

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
März 2010
ISSN 1434-3460

6/2010

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 131, 161, 177 – Ausscheiden des einzigen Komplementärs einer zweigliedrigen KG; Fortsetzung mit einem neuen Komplementär; Insolvenzverfahren über vollbeendete KG; Haftung des Kommanditisten

BGB § 1902 – Annahme der Erbschaft durch Betreuer als Miterbe

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 1896 Abs. 2, 131, 2271, 2296 – Zugang des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen beim Vorsorgevollmächtigten

BGB § 1742; LPartG § 9 Abs. 7; GG Art. 6 Abs. 1 – Keine Sukzessivadoption eines Kindes durch den eingetragenen Lebenspartner

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB §§ 131, 161, 177

Ausscheiden des einzigen Komplementärs einer zweigliedrigen KG; Fortsetzung mit einem neuen Komplementär; Insolvenzverfahren über vollbeendete KG; Haftung des Kommanditisten

I. Sachverhalt

Die A-KG hatte einen Komplementär und einen Kommanditisten. 2009 verstarb der persönlich haftende Gesellschafter. Der Gesellschaftsvertrag enthält keine Regelung hinsichtlich der Rechtsnachfolge nach dem verstorbenen Komplementär. Kurz nach dem Tod stellte der verbleibende Kommanditist den Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG, dem durch Beschluss entsprochen wurde.

II. Fragen

1. Führt das Ausscheiden des einzigen persönlich haftenden Gesellschafters in einer zweigliedrigen KG stets zum sofortigen Erlöschen der Gesellschaft?
2. Kann mit einem neu eintretenden Komplementär ein Fortsetzungsbeschluss gefasst werden?
3. Ist trotz der Vollbeendigung der KG die Durchführung eines Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG möglich?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsatz: Liquidationslose Vollbeendigung bei Tod des persönlich haftenden Gesellschafters der zweigliedrigen KG

a) Grundsatz

Der **Tod eines Komplementärs** führt mangels abweichender Regelung im Gesellschaftsvertrag gem. §§ 161 Abs. 2, 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB **zum Ausscheiden aus der KG**. War der verstorbene Gesellschafter der **letzte Komplementär** der KG, so hat dies nach h. M. die **Auflösung der Gesellschaft** zur Folge (statt aller: Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn/Lorz, HGB, 2. Aufl. 2008, § 131 Rn. 42, Rn. 29; Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 177 Rn. 1). Wenn zumindest noch zwei Kommanditisten vorhanden sind, führt dies dazu, dass die Gesellschaft auch ohne Auflösungsbeschluss **aufgelöst ist und liquidiert wird** (Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn/Lorz, § 131 Rn. 29; Münch-Komm-HGB/K.Schmidt, 2. Aufl. 2006, § 131 Rn. 46). Die Kommanditisten haben aber die Möglichkeit, die aufgelöste Gesellschaft mit einem neuen persönlich haftenden Gesellschafter fortzusetzen. Dadurch wandelt sich die KG in Liquidation wieder in eine werbende Gesellschaft (Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn/Lorz, § 131 Rn. 32; Baumbach/Hopt, § 177 Rn. 1).

Diese Möglichkeit besteht bei der **zweigliedrigen KG** nicht. Verstirbt der Komplementär einer zweigliedrigen KG, so führt dies nach h. M. zum **liquidationslosen Erlöschen der Gesellschaft bei gleichzeitigem Übergang sämtlicher Aktiva und Passiva auf den allein verbleibenden Kommanditisten** (BGHZ 113, 132 = NJW 1991, 844 = ZIP 1991, 96; BayObLG NotBZ 2002, 31 = DNotI-Report

2001, 166 = GmbHR 2001, 776; OLG Düsseldorf Mit-RhNotK 1997, 437 = DNotI-Report 1998, 19 = GmbHR 1997, 903; Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn/Lorz, § 131 Rn. 42; MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 131 Rn. 55; Oetker/Kamanabrou, HGB, 2009, § 131 Rn. 27).

Folgt man der h. M., so besteht keine Gesellschaft mehr, so dass auch ein **Fortsetzungsbeschluss ausscheiden muss**. Ein Fortsetzungsbeschluss würde voraussetzen, dass die Gesellschaft als solche zumindest noch im Liquidationsstadium existent wäre. Dies ist hier aber nicht der Fall. Vielmehr ist die Gesellschaft erloschen und das Vermögen ist mit allen Aktiva und Passiva auf den alleinigen Kommanditisten übergegangen. Wird gleichwohl ein derartiger Fortsetzungsbeschluss gefasst, so käme allenfalls in Betracht, diesen in die Neugründung einer Gesellschaft umzudeuten.

b) Anerkennung einer Einmann-Personengesellschaft

Zu einem anderen Ergebnis kommt man nur dann, **wenn man eine Einmann-Personengesellschaft zulassen würde** (für die Anerkennung einer Einmann-Personengesellschaft: Weimar, ZIP 1997, 1769; Baumann, BB 1998, 225, 230; Pfister, Die Einmann-Personengesellschaft, 1998, S. 195 ff.). Nur die zumindest vorübergehende Anerkennung einer Einmann-Personengesellschaft würde es ermöglichen, dass der verbleibende Kommanditist mit einem neuen persönlich haftenden Gesellschafter die Fortsetzung der Gesellschaft vereinbart. Dies entspricht aber nicht der h. M (z. B. OLG Schleswig DNotZ 2006, 374 = FGPrax 2006, 54 = ZIP 2006, 615). Zu berücksichtigen ist auch, dass diejenigen, die eine Einmann-Personengesellschaft für möglich halten, dies regelmäßig nur für den Fall zulassen wollen, dass die **Gesellschaftsanteile** des in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschafter, also sein eigener sowie der ihm „angewachsene“, **unterschiedlich ausgestattet** (z. B. mit Nießbrauch oder Testamentsvollstreckung belastet) sind (Baumann, NZG 2005, 919). Der Grund für die Zulassung der Einmann-Personengesellschaft ist dann, dass ein Gesellschafter zwei Anteile an der Personengesellschaft mit unterschiedlicher Ausstattung hält. Vorliegend würden wohl auch die Vertreter, die ausnahmsweise eine Einpersonen-Gesellschaft zulassen, die Entstehung einer solchen verneinen, weil nicht ersichtlich ist, dass die Gesellschaftsbeteiligungen z. B. unterschiedlich belastet sind.

c) Teleologische Reduktion von § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB

In der Literatur wird darauf hingewiesen, dass die **Rechtsfolge der liquidationslosen Vollbeendigung** und des Übergangs aller Aktiva und Passiva auf den Kommanditisten regelmäßig **nicht dem Willen der Gesellschafter entspricht**. Um die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten zu vermeiden, wird in diesen Fällen eine **teleologische Reduktion des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB erwogen** (Frey/v. Bredow, ZIP 1998, 1621 ff.; Liebs, ZIP 2002, 1716; K. Schmidt, GmbHR 2002, 1209 ff.; ausführlich und distanziert dazu: Bork/Jacoby, ZGR 2005, 611, 647 ff.). **Die h. M. folgt dem allerdings nicht**. Insbesondere hat der BGH in derartigen Fällen keine teleologische Reduktion von § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB vorgenommen, sondern vielmehr versucht, eine Haftungsbeschränkung des Kommanditisten auf anderem Weg zu erreichen (dazu unten Ziffer 3). Auch K. Schmidt weist darauf hin, dass einer solchen teleologischen Reduktion im Grundsatz die eindeutige gesetzliche Regelung entgegen stehe, die letztlich nur durch den Gesellschaftsvertrag abänderbar sei (MünchKomm-HGB/K. Schmidt, § 131 Rn. 55).

Für die Praxis dürfte daher davon auszugehen sein, dass eine teleologische Reduktion des § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB nicht in Betracht kommt.

d) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das **Ausscheiden des letzten Komplementärs aus der zweigliedrigen KG grundsätzlich zur liquidationslosen Vollbeendigung der KG** und zur Anwachsung sämtlicher Aktiva und Passiva beim Kommanditisten führt. Es existiert dann keine Gesellschaft mehr. Folglich scheidet auch eine Fortsetzung aus. Inwieweit die Haftung des Kommanditisten möglicherweise begrenzt werden kann, ist sogleich noch näher darzustellen (unten Ziffer 3).

2. Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der KG

Damit stellt sich die Frage, ob ein **Insolvenzverfahren über das Vermögen der KG** eröffnet werden konnte oder ob dem entgegen steht, dass infolge der Vollbeendigung der KG kein Rechtssubjekt mehr vorhanden war, über dessen Vermögen das Insolvenzverfahren durchgeführt werden konnte.

a) Zulassung eines Partikularinsolvenzverfahrens über das Gesellschaftsvermögen bei Vollbeendigung der Gesellschaft

Tritt eine **Vollbeendigung der Gesellschaft durch Vereinigung aller Anteile in einer Hand ein**, so wird in Rechtsprechung und Literatur überwiegend angenommen, dass ein **Partikularinsolvenzverfahren über das vormalige Gesellschaftsvermögen** stattfinden kann (LG Dresden ZIP 2005, 955, 956; AG Hamburg ZInsO 2005, 838; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, 2. Aufl. 2007, § 11 Rn. 71b; HambKomm/Wehr, 3. Aufl. 2009, § 11 InsO Rn. 53; Bork/Jacoby, ZGR 2005, 643; Voß, EWiR 2001, 573; Keller, NZI 2009, 29, 30). Allerdings bestehen unterschiedliche Ansichten hinsichtlich der dogmatischen Begründung. Zum Teil wird von einem fiktiven Fortbestand der Gesellschaft für die Zwecke des Insolvenzverfahrens ausgegangen. Andere fassen das Insolvenzverfahren über das Gesellschaftsvermögen als Sonderinsolvenzverfahren eigener Art in Analogie zu §§ 35 ff., 332, 333 f., 354 ff. InsO auf (zum Streitstand: MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 11 Rn. 71b).

b) Insolvenzschildner

Insolvenzschildner ist in einem solchen Fall der letzte Gesellschafter. Das Insolvenzverfahren beschränkt sich lediglich auf **das Aktiv- und Passivvermögen der bisherigen Gesellschaft** (AG Hamburg a. a. O.; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 11 Rn. 71b). Insofern hat der **BGH** in der Entscheidung vom **7.7.2008** für den Fall der Vollbeendigung einer BGB-Gesellschaft durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters entschieden, dass der Beschluss über die Eröffnung des Insolvenzverfahrens nichtig sei, weil der Schuldner infolge Vollbeendigung der BGB-Gesellschaft nicht existiere (BGH NJW 2008, 2992 = Mitt-BayNot 2009, 57 = ZNotP 2008, 452 = NZI 2008, 612). Dies bedeutet wohl nicht die Unzulässigkeit der Partikularinsolvenz in einem solchen Fall, sondern besagt nur, **dass der letzte Gesellschafter Insolvenzschildner und als solcher im Beschluss zu bezeichnen ist** (AG Hamburg a. a. O.; MünchKomm-InsO/Ott/Vuia, § 11 Rn. 71b).

Auch im vorliegenden Fall könnte daher eine wirksame Eröffnung eines Partikularinsolvenzverfahrens über das Vermögen der vollbeendeten KG nur angenommen werden, wenn dem Beschluss entnommen werden kann, dass In-

solvenzschuldner der letzte Gesellschafter ist und sich das Insolvenzverfahren auf das Vermögen der bisherigen Gesellschaft beschränkt (vgl. zu einer eventuellen Auslegung des Beschlusses: AG Hamburg, a. a. O.).

c) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass hier die Durchführung eines Partikularinsolvenzverfahrens über das Vermögen der vollbeendeten KG möglich wäre. Zu berücksichtigen ist allerdings, dass Insolvenzschildner der letzte Gesellschafter der KG ist.

3. Haftung des Kommanditisten

Ferner stellt sich die Frage, **wie nun der bisherige Kommanditist der Gesellschaft haftet**, dem das Gesellschaftsvermögen mit allen Aktiva und Passiva angewachsen ist. Hier kann der Rechtsprechung die **Tendenz** entnommen werden, dem Kommanditisten **grundsätzlich die Möglichkeit einer beschränkten Haftung einzuräumen**.

So hat der BGH für den Fall, dass der einzige Komplementär von dem einzigen Kommanditisten beerbt wird, eine **analoge Anwendung von § 27 HGB** befürwortet, damit der Kommanditist der unbeschränkten handelsrechtlichen Haftung durch die Einstellung des Unternehmens innerhalb der dort festgelegten 3-Monats-Frist entgehen kann (BGHZ 113, 132 = NJW 1991, 844; dazu auch: Piehler/Schulte, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band II, 3. Aufl. 2009, § 37 Rn. 14). Welche Konsequenzen das liquidationslose Erlöschen einer KG im Falle des Ausscheidens des Komplementärs hat, wurde vom BGH zunächst noch unterschiedlich beurteilt. So hat der BGH in einer Entscheidung vom 16.12.1999 ausgeführt, dass **grundsätzlich eine unbeschränkte Haftung des verbleibenden Gesellschafters** eintrete, auch wenn dieser Kommanditist gewesen sei. Allerdings wird dieser Gedanke dort nicht weiter vertieft (BGH NJW 2000, 1119 = WM 2000, 490 = BB 2000, 268). Nach einer Entscheidung des BGH vom 15.3.2004 soll der verbliebene Kommanditist für den Fall, dass die Komplementär-GmbH aus einer GmbH & Co. KG insolvenzbedingt ausgeschieden ist, **für die Verbindlichkeiten der KG grundsätzlich nur mit dem ihm zugefallenen Gesellschaftsvermögen haften** und dementsprechend nur zur Duldung der Zwangsvollstreckung in jenes Vermögen zu verurteilen sein, soweit nicht eine weitergehende Haftung gem. §§ 171 f. HGB oder § 25 HGB bei einer Fortführung des Handelsgeschäfts in Betracht komme (RNotZ 2004, 338 = ZIP 2004, 1047 = NZI 2005, 287; darstellend dazu auch: Ebenroth/Boujong/Jost/Strohn/Lorz, § 131 Rn. 42; Oetker/Kamanabrou, § 131 Rn. 27; Piehler/Schulte, § 37 Rn. 14).

Etwas anderes gilt im Hinblick auf die Regelungen der **§§ 25, 27 HGB** allerdings dann, wenn das Unternehmen unter der bisherigen Firma vom Kommanditisten allein fortgeführt wird. Trotz erheblicher Unterschiede in der dogmatischen Fundierung des § 25 HGB sind sich Rechtsprechung und Literatur in diesem Zusammenhang einig, dass nicht nur bei unveränderter Fortführung der alten Firma eine Haftung nach § 25 HGB in Frage kommt. Die Praxis lässt Identitätsmerkmale ausreichen und verlangt keine Firmengleichheit (K. Schmidt, Handelsrecht, 5. Aufl. 1999, § 8 II 1c) = S. 243). Die Fortführung der Firma verlangt also keine wort- und buchstabengetreue Übereinstimmung von alter und neuer Firma. Entscheidend ist, ob der Verkehr die neue Firma noch mit der alten identifiziert. Dies setzt voraus, dass die Firma zumindest im Kern unverändert übernommen wird (zuletzt BGH NJW 2010, 236 = ZNotP 2009, 493 = Rpfleger 2010, 81).

4. Gesamtergebnis

a) Die lediglich **zweigliedrige KG** ist **mit dem Tod des einzigen Komplementärs ohne Liquidation erloschen**. Das Vermögen ist dem verbleibenden Kommanditisten angewachsen. Eine Fortsetzung durch Fortsetzungsbeschluss mit einem neuen Komplementär ist nicht mehr möglich. Ein solcher Beschluss kann aber unter Umständen in eine Neugründung umgedeutet werden.

b) **Über das Vermögen einer vollbeendeten KG** kann ein **Partikularinsolvenzverfahren** durchgeführt werden. Dabei ist aber zu berücksichtigen, dass **Insolvenzschuldner der letzte Gesellschafter** ist. Das Insolvenzverfahren beschränkt sich auf das diesem angewachsene Gesellschaftsvermögen.

c) In haftungsrechtlicher Hinsicht ist zunächst festzuhalten, dass die Rechtsprechung dahin tendiert, dem Kommanditisten, soweit er das Unternehmen nicht fortführt, eine **Haftungsbeschränkung** zuzubilligen. Sofern das Unternehmen fortgeführt wird, beurteilt sich die Haftung **nach den §§ 25, 27 HGB**.

BGB § 1902

Annahme der Erbschaft durch Betreuer als Miterbe

I. Sachverhalt

Nach dem Testament des Erblassers sind seine fünf Kinder als Erben zu je einem Fünftel eingesetzt. Alle Miterben sind volljährig. Einer der Miterben ist behindert (Miterbe A). Der Bruder des Miterben A, der ebenfalls Miterbe zu einem Fünftel ist (Miterbe B), ist als Betreuer des Miterben A bestellt. Vor- und Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung für den behinderten Miterben sind angeordnet (sog. Behindertentestament).

Durch Vorausvermächnisse kommt es zu Verschiebungen der Erbquote, die voraussichtlich dazu führen, dass der behinderte Miterbe A mehr als seinen Pflichtteil, jedoch weniger als seinen gesetzlichen Erbteil erhält. Der Miterbe B hat beim Nachlassgericht für den Miterben A als dessen Betreuer die Annahme der Erbschaft erklärt.

II. Frage

Kann ein Betreuer eines Erben, der selbst Miterbe und gleichzeitig Bruder der betreuten Person ist, bei einem Behindertentestament, bei dem der behinderte betreute Miterbe mehr als seinen Pflichtteil, jedoch weniger als seinen gesetzlichen Erbteil erhält, wirksam die Erbschaft für den von ihm Betreuten annehmen?

III. Zur Rechtslage

1. Gesetzliche Vertretungsmacht des Betreuers

Nach § 1902 BGB vertritt der Betreuer in seinem Aufgabenkreis den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich. Es handelt sich hierbei um einen Fall **gesetzlicher Vertretungsmacht**, sodass der Betreuer auch den Beschränkungen der gesetzlichen Vertretungsmacht, wie z. B. den Vertretungsverboten nach §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1795 BGB sowie den gerichtlichen Genehmigungserfordernissen nach §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1821, 1822 Nrn. 1-4, 6-13 BGB, unterliegt.

2. Berechtigung des Betreuers zur Erbschaftsannahme

Die Annahme einer dem Betreuten angefallenen Erbschaft, die bewirkt, dass der Annehmende endgültig Erbe wird und das Recht verliert, die Erbschaft auszuschlagen (vgl. Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl. 2010, § 1943 Rn. 1), kann **durch einen gewillkürten oder gesetzlichen Vertreter** (also auch durch einen Betreuer) erfolgen. Die (auch ausdrückliche) Annahme einer Erbschaft bedarf – anders als die Ausschlagung oder die Anfechtung der Erbschaftsannahme – **nicht der Genehmigung des Betreuungsgerichts** (vgl. Palandt/Edenhofer, § 1943 Rn. 4). Vom Aufgabenkreis des Betreuers ist die Angelegenheit allerdings nur dann umfasst, wenn dem Betreuer entweder dieser spezielle Aufgabenkreis oder zumindest allgemein die Vermögenssorge übertragen worden ist (vgl. LG Berlin Rpfleger 1976, 60, 61; Bamberger/Roth/G. Müller, BGB, 2. Aufl. 2008, § 1902 Rn. 6; MünchKomm-BGB/Schwab, 5. Aufl. 2008, § 1896 Rn. 105).

Wenn der Miterbe B im vorliegenden Fall allgemein für die **Vermögensangelegenheiten** seines behinderten Bruders (Miterbe A) als Betreuer zuständig ist, dürfte auch die Annahme einer seinem behinderten Bruder angefallenen Erbschaft von dem Aufgabenkreis der Betreuung umfasst sein.

3. Vorliegen eines Vertretungsverbots?

Hinsichtlich der Annahme der Erbschaft könnte allerdings ein Vertretungsverbot eingreifen. Infrage steht insbesondere das Vorliegen eines unzulässigen sog. **In-sich-Geschäfts**, bei dem der Vertreter auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts (zum einen als Vertreter und zum anderen im eigenen Namen bzw. als Vertreter eines Dritten) auftritt. Dabei ist anerkannt, dass § 181 BGB auch auf einseitige Rechtsgeschäfte und geschäftsähnliche Handlungen Anwendung findet, wenn Erklärender und Erklärungsempfänger identisch sind (vgl. Palandt/Ellenberger, § 181 Rn. 8).

Die Erbschaftsannahme wird allgemein als Willenserklärung angesehen, für die vorbehaltlich der §§ 1943 ff. BGB die allgemeinen Vorschriften des BGB über Rechtsgeschäfte und Willenserklärungen anwendbar sind (Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2007, § 1943 Rn. 2). Das Gesetz führt nicht näher aus, wie und wem gegenüber die Annahme zu geschehen hat. Daraus wird gefolgert, dass die Annahme **an keine Form gebunden und nicht empfangsbedürftig** ist (Staudinger/Otte, § 1943 Rn. 3). Regelmäßig wird sie aber gegenüber einem Beteiligten (z. B. Nachlassgläubiger, Nachlassschuldner, Vermächtnisnehmer, Miterbe) oder dem Nachlassgericht erfolgen (Palandt/Edenhofer, § 1943 Rn. 1).

Wenn die Annahmeerklärung aber keine empfangsbedürftige Willenserklärung ist und die anderen Miterben keine Adressaten der Erklärung sind, scheidet u. E. die Annahme eines Vertretungsverbotes i. S. d. §§ 1908i Abs. 1 S. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB bei Erklärung der Erbschaftsannahme im Namen des Betreuten aus. Dafür spricht auch, dass beispielsweise im Falle der Minderjährigkeit des Erben der gesetzliche Vertreter für die Erklärung der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft für zuständig erachtet wird, weil die Annahme einer Erbschaft für den Vertretenen kein Geschäft zwischen ihm und dem Vertreter oder einer der in § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB genannten Personen darstelle (so Staudinger/Otte, § 1943 Rn. 11).

4. Entziehung der Vertretungsmacht

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Familiengericht wegen des möglicherweise erheblichen Interessengegensatzes **nach §§ 1629 Abs. 2 S. 3, 1796 BGB** dem Elternteil in dieser Angelegenheit die **Vertretungsmacht entziehen** und insoweit eine Pflegschaft (vgl. § 1909 BGB) anordnen kann (BayObLG FamRZ 1984, 200). Was für das Verhältnis von Eltern als gesetzliche Vertreter zum minderjährigen Kind gilt, gilt entsprechend auch für die gesetzliche Vertretung des volljährigen Betreuten durch seinen Betreuer. So hat beispielsweise das BayObLG im Beschluss vom 18.9.2003 (NJW-RR 2004, 1157) entschieden, dass das Vormundschaftsgericht bei Vorliegen eines erheblichen Interessenkonflikts zwischen Betreuer und Betroffenen dem Betreuer die Vertretungsmacht **konkludent durch die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers** für den betreffenden Aufgabenkreis entziehen könne. Im konkreten Fall lag ebenfalls die Konstellation eines sog. Behinderten-testaments vor, wobei es anders als im hier gegebenen Fall um die Geltendmachung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen nach dem Tod des ersten Elternteils ging. Die dortigen Ausführungen dürften allerdings auf den vorliegenden Fall **entsprechend Anwendung** finden.

Da im vorliegenden Fall die Annahme bereits erklärt ist, kommt eine Entziehung der Vertretungsmacht aber ohnehin nicht mehr in Betracht.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

WEG § 3 Abs. 2

Anforderungen an einen Garagenstellplatz i. S. d. § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG

Gutachten-Abruf-Nr.: 96221

EGBGB Art. 14, 15, 17, 25, 26

Deutschland/Österreich: Modifizierte Zugewinn-gemeinschaft; Versorgungsausgleich; gegenständig beschränkter Pflichtteilsverzicht

Gutachten-Abruf-Nr.: 99474

EGBGB Art. 26

Niederlande: Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments; Pflichtteile von Kindern

Gutachten-Abruf-Nr.: 98857

GrdstVG §§ 2, 7; BayAGGrdstVG Art. 2

Genehmigungspflicht nach dem GrdstVG; Reichweite der Prüfungspflichten und korrespondierenden Prüfungsrechte des Grundbuchamtes

Gutachten-Abruf-Nr.: 98757

InsO §§ 80, 91, 117; BGB §§ 875, 878, 883

„Schubladenlöschungsbewilligung“ und Insolvenz des Käufers; Löschungsvollmacht

Gutachten-Abruf-Nr.: 98030

BGB §§ 1896 Abs. 2, 131, 2271, 2296 Zugang des Widerrufs wechselbezoglicher Verfügungen beim Vorsorgebevollmächtigten

Der notariell beurkundete Widerruf wechselbezoglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament gegenüber einem geschäftsunfähigen Ehepartner wird durch die Aushändigung der Widerrufserklärung an einen von diesem mit umfassender und uneingeschränkter General- bzw. Vorsorgevollmacht bestellten rechtsgeschäftlichen Vertreter wirksam. Die Bestellung eines Betreuers als gesetzlicher Vertreter ist nicht erforderlich. Das Fehlen der Bezeichnung als Vorsorgevollmacht ist unerheblich, wenn es sich sachlich um eine umfassende Generalvollmacht oder eine die Entgegennahme einer solchen Widerrufserklärung erfassende Einzel- oder Spezialvollmacht handelt.

LG Leipzig, Beschl. v. 1.10.2009 – 4 T 549/08
Abruf-Nr.: **10914**

Problem

Der Erblasser hatte mit seiner Ehefrau im Jahr 1998 ein Berliner Testament errichtet. Im Jahr 2000 wurde für die Ehefrau des Erblassers, die an Alzheimer erkrankt war, Betreuung angeordnet. 2004 widerrief der Erblasser in einer notariellen Urkunde seine einseitigen und wechselbezüglichen Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament. Der Widerruf sollte gegenüber einem Ergänzungsbetreuer erfolgen. Das Vormundschaftsgericht lehnte die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers ab, da die Ehefrau im Jahr 1996 ihrem Ehemann und ihrem Sohn in notariell beurkundeter Form (wirksam) **Generalvollmachten** erteilt hatte, die u. a. auch zur Entgegennahme von Erklärungen berechtigen sollten. Daraufhin wurde dem Sohn der Ehegatten als Generalbevollmächtigtem der Ehefrau eine Ausfertigung der notariellen Widerrufsurkunde zugestellt.

Anschließend setzte der Erblasser den Sohn durch Testament zum alleinigen Erben ein. Nach dem Tod des Erblassers im Jahr 2006 wurde der vom Sohn beantragte Erbschein als Alleinerbe vom Nachlassgericht mit der Begründung zurückgewiesen, die Widerrufserklärung sei der geschäftsunfähig gewordenen Ehefrau **nicht wirksam zugegangen** und deshalb unwirksam. Die Widerrufserklärung hätte vielmehr einem gesetzlichen Vertreter (Betreuer) der Ehefrau zugehen müssen.

Entscheidung

Das LG Leipzig geht davon aus, dass der Erblasser seine wechselbezüglichen Verfügungen aus dem gemeinschaftlichen Testament gem. §§ 2271, 2296 BGB wirksam widerrufen hat. Es hält einen Widerruf auch **nach dem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit** des anderen Ehegatten für zulässig und wirksam, wenn der Widerruf dem **gesetzlichen Vertreter** i. S. d. § 131 BGB (also regelmäßig dem Betreuer bzw. einem Ergänzungsbetreuer) zugegangen ist (vgl. LG Hamburg DNotI-Report 2000, 86; **Gutachten DNotI-Report 1999, 173 ff.**; Helms, DNotZ 2003, 104, 108 f.; a. A.: Damrau/Bittler, ZErB 2004, 77, 79 f.).

Die bislang in der Lit. umstrittene Frage, ob der Widerruf ebenso gegenüber einem **Empfangsbvollmächtigten**

erfolgen kann (dafür: G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 2. Aufl. 2008, Rn. 182 Fn. 219; a. A.: Zimmer, ZEV 2007, 159, 162) bejaht das LG Leipzig. Es argumentiert in diesem Zusammenhang vor allem mit der **Subsidiarität der Betreuung gegenüber der Vorsorgevollmacht** (vgl. § 1896 Abs. 2 S. 2 BGB). Eine exklusive Zuständigkeit des gesetzlichen Vertreters lehnt das LG Leipzig für die Empfangnahme der Widerrufserklärung hinsichtlich des gesetzlichen Vertreters ab.

Hinweis

Der Beschluss des LG Leipzig stellt die erste Gerichtsentscheidung zu einem Problem von hoher praktischer Relevanz dar. Der geschilderte Fall belegt, dass der Erblasser im Falle der Geschäftsunfähigkeit seines Ehepartners leicht „zwischen die Mühlsteine“ der Justiz geraten kann, wenn er seine darin enthaltenen wechselbezüglichen Verfügungen widerrufen will (so zu Recht Litzemberger, FD-ErbR 2010, 296613). Für die Praxis bleibt abzuwarten, ob sich auch andere Gerichte der (u. E. zutreffenden) Ansicht des LG Leipzig anschließen werden.

BGB § 1742; LPartG § 9 Abs. 7; GG Art. 6 Abs. 1 Keine Sukzessivadoption eines Kindes durch den eingetragenen Lebenspartner

1. Ein bereits angenommenes Kind kann von dem eingetragenen Lebenspartner des Annehmenden nicht ein weiteres Mal angenommen werden.

2. Diese sich aus §§ 1742 BGB, 9 Abs. 7 LPartG ergebende Beschränkung steht mit Art. 6 Abs. 1 GG im Einklang.

OLG Hamm, Beschl. v. 1.12.2009 – I-15 Wx 236/09
Abruf-Nr.: **10915**

Problem

Mit dem Lebenspartnerschaftsgesetz (LPartG) vom 16.2.2001 sowie mit dem Gesetz zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts (LPartÜbG) vom 15.12.2004 wurde die Rechtsstellung gleichgeschlechtlicher Paare im Falle der Eingehung einer „eingetragenen Lebenspartnerschaft“ weitgehend derjenigen von Ehegatten angeglichen. Dies gilt allerdings nicht hinsichtlich der Adoption. Durch das LPartÜbG wurde zwar in § 9 Abs. 2 LPartG die Möglichkeit geschaffen, dass der eingetragene Lebenspartner das Kind seines Lebenspartners adoptiert (Stiefkindadoption). Eine **gemeinschaftliche Adoption eines fremden Kindes** blieb aber weiterhin **ausgeschlossen**.

Im Zusammenhang mit der Zulassung der Stiefkindadoption für eingetragene Lebenspartner wurde bald **streitig diskutiert**, ob es sich bei dem zu adoptierenden Stiefkind um ein **leibliches Kind** des Lebenspartners handeln muss oder ob **auch ein adoptiertes Kind** in Betracht kommt, so dass die Adoption eines fremden Kindes zumindest sukzessive möglich wäre (bejahend Grziwotz, DNotZ 2005, 13, 25; v. Dickhuth-Harrach, FPR 2005, 273, 276; a. A. AG Hamburg FamRZ 2009, 355; Hk-LPartG/Kemper, 2. Aufl., § 9 Rn. 26; Muscheler, Das Recht der eingetragenen Lebenspartnerschaft, 2. Aufl., Rn. 426; MünchKomm-Maurer, BGB, 5. Aufl. 2008, § 1741 Rn. 26; Staudinger/Frank, BGB, Neubearb. 2007, § 1742 Rn. 14). Im vorliegenden

Fall musste das OLG Hamm zu dieser umstrittenen Frage Stellung nehmen, da die eingetragene Lebenspartnerin das von ihrer Lebenspartnerin in Bulgarien adoptierte Kind im Wege der Stiefkindadoption annehmen wollte.

Entscheidung

Das OLG Hamm hält in Übereinstimmung mit der oben dargelegten h. M. die **Stiefkindadoption durch den eingetragenen Lebenspartner** im Hinblick auf ein adoptiertes Kind für **unzulässig**. Das OLG Hamm stützt sich in diesem Zusammenhang auf das in § 1742 BGB niedergelegte Verbot der **Zweitadoption minderjähriger Kinder**, das nicht nur verhindern soll, dass adoptierte Kinder von Familie zu Familie weitergereicht und die strengen Bestimmungen über die nur ausnahmsweise zulässige Aufhebung von Annahmeverhältnissen umgangen werden können, sondern auch einer **Umgehung des Verbotes einer gemeinschaftlichen Fremdadoption** durch eine spätere Zweitadoption **entgegen steht** (vgl. Staudinger/Frank, a. a. O., § 1742 Rn. 14). Die in § 1742 BGB genannte Ausnahme der Adoption „eines Kindes des Ehegatten“ liegt aus Sicht des OLG nicht vor.

Nach Überzeugung des entscheidenden Senats ist die derzeitige gesetzliche Regelung auch **verfassungsgemäß**, da ein Sachgrund für die Ungleichbehandlung von Ehegatten gegenüber gleichgeschlechtlichen Lebenspartnern u. a. darin bestehe, dass das Institut der Adoption einem Erziehungsbild verpflichtet sei, das die Kindererziehung zuvörderst als Aufgabe einer „aus Vater, Mutter und Kind bestehenden Familie“ ansehe.

mächtnisvertrag zugunsten der Kinder mit Verfügungsunterlassungsvertrag). Gerade für Notare verdient das überaus gelungene Werk daher eine **echte Kaufempfehlung**.

<p>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</p> <p>Hinweis: Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p>Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>Verlag: Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Druck: Druckerei Franz Scheiner Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------