugestimmt.“

Die vorstehende Formulierung wurde unmittelbar vor der Beurkundung durch den beteiligten Notar in den Entwurf eingefügt. Eine Belehrung der Bet. zu 2) über den Grund und die sich hieraus ergebenden Kostenfolgen der Formulierung durch den beteiligten Notar erfolgte nicht.

Unter dem 15. 1. 2014 übersandte der beteiligte Notar die hier streitgegenständliche Kostenrechnung vom 14. 1. 2014, für deren vollständigen Inhalt auf Anlage H3 zur Antragschrift Bezug genommen wird. In dieser Kostennote findet sich, mit einem Gegenstandswert von 4 700 000,- € berechnet, auch die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses. Auf die Bet. zu 2) entfällt danach ein Anteil in Höhe des Betrages von 10 995,- € zuzüglich Umsatzsteuer i. H. v. 2 089,05 € insgesamt einen Betrag von 13 084,05 €. Den weiteren Inhalt der Kostenrechnung, die Beurkundung des Kaufvertrages, glich die Bet. zu 2) aus.

Die Bet. zu 2) wendet sich gegen die Kostenrechnung mit der Ansicht, die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses hätte, wenn er überhaupt nötig gewesen sei, auch privatschriftlich erfolgen können. Wäre sie von dem beteiligten Notar dahingehend beraten worden, hätte sie auf eine Beurkundung im Grundstückskaufvertrag verzichtet.

Der beteiligte Notar ist der Ansicht, die Beurkundung auch dieses Beschlusses sei notwendig gewesen, da der Notar den sichersten Weg hätte gehen müssen, denn es sei durchaus umstritten, ob nicht eine notarielle Beurkundung eines solchen Beschlusses bzw. der Zustimmung zu einer Veräußerung notwendig sei.

Der Bet. zu 3) hat Stellung genommen.

Für den weiteren Sach- und Streitstand wird auf die zwischen den Bet. gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II. Der auf gerichtliche Entscheidung gerichtete Antrag ist nach § 127 Abs. 1 GNotKG zulässig. In der Sache bleibt der Antrag ohne Erfolg. Die angefochtene Kostenrechnung ist zu bestätigen. Zu Recht hat der Notar auch die Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses in Rechnung gestellt. Eine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG liegt nicht vor.

Der beteiligte Notar durfte zur Wahl des sichersten Weges von einer Beurkundungspflicht auch des Zustimmungsbeschlusses ausgehen, § 311 b Abs. 3 BGB, § 179 a AktG. Nach § 311 b Abs. 3 BGB bedarf der notariellen Beurkundung ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, sein gegenwärtiges Vermögen oder einen Bruchteil seines gegenwärtigen Vermögens zu übertragen oder mit einem Nießbrauch zu belasten. Das gilt auch für einen Vermögensgegenstand, der im Wesentlichen das einzige Vermögen des Vermögensinhabers darstellt. Nach § 179 a AktG bedarf ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes fällt, auch dann eines Beschlusses der Hauptversammlung nach § 179 AktG, wenn damit nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstandes verbunden ist. Es ist ausdrücklich unstreitig, dass der veräußerte Grundbesitz das im Wesentlichen einzige Vermögen der Bet. zu 2) darstellte. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht ist der Beschluss – unabhängig von der Rechtsform der Gesellschaft – immer

notariell zu beurkunden (vgl. Hermanns, DNotZ 2013, 9, 12, m. w. N., auch aus der Rechtsprechung). Von der Bet. zu 2) unwidersprochen führt hierzu auch der Notar aus, dass auch die Käuferin den Notar zur Wahl des sichersten Weges angehalten habe. Sie habe insbesondere eine schwebende Unwirksamkeit des Kaufvertrages vermeiden wollen. Auch die Ast. wollte erreichen, dass die Wirksamkeit des Kaufvertrages nicht in Frage steht und hat dem Notar unstreitig angewiesen, „richtig“ zu beurkunden, was ebenfalls Wunsch zu interpretieren war, der Notar möge den sichersten Weg wählen.

Anmerkung:

1. Beurkundet wurden der Grundstückskauf- und Übertragungsvertrag sowie der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der KG zur Grundbesitzübertragung. Der Notar hatte eine 2,0 Gebühr nach den zusammengerechneten Werten des Kaufvertrages und des Gesellschafterbeschlusses (§ 35 Abs. 2 GNotKG) in Höhe von je 4,7 Mio. € mit 9,4 Mio. € erhoben, weil der Grundstückskaufvertrag und der Gesellschafterbeschluss gem. § 110 Nr. 1 GNotKG verschiedene Beurkundungsgegenstände sind. Die Ast. hatte den Ansatz der Beurkundungs- Verfahrensgebühr Nr. 21100 KV GNotKG beanstandet, soweit darin ein Geschäftswert in Höhe von 4,7 Mio. € für die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung zum Abschluss des Kaufvertrages enthalten ist.

Der Geschäftswert für den neben dem Grundstückskauf- und Übertragungsvertrag beurkundeten Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung ergibt sich aus § 108 Abs. 2 GNotKG. Danach ist bei der Beurkundung von Beschlüssen, die die Zustimmung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft enthalten, der Geschäftswert wie bei der Beurkundung des Geschäfts zu bestimmen, auf das sich der Zustimmungsbeschluss bezieht. Weil der Geschäftswert des Kaufvertrages, dem durch Gesellschafterbeschluss zugestimmt worden ist, 4,7 Mio. € beträgt, beläuft sich auch der Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses hierzu auf 4,7 Mio. €.

2. Der Grundstückskaufvertrag ist über Grundbesitz geschlossen worden, der den einzigen Gegenstand des Gesellschaftsvermögens der Ast. bildete. Gem. § 179 a Abs. 1 AktG bedarf ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, ohne dass die Übertragung unter die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes fällt, auch dann eines Beschlusses der Hauptversammlung nach § 179 AktG, wenn damit nicht eine Änderung des Unternehmensgegenstandes verbunden ist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist § 179 a AktG auch auf Personengesellschaften anwendbar (BGH, Urteil vom 09. Januar 1995 – II ZR 24/94 –, juris; Hermanns, DNotZ 2013, 9). Es war daher zwischen den Bet. grundsätzlich auch unstrittig, dass Geschäfte über das gesamte Gesellschaftsvermögen der Zustimmung aller Gesellschafter bedürfen.

3. Nach Auffassung der Ast. war allerdings ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter zum Einen nicht

erforderlich und zum Anderen bei Bejahen des Zustimmungserfordernisses vom Notar auch nicht zu beurkunden oder zu entwerfen. Gegen das Zustimmungserfordernis der Gesellschafterversammlung sprach aus Sicht der Ast., dass die Ast., die . . . GmbH & Co. KG, durch die . . . Verwaltungsgesellschaft mbH als persönlich haftende Gesellschafterin und diese wiederum durch Herrn M als Geschäftsführer vertreten wird. Herr M wiederum sei alleiniger Gesellschafter der . . . Verwaltungsgesellschaft mbH, die wiederum sowohl alleinige persönlich haftende Gesellschafterin als auch einzige Kommanditistin der Ast. . . GmbH & Co. KG sei.

Bei der – hier nicht gegebenen – Abtretung eines Geschäftsanteils an einer GmbH (§ 15 GmbHG) greift nach allgemeiner Auffassung eine Vinkulierungsklausel (§ 15 Abs. 5 GmbHG) dann nicht, wenn die Abtretung durch den Alleingesellschafter erfolgt bzw. wenn in einer Zwei-Personen-GmbH ein Gesellschafter an den anderen abtritt (BGH DNotZ 1992, 164 = NJW-RR 1991, 926 = WM 1991, 996 = ZIP 1991, 724). Bei einer Mehr-Personen-GmbH mit mehr als zwei Gesellschaftern wird davon ausgegangen, dass die Zustimmung zur Abtretung dann konkludent miterklärt ist, wenn alle Gesellschafter an der Abtretung mitwirken (BGH GmbHR 1991, 311). Denn gem. § 48 Abs. 2 GmbHG bedarf es der Abhaltung einer Versammlung gerade nicht, wenn sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen sich einverstanden erklären. Deshalb kann die Zustimmung zur Abtretung von Geschäftsanteilen auch dadurch erteilt werden, dass alle Gesellschafter an der Abtretung mitwirkten („teilnehmen“), selbst wenn nach dem Gesellschaftsvertrag die Genehmigung der Gesellschafterversammlung erforderlich ist (BGHZ 15, 324, 328 = BGH NJW 1955, 220; BGH WM 1968, 1037; RGZ 142, 36, 37).

Das LG hat die Erforderlichkeit des Zustimmungsbeschlusses zur Veräußerung des Grundbesitzes sowie dessen Beurkundungsbedürftigkeit hier bejaht (Herrmanns, DNotZ 2013, 9, 12) und eine unrichtige Sachbehandlung iSv § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG verneint.

Dipl.-Rechtspfleger Joachim Volpert, Willich

9. Kostenrecht – Zum Geschäftswert und zum Kostenschuldner der Vollzugsgebühr sowie deren Verhältnis zur Entwurfsgebühr

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 28. 7. 2015 – 25 T 74/15, mit Anmerkung von *Dipl.-Rechtspfleger Joachim Volpert, Willich*)

GNotKG §§ 19 Abs. 3 Nr. 2; 112 KV GNotKG Vorbem. 2.2 Abs. 2

1. Wird in einer Kostenberechnung zu einem Grundstückskaufvertrag nur die (anteilige) Vollzugsgebühr für die Einholung der Lösungsunterlagen vom Verkäufer erhoben, müssen zur Erfüllung des Zitiergebots gem. § 19 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG neben § 112 GNotKG auch die der Beurkundungsverfahrensgebühr zugrunde gelegten Wertvorschriften genannt werden.

2. Der Geschäftswert der Vollzugsgebühr richtet sich gem. § 112 GNotKG nach dem vollen Wert des Beurkundungsverfahrens (hier Kaufpreis), auch wenn Gegenstand der Vollzugstätigkeit die Einholung von Lösungsunterlagen für ein Grundpfandrecht mit einem den Kaufpreis unterschreitenden Nennbetrag ist.

3. Ein Entwurfsauftrag ist im Vollzugsbereich kostenrechtlich stets als Vollzugsauftrag zu werten, so dass der Ansatz einer niedrigeren Entwurfsgebühr für den Entwurf einer Lösungsbewilligung nach dem Nennbetrag des Grundpfandrechts anstelle der Vollzugsgebühr für die Einholung der Lösungsunterlagen nach dem Wert des Beurkundungsverfahrens auch dann nicht in Betracht kommt, wenn der Notar ausdrücklich einen Entwurfs- und keinen Vollzugsauftrag erhalten hat.

4. Treffen die Vertragsparteien im Kaufvertrag eine Kostenregelung, nach der der Käufer die Kosten der Kaufvertragsurkunde und ihres Vollzugs (hier: Vorkaufsrechtsverzichtserklärung nach dem BauGB und Lösungsunterlagen) mit Ausnahme der (Mehr-)Kosten etwaiger Lastenfreistellung beim Notar zu tragen hat, ist dem Käufer lediglich die Vollzugsgebühr für die Einholung der Vorkaufsrechtsverzichtserklärung nach dem BauGB in Höhe von 50,- € und dem Verkäufer der Restbetrag der Vollzugsgebühr in Rechnung zu stellen.

Zum Sachverhalt:

Der Kostenschuldner schloss als Verkäufer am . . . 2014 mit Herrn Dr. . . einen notariellen Grundstückskaufvertrag vor dem beurkundenden Notar ab. Der vereinbarte Kaufpreis betrug 725 000,- €. Die im Grundbuch des Grundstücks eingetragene Buchgrundschuld in Höhe eines Nominalbetrags von 300 000,- € sollte nach dem notariellen Vertrag nicht übernommen und daher gelöscht werden. Nach I. 2. des notariellen Kaufvertrags sollte der Notar die Lösungsunterlagen anfordern und für die Bet. entgegennehmen. Nach IX. 1. des notariellen Kaufvertrags sollte der Notar der Gemeinde den Vertrag mitteilen und die Ausstellung eines Negativzeugnisses über das Vorkaufsrecht beantragen.

Der Kostengläubiger erstellte unter dem . . . 2014 eine Kostenrechnung betreffend die Beurkundung des Grundstückskaufvertrags vom . . . 2014 über 913,33 €, welche einen Gegenstandswert von 725 000,- € für die Vollzugsgebühr nach KV-Nummer 22110 und einen Gegenstandswert von 119 642,74 € für die Treuhandgebühr nach KV-Nummer 22201 zugrunde legte.

Gegen diese Kostenrechnung hat der Kostenschuldner eine Prüfung des Geschäftswertes für den Vollzug des zu Grunde liegenden Beurkundungsverfahrens beantragt.

Der Präsident des LG hat unter dem . . . 2015 Stellung genommen und ausgeführt, die Kostenrechnung sei rechnerisch nicht zu beanstanden und entspreche dem Zitiergebot des § 19 Abs. 2 GNotKG. Sie erfülle allerdings nicht das in § 19 Abs. 3 GNotKG geregelte Zitiergebot. Daraufhin hat der Notar die Kostenrechnung hinsichtlich der Angabe der jeweiligen Wertvorschriften korrigiert und in der Fassung vom . . . 2015 vorgelegt. Anschließend hat der Präsident des Landgerichts festgestellt, dass die Kostenrechnung nunmehr auch das in § 19 Abs. 3 GNotKG geregelte Zitiergebot einhalte.

Aus den Gründen:

Auf Antrag des Kostenschuldners nach § 127 GNotKG war die streitgegenständliche Kostenrechnung zu bestätigen.

Sie entspricht dem Zitiergebot des § 19 Abs. 2 und § 19 Abs. 3 GNotKG, denn sie enthält den Geschäftswert nebst Wertvorschriften, die Kostenvorschriften, eine kurze Bezeichnung des jeweiligen Gebührentatbestands, die Beträge der angesetzten Gebühren sowie die anfallende Mehrwertsteuer und den bereits von dem Kostenschuldner gezahlten Betrag (vorliegend 0,- €). Ausreichend ist die Angabe der angewandten Nummer des Kostenverzeichnisses. Die zusätzliche Angabe von Gebührensätzen, Vorbemerkungen oder Anmerkungen im Kostenverzeichnis und die Zitierung von Vorschriften mit Absätzen, Sätzen und Nummern ist nicht erforderlich (Bormann/Dien/Sommerfeldt/Neie, GNotKG, 1. Aufl. 2014, § 19 Rn. 23). Da die Kostenrechnung nicht auch die Beurkundungsverfahrensgebühr enthält, bedurfte es zudem des Ausweises der für die Berechnung des Geschäftswerts der Beurkundungsgebühr zugrunde liegenden Vorschriften, da dieser Geschäftswert nach § 112 GNotKG hierauf verweist. Wird in einer Kostenberechnung zu einem Grundstückskaufvertrag nur die (anteilige) Vollzugsgebühr vom Verkäufer erhoben, müssen neben § 112 GNotKG auch die der Beurkundungsverfahrensgebühr zugrunde gelegten Wertvorschriften genannt werden (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 19 Rn. 46; Volpert, RNotZ 2015, 146, 147).

Die Kostenrechnung ist auch rechnerisch richtig.

Der Geschäftswert für die Vollzugsgebühr wurde zutreffend ermittelt.

Der Geschäftswert des Vollzugs richtet sich im Fall von § 112 S. 1 GNotKG nach dem Geschäftswert des zugrunde liegenden Beurkundungsverfahrens. Nach §§ 47, 97 GNotKG ermittelt sich der Geschäftswert für die Beurkundung eines notariellen Kaufvertrags nach dem Kaufpreis. Denn nach § 47 Abs. 1 GNotKG wird im Zusammenhang mit dem Kauf der Wert der Sache durch den Kaufpreis bestimmt und nach § 97 Abs. 3 GNotKG bestimmt sich der Geschäftswert bei Verträgen, die den Austausch von Leistungen zum Gegenstand haben, nach dem Wert der Leistungen des einen Teils; wenn der Wert der Leistungen verschieden ist, ist der höhere maßgebend.

Der Ansatz eines Geschäftswerts in Höhe des Nennbetrags der zu löschenden Grundschuld oder in Höhe der noch valutierenden Grundschuld kommt nicht in Betracht. Der Geschäftswert der Vollzugsgebühr richtet sich nach § 112 GNotKG.

Der Ansatz einer Entwurfsgebühr nach Nr. 24102 i. V. m. Nr. 21201 KV GNotKG i. V. m. §§ 119 Abs. 1, 53 Abs. 1 S. 1 GNotKG scheidet aus, da nach Vorbem. 2.2 Abs. 2 KV GNotKG der Urkundsnotar für eine Tätigkeit, für die nach dem Hauptabschnitt 2.2 des KV GNotKG eine Gebühr bei demselben Notar anfällt, insoweit keine Gebühr für die Fertigung eines Entwurfs und keine Gebühr nach Nr. 25204 KV GNotKG beanspruchen kann.

Dies deshalb, da hier nach Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 9 KV GNotKG eine Vollzugsgebühr anfällt. Der Notar war nach dem Kaufvertrag mit der Anforderung und Prüfung von Lösungs- und Pfandfreigabeunterlagen für ein vom Grundstückskäufer nicht übernommenes Grundpfandrecht betraut. Ob diesbezüglich ein Vollzugsauftrag erteilt wurde, ist unerheblich, da auch ein Entwurfsauftrag im Vollzugsbereich kostenrechtlich stets als Vollzugsauftrag zu werten ist, wenn er sich auf Tätigkeiten des Vollzugskatalogs bezieht (Diehn, RNotZ 2015, 3, 4; Volpert, RNotZ 2015, 146, 154; a. A. Klein, RNotZ 2015, 1).

Die Vollzugsgebühr fällt neben der Einholung der Lösungsunterlagen betreffend die Buchgrundschuld für die Einholung der Vorkaufsrechtsverzichtserklärung der Gemeinde an.

Die Gebühr für die Einholung der Vorkaufsrechtsverzichtserklärung nach BauGB bei der Gemeinde trägt nach den Vereinbarungen der Parteien der Käufer. Die Parteien des Kaufvertrags haben in Ziffer V Nr. 8 eine Regelung zur Kostentragung getroffen, nach der der Käufer die Kosten der Kaufvertragsurkunde und ihres Vollzugs mit Ausnahme der (Mehr-)Kosten etwaiger Lastenfreistellung beim Notar zu tragen hat. Für die Gebühr betreffend die Einholung der Lösungsunterlagen haftet der Kostenschuldner.

Die Gebührentatbestände der Vollzugsgebühr finden sich in Nr. 22110–22114 KV, wenn der Notar – wie hier – auch eine Gebühr für das Beurkundungsverfahren oder für die Fertigung eines Entwurfs erhält, die das zugrunde liegende Geschäft betrifft (Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 S. 1 KV). Die Vollzugsgebühr beträgt für den Fall eines zugrunde liegenden Beurkundungsverfahrens grds. 0,5, wenn für das Beurkundungsverfahren die Gebühr 2,0 beträgt (Nr. 22110 KV), ansonsten 0,3 (Nr. 22111 KV). Für bestimmte Vollzugshandlungen sieht das Gesetz jedoch feste Höchstgebühren vor (Nr. 22112, 22113 KV) (Schneider/Volpert/Fölsch/Drempetic, Gesamtes Kostenrecht, 1. Aufl. 2014, § 112 Rn. 1 f.).

Der Käufer trägt von der Vollzugsgebühr nach Vorbem. 2.2.1.1 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, Nr. 22112 KV GNotKG eine Höchstgebühr von 50,00 €.

Der Kostenschuldner hat für die Einholung der Lösungsunterlagen den Restbetrag der Vollzugsgebühr bis zur nach dem maßgebenden Geschäftswert in Höhe von 725 000,- € berechneten 0,5 Gebühr zu tragen (vgl. Volpert, RNotZ 2015, 146, 151, 152). Es gilt der Gebührensatz von 0,5, da für das Beurkundungsverfahren nach Nr. 21100 eine 2,0 Gebühr anzusetzen war.

Die einfache Gebühr beträgt nach der in Notarkosten-sachen anzuwendenden Tabelle B, Anlage 2 zu § 34 Abs. 2 GNotKG (vgl. Schneider/Volpert/Fölsch/Hering/Fackelmann, Gesamtes Kostenrecht, 1. Aufl. 2014, § 34 Rn. 6) 1 335,- €. Die halbe Gebühr errechnet sich daher mit 667,50 €, wovon der Käufer 50,- € zu tragen hat. Der Ansatz von 617,50 € in der Kostenrechnung des Kostenschuldners ist daher zutreffend.

Gegen die weiteren in Rechnung gestellten Positionen der Treuhandgebühr nach Nr. 22201 KV GNotKG und die erhobene Mehrwertsteuer nach Nr. 32015 GNotKG

hat der Kostenschuldner keine Einwände erhoben. Sie sind zutreffend erhoben worden.

Die Kostenrechnung war daher zu bestätigen.

Anmerkung:

1. Zitiergebot:

Wird wie insbesondere bei der Vollzugsgebühr in § 112 GNotKG auf einen bestimmten Geschäftswert verwiesen (Geschäftswert der Beurkundung), muss zwar grundsätzlich nicht mit anderen Vorschriften „belegt“ werden, wie dieser andere Geschäftswert ermittelt wird (unechte Verweisung; HK-GNotKG/Macht, § 19 Rn. 30; Diehn, Berechnungen zum neuen Notarkostenrecht, 2. Aufl., Rn. 59; Diehn/Volpert, Praxis des Notarkostenrechts, Rn. 2440; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl., § 19 Rn. 46). Allerdings gilt das nur, wenn die Beurkundungsverfahrensgebühr und die Vollzugsgebühr in derselben Kostenrechnung erhoben werden und sich deshalb der der Beurkundung zugrunde gelegte Geschäftswert und die zu seiner Berechnung herangezogenen Vorschriften aus der Kostenberechnung ergeben.

Wird dagegen wie in dem vom LG Düsseldorf entschiedenen Fall in einer Kostenberechnung zu einem Grundstückskaufvertrag nur die (anteilige) Vollzugsgebühr vom Verkäufer erhoben, müssen neben § 112 GNotKG auch die der Beurkundungsverfahrensgebühr zugrunde gelegten Wertvorschriften genannt werden (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl., § 19 Rn. 46; Volpert, RNotZ 2015, 146, 147). Denn der angefochtenen Kostenberechnung können die der Beurkundungsverfahrensgebühr zugrunde gelegten Geschäftswertvorschriften nicht entnommen werden.

2. Geschäftswert der Vollzugsgebühr:

Gem. § 112 GNotKG ist der Geschäftswert für den Vollzug der (volle) Geschäftswert des zugrunde liegenden Beurkundungsverfahrens. Dieser Wert ist wegen § 112 GNotKG gleichzeitig der Geschäftswert für die Vollzugsgebühr, weil § 112 GNotKG Teilwertbildungen vermeiden

soll (BT-Drucks. 17/11471, S. 190; Leipziger-GNotKG/Heinze, § 112 Rn. 11 ff.; Diehn in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, § 112 Rn. 7; Diehn/Volpert, Praxis des Notarkostenrechts, Rn. 929 ff. und Rn. 2300 f.; Diehn, Musterberechnungen, 2. Aufl., Rn. 799; Diehn/Tiedtke/Sikora, Das neue Notarkostenrecht, Rn. 558; NK-GK/Drempetic, § 112 Rn. 9 ff.; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl., § 112 Rn. 13; a.A. Wudy, NotBZ 2013, 201, 243).

Enthält eine Niederschrift daher mehrere demselben Gebührensatz unterfallende Beurkundungsgegenstände, deren Werte zusammenzurechnen sind (§ 35 Abs. 1 GNotKG) oder für die entsprechend 94 Abs. 1 GNotKG gesondert berechnete Gebühren, jedoch nicht mehr als die nach dem höchsten Gebührensatz berechnete Gebühr aus dem Gesamtbetrag der Werte zu erheben sind, berechnet sich auch die Vollzugsgebühr nach dem zusammengerechneten Wert aller Beurkundungsgegenstände, auch wenn nur für einen der Beurkundungsgegenstände eine Vollzugstätigkeit erforderlich war (vgl. Volpert, RNotZ 2015, 146, 157; Volpert, RNotZ 2015, 276).

Enthält eine notarielle Niederschrift mehrere unterschiedlichen Gebührensätzen unterfallende verschiedene oder besondere Beurkundungsgegenstände, entsteht die Vollzugsgebühr nach dem höchsten für die einzelnen Beurkundungsgegenstände im Rahmen der Berechnung nach § 94 Abs. 1 GNotKG in Betracht kommenden Gebührensatz (LG Düsseldorf, Beschluss vom 02. März 2015 – 19 T 227/14, juris NotBZ 2015, 358).

3. Vollzug verdrängt Entwurf

Vgl. hierzu auch Diehn, RNotZ 2015, 3; Volpert, RNotZ 2015, 146, 154; Klein, RNotZ 2015, 1.

4. Kostenschuldner der Vollzugsgebühr

Vgl. hierzu auch Volpert, RNotZ 2015, 146, 151; Diehn, Berechnungen zum neuen Notarkostenrecht, 3. Aufl., Rn. 169 f. und Rn. 178 a.

Dipl.-Rechtspfleger Joachim Volpert, Willich

RNotZ – Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zur Geltendmachung von Mängeln am Gemeinschaftseigentum (BGH, Urteil vom 24. 7. 2015 – V ZR 145/15)

WEG § 10 Abs. 6

1. Rechte auf Minderung und „kleinen“ Schadensersatz wegen behebbarer Mängel am Gemeinschaftseigentum sind bei dem nach Werkvertragsrecht zu beurteilenden Erwerb einer neu errichteten Wohnung vom Bauträger als gemeinschaftsbezogen i. S. v. § 10 Abs. 6 S. 3 WEG zu qualifizieren. Infolgedessen ist die Befugnis des einzelnen Wohnungseigentümers zur Geltendmachung seiner individualvertraglichen Rechte ausnahmsweise ausgeschlossen.
2. Die allein nach Kaufrecht zu beurteilenden Ansprüche auf Minderung und „kleinen“ Schadensersatz fallen dann nicht in den Anwendungsbereich des § 10 Abs. 6 S. 3 Halbs. 1 WEG, wenn eine gebrauchte Eigentumswohnung unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel verkauft und eine Beschaffenheitsgarantie nicht vereinbart worden ist.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online, DNotI-Online-Plus)

2. Liegenschaftsrecht – Zur Wirksamkeit einer Vollmacht zugunsten des Inhabers des ausschließlichen Sondernutzungsrechts über das Abnahmerecht am Gemeinschaftseigentum (OLG Stuttgart, Urteil vom 12. 5. 2015 – 10 U 114/14)

BGB §§ 307; 634 a Abs. 2; 640 Abs. 1

Eine Klausel, mit der dem jeweiligen Erwerber eines in einer Wohnungseigentumsanlage befindlichen Reihenhauses eine unwiderrufliche Vollmacht erteilt wird, das seinem ausschließlichen Sondernutzungsrecht unterliegende Gemeinschaftseigentum für alle Erwerber abzunehmen, hält einer Inhaltskontrolle stand, wenn schützenswerte Belange der anderen Erwerber – hier bei faktischer Realteilung des Gemeinschaftseigentums – nicht beeinträchtigt werden.

(Fundstellen: DNotI-Online-Plus, Landesrechtssprechung Baden-Württemberg)

3. Liegenschaftsrecht – Zum Recht eines Wohnungseigentümers auf Grundbucheinsicht (OLG Hamm, Beschluss vom 17. 6. 2015 – 15 W 210/14)

GBO § 12 Abs. 1

Das Recht des Wohnungseigentumsverwalters, zum Zweck der Anspruchsverfolgung Einsicht in das Woh-

nungsgrundbuch eines mit Wohngeldzahlungen rückständigen Miteigentümers zu nehmen, schließt regelmäßig eine Grundbucheinsicht durch einen anderen Wohnungseigentümer aus.

(Fundstellen: Justizportal Nordrhein-Westfalen)

4. Liegenschaftsrecht – Zur Unzulässigerklärung der Zwangsvollstreckung aufgrund der Verwirkung einer Vertragsstrafe

(OLG Brandenburg, Urteil vom 11. 6. 2015 – 5 U 58/14)

BGB §§ 280; 281; 339; 387; 433 Abs. 2; 437 Nr. 3; 440; 634 Nr. 4; 636 ZPO § 767 Abs. 1

1. Beinhaltet ein Grundstückskaufvertrag die Verpflichtung des Verkäufers, bestimmte Mängel des Satteldaches der Garage bis zu einem bestimmten Termin durch die Errichtung eines neuen Dachstuhls unter Verwendung neuer Sparren und neuer Pfetten zu beseitigen und beinhaltet er gleichzeitig auch eine Vertragsstrafe von 10.000 € u. a. für den Fall der nur teilweisen Durchführung der Arbeiten, hat der Verkäufer die Vertragsstrafe verwirkt, wenn er die Fußpfetten des Dachstuhls nicht hat auswechseln lassen.
2. Hat der Käufer die Aufrechnung gegen die titulierte Kaufpreisforderung erklärt, aus der der Verkäufer hinsichtlich des Restkaufpreises die Zwangsvollstreckung betreibt, und überschreiten die Mangelbeseitigungskosten die Vertragsstrafe von 10.000 € nicht, ist die Zwangsvollstreckung in Höhe des Betrages von 10.000 € für unzulässig zu erklären.

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: Beck-Online, Gerichtsentscheidungen Berlin-Brandenburg)

5. Liegenschaftsrecht – Zum Geschäftswert eines Wegerechts

(OLG Köln, Beschluss vom 6. 7. 2015 – 2 Wx 152/15, mitgeteilt durch Vors. Richter am Oberlandesgericht Werner Sternal)

GNotKG § 52 Abs. 5

Bei der Festsetzung des Geschäftswertes für die Eintragung eines Wegerechts als Grunddienstbarkeit kann § 52 Abs. 5 GNotKG herangezogen werden.

(Fundstellen: Jurion)

6. Liegenschaftsrecht – Zum Umlaufverfahren in einer WEG

(LG München I, Urteil vom 20. 4. 2015 – 484 C 1833/14, mitgeteilt durch *Richterin am Landgericht München I Dr. Isolde Hannamann*)

WEG §§ 14 Nr. 1; 22 Abs. 1; 23 Abs. 3; 43 Nr. 1; 62 Abs. 2

ZPO §§ 313 a Abs. 1; 528 S. 2; 540 Abs. 2

1. Im Umlaufverfahren setzt ein Beschluss nach § 23 Abs. 3 WEG die schriftliche Zustimmung aller Wohnungseigentümer sowohl zum Verfahren als auch zum Beschlussantrag voraus.
2. Verweigert ein Wohnungseigentümer die Zustimmung zum Beschluss im schriftlichen Verfahren nach § 23 Abs. 3 WEG, ist das schriftliche Verfahren gescheitert.
3. Einen Anspruch auf Abgabe einer Stimme im schriftlichen Verfahren haben die Wohnungseigentümer untereinander nicht.

(Fundstellen: Beck-Online)

7. Liegenschaftsrecht – Zur Unwirksamkeit der Begründung eines Sondernutzungsrechts wegen Eingriffs in den Kernbereich des Sondereigentums

(LG München I, Urteil vom 1. 6. 2015 – 1 S 13261/14, mitgeteilt durch *Richterin am Landgericht München I Dr. Isolde Hannamann*)

WEG §§ 10 Abs. 2 und 3; 13

1. Geht eine Vereinbarung über die Neuordnung der Sondereigentumsanteile der beteiligten Wohnungseigentümer hinaus, bedarf es der Mitwirkung aller übrigen betroffenen Wohnungseigentümer. Dies ist etwa der Fall, wenn sich die (bruchteilmäßige) Verteilung der Miteigentumsanteile auf die einzelnen Sondereinheiten oder die Zuweisung von Räumen oder Flächen zu bestimmten Miteigentumsanteilen ändert oder erstmals ein Sondernutzungsrecht am Gemeinschaftseigentum begründet wird.
2. Die Begründung eines dinglichen Sondernutzungsrechts am Gemeinschaftseigentum, das alle Zugangsmöglichkeiten zur Eigentumswohnung eines anderen Wohnungseigentümers erfasst, ist unwirksam, weil es in den unantastbaren Kernbereich des Sondereigentums eingreift. Der Schutz des Zugangs zu einer im Sondereigentum stehenden Wohnung kann nicht auf die durch die Gemeinschaftsverhaftung dem Sondernutzungsrecht vermittelten Schranken reduziert werden (Abgrenzung zu OLG Zweibrücken, ZWE 2006, 105).

(Fundstellen: Beck-Online, DNotI-Online-Plus, Datenbank Bayern-Recht)

8. Erbrecht – Zu den inhaltlichen und formellen Anforderungen an eine Erbausschlagungserklärung

(OLG Schleswig, Beschluss vom 11. 2. 2015 – 3 Wx 90/14)

BGB § 1945 Abs. 1 Hs. 1

BGBEG Art. 11 Abs. 1 Alt 2; Art. 25 Abs. 1

GVG § 184

1. Die Frage, wem gegenüber eine Ausschlagungserklärung abgegeben werden muss, ist keine Frage der Form im Sinne von Art. 11 Abs. 1 EGBGB, sondern eine inhaltliche Frage. Es kommt deshalb nicht auf die Formvorgaben des Ortsrechts nach Art. 11 Abs. 1, 2. Alt. EGBGB an, vielmehr ist das Erbstatut maßgebend.
2. Ist gemäß Art. 25 Abs. 1 EGBGB deutsches Erbrecht als Erbstatut anzuwenden, muss eine Ausschlagungserklärung nach § 1945 Abs. 1 Hs. 1 BGB gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben werden, und zwar wegen § 184 GVG in deutscher Sprache.

(Fundstellen: DNotI-Online-Plus)

9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Bestimmtheitsgrundsatz bei Spaltungen nach dem UmwG

(OLG Celle, Urteil vom 5. 8. 2015 – 9 U 22/15)

UmwG § 131

Die Zuweisung einer bestimmten Summe in Euro in einer Abspaltungsbilanz an den abgespaltenen Rechtsträger hat keine dingliche Wirkung, wenn ein entsprechender Eurobetrag sich nicht im Eigentum des anderen Rechtsträgers befindet (sondern bestenfalls als Forderung gegen eine oder mehrere Bank(en) vorhanden ist). Ein Zahlungsanspruch des abgespaltenen Rechtsträgers besteht nicht, solange nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Forderungen gegen Banken noch beiden Rechtsträgern zustehen.

(Fundstellen: DNotI-Online-Plus; Rechtsprechung Niedersachsen)

10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Kostenberechnung der Eintragung einer Änderung der inländischen Geschäftsanschrift

(OLG Köln, Beschluss vom 12. 8. 2015 – 2 Wx 195/15, mitgeteilt durch *Richter am Oberlandesgericht Werner Sternal*)

HRegGebV Nr. 2502 GV

Für die Eintragung einer Änderung der inländischen Geschäftsanschrift einer GmbH – ohne gleichzeitige Sitzverlegung – im Handelsregister fällt die Gebühr nach Nr. 2502 GV zur HRegGebV an.

(Fundstellen: Jurion)

11. Kostenrecht – Zur Kostenberechnung bei Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung gem. § 12 WEG

(OLG München, Beschluss vom 17. 7. 2015 – 34 Wx 137/15 Kost, mitgeteilt durch *Richterin am Oberlandesgericht Edith Paintner*)

BGB § 1010

GNotKG Nr. 14160 Ziff. 5 KV

WEG § 12

1. Eine kraft Vereinbarung oder einseitiger Erklärung des teilenden Eigentümers geltende Veräußerungsbeschränkung gestaltet als Inhalt des Sondereigentums das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und stellt keine Belastung des Miteigentumsanteils dar.

2. Die Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung bewirkt demzufolge eine Änderung des Inhalts des Sondereigentums, deren Eintragung im Grundbuch den Gebührentatbestand der Nr. 14160 Nr. 5 KV GNotKG verwirklicht.

3. Zu erheben ist die Festgebühr für jedes betroffene Sondereigentum; betroffen im Sinne der Kostenvorschrift ist jedes Sondereigentum, bei dem das Grundbuchamt auf entsprechenden Antrag die Aufhebung der Veräußerungsbeschränkung einträgt.

(Fundstellen: *Datenbank Bayern-Recht*)

Buchbesprechung

Christof Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte – Handbuch der Vertragsgestaltung, 4. Aufl. 2015, Carl Heymanns Verlag, 1254 Seiten, 119 €, mit CD-ROM und Zugang zur Online-Ausgabe auf jurion.de

Das Handbuch von Christof Münch ist in der vierten Auflage erschienen und wurde in die Reihe der notarrechtlichen Standardwerke beim Carl Heymanns Verlag eingeordnet. Es richtet sich an die notarielle Praxis, aufgrund der vielfältigen Vertragsmuster, Gestaltungsempfehlungen und Formulierungsvorschläge sowie der umfassenden Querbezüge zum Steuer- und Erbrecht aber gleichermaßen an Rechtsanwälte und Steuerberater. Münch hat die bewährte Gliederung des Handbuchs in zehn Teile beibehalten. Auf die ausführliche Erläuterung der Güterstände (Teil 1) und der ehevertraglichen Gestaltungsmöglichkeiten (Teil 2) folgen ein Kapitel über Ehegattenzuwendungen (Teil 3), ein Teil über Zuwendungen Dritter mit Scheidungsvorsorge und vertragliche Rückerwerbsklauseln (Teil 4), Ausführungen zu vermögensrechtlichen Ansprüchen und Regelungen unter Ehegatten (Teil 5) und zum Ehegattenunterhaltsrecht (Teil 6), ein Teil zum Versorgungsausgleich (Teil 7) und zu Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen (Teil 8). Das Handbuch endet mit Erläuterungen zu Verträgen für unterschiedliche Ehekonstellationen (Teil 9) und zu Ehen mit Auslandsberührung (Teil 10). In die vertiefte Darstellung der Rechtslage und Systematik der gesetzlichen Regelungen integriert Münch für die Praxis ausgewogene Gestaltungsempfehlungen, Hinweise und Formulierungshilfen. Das detaillierte Inhalts- und Stichwortverzeichnis leiten den Rechtsanwender schnell zu den gewünschten Abschnitten.

Besondere Hervorhebung gebührt der ausführlichen Darstellung der Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Vertragsfreiheit und richterlicher Inhaltskontrolle (Teil 2 B), die aufgrund der Beleuchtung aus unterschiedlichen Blickwinkeln für den erfahrenen Praktiker wie für den Berufseinsteiger hilfreich und lesenswert ist. Der Nachzeichnung der Entscheidungen des

BVerfG und des BGH mit Hinweisen zu deren Praxisrelevanz folgt ein Abschnitt über die Umsetzung dieser Rechtsprechung in die obergerichtliche Praxis. Hieran schließt eine gesonderte Zusammenstellung wesentlicher Aspekte wie Kernbereichslehre (Rn. 869 ff.) und Verfahren der Inhaltskontrolle (Rn. 894 ff.) an. Ein besonderes Augenmerk widmet Münch am Ende des Kapitels den Konsequenzen der richterlichen Inhaltskontrolle für Beratung, Entwurf und Beurkundung von Eheverträgen (Rn. 913 ff.).

Die zahlreichen Entwicklungen der vergangenen vier Jahre in Rechtsprechung, Literatur und Gesetzgebung sind in der Neuauflage vollständig berücksichtigt. Die Änderung des Kostenrechts durch das GNotKG hat Münch zudem zum Anlass genommen, Anmerkungen zu den Notarkosten zu ergänzen. Einige Themenbereiche wurden neu in das Handbuch aufgenommen, beispielsweise die Abschnitte zur „Reparatur möglicherweise nichtiger Eheverträge“ (Rn. 1062 ff.), zur künftig geltenden EU-Güterrechtsverordnung (Rn. 4471 ff.) und zur Bewertung der Anrechte beim Versorgungsausgleich (Rn. 3289 ff.). Das Urteil des BGH vom 2. 2. 2011 zum Abzug latenter Ertragsteuern bei der Zugewinnberechnung (BGH NJW 2011, 2572) wurde aufgegriffen und erläutert. Münch führt die aus diesem Judikat für die Praxis resultierenden Probleme an und weist auf offene Fragen wie die Geltung des Urteils für andere Steuerbelastungen hin (Rn. 161 ff.). Teil 10 zu Ehen mit Auslandsberührung adressiert nun vertieft Aspekte des Unterhaltsrechts wie die EU-Unterhaltsverordnung und das Haager Unterhaltsprotokoll (Rn. 4488 ff.) und wurde um einen Abschnitt zum Versorgungsausgleich bei Ehen mit Auslandsberührung erweitert (Rn. 4509 ff.). Zur deutsch-französischen Wahl-Zugewinngemeinschaft hat Münch die in der Voraufgabe noch im Kapitel „Ehen mit Auslandsbezug“ dargestellten Grundzüge nunmehr in die verschiedenen Teile des Handbuchs integriert (insbesondere Rn. 467 ff.) und spiegelt damit die Eigenschaft der Wahl-Zugewinngemeinschaft als vierten Güterstand in seinem Werk

wieder. Für die ehevertragliche Regelung der Wahl-Zugewinnngemeinschaft enthält das Handbuch einen Mustervertrag (Rn. 1317).

Wie bereits aus seinen zahlreichen Veröffentlichungen in Fachzeitschriften ersichtlich (siehe nur NZFam 2015, 243 und NJW 2015, 288), hat Münch den Wandel der Rechtsprechung und die Reaktionen des Schrifttums detailliert verfolgt. In seinem Handbuch beschränkt er sich nicht nur auf die Darstellung der Entscheidungen, sondern analysiert deren Relevanz und Auswirkungen für die Praxis. Exemplarisch zu nennen ist die höchstgerichtliche Rechtsprechung zum modifizierten Ertragswertverfahren bei Bewertung freiberuflicher Praxen (Rn. 238 ff.; BGH NJW 2011, 999 und 2572), die Nachzeichnung der früheren Dreiteilungsrechtsprechung des BGH zu den „wandelbaren Lebensverhältnissen“, der Rechtsprechungsänderung durch das Urteil des BVerfG vom 25. 1. 2011 (Rn. 2543 ff.; BVerfG DNotZ 2011, 291) und die Erläuterung der nunmehr zu beachtenden Bedarfsbemessung mit Hilfe von Berechnungsbeispielen (Rn. 2558 ff.). In die oben erwähnte Darstellung der Inhaltskontrolle wurde zudem die zwischenzeitlich ergangene Rechtsprechung aufgenommen, insbesondere die Entscheidungen des BGH zur subjektiven Imparität (Rn. 757 ff.; BGH NJW 2013, 380), zur Funktionsäquivalenz von Versorgungs- und Zugewinnausgleich (Rn. 774 ff.; BGH NJW 2013, 1359) und zur Ablehnung der Halbteilungskontrolle und Nichtigkeit eines

pactum de non petendo bezüglich Trennungsunterhalts (Rn. 768 ff.; BGH DNotZ 2014, 361). Teil 7 zum Versorgungsausgleich umfasst nun die umfangreiche Rechtsprechung zum Versorgungsausgleich seit der Reform, beispielsweise die Entscheidungen zur Inhaltskontrolle bei Vereinbarungen über den Versorgungsausgleich (Rn. 3451 ff.), zu Fondsanteilen als ausgleichende Anrechte (Rn. 3281 ff.) und zur Verzinsung des Kapitalbetrags (Rn. 3299 ff.). Auch die für die Querbezüge zum Steuerrecht relevante Rechtsprechung wie beispielsweise die Entscheidungen des IV. Senats des BFH vom 21. 6. 2012 und 19. 9. 2012 (BFH DStR 2012, 1500 und DStR 2012, 2051) zur (modifizierten) Trennungstheorie (Rn. 4256 ff.) wird in der Neuauflage thematisiert.

Wie die Vorauflagen zeichnet sich die Neuauflage als Handbuch für den Praktiker aus. Das Werk adressiert die rechtlichen Fragestellungen der notariellen Praxis umfassend und bietet praxistaugliche Lösungs- und Formulierungsvorschläge für die tägliche Vertragsgestaltung. Der Online-Zugang eröffnet dem Nutzer von überall Zugriff auf das Werk. Aufgrund der zahlreichen Änderungen der Rechtsprechung und Gesetzgebung auf nationaler und europäischer Ebene und der vollständigen Aktualisierung des Werks gehört zur Beratung „ehebezogener Rechtsgeschäfte“ auch die vierte Auflage dieses Handbuchs in jede Notariatsbibliothek.

Dr. Irene Kämper, LL.M. (Chicago), Notarassessorin