

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

25. Jahrgang  
Mai 2017  
ISSN 1434-3460

9/2017

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 892, 2368; GBO § 52 – Nachweis der Testamentsvollstreckerbefugnis ggü. Grundbuchamt; guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Gutgläubenswirkung des Testamentsvollstreckervermerks

GmbHG §§ 33, 47, 15 Abs. 5 – Ruhendes Stimmrecht aus eigenen Geschäftsanteilen der GmbH; Berechnung der Mehrheit für Gesellschafterbeschlüsse; Beschluss über Zustimmung zur Anteilsveräußerung; Vinkulierungsklausel; Erwerb eigener Anteile

### Gutachten im Abrufdienst

## Rechtsprechung

ErbStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 10 Abs. 3 – Besteuerung eines durch Erbfall erworbenen Pflichtteilsanspruchs

BeurkG § 36; GmbHG § 53 – Beurkundung einer Satzungsänderung durch notarielles Tatsachenprotokoll bei Einmann-GmbH ausreichend

BGB §§ 523 Abs. 1, 566, 593b, 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5, 1829; GBO §§ 15, 18 – Keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn Minderjähriger infolge unentgeltlicher Grundstücksüberlassung in das Pachtverhältnis an diesem Grundstück eintritt

## Literaturhinweise

## Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB §§ 892, 2368; GBO § 52**  
**Nachweis der Testamentsvollstreckerbefugnis ggü. Grundbuchamt; guter Glaube an die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers; Gutgläubenswirkung des Testamentsvollstreckervermerks**

### I. Sachverhalt

Als Eigentümer eines Grundstücks ist im Grundbuch noch der Erblasser eingetragen.

Die Erben sind unbekannt.

Es ist jedoch ein Testamentsvollstrecker vorhanden, der sich durch Testamentsvollstreckerzeugnis ausweist. Der Testamentsvollstreckervermerk ist im Grundbuch noch nicht eingetragen.

Zur Beurkundung erscheint der Testamentsvollstrecker und verfügt über den Grundbesitz.

## II. Fragen

1. In welcher Form ist das Testamentsvollstreckerzeugnis dem Grundbuchamt vorzulegen?
2. Ist gutgläubiger Erwerb des Erwerbers möglich, wenn das Testamentsvollstreckerzeugnis falsch ist?
3. Kommt es für den gutgläubigen Erwerb auf die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch an?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

Der Erblasser kann nach §§ 2197 ff. BGB einen Testamentsvollstrecker bestimmen. Dieser hat gem. § 2203 BGB die Aufgabe, die letztwilligen Verfügungen des Erblassers zur Ausführung zu bringen. Während der Dauer der Testamentsvollstreckung besteht dabei gem. § 2205 S. 1 BGB ein **Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers**: Der Testamentsvollstrecker kann insbesondere über Nachlassgegenstände **verfügen (§ 2205 S. 2 BGB)**, sofern die Verfügung nicht unentgeltlich erfolgt (vgl. § 2205 S. 3 BGB).

Korrelat des Verfügungsrechts des Testamentsvollstreckers ist nach § 2211 Abs. 1 BGB eine **Verfügungsbeschränkung des Erben**. Dieser kann über einen Nachlassgegenstand

nicht verfügen, der der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegt; die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers schließt daher die Verfügungsberechtigung des Erben aus. Dementsprechend ist es materiell-rechtlich möglich, dass allein der Testamentsvollstrecker entgeltlich ohne jede Mitwirkung der Erben über einen Nachlassgegenstand verfügt, sofern dieser Nachlassgegenstand dem Verwaltungs- und Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers unterliegt (vgl. MünchKommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2211 Rn. 5 f.).

## 2. Wirkung des Testamentsvollstreckerzeugnisses

### a) Allgemeines

Der Testamentsvollstrecker weist seine Ernennung und Verfügungsbefugnis grundsätzlich durch das Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) nach.

So wie ein Erbschein ist dieses Zeugnis **dem Grundbuchamt in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen; eine beglaubigte Abschrift genügt nicht** (vgl. §§ 35 Abs. 2, 29 Abs. 1 S. 2 GBO; dazu BayObLG DNotZ 1991, 548; OLG Hamm MittBayNot 2017, 249, 250 m. Anm. Berger).

In seinem Beschluss vom 27.5.2016 hat das **OLG Hamm** entschieden, dass das Testamentsvollstreckerzeugnis dem Grundbuchamt jedenfalls im Zeitpunkt des Antrags auf Eintragung des Eigentumswechsels vorliegen muss (15 W 209/16, MittBayNot 2017, 249). Das Gericht hält eine **Bescheinigung des Notars nicht für ausreichend**, wonach ihm das Testamentsvollstreckerzeugnis (das der Niederschrift in beglaubigter Abschrift beigefügt ist) bei der Beurkundung in Urschrift vorgelegen hat (MittBayNot 2017, 249, 250 Tz. 3; s. auch BayObLG DNotZ 1996, 20, 21; Berger, MittBayNot 2017, 250, 251; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl. 2015, § 35 Rn. 176; a.A. LG Köln Rpfleger 1977, 29; Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl. 2013, § 52 Rn. 14; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3462; Walloschek, ZEV 2011, 167, 168). Denn anders als bei Erklärungen eines Vertreters sei es schädlich, wenn die Stellung des Testamentsvollstreckers als Partei kraft Amtes nach Abgabe der Erklärungen entfalle. Stimmt man dem OLG Hamm zu, so hat dies für die Praxis die nicht unproblematische Folge, dass der Notar dem Grundbuchamt die Ausfertigung des Zeugnisses auch beim Endvollzug vorlegen muss (Berger, MittBayNot 2017, 250, 251).

Die Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses wird jedoch ersetzt durch die **Verweisung auf** die das Testamentsvollstreckerzeugnis enthaltenden **Nachlassakten**, wenn diese sich **bei demselben Amtsgericht** oder dessen Zweigstelle befinden; dabei bedarf es keines gesonderten Nachweises, dass der Testamentsvollstrecker das Amt angenommen hat (KG OLGE 40, 49; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 597). In diesem Fall muss der Notar somit keine Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses beim Grundbuchamt einreichen.

Allein das Testamentsvollstreckerzeugnis genießt gem. § 2368 S. 2 i. V. m. § 2366 BGB öffentlichen Glauben. Der **Erbschein reicht** als Legitimation **nicht aus**, weil dieser nur die Tatsache der Testamentsvollstreckerernennung bezeugt (§ 352b Abs. 2 FamFG); auch der Beschluss des Nachlassgerichts über die Ernennung des Testamentsvollstreckers (§ 2200 BGB) genügt nicht, desgleichen nicht die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch (Schöner/Stöber, Rn. 3462; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.11.2016, § 35 Rn. 139; dazu noch Ziff. 3).

### b) Schutz des gutgläubigen Erwerbers

Die Fiktionswirkung des mit öffentlichem Glauben ausgestatteten Testamentsvollstreckerzeugnisses geht dahin, dass der Testamentsvollstrecker **das ihm bezeugte Amt erlangt hat und durch keine anderen als die angegebenen Anordnungen beschränkt** ist. Geschäfte eines Scheintestamentsvollstreckers werden damit einem gutgläubigen Dritten gegenüber in gleicher Weise wirksam wie die eines wirklichen Testamentsvollstreckers (MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 45).

Der öffentliche Glaube besteht allerdings nur, **wenn und solange das Testamentsvollstreckerzeugnis in Kraft** ist (MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 46). Das Testamentsvollstreckerzeugnis wird in jedem Falle kraftlos, wenn das Amt des Testamentsvollstreckers beendet ist (§ 2368 S. 2 Hs. 2 BGB). Ein Einziehungsbeschluss ist dafür nicht erforderlich. Geschützt wird daher nur der gute Glaube an die Erlangung der Stellung des Testamentsvollstreckers und das Fehlen von Beschränkungen, nicht jedoch der gute Glaube an das Fortbestehen des Testamentsvollstreckeramtes (MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 46), ebenso wenig daran, dass der Gegenstand weiterhin der Testamentsvollstreckung unterliegt und ihr nicht durch Freigabe des Testamentsvollstreckers entzogen worden ist (MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 47). Für den Rechtsverkehr bedeutet all dies eine erhebliche Unsicherheit.

Nach h. M. in der **Rechtsprechung** greift **§ 878 BGB** bei Grundstücksgeschäften des Testamentsvollstreckers nicht ein und ist auch **nicht analog anwendbar**, da der Testamentsvollstrecker kein materiell Berechtigter ist, der die Verfügungsbefugnis verliert (vgl. MünchKommBGB/Grziwotz, § 2368 Rn. 46 m. w. N.; OLG Celle DNotZ 1953, 158; BayObLG NJW 1956, 1279; MittBayNot 1999, 82 = DNotI-Report 1998, 221; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 100; OLG Köln MittRhNotK 1981, 139). Verliert der Testamentsvollstrecker sein Amt nach der Antragstellung beim Grundbuchamt, ist nach dieser Ansicht eine vom Testamentsvollstrecker vorgenommene Verfügung unwirksam.

Die in der Literatur vertretene **abweichende Ansicht** will auch in diesem Fall zum Schutze des Rechtsverkehrs den § 878 BGB entsprechend angewendet wissen (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 124; Palandt/Herrler, BGB, 76. Aufl. 2017, § 878 Rn. 11; Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2012, § 878 Rn. 58 – jew. m. w. N.).

Nach der noch herrschenden Rechtsprechung trägt der Vertragspartner das Risiko, dass der Testamentsvollstrecker nach Antragstellung beim Grundbuchamt bis zum Vollzug der rechtsändernden Eintragung im Grundbuch seine Verfügungsbefugnis infolge Amtsbeendigung verliert. Dem Käufer ist insbesondere auch nicht damit gedient, dass das Grundbuchamt trotz verlorener Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers danach gleichwohl die Eigentumsumschreibung vornimmt (etwa weil es nicht die erneute Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses verlangt hat oder Letzteres gem. § 2368 S. 2 i. V. m. § 2361 BGB für kraftlos erklärt worden ist, ohne dass das Zeugnis zu den Nachlassakten zurückgereicht worden wäre). Denn mit dem Kraftloswerden des Testamentsvollstreckerzeugnisses werden auch die damit verbundenen Vermutungen (§ 2365 BGB) und ein etwaiger gutgläubiger Erwerb gegenstandslos (vgl. Palandt/Weidlich, § 2368 Rn. 10). Stellt sich also nach der Eigentumsumschreibung heraus, dass

das Amt vorher erloschen ist, so schützt das Testamentsvollstreckerzeugnis den Käufer nicht und verhilft ihm selbst dann nicht zu einem gutgläubigen Eigentumserwerb, wenn es dem Grundbuchamt unmittelbar vor dem Vollzug erneut vorgelegt wurde und der Testamentsvollstreckervermerk im Zuge der Eigentumsumschreibung gelöscht wird (vgl. Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 104).

### c) Abwicklung

Wie diesem Problem aus kautelarjuristischer Sicht beizukommen ist, wird in der Literatur verschiedentlich erörtert (vgl. Krauß, Rn. 601 ff.; Zahn, MittRhNotK 2000, 89, 104 ff.). Krauß (Rn. 603) schlägt vor, das Risiko auf der Ebene der Zahlung zu beseitigen, nämlich durch Einschaltung eines Anderkontos und Auszahlung erst nach wirksamer Umschreibung samt Prüfung, dass die Verfügungsbefugnis des Amtsverwalters zu diesem Zeitpunkt noch bestanden hat. Krauß weist jedoch darauf hin, dass angesichts der statistisch zu vernachlässigenden Fälle vorzeitiger Beendigung der Amtswalterfunktion im Regelfall keine Veranlassung für die Einrichtung eines Anderkontos bestehe (Rn. 604). Der Notar soll aber evtl. die Vormerkung erst dann löschen, wenn eine Einsichtnahme in die Nachlassakten nach Umschreibung keine Anhaltspunkte dafür ergeben hat, dass zum Zeitpunkt der Umschreibung der Testamentsvollstrecker nicht mehr im Amt gewesen war, und dies auch durch den Testamentsvollstrecker schriftlich bestätigt wird (Rn. 606 f.; s. auch Mensch, notar 2014, 384, 386 f.).

### 3. Zweck des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch

Dem Schutz des Testamentsvollstreckers vor Verfügungen des Erben dient die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch (§ 52 GBO). Ansonsten könnte ein Erwerber von den Erben gem. § 2211 Abs. 2 BGB gutgläubig Eigentum erwerben (MünchKommBGB/Zimmermann, § 2211 Rn. 20; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 4, 23).

Der Testamentsvollstreckervermerk dient also nicht dazu, die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nachzuweisen, sondern vielmehr dazu, die Verfügungsbeschränkung der Erben öffentlich zu machen. Er soll damit einen **gutgläubigen Erwerb verhindern**, nicht jedoch einen solchen ermöglichen. Der Erwerber kann sich daher nicht auf einen eingetragenen Testamentsvollstreckervermerk berufen, wenn der Testamentsvollstrecker nicht verfügungsbefugt gewesen sein sollte.

### 4. Ergebnis

Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist dem Grundbuchamt in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen. Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift genügt nicht. Nach Ansicht der jüngeren Rechtsprechung ist auch eine notarielle Bestätigung über die Vorlage einer Ausfertigung des Zeugnisses im Zeitpunkt der Beurkundung nicht ausreichend. Die Vorlage des Testamentsvollstreckerzeugnisses ist jedoch entbehrlich, wenn sich die Nachlassakten bei demselben Amtsgericht oder dessen Zweigstelle befinden.

Ist das Testamentsvollstreckerzeugnis unrichtig, so kommt grundsätzlich ein gutgläubiger Erwerb in Betracht. Geschützt wird jedoch nicht der gute Glaube an den Fortbestand der Stellung des Testamentsvollstreckers, wenn der Testamentsvollstrecker sein Amt verloren hat. Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch ist insoweit irrelevant.

## GmbHG §§ 33, 47, 15 Abs. 5

### Ruhendes Stimmrecht aus eigenen Geschäftsanteilen der GmbH; Berechnung der Mehrheit für Gesellschafterbeschlüsse; Beschluss über Zustimmung zur Anteilsveräußerung; Vinkulierungsklausel; Erwerb eigener Anteile

#### I. Sachverhalt

Die A-GmbH hat ein Stammkapital von 314.000 € Als Gesellschafter sind zahlreiche Privatpersonen beteiligt; sie halten Geschäftsanteile i. H. v. 206.200 € Daneben hält die Gesellschaft eigene Geschäftsanteile i. H. v. 107.800 € Nunmehr sollen auch die Geschäftsanteile der Gesellschafter A und B im Nennbetrag von 2.100 € bzw. 800 € auf die Gesellschaft übertragen werden. Laut Satzung bedarf die Verfügung über Geschäftsanteile einer Zustimmung durch Gesellschafterbeschluss mit einer Mehrheit von 75 % des Stammkapitals. Ausnahmen sieht die Satzung nicht vor.

#### II. Fragen

1. Wie werden Beschlussmehrheiten berechnet, wenn die GmbH eigene Anteile hält?
2. Falls die Stimmen der GmbH nicht zu berücksichtigen sind: Ist dann der Zustimmungsbeschluss, der laut Satzung einer Kapitalmehrheit von 75 % bedarf, überhaupt noch zu erreichen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Kein Stimmrecht aus eigenem Anteil

Nach gefestigter Rechtsprechung und herrschender Meinung in der Literatur **ruht das Stimmrecht aus eigenen Geschäftsanteilen** der GmbH (RGZ 103, 64, 66 f.; BGH DNotZ 1995, 963, 964 f.; NJW 2009, 2300, 2303 Tz. 33; NZG 2009, 1310, 1311 Tz. 6; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 47 Rn. 24; GroßkommGmbHG/Paura, 2. Aufl. 2014, § 33 Rn. 85; Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 33 Rn. 24; Michalski/Sosnitzer, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 33 Rn. 62; MünchKommGmbHG/Löwisch, 2. Aufl. 2015, § 33 Rn. 72; Lutter/Hommelhoff, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 33 Rn. 39; BeckOK-GmbHG/Schindler, Std.: 1.2.2017, § 33 Rn. 95). „Ruhen“ meint zwar kein Erlöschen, das Stimmrecht kann jedoch von der Gesellschaft nicht ausgeübt werden. Der Grund für das Ruhende liegt darin, dass die stimmrechtsausübenden Geschäftsführer andernfalls einen systemwidrigen Machtzuwachs erführen; sie hätten das Stimmrecht ja auszuüben und damit einen so nicht vorgesehenen Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft (GroßkommGmbHG/Paura, § 33 Rn. 85; s. auch Michalski/Römermann, § 47 Rn. 67 m. Verw. auf den Minderheitenschutz).

##### 2. Folgen für die Mehrheitsberechnung

###### a) Bei gesetzlichem Mehrheitserfordernis

Die Folge des ruhenden Stimmrechts besteht schlicht darin, dass die eigenen Geschäftsanteile bei der Auszählung der abgegebenen Stimmen nicht mitberücksichtigt werden: Die auf den eigenen Anteil entfallenden Stimmen **gelten als nicht abgegeben**, zählen im Ergebnis also nicht mit (GroßkommGmbHG/Paura, § 33 Rn. 86; Michalski/Sosnitzer, § 33 Rn. 62). Dies versteht sich freilich vor dem Hintergrund der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse: Grundsätzlich kommt es bei der Beschlussfassung in der GmbH nur auf die *abgegebenen* Stimmen an (vgl. §§ 47

Abs. 1, 53 Abs. 2 S. 1, 60 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG). Das Nichtmitzählen der Stimmen aus eigenen Anteilen bereitet dann keine Schwierigkeiten.

### b) Bei statutarischem Mehrheitserfordernis „Kapitalmehrheit“

Anders könnte man dies sehen, wenn die Satzung auf eine bestimmte Kapitalmehrheit abstellt. Eine solche Regelung darf die Satzung vorsehen, denn die gesetzlichen Mehrheitserfordernisse sind sehr weitgehend dispositiv (vgl. § 45 Abs. 2 GmbHG und OLG Frankfurt GmbHR 2010, 260 f.; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 47 Rn. 24; Blath, RNotZ 2017, 218, 225). Die Kapitalmehrheit bemisst sich aber nach dem Stammkapital, an dem rechnerisch zwingend auch die eigenen Anteile partizipieren. Die wohl h. M. behilft sich in diesem Fall mit einer **berichtigenden Auslegung** der Satzung: Es soll anstelle des vollständigen Stammkapitals das um die eigenen Anteile verminderte Stammkapital zugrunde gelegt werden oder es sollen die ruhenden Stimmrechte *pro rata* den übrigen Stimmrechten zuzuschlagen sein (GroßkommGmbHG/Paura, § 33 Rn. 86; Scholz/Westermann, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 33 Rn. 37; Michalski/Sosnitza, § 33 Rn. 62; BeckOK-GmbHG/Schindler, § 33 Rn. 95; Sandhaus, in: Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 33 Rn. 36; Geißler, GmbHR 2008, 1018, 1022; wohl auch MünchKommGmbHG/Löwisch, § 33 Rn. 72).

Hält man die berichtigende Auslegung nicht für sicher genug, könnte evtl. eine berichtigende **Satzungsänderung** weiterhelfen. Wenn man dabei lediglich *deklaratorisch* klarstellt, dass Stimmrechte aus eigenen Anteilen nicht zum maßgeblichen Stammkapital dazugehören, sollte darin keine Satzungsänderung liegen, die ihrerseits mit 75 % des Stammkapitals beschlossen werden muss. Mit einer deklaratorischen Satzungsänderung ist aber die Ungewissheit, dass die Satzung einen anderen materiell-rechtlichen Gehalt haben könnte, letztlich immer noch nicht beseitigt. Bei einer Satzungsänderung mit darüber hinausgehender materieller Bedeutung könnte wiederum das mit Blick auf die eigenen Anteile „herabzusetzende“ Quorum zu beachten sein (tendenziell anders, aber letztlich wohl offen: BGH NZG 2013, 57, 60 Tz. 27; NZG 2013, 63, 64 Tz. 16). Dies erscheint zwar wenig sinnvoll (es könnte bei der Satzungsänderung nicht um eine zustimmungsbedürftige Schmälerung von Gesellschafterrechten gehen, der GmbH kommen solche Rechte ja gerade nicht zu), mag aber angesichts der etwas unklaren Rechtslage zur Sicherheit geboten sein. Der Weg der Satzungsänderung wäre damit mangels ausübbarer Stimmrechte der GmbH versperrt. Andere, sicherere Wege – abgesehen von der Abtretung der eigenen Anteile – gibt es u. E. nicht. Insbesondere wird man auf den Zustimmungsbeschluss nicht ohne Weiteres verzichten können.

### 3. Vorliegender Fall

Stellt man vorliegend auf das „unbereinigte“ Stammkapital ab, ließe sich die qualifizierte Mehrheit zum Zustimmungsbeschluss nicht erreichen. Legt man die Satzung im obigen Sinne berichtigend aus, ist diese Mehrheit ohne Weiteres möglich.

Konkret kommt die Besonderheit hinzu, dass keine beliebige Abtretung ansteht, sondern ein weiterer Erwerb eigener Anteile. In diesem Fall soll ein Zustimmungsbeschluss nach wohl überwiegender Meinung bereits unabhängig von einer Vinkulierungsklausel erforderlich sein (vgl. DNotI-Internetgutachten Nr. 107604). Dabei ist zu beachten,

dass nicht nur die Gesellschaft nicht mitstimmen kann, sondern auch der veräußernde Gesellschafter nicht: Gem. **§ 47 Abs. 4 S. 2 Var. 1 GmbHG** hat der Gesellschafter nämlich kein Stimmrecht bei Beschlüssen, die über ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und der Gesellschaft gefasst werden (GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, § 47 Rn. 177; Michalski/Römermann, § 33 Rn. 24; MünchKommGmbHG/Drescher, 2. Aufl. 2016, § 47 Rn. 170). Die Mehrheitsbestimmung der Satzung muss also auch insoweit modifiziert gelten.

## Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

### HGB §§ 171, 172; BGB § 398

**Umwandlung der Rechtsstellung eines Kommanditisten in die eines Komplementärs; Teilgeschäftsanteilsabtretung eines Komplementärs an einen Kommanditisten; Einbuchungslösung**

Abruf-Nr.:

### BGB §§ 2197, 2222, 2223

**Alleiniger Vorerbe als Nacherbenvollstrecker**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**ErbStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b, 10 Abs. 3**

**Besteuerung eines durch Erbfall erworbenen Pflichtteilsanspruchs**

**Ein vom Erblasser nicht geltend gemachter Pflichtteilsanspruch gehört zum Nachlass und unterliegt beim Erben der Besteuerung aufgrund Erbanfalls. Auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Erben kommt es nicht an.**

BFH, Urt. v. 7.12.2016 – II R 21/14

### Problem

Der Sohn ist Alleinerbe des verstorbenen verwitweten Vaters. Der Vater hat mit seiner vorverstorbenen Ehefrau im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gelebt und sein Erbe nach dem Tod der Ehefrau ausgeschlagen. Den durch Erbausschlagung entstandenen Pflichtteilsanspruch hat der Vater nicht geltend gemacht. Nun – nach dem Tod des Vaters – macht diesen ererbten Anspruch der Sohn geltend.

### Entscheidung

Nach Ansicht des BFH gehört ein **vom Erblasser nicht geltend gemachter Pflichtteilsanspruch** zum Nachlass

und **unterliegt** daher **beim Erben der Besteuerung aufgrund Erbanfalls**. Auf die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs durch den Erben komme es nicht an.

Laut BFH ist nämlich für die Bestimmung, welche Vermögensgegenstände am Stichtag dem Vermögen des Erblassers zuzuordnen sind und als Nachlassvermögen auf den oder die Erben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen, allein das Zivilrecht maßgebend. Der Pflichtteilsanspruch sei ein Geldanspruch, der nach § 2317 Abs. 1 BGB bereits **mit dem Erbfall als Vollrecht entstehe** und von da an zivilrechtlich zum Vermögen des Pflichtteilsberechtigten gehöre, und zwar unabhängig davon, ob er gegen die Erben geltend gemacht werde (Tz. 14). Der bereits mit dem Erbfall zivilrechtlich entstandene Pflichtteilsanspruch sei nach § 2317 Abs. 2 BGB vererblich und übertragbar und gehöre somit beim Ableben des Pflichtteilsberechtigten zu dessen Nachlass. Da sich die **Besteuerung eines ererbten (derivativen) Pflichtteilsanspruchs nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 ErbStG** (Erbfall) beurteile, sei – anders als beim originären Pflichtteilsanspruch – eine Geltendmachung nicht erforderlich (Tz. 15).

Der **originäre Pflichtteilsanspruch** wird hingegen gem. § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 ErbStG erst dann besteuert, wenn er **geltend gemacht** wird: Die erbschaftsteuerliche Besonderheit des § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 ErbStG diene dem Interesse des Berechtigten und solle ausschließen, dass beim Berechtigten Erbschaftsteuer anfalle, wenn er seinen Anspruch zunächst oder dauerhaft nicht erhebe. Damit werde die Entschließungsfreiheit des Pflichtteilsberechtigten respektiert und zugleich der Tatsache Rechnung getragen, dass der Pflichtteil – anders als die Erbschaft oder ein Vermächtnis – nicht ausgeschlagen, der Rechtsanfall also nicht rückwirkend beseitigt werden könne (Tz. 17).

Nach dem Wortlaut des Gesetzes ist die „Geltendmachung“ des Pflichtteilsanspruchs aber nur in der dritten Variante des § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erforderlich. Laut BFH lässt sich aus dem Sinn und Zweck der Vorschrift **nicht entnehmen, dass die Besteuerung über den Wortlaut hinaus eine „Geltendmachung“ voraussetzt**. Für den Erwerb eines Pflichtteilsanspruchs durch Erbanfall (derivativer Erwerb) entsteht deshalb die Steuer nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 ErbStG bereits mit dem Tode des Pflichtteilsberechtigten, ohne dass es auf die Geltendmachung des Anspruchs durch dessen Erben ankommt. Mache der Erbe des Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteilsanspruch später geltend, so entstehe infolge der Geltendmachung keine weitere Erbschaftsteuer mehr. Die Geltendmachung führe lediglich dazu, dass der Verpflichtete den Pflichtteil gem. § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abziehen könne (Tz. 22).

#### Hinweis

Dem BFH ist insoweit zuzustimmen, als der Pflichtteilsanspruch im Wege der Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB übergeht und der Erbe den Pflichtteilsanspruch so erwirbt, wie er im Zeitpunkt des Erbfalls besteht.

Hinsichtlich der erbschaftlichen Besteuerung des Pflichtteilsanspruchs hätte man indes auch die Ansicht vertreten können, dass die Erbschaftsteuer so lange nicht anfällt, wie der Rechtsnachfolger des Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteilsanspruch nicht geltend macht. Insoweit hätte man die **Entschließungsfreiheit des Erben des Pflichtteilsberechtigten** respektieren können, den Pflichtteilsanspruch durchzusetzen oder nicht.

Die Auffassung des BFH hat zur Folge, dass für den Erwerb eines nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruchs durch Erbanfall (derivativer Erwerb) die Erbschaftsteuer für diesen Pflichtteilsanspruch sofort (mit dem Erbfall) entsteht, da in der Höhe des ererbten Pflichtteilsanspruchs des Erblassers eine Bereicherung vorliegt. Der Pflichtteilsanspruch muss daher selbst dann versteuert werden, wenn er nicht geltend gemacht wird. Dies kann dazu führen, dass der Erbe (eines Pflichtteilsanspruchs) zur Geltendmachung des Anspruchs gezwungen wird, wenn er z. B. die Erbschaftsteuer ansonsten nicht zahlen könnte (so i. E. auch Billig, UVR 2014, 314).

Hätte der BFH anders entschieden und auch für den „derivativen“ Erwerb des Pflichtteilsanspruchs auf die Geltendmachung abgestellt, könnte der Pflichtteilsanspruch rückwirkend so besteuert werden, wie er im Zeitpunkt des Erbanfalls bestanden hat, da er ja bereits zu diesem Zeitpunkt im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergegangen ist. Damit würde auch der Entschließungsfreiheit des „derivativen“ Pflichtteilsberechtigten Rechnung getragen.

---

#### BeurkG § 36; GmbHG § 53

#### Beurkundung einer Satzungsänderung durch notarielles Tatsachenprotokoll bei Einmann-GmbH ausreichend

**Dem Beurkundungserfordernis für die Satzungsänderung einer GmbH wird – auch bei der Einmanngesellschaft – durch die Einhaltung der Formvorschriften der §§ 36 ff. BeurkG genügt.**

OLG Celle, Beschl. v. 13.2.2017 – 9 W 13/17

#### Problem

Der Alleingesellschafter einer GmbH fasste in einer Gesellschafterversammlung einen Beschluss über die Änderung der Satzung. Der Beschluss wurde als Tatsachenprotokoll nach den §§ 36 ff. BeurkG beurkundet.

Das Registergericht verweigerte die Eintragung mit dem Hinweis, dass die Satzungsänderung nicht der notariellen Form gem. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG entspreche. Denn nach § 48 Abs. 3 GmbHG sei die Niederschrift vom Gesellschafter zu unterzeichnen.

#### Entscheidung

Das OLG Celle hält diese Rechtsansicht für unzutreffend. Seines Erachtens genügt das Tatsachenprotokoll auch in der Einmann-GmbH den Formanforderungen für Satzungsänderungen gem. § 53 Abs. 2 GmbHG.

Die Satzungsänderung einer GmbH könne gemäß den §§ 36 ff. BeurkG beurkundet werden. Bei der **Satzungsänderung einer GmbH** handele es sich um die formbedürftige Niederschrift über die Beurkundung eines Versammlungsbeschlusses. Diese sei **„klassischer Anwendungsfall“ der Beurkundung einer anderen Erklärung** als einer Willenserklärung i. S. d. § 36 BeurkG. Dagegen sei die Beurkundungsform für Willenserklärungen (§§ 6 ff. BeurkG) für Gesellschafterbeschlüsse *„gänzlich ungeeignet, weil die Beschlüsse innerhalb von Kapitalgesellschaften grundsätzlich durch Abstimmung von einer Mehrzahl von Gesellschaftern gefasst werden, sodass die vom Einzelnen abgegebene Erklärung regelmä-*

*big nicht gesondert wahrnehmbar wird und schon deshalb grundsätzlich nicht verlangt werden kann, dass der einzelne Abstimmende den etwa gefassten Beschluss unterzeichnen müsste (so aber § 13 BeurkG); zudem ließe sich nicht festlegen, ob auch etwa überstimmte Gesellschafter unterzeichnen müssten bzw. eine Willenserklärung welchen Inhalts sie unterzeichnen sollten.“*

Auch bei einer **Einmannengesellschaft** kann die Beschlussfassung durch ein Tatsachenprotokoll beurkundet werden: Obwohl § 48 Abs. 3 GmbHG für Beschlüsse des Alleingesellschafters verlange, dass er über die Beschlussfassung eine Niederschrift aufzunehmen und diese **zu unterschreiben** habe, sei eine unterschriebene Fassung des Beschlusses bei der Satzungsänderung nicht erforderlich. Zum einen sei für § 48 Abs. 3 GmbHG anerkannt, dass ein Verstoß gegen die Protokollierungspflicht die Wirksamkeit des Beschlusses nicht hindere. Zum anderen sei anerkannt, dass **anderweit manipulationsresistent festgehaltene Beschlüsse**, mithin auch der Satzungsänderungsbeschluss des Streitfalls, der Protokollierungspflicht nicht unterlägen, weil in diesen Fällen die *ratio* des § 48 Abs. 3 GmbHG nicht berührt werde.

---

**BGB §§ 523 Abs. 1, 566, 593b, 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5, 1829; GBO §§ 15, 18**

**Keine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich, wenn Minderjähriger infolge unentgeltlicher Grundstücksüberlassung in das Pachtverhältnis an diesem Grundstück eintritt**

1. Erklärt der Eigentümer eines Grundstücks in einem notariellen Vertrag die unentgeltliche Übertragung seines Grundbesitzes an einen von seinen Eltern vertretenen minderjährigen Erwerber bei gleichzeitiger Auflassung, Eintragungsbewilligung sowie von Seiten des Erwerbers beantragter Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch, so bedarf dieser Vertrag nicht deshalb der Genehmigung des Familiengerichts, weil der Erwerber darin auch einen bestehenden Pachtvertrag übernimmt.

2. Das den Erwerb bewirkende dingliche Geschäft wird vom Erfordernis der Genehmigung durch das Familiengericht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB, der ausschließlich die auf den (entgeltlichen) Erwerb, unter anderem von Grundstücken, gerichteten Kausalgeschäfte betrifft, nicht erfasst. Das Grundbuchamt, das – außer im Falle, dass die Nichtigkeit oder Unwirksamkeit des Grundgeschäfts auch die dingliche Einigung tangiert – weder verpflichtet noch berechtigt ist, die Wirksamkeit des Grundgeschäfts zu prüfen, darf hiervon die Eintragung der Rechtsänderung nicht abhängig machen.

3. In der Formulierung „Der Pachtvertrag wird übernommen“ kann im Allgemeinen – so auch hier – nicht mehr erblickt werden als die (vorsorgliche) Erklärung, dass dem Erwerber bekannt sei, er werde – kraft Gesetzes (hier nach §§ 593b, 566 BGB) – in einen Pachtvertrag einzutreten haben und könne hieraus Rechte gegenüber dem Veräußerer, etwa unter Berufung auf § 523 Abs. 1 BGB, nicht herleiten; die schenkweise Übertragung des Grundstücks wird allein hierdurch nicht **teilentgeltlich**.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 3.3.2017 – 3 Wx 65/16

## **Problem**

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf setzt sich u. a. mit der Frage auseinander, ob die unentgeltliche Übertragung eines Grundstücks an einen Minderjährigen der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf, wenn der Minderjährige einen Pachtvertrag übernimmt. Nach §§ 1643 Abs. 1, 1821 Abs. 1 Nr. 5 BGB ist zu einem Vertrag, der auf den entgeltlichen Erwerb eines Grundstücks gerichtet ist, die Genehmigung des Familiengerichts erforderlich.

## **Entscheidung**

Das OLG Düsseldorf verneint eine Genehmigungspflicht, weil es an einem entgeltlichen Erwerb fehle. Die schenkweise Übertragung eines Grundstücks sei **nicht** allein deshalb als **teilentgeltlich** anzusehen, weil die schuldrechtlichen Vereinbarungen den Hinweis auf den Eintritt des Minderjährigen kraft Gesetzes – hier gem. §§ 593b, 566 BGB – in bestehende Miet- oder Pachtverhältnisse enthielten; denn dann hätten die Vertragsparteien das Ergebnis des Vertragseintritts nicht als vertraglich zu erbringende Gegenleistung, sondern als **gesetzliche Folge des Eigentumserwerbs** verstanden. Eine analoge Anwendung der Genehmigungserfordernisse der §§ 1821, 1822 (Nr. 5 und 10) BGB scheide aus Gründen der Rechtssicherheit aus (vgl. BGH NJW 1983, 1780 = DNotZ 1983, 362).

## **Praxishinweis**

Sind Rückforderungsrechte vereinbart, kann nach h. M. sowohl die Bestellung eines Ergänzungspflegers aufseiten der vertretungsberechtigten Eltern als auch die familiengerichtliche Genehmigung entbehrlich sein, wenn das Rückforderungsrecht auf die Bereicherung des Minderjährigen beschränkt bleibt (OLG Köln MittBayNot 1998, 106 = DNotI-Report 1998, 121; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 3536, 2057, 2064).



**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

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

**Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)**

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –  
97070 Würzburg, Gerberstraße 19  
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225  
E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

**Hinweis:**

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

**Verantwortlicher Schriftleiter:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**Bezugsbedingungen:**

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

**Bezugspreis:**

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

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

**Verlag:**

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

**Druck:**

Druckerei Franz Scheiner  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg