

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
August 2012
ISSN 1434-3460

16/2012

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO §§ 22, 29, 47; BGB § 899a, 705 – Grundbuchberichtigung bzgl. Vormerkung bei Änderung im Mitgliederbestand einer erwerbenden GbR; Erfordernis einer erneuten Löschungsbewilligung bzgl. der Vormerkung

BGB §§ 166, 123, 433 Abs. 1 S. 2 – Arglistige Täuschung bei Verschweigen (versteckter) Mängel; Zurechnung des Wissens des Erblassers an den Erben

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB § 2325 – Pflichtteilsberechtigung zum Zeitpunkt des Erbfalls für Pflichtteilsergänzungsanspruch ausreichend

BGB § 464 Abs. 2 – Verweigerung der Vollziehung eines Kaufvertrags; fehlende Vollzugsvollmacht für die Auflassung

HGB § 128 S. 1; BGB § 705; Companies Act 1985 – Fortbestehen einer in England erloschenen Limited als Personengesellschaft in Deutschland; Haftungsverhältnisse

BGB § 2309 – Pflichtteilsanspruch des Enkels trotz Alleinerbschaft des einzigen Kindes

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO §§ 22, 29, 47; BGB § 899a, 705 Grundbuchberichtigung bzgl. Vormerkung bei Änderung im Mitgliederbestand einer erwerbenden GbR; Erfordernis einer erneuten Löschungsbewilligung bzgl. der Vormerkung

I. Sachverhalt

Eine GbR erwirbt ein Grundstück. Die Auflassungsvormerkung wird für die „GbR A-Straße, bestehend aus den Gesellschaftern B, C und D“ eingetragen. Im Vertrag ist die Löschungsbewilligung hinsichtlich der Auflassungsvormerkung für den Fall des Rücktritts vom Kaufvertrag infolge Nichtzahlung des Kaufpreises bereits enthalten, nicht hingegen die materiell-rechtliche Aufgäbeerklärung i. S. d. § 875 Abs. 1 BGB.

Vor Eintritt der weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen ändert sich der Gesellschafterbestand. D scheidet aus der Gesellschaft aus, E und F treten der Gesellschaft bei.

II. Fragen

1. Ist bei einer Veränderung im Gesellschafterbestand einer GbR nach Eintragung der Auflassungsvormerkung eine Grundbuchberichtigung hinsichtlich des neuen Ge-

sellschafterbestands erforderlich oder zumindest sinnvoll? Kann diese Eintragung ohne Mitwirkung des Verkäufers allein durch den Käufer, also die GbR, erfolgen?

2. Bedarf es in einem solchen Fall einer neuen Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung durch die neuen Gesellschafter der GbR?

III. Zur Rechtslage

1. Grundbuchberichtigung bei der Vormerkung

Unterstellt man, dass vorliegend der Gesellschafter D wirksam aus der GbR aus- und die Gesellschafter E und F wirksam in die GbR eingetreten sind, stellt sich grundbuchverfahrensrechtlich die Frage, ob bzgl. der bereits eingetragenen, noch auf eine aus B, C und D bestehende GbR lautenden Auflassungsvormerkung eine Grundbuchberichtigung möglich bzw. veranlasst ist.

a) Grundbuchrichtigkeit bei Änderungen im Mitgliederbestand

Ausgangspunkt der Überlegungen ist § 47 Abs. 2 S. 1 GBO, wonach bei Eintragung eines Rechts für eine GbR auch deren **Gesellschafter im Grundbuch einzutragen** sind. **Gem. § 47 Abs. 2 S. 2 GBO gelten die für den Berechtigten geltenden Vorschriften entsprechend für die Gesellschafter.** Dies hat zur Folge, dass u. a. die Regelungen zum Bewilligungsprinzip (§ 19 GBO), zur Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) und zum Voreintragungsgrundsatz (§ 39 GBO) auf die einzutragenden Gesellschafter Anwendung finden.

Verändert sich die Berechtigtenposition bei der Vormerkung, z. B. derart, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch an einen Dritten abgetreten wird, kann dies im Wege der **Grundbuchberichtigung** bei der Vormerkung im Grundbuch vermerkt werden (BayObLG DNotZ 1999, 736). Der Zessionar hat in diesem Fall einen Grundbuchberichtigungsanspruch gegenüber dem Zedenten (Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2008, § 894 Rn. 55). **Entsprechend** verhält es sich dann wegen § 47 Abs. 2 S. 2 GBO bei einer **Änderung im Gesellschafterbestand einer GbR**. Ist der Gesellschafterbestand nicht (mehr) richtig im Grundbuch eingetragen, so liegt gem. §§ 47 Abs. 2 S. 2, 22 GBO eine Grundbuchunrichtigkeit vor, die nach §§ 899a S. 2, 894 BGB zu einem Berichtigungsanspruch des „wahren“ gegenüber dem „falschen“ Gesellschafter führt (Heinze, RNotZ 2010, 289, 296; Lautner, DNotZ 2009, 650, 664; Böttcher, ZfIR 2011, 461, 464; BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.6.2012, § 47 Rn. 99).

Hinzu kommt der verfahrensrechtliche **Grundbuchberichtigungsanspruch gem. § 82 S. 3 GBO**.

b) Erforderlichkeit bzw. Sinnhaftigkeit der Grundbuchberichtigung

Zum materiell-rechtlichen Erhalt des Vormerkungsschutzes für die GbR ist eine Grundbuchberichtigung bei der Vormerkung nicht erforderlich. Gleichwohl erscheint eine frühzeitige **Offenlegung des geänderten Gesellschafterbestands** aus folgenden Gründen **sinnvoll**:

Wenn der Gesellschafterbestand bei der eingetragenen Vormerkung vom Gesellschafterbestand in der später erklärten Auflassung abweicht, besteht zum einen die Gefahr, dass die **Eintragung des Eigentumswechsels** auf die erwerbende GbR **nicht ohne weitere Nachweise** vorgenommen wird. Zwar ist laut BGH (DNotZ 2011, 711) davon auszugehen, dass der Eigentumswechsel auf eine erwerbende GbR bereits auf der Grundlage von Erklärungen der angeblichen Gesellschafter zur Existenz, Identität und Vertretung der GbR erfolgen kann. Dies gilt allerdings nur dann, wenn keine hinreichenden Anhaltspunkte für das Unrichtigwerden des Grundbuchs gegeben sind (vgl. Krüger, ZNotP 2012, 42, 45). Derartige Anhaltspunkte dürften vorliegen, wenn die für die GbR erwerbenden Gesellschafter von den bei der Vormerkung eingetragenen Gesellschaftern abweichen.

Darüber hinaus kann es – zumindest faktisch – zu **Problemen bei der Löschung der Vormerkung** kommen, wenn nicht diejenigen die Löschung der Vormerkung bewilligen, die als Gesellschafter der eigentümerwerbenden GbR in Abteilung I im Grundbuch eingetragen werden (siehe hierzu nachfolgend Ziff. 2). Bei einem lang andauernden Kaufvertragsvollzug besteht zudem das Risiko, dass ein **Widerspruch** gegen die Richtigkeit der Grundbucheintragung **gem. §§ 899a S. 2, 899 BGB** bei der Vormerkung (Gesellschafterbestand) eingetragen wird (Lautner, DNotZ 2009, 650, 664).

c) Voraussetzungen der Grundbuchberichtigung

Die Grundbuchberichtigung kann entweder durch **Unrichtigkeitsnachweis** in der Form des § 29 GBO oder durch **Berichtigungsbewilligung** desjenigen erfolgen, dessen Recht von der berichtigenden Eintragung betroffen wird (§§ 19, 22 Abs. 1 GBO). Einer **Mitwirkung des Verkäufers bedarf es daher nicht**. Die Berichtigungsbewilligung erfordert eine Bewilligung der im Grundbuch als Berechtigte

der Vormerkung eingetragenen Person (vgl. zum Grundfall der Abtretung des vorgemerkten Anspruchs: BayObLG DNotZ 1999, 736, 737). Für die Bewilligungsberechtigung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter spricht die Vermutung des § 899a S. 1 BGB (vgl. OLG Hamm Rpfleger 2011, 663 = RNotZ 2011, 564 (Ls.); OLG München MittBayNot 2011, 224 = RNotZ 2011, 297; OLG Brandenburg NJW-RR 2011, 1036; Gutachten DNotI-Report 2010, 145; gegen eine Vermutung der Gesellschafterstellung insofern allein: Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 169, 185 f.).

d) Zwischenfazit

Mit den Gesellschafterwechseln wird die Grundbucheintragung zur Vormerkung unrichtig, sodass eine Berichtigung des Gesellschafterbestands möglich ist und von der Gesellschaft auch verlangt werden kann. Einer Mitwirkung des Verkäufers an der Grundbuchberichtigung bedarf es nicht.

2. Voreintragungsgrundsatz und Löschung der Vormerkung

Die Frage, **ob eine durch die Altgesellschafter erteilte Löschungsbewilligung noch nach einem Gesellschafterwechsel weiterverwendet werden kann**, ist bisher – soweit ersichtlich – weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur behandelt worden, die Rechtslage daher noch **ungeklärt**.

a) Bewilligungsberechtigung bei der GbR

Nach § 19 GBO steht die Bewilligungsberechtigung nur dem sog. **Betroffenen** zu. Das ist derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht im Zeitpunkt der Grundbucheintragung rechtlich beeinträchtigt werden kann oder beeinträchtigt wird. Ausgangspunkt der Bewilligungsberechtigung ist die sog. **Bewilligungsmacht**. Hierbei handelt es sich um eine grundbuchmäßige Stellung, kraft deren dem Buchberechtigten gestattet wird, die betreffende Grundbuchposition zu verändern oder aufzugeben (Meikel/Böttcher, GBO, 9. Aufl. 2010, § 19 Rn. 33). Das Grundbuchamt hat sie von Amts wegen zu prüfen und dabei die **Vermutungen des § 891 und des § 899a S. 1 BGB** zugrunde zu legen (vgl. Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 38). Bei einer im Grundbuch als Vormerkungsberechtigter eingetragenen GbR hat das Grundbuchamt also von der Vermutung auszugehen, dass die im Grundbuch eingetragene Gesellschaft Vormerkungsberechtigte ist und die bei der GbR eingetragenen Personen Gesellschafter sind (jurisPK-BGB/Toussaint, 5. Aufl. 2010, § 899a Rn. 29).

b) Bewilligung unter Mitwirkung der neuen Gesellschafter (strenger Ansatz)

Bei einem Gesellschafterwechsel ließe sich zunächst annehmen, dass **nur die neu im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter bewilligungsberechtigt** sind. Wäre der Gesellschafterwechsel noch nicht im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen, könnte das Grundbuchamt die Beteiligten nach diesem strengen Ansatz bei der Löschung der Vormerkung auf den **Voreintragungsgrundsatz** gem. §§ 47 Abs. 2 S. 2, 39 GBO verweisen (OLG München DNotZ 2011, 769, 770; BeckOK-GBO/Reetz, § 47 Rn. 100). Das Grundbuchamt dürfte zunächst die Eintragung der Änderungen im Mitgliederbestand verlangen und die Eintragung der Löschung von der Vorlage einer **neuen Löschungsbewilligung** abhängig machen.

Für diesen strengen Ansatz könnte sprechen, dass die GbR im Grundbuchverfahren selbst dann (nur) über ihre Gesellschafter identifiziert wird, wenn materiell-rechtlich nach

wie vor die im Grundbuch als Vormerkungsberechtigte eingetragene GbR von der Löschung der Vormerkung betroffen ist. Hieraus lässt sich womöglich ableiten, dass eine Löschung der Vormerkung nur unter Mitwirkung der jeweils aktuellen Gesellschafter möglich ist. Dies hätte zur Folge, dass diejenigen Gesellschafter die Löschungsbewilligung abgeben müssten, die im Zeitpunkt der Eintragung der Löschung die GbR im Grundbuchverkehr nach Maßgabe des § 47 Abs. 2 GBO identifizieren. Hierfür ließe sich ggf. das weitere Argument anführen, dass es bei der GbR nach § 47 Abs. 2 i. V. m. § 22 GBO **zwei denkbare** gegenstandsverschiedene **Grundbuchurichtigkeiten** gibt, nämlich eine in Bezug auf die Eigentümereintragung der GbR und eine zweite im Hinblick auf die Unrichtigkeit des eingetragenen Gesellschafterbestands (so Bestelmeyer, ZIP 2011, 1389, 1396).

Bei formalistischer Betrachtungsweise könnte man den Voreintragungsgrundsatz und das Bewilligungsprinzip folglich so interpretieren, dass bei der GbR im Rahmen des Bewilligungsverfahrens **aus Identifizierungsgründen** ausnahmslos die aktuellen Gesellschafter im Grundbuch eingetragen sein müssen und bewilligungsberechtigt nur diese **aktuellen Gesellschafter** sind.

c) Weiterverwendung der durch Altgesellschafter erteilten Bewilligung

Gegen den strengen Ansatz spricht jedoch, dass es sich bei der nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO notwendigen **Miteintragung der Gesellschafter nur** um einen **Identifizierungsbefehl** handelt. Mit der Einführung des § 47 Abs. 2 S. 1 GBO durch das ERVGBG wollte der Gesetzgeber in erster Linie den *status quo ante* wiederherstellen.

Indem § 899a BGB an die im Grundbuch eingetragene Gesellschafterstellung einen Gutgläubensschutz knüpft, sollte die Gesellschafterstellung gestärkt und u. a. auch im Grundbuchverfahren eine über die Gesellschafter vermittelte Nachweisführung wieder möglich werden. Der **Gesetzgeber wollte den Grundbuchverkehr nicht dadurch erschweren**, dass bei jeder durch eine GbR veranlassten Eintragung zwei verschiedene Berechtigtenstellungen (GbR und Gesellschafter) im Hinblick auf die Bewilligungsberechtigung und den Voreintragungsgrundsatz geprüft werden müssen (vgl. Demharter, GBO, 28. Aufl. 2012, § 47 Rn. 28). Vielmehr sollte unter weitgehender Ausblendung der Gesellschaftsebene die **Nachweisführung über die Gesellschafter mediatisiert** werden (Reymann, ZNotP 2011, 84, 104). Vor diesem Hintergrund liegt es nahe, dass bei der Weiterverwendung einer durch Altgesellschafter erteilten Löschungsbewilligung keine großzügigeren, aber auch keine strengeren Maßstäbe als bei anderen Berechtigten anzulegen sind.

Grundsätzlich ist auch bei der GbR davon auszugehen, dass **bewilligungsberechtigt** i. S. d. § 19 GBO der **Inhaber des betroffenen Rechts im Zeitpunkt der Grundbucheintragung** ist (Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 57). Die Bewilligungsmacht sowie die damit einhergehende Bewilligungsberechtigung im Grundbuchverfahren knüpfen an die materiell-rechtlichen Begriffe der Verfügungsmacht und Verfügungsbefugnis an. **Verfügungsbefugt** – und damit Inhaberin im obigen Sinne – ist bei der GbR trotz Vermittlung ihrer Grundbuchposition über die Gesellschafter ausschließlich die **Gesellschaft selbst**. Dies gilt jedenfalls dann, wenn man in § 899a BGB keine Verlautbarung der Verfügungsbefugnis, sondern mit der wohl h. M. eine **Ver-**

lautbarung der Vertretungsmacht sieht (Demharter, § 47 Rn. 32; a. A. Ulmer, ZIP 2011, 1689, 1696 m. w. N. zur Gegenansicht).

Dieser Aspekt spricht dafür, dass eine von einer GbR abgegebene Löschungsbewilligung im Grundbuch selbst dann noch vollzogen werden kann, wenn ein Gesellschafterwechsel eingetreten ist. Denn „betroffen“ i. S. d. § 19 GBO ist nach wie vor die ursprünglich bewilligende GbR.

d) Erwägungen für und gegen die Weiterverwendung der Bewilligung

Fraglich bleibt dennoch, ob die bei der GbR im Grundbuchverfahren kraft § 47 Abs. 2 S. 2 GBO **über die Gesellschafter vermittelte Nachweisführung** der Weiterverwendung der Löschungsbewilligung nicht gerade entgegensteht.

aa) Weiterverwendung bei Universalsukzession

Bei einer natürlichen Person ist anerkannt, dass die Bewilligung einer vormals bewilligungsberechtigten Person u. U. trotz Rechtsträgerwechsels weiterhin verwendbar bleibt. So **kann z. B. die Bewilligung eines Erblassers nach dessen Tod noch zum Vollzug beim Grundbuchamt eingereicht werden**, obwohl inzwischen der Erbe bewilligungsberechtigt ist (Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 58). Die Gesamtrechtsnachfolge soll auf die Wirksamkeit der Bewilligung keinen Einfluss haben; selbst wenn der Erbe bereits im Grundbuch eingetragen ist, soll keine neue Bewilligung verlangt werden können (BGH NJW 1968, 105; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 107a).

Begründet wird dieser Ansatz mit einer **analogen Anwendung des § 130 Abs. 2 BGB**. Dem kann man freilich entgegenhalten, dass die Bewilligung (§ 19 GBO) nach mittlerweile einhelliger Meinung keinen materiell-rechtlichen Charakter hat, sondern ausschließlich verfahrensrechtliche Erklärung ist (Gutachten DNotI-Report 1997, 65, 66). Begründet man die Weiterverwendung der Bewilligung dagegen mit der Rechtsnatur der Eintragungsbewilligung, ist einschränkend zu fordern, dass der Aussteller der Bewilligung vor seinem Tod noch alles Erforderliche getan hat, um deren Zugang herbeizuführen (Demharter, § 19 Rn. 21 f.).

bb) Weiterverwendung bei Erbteilsübertragung und Vereinbarung von Gütergemeinschaft

Die **h. M. grenzt** von den Fällen der Universalsukzession die Fälle der **Einzelrechtsnachfolge ab**. Gibt ein Grundstückseigentümer eine Bewilligung ab und veräußert das Grundstück an einen (Einzel-)Rechtsnachfolger, ist die **Bewilligung des Rechtsvorgängers** dem Grundstückserwerber **nicht zuzurechnen**. Sie kann im Grundbuchverfahren nicht mehr zum Einsatz kommen (OLG Düsseldorf FGPrax 2003, 88 = Rpfleger 2003, 176; Demharter, § 19 Rn. 44). Dies spricht gegen die Möglichkeit der Weiterverwendung bei einem Gesellschafterwechsel.

Andererseits ist aber allgemein anerkannt, dass die **Bewilligung eines Rechtsnachfolgers in den Fällen der Erbteilsübertragung** (§ 2033 Abs. 1 BGB) und der Begründung einer Gütergemeinschaft, ähnlich wie im Fall der Erbfolge, **entbehrlich** ist (Meikel/Böttcher, § 19 Rn. 58; Bauer/v. Oefele/Kössinger, GBO, 2. Aufl. 2006, § 19 Rn. 134; Schöner/Stöber, Rn. 107b).

Sind mehrere Personen in Erbengemeinschaft im Grundbuch als Berechtigte vermerkt, wird gemeinhin angenommen, dass eine durch sämtliche Erben erteilte Bewilligung

selbst dann noch vollziehbar ist, wenn einzelne Erben mittlerweile ihren Erbteil auf Nachfolger übertragen haben. Der jeweilige Erbteilserwerber erlangt in diesem Fall gesamthänderisches Eigentum an den zum Nachlass gehörenden Grundstücken. **Mit** der notariellen Beurkundung der **Erbteilsübertragung** (§ 2033 Abs. 1 BGB) tritt er im Wege der „**Quasi-Gesamtrechtsnachfolge**“ mit unmittelbarer dinglicher Wirkung in die Rechtsstellung des bisherigen Miterben ein; obwohl die aus den vormaligen Erben zusammengesetzte Erbengemeinschaft nicht mehr verfügungs- und bewilligungsbefugt ist, kann die vormalig erteilte Bewilligung weiterverwendet werden (BayObLG DNotZ 1987, 365).

Diese Rechtsprechung zur Erbteilsübertragung **dürfte sich auf den Gesellschafterwechsel bei der GbR übertragen lassen** (so auch Amann, in: Beck'sches NotarHandbuch, 5. Aufl. 2009, A I Rn. 173; a. A., allerdings aus hier nicht einschlägigen Gründen: Bestelmeyer, ZfIR 2010, 169, 186). Gegen die Weiterverwendung der Bewilligung könnte zwar sprechen, dass der Gesellschafterwechsel im Gegensatz zum Erbfall (vgl. § 1922 BGB) keinen klassischen Fall der Universalsukzession darstellt, bei der das gesamte Vermögen einer Person auf eine andere Person (= Erbe) übergeht, sondern sich vielmehr auf die Mitgliedschaft an der Gesellschaft beschränkt („**partielle Gesamtrechtsnachfolge**“; vgl. LG Köln RNotZ 2002, 54; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2007, § 873 Rn. 85). Dennoch fungiert der **Erwerber** – nicht anders als bei der privilegierten Erbteilsübertragung – **als „Quasi-Gesamtrechtsnachfolger“**, wenn auch **begrenzt auf den Gesamthandsanteil an der Gesellschaft** (wobei die GbR im Gegensatz zur Erbengemeinschaft teilrechtsfähig ist: BGH DNotZ 2007, 134).

cc) Vergleich mit den Ausnahmen zum Voreintragungsgrundsatz

Zweifel an der Möglichkeit zur Weiterverwendung der Bewilligung bleiben gleichwohl, so etwa angesichts einer Entscheidung des KG Berlin (NJW-RR 1993, 151) zur Auslegung des § 40 Abs. 1 GBO. Nach dieser Vorschrift findet der Voreintragungsgrundsatz (§ 39 Abs. 1 GBO) keine Anwendung, wenn die Person, deren Recht von der Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist. Setzt man voraus, dass eine vonseiten des Erblassers erteilte Eintragungsbewilligung durch einen Rechtsnachfolger noch weiterverwendet werden kann, wäre es nur konsequent, wenn auch die den Erblasser betreffende Ausnahme zum Voreintragungsgrundsatz (§ 40 Abs. 1 GBO) auf den Gesellschafter einer GbR übertragen werden könnte.

Dies ist **laut KG Berlin** (NJW-RR 1993, 151, 152) jedoch nicht möglich. Rechtsvorgänge, die bei einem **Gesellschafterwechsel unter Lebenden** zu einem Rechtserwerb außerhalb des Grundbuchs führen, sollen **nicht mit der in § 40 Abs. 1 GBO genannten Erbfolge vergleichbar** sein:

„Nach alledem ist der rechtlich mögliche Anwendungsbereich des § 40 I GBO nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen auf Fälle zu beschränken, die weitgehend mit dem Wechsel der Rechtszuständigkeit durch Erbfolge vergleichbar sind. Das trifft für den Wechsel im Bestand der Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Lebenden nicht zu. Denn es fehlt schon an dem der Erbfolge wesentlichen Merkmal, daß ein Rechtssubjekt an die Stelle eines weggefallenen Rechtssubjekts tritt.“

Der **Ausnahmecharakter** des § 40 Abs. 1 GBO hindert nach dieser Ansicht eine Anwendung auf den Gesellschaf-

terwechsel. Entsprechend anwendbar sei die Vorschrift nur in Fällen, in denen der Rechtsübergang kraft Gesetzes außerhalb des Grundbuchs eintrete. Auf die Voreintragung der Gesellschafter einer GbR bei einer rechtsgeschäftlichen Rechtsnachfolge zu Lebzeiten könne dagegen nicht verzichtet werden, denn gem. § 39 Abs. 1 GBO müsse der **Rechtsstand des Grundbuchs in allen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiedergegeben** werden (KG NJW-RR 1993, 151).

e) Auswertung des Meinungsbildes

Als Zwischenfazit lässt sich festhalten, dass angesichts der Möglichkeit zur Weiterverwendung einer Bewilligung bei der Erbengemeinschaft **einiges auch für die Weiterverwendbarkeit der teilweise durch Altgesellschafter einer GbR erteilten Löschungsbewilligung spricht**. Dies gilt zumindest dann, wenn der Gesellschafterwechsel seinerseits in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen wird, wenn also durch öffentliche Urkunde nachvollzogen werden kann, dass die ursprüngliche Löschungsbewilligung von der im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft erteilt wurde. Gleichwohl ist die Möglichkeit der Weiterverwendung – insbesondere vor dem Hintergrund der oben skizzierten Entscheidung des KG – **nicht zweifelsfrei**.

3. Vorsorgliches Einholen einer neuen Löschungsbewilligung

Angesichts verbleibender Unsicherheiten dürfte sich in der Praxis empfehlen, bei der Einholung der Berichtigungsbewilligung bzgl. der Vormerkung **vorsorglich** auch eine **Löschungsbewilligung der aktuellen Gesellschafter** einzuholen. Geschieht dies, kann von der Löschungsbewilligung nach vertragsgemäßer Eigentumsumschreibung selbst nach der jeweils strengen Sichtweise wirksam Gebrauch gemacht werden.

Praktisch betrachtet kann das Einholen einer neuen Löschungsbewilligung zu einem **gewissen Zusatzaufwand** führen, weil die später eingetretenen Gesellschafter bei der Grundbuchberichtigung nicht notwendig mitwirken müssen: Da § 22 Abs. 2 GBO auf in Abteilung II des Grundbuchs eingetragene Rechte nicht angewendet wird, werden die Neugesellschafter bei einer Grundbuchberichtigung nicht bereits ohnehin beteiligt (a. A. Demharter, § 47 Rn. 30, der allerdings nur Eintragungen in Abt. I des Grundbuchs im Auge haben dürfte).

In der Gestaltungspraxis wird als gleichwertiger, womöglich sogar grundsätzlich vorzugswürdiger Weg die Löschung der Auflassungsvormerkung **auf Grundlage einer dem Notar oder seinen Mitarbeitern erteilten Vollmacht** zur Abgabe einer (rein grundbuchrechtlichen) Löschungsbewilligung empfohlen (zu den Gestaltungsmöglichkeiten bei einer „Schubladen“-Löschung bzw. -Vollmacht sowie zur Gestaltung einer auflösend bedingten Vormerkung siehe im Einzelnen: Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl. 2012, Rn. 948 ff.; Amann, in: Beck'sches NotarHandbuch, 5. Aufl. 2009, A I Rn. 172 ff.). In diesem Zusammenhang ist allerdings zu beachten, dass eine **Erteilung** der erneuten Löschungsbewilligung **auf Grundlage einer Vollmacht** der GbR jedenfalls dann **ausscheidet, wenn** es sich **nicht** um eine sog. „**Geburtsvollmacht**“ handelt, die in der Form des § 29 GBO bei Gründung der GbR anlässlich des betreffenden Grundstückserwerbs erteilt wurde (vgl. hierzu m. w. N. zum Meinungsstand vor BGH DNotZ 2011, 711; Gutachten DNotI-Report 2010, 189, 191; Reyman, ZNotP 2011, 84, 88 f.).

BGB §§ 166, 123, 433 Abs. 1 S. 2 Arglistige Täuschung bei Verschweigen (versteckter) Mängel; Zurechnung des Wis- sens des Erblassers an den Erben

I. Sachverhalt

Der Alleinerbe verkauft ein zum Nachlass gehörendes Grundstück an einen Dritten und erklärt, dass ihm keine versteckten Mängel bekannt seien. Nach Vertragsschluss zeigt sich ein bis dahin verborgener Mangel, von dem der Erblasser, nicht aber der Alleinerbe wusste.

II. Frage

Liegt trotz tatsächlicher Unkenntnis eine arglistige Täuschung seitens des Erben vor, weil ihm die Kenntnis des Erblassers vom versteckten Mangel zuzurechnen ist?

III. Zur Rechtslage

1. Arglistige Täuschung bei Verschweigen (versteckter) Mängel

Wird ein Grundstück veräußert, so ist der Verkäufer verpflichtet, dem Käufer den Grundbesitz frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen (§ 433 Abs. 1 S. 2 BGB). In der notariellen Kaufvertragsurkunde erklärt der Verkäufer hierzu regelmäßig, dass ihm auch versteckte Mängel des Vertragsobjekts nicht bekannt seien. Ist diese Erklärung falsch, weil der Verkäufer in Wahrheit Kenntnis von verborgenen Mängeln hat, so liegt regelmäßig eine **arglistige Täuschung wegen des Verschweigens offenbarungspflichtiger Umstände** vor (§ 123 Abs. 1 BGB; vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 123 Rn. 5a f., 8). Der Käufer kann dann seine **Willenserklärung anfechten** und ggf. **Schadensersatz** verlangen (Palandt/Ellenberger, § 123 Rn. 26 ff.).

2. Grundsätze der Wissenszurechnung

Hat nicht der Verkäufer selbst, sondern ein Dritter Kenntnis von verborgenen Mängeln, so fragt sich, ob und inwieweit sich der Verkäufer die **Kenntnis des Dritten zurechnen** lassen muss. Eine allgemeine und umfassende Zurechnung fremden Wissens ist dem deutschen Zivilrecht fremd. **Gesetzliche Zurechnungstatbestände** sind nur vereinzelt normiert (insbesondere §§ 166, 123 Abs. 2, 278 BGB). Diese lassen sich indes ihrem Wortlaut nach in der vorliegenden Konstellation nicht heranziehen. § 123 Abs. 2 BGB setzt die Täuschung durch einen Dritten voraus, nach § 166 Abs. 1 BGB hat sich der Geschäftsherr die Kenntnis seines Vertreters und nach § 278 BGB das schuldhaft Verhalten eines Erfüllungsgehilfen zurechnen zu lassen. Im konkreten Fall war jedoch kein Dritter am Abschluss des Kaufvertrags beteiligt. Es geht vielmehr um die völlig anders gelagerte Frage, ob sich der Verkäufer die **Kenntnis seines Rechtsvorgängers** wie eigene Kenntnis zurechnen lassen muss.

Allerdings ist allgemein anerkannt, dass § 166 BGB über seinen Wortlaut hinaus (Zurechnung des Wissens eines Stellvertreters) **analog** auf Hilfspersonen anwendbar ist, die nicht Stellvertreter, sondern lediglich **Wissensvertreter des Geschäftsherrn** sind. Wissensvertreter ist jeder, der nach der Organisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei anfallenden Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzuleiten (BGH DNotZ 1993, 166, 167; NJW-RR 2004, 1196, 1197 f. = ZNotP 2004, 355; Staudinger/

Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 166 Rn. 10). Einer juristischen Person oder Personengesellschaft wird im rechtsgeschäftlichen Verkehr das Wissen von Organen ohne Weiteres, das von Mitarbeitern insoweit zugerechnet, als es für spätere Geschäftsvorgänge erkennbar relevant ist und daher dokumentiert oder an andere Personen innerhalb des Organisationsbereichs weitergegeben werden muss (BGH DNotZ 1991, 122, 129 f.; NJW 2001, 2535, 2536).

3. Vorliegender Fall

Lässt sich danach aus der Vorschrift des § 166 Abs. 1 BGB zwar der allgemeine Rechtsgedanke einer Wissenszurechnung ableiten, so ist eine solche Zurechnung doch stets an das **Vorhandensein einer Hilfsperson des Geschäftsherrn** geknüpft. Gleiches gilt für eine Wissenszurechnung analog § 278 BGB. Nicht zurechenbar ist demnach die Kenntnis eines unbeteiligten Dritten. Da der **Erblasser**, soweit er nicht in das konkrete Geschäft miteingebunden wurde (z. B. als Verhandlungsführer), **keine Hilfsperson** des Erben ist, scheidet u. E. eine Zurechnung der Kenntnis des Erblassers von einem versteckten Mangel an den Erben aus (plakativ formuliert: **Wissen vererbt sich nicht!**). In diesem Sinne äußert sich in der – soweit ersichtlich – einzigen Stellungnahme zur Frage auch *Hartung* (NZG 1999, 524, 528 Fn. 57), demzufolge sich „der Erbe einer natürlichen Person [...] das Wissen des Erblassers nicht zurechnen zu lassen braucht“.

Gutachten im Abrufdienst

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

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

BGB § 1365

Heilung eines zustimmungsbedürftigen Gesamtvermögensgeschäfts durch Scheidung und Tod

Abruf-Nr.: 119223

BGB §§ 2034, 164 Abs. 3

Vorkaufsrecht der Miterben; Mitteilung an den Generalbevollmächtigten eines verstorbenen Miterben, wenn dessen Miterben noch unbekannt sind

Abruf-Nr.: 112579

GmbHG § 47; GO NRW § 113

Mittelbare Beteiligung einer Gemeinde an GmbH (Enkelgesellschaft); Bestimmung des Vertreters der Tochter-GmbH durch Gemeinderat; verdrängende Stimmrechtsvollmacht

Abruf-Nr.: 116406

ZVG §§ 10, 28; BGB § 883 Abs. 2

Wirkung einer eingetragenen Auflassungsvormerkung im Zwangsversteigerungsverfahren; späterer Beitritt wegen rückständiger Grundbesitzangaben und rückständiger Wohngeldzahlungen

Abruf-Nr.: 111572

BGB § 2325

Pflichtteilsberechtigung zum Zeitpunkt des Erbfalls für Pflichtteilsergänzungsanspruch ausreichend

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch – hier eines Abkömmlings – nach § 2325 Abs. 1 BGB setzt nicht voraus, dass die Pflichtteilsberechtigung bereits im Zeitpunkt der Schenkung bestand (Abkehr von den Senatsurteilen vom 21. Juni 1972 – IV ZR 69/71, BGHZ 59, 210 und vom 25. Juni 1997 – IV ZR 233/96, ZEV 1997, 373).

BGH, Urt. v. 23.5.2012 – IV ZR 250/11
Abruf-Nr.: **11043R**

Problem

Die im Jahr 1976 bzw. 1978 geborenen Enkelkinder machen gegen ihre Großmutter Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche nach ihrem im Jahr 2006 verstorbenen Großvater geltend. Die Großeltern hatten vier Kinder, u. a. die 1984 vorverstorbene Mutter der Kläger. Der Erblasser und seine Ehefrau hatten sich testamentarisch gegenseitig zu Erben eingesetzt.

Nach dem Tod des Erblassers begehrten die enterbten Enkel im Wege der Stufenklage Auskunft über den Nachlassbestand sowie den Wert der Nachlassimmobilien durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses, Abgabe der eidesstattlichen Versicherung und Zahlung. Gegen die stattgebende Entscheidung des Landgerichts legte die beklagte Großmutter zunächst Berufung, anschließend Revision ein. In der Sache stützte sich die Beklagte dabei auf die ständige Rechtsprechung des BGH (BGHZ 59, 210 = NJW 1973, 40; NJW 1997, 2676 = DNotZ 1998, 135), wonach der **Pflichtteilsergänzungsanspruch voraussetzt, dass die Pflichtteilsberechtigung sowohl im Zeitpunkt des Erbfalls als auch zur Zeit der Schenkung** bestanden hat, sog. „**Theorie der Doppelberechtigung**“ (vgl. dazu auch OLG Köln NJW-RR 2005, 1319; LG Dortmund ZEV 1999, 30; Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl. 2012, § 2325 Rn. 4; Keller, ZEV 2000, 268, 269 f.).

Entscheidung

Mit dem vorliegenden Urteil **gibt der BGH seine bisherige Rechtsprechung ausdrücklich auf** und entscheidet, dass sich der Pflichtteilsergänzungsanspruch auch auf solche unentgeltlichen Zuwendungen bezieht, die der Erblasser vor der Geburt der Pflichtteilsberechtigten vorgenommen hat. Der IV. Zivilsenat schließt sich damit der h. M. in der Literatur an, wonach für den Pflichtteilsergänzungsanspruch **allein die Pflichtteilsberechtigung im Zeitpunkt des Erbfalls maßgeblich** ist (MünchKommBGB/Lange, 5. Aufl., § 2325 Rn. 7 ff.; Staudinger/Olshausen, BGB, Neubearb. 2006, § 2325 Rn. 64, 66; Muscheler, Erbrecht, 2010, Rn. 4217 ff.; Tiedtke, DNotZ 1998, 85, 87 ff.). Der BGH begründet die Rechtsprechungsänderung in Übereinstimmung mit den bereits in der Literatur vorgebrachten Argumenten u. a. damit, dass sich dem **Wortlaut** des § 2325 Abs. 1 BGB keine Beschränkung des Kreises der Pflichtteilsergänzungsberechtigten auf diejenigen Personen entnehmen lasse, die schon zum Zeitpunkt der Schenkung pflichtteilsberechtigt waren. Außerdem spreche die **Entstehungsgeschichte des § 2325 BGB** gegen die Theorie der Doppelberechtigung, da

die Normierung einer solchen tatbestandlichen Einschränkung zwar vom historischen Gesetzgeber erörtert, aber ausdrücklich abgelehnt worden sei (vgl. Protokolle V, S. 585 ff.; zur Entstehungsgeschichte auch Muscheler, Rn. 4217; Tiedtke, DNotZ 1998, 85, 89).

Ferner lasse sich der **Sinn und Zweck** des Pflichtteilsergänzungsanspruchs (Sicherung der Mindestteilhabe naher Angehöriger am Vermögen des Erblassers) gegen die bisherige Einschränkung anführen, da die Pflichtteilsberechtigung schon zum Zeitpunkt der Schenkung hierfür unerheblich sei. Der BGH weist in diesem Zusammenhang auch darauf hin, dass **subjektive Elemente** wie Kenntnis und Eingewöhnung des Pflichtteilsberechtigten in die Vermögensverhältnisse des Erblassers sowie die fehlende oder bestehende Absicht der Pflichtteilsverkürzung durch den Erblasser im Rahmen des § 2325 Abs. 1 BGB (anders als z. B. bei § 2287 BGB) **irrelevant** seien.

Schließlich gibt der IV. Zivilsenat noch zu bedenken, dass das Erfordernis der Pflichtteilsberechtigung nicht nur im Zeitpunkt des Erbfalls, sondern schon bei der Schenkung, zu einer **mit Art. 3 Abs. 1 GG nicht zu vereinbarenden Ungleichbehandlung von Abkömmlingen** führe. Würden einige Abkömmlinge vor der Schenkung, einige danach geboren, hätte die damit verbundene Ungleichbehandlung im Rahmen der Pflichtteilsergänzung einen Verstoß gegen den Grundsatz des § 1924 Abs. 4 zur Folge, wonach **Kinder (und deren Stämme) zu gleichen Teilen erben**. Nach der bisherigen Theorie der Doppelberechtigung wäre den Enkeln im vorliegenden Fall ein Pflichtteilsergänzungsanspruch aber versagt gewesen, obwohl die Mutter zum Zeitpunkt der Erblasserschenkung noch am Leben (und damit pflichtteilsberechtigt) gewesen wäre. Laut BGH kann es dagegen im konkreten Fall nicht darauf ankommen, ob die Mutter der Kläger noch vor dem Erbfall oder erst danach verstorben ist.

BGB § 464 Abs. 2

Verweigerung der Vollziehung eines Kaufvertrags; fehlende Vollzugsvollmacht für die Auflassung

Vollzugsvollmachten in dem Kaufvertrag mit dem Dritten werden nicht Inhalt des Kaufvertrags des Verkäufers mit dem Vorkaufsberechtigten.

BGH, Beschl. v. 21.6.2012 – V ZB 283/11
Abruf-Nr.: **11045R**

Problem

Der beteiligte Notar beurkundete im Januar 2010 einen nach dem GrdstVG genehmigungspflichtigen Kaufvertrag. Mit Bescheid vom April 2010 teilte die Genehmigungsbehörde mit, dass die Genehmigung zu versagen sei und die zuständige Behörde das Vorkaufsrecht nach § 4 RSiedlG ausgeübt habe. Der Bescheid wurde bestandskräftig. Im Februar 2011 beurkundete der Notar die Auflassung des verkauften Grundbesitzes an die Vorkaufsberechtigte. Dabei wurde sowohl die Vorkaufsberechtigte als auch der Vorkaufsverpflichtete (= Verkäufer) durch Angestellte des Notariats vertreten, handelnd aufgrund der im Kaufvertrag enthaltenen allgemeinen Vollzugsvollmacht, wonach sie berechtigt sind „für [die Vertragsparteien] alle Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen, die zur Durchführung, Ergänzung

oder Berichtigung dieses Vertrags erforderlich sein sollten“. Bei Vollzug der Urkunde kamen dem Notar Zweifel an der Wirksamkeit des Vertrags mit Blick auf eine nicht mitbeurkundete Zusatzvereinbarung über die Mitbenutzung einer Scheune auf dem verkauften Grundbesitz. Vor diesem Hintergrund lehnte der Notar den weiteren Vollzug der bereits beim Grundbuchamt eingereichten Urkunde ab.

Die hiergegen vom Vorkaufsberechtigten erhobene Beschwerde hat das Landgericht zurückgewiesen. Der Notar sei gut vertretbar zu dem Ergebnis gekommen, der Vertrag sei unwirksam, weil die Vereinbarung zur Nutzung der Scheune nicht mitbeurkundet worden sei. Auch sei § 4 Abs. 3 RSiedlG im vorliegenden Fall nicht einschlägig.

Entscheidung

Die durch das Landgericht zugelassene und von der Vorkaufsberechtigten erhobene Rechtsbeschwerde hatte keinen Erfolg. Zwar besteht gem. § 53 BeurkG mit Blick auf die gesetzliche Verpflichtung des Notars zu redlicher Amtsführung (§§ 14 Abs. 2, 15 Abs. 1 BNotO) grundsätzlich eine Vollzugspflicht. Abgesehen vom Fall einer entsprechenden Anweisung durch alle Beteiligten erkennt der V. Zivilsenat jedoch **Ausnahmen von der Vollzugspflicht** an, wenn der Notar weiß, dass die Urkunde nichtig ist, wenn die Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit des Rechtsgeschäfts naheliegt oder offensichtlich ist und wenn das Grundbuch bei Vollzug der Urkunde mit hoher Wahrscheinlichkeit unrichtig würde oder die Vollzugsreife (doch) nicht gegeben ist.

Eine solche Ausnahme ist **vorliegend** nach Auffassung des BGH **zu bejahen**. Dabei lässt der Senat letztlich offen, ob – wie Notar und Beschwerdegericht meinen – eine etwaige Unwirksamkeit des Kaufvertrags dazu berechtigt, den Vollzug der dinglichen Rechtsgeschäfte abzulehnen. Mit Blick auf das Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist vielmehr laut BGH von einem Fehlen der Vollzugsreife bei Unwirksamkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäfts regelmäßig nur dann auszugehen, wenn die Auflassung schon im Kaufvertrag erklärt wird. Ob sich dies auch dann annehmen lasse, wenn der Verkäufer die Auflassung nach der Beurkundung des Kaufvertrags gesondert erkläre und dabei – wie vorliegend bei der Auflassung an die Vorkaufsberechtigten – keine Vorbehalte mache, bedürfe dagegen keiner Entscheidung.

Die Auflassung ist nämlich nach Ansicht des Senats schon deshalb unwirksam, weil die im ursprünglichen Kaufvertrag zwischen Vorkaufsverpflichtetem und Erstkäufer enthaltenen Vollmachten zugunsten der Notariatsangestellten die Auflassung zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigter nicht ermöglichten. Die **Auslegung der Vollzugsvollmacht** ergebe nämlich, dass die Notariatsangestellten nur zur Abgabe von Erklärungen zur Behebung etwaiger technischer Hindernisse ermächtigt werden sollten, die der Verwirklichung der von den Kaufvertragsparteien vereinbarten Rechte und Pflichten und den von ihnen schon vorgenommenen Erfüllungshandlungen entgegenstanden. Die **Auflassung falle nur dann in den Anwendungsbereich der Vollmacht, wenn sie aus technischen Gründen**, etwa zur Klärung der Identität des aufgelassenen Grundbesitzes, noch einmal **wiederholt werden müsse**. Demgegenüber diene die Auflassung an eine andere Person nicht der Durchführung der beurkundeten Erklärung. Sie stelle vielmehr ein neues Rechtsgeschäft dar, das der Erfüllung nicht des ursprünglichen, sondern eines anderen Kaufvertrags diene.

Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus § 464 Abs. 2 BGB. Denn hiernach bestimme sich zwar der Inhalt des zwischen Vorkaufsberechtigtem und Verkäufer infolge Ausübung des Vorkaufsrechts zustande kommenden Kaufvertrags nach den Bestimmungen, die der Verkäufer mit dem Dritten vereinbart habe. Das gelte aber **nur** für die **schuldrechtlichen Vereinbarungen**. Erteilte Vollzugsvollmachten würden nicht Inhalt des Kaufvertrags mit dem Vorkaufsberechtigten. Keinesfalls würde ihr Inhalt erweitert. Somit würde eine Vollmacht zur Wiederholung der bereits erklärten Auflassung aus technischen Gründen selbst dann nicht zur erstmaligen Auflassung berechtigen, wenn sie Inhalt des Kaufvertrags mit dem Vorkaufsberechtigten würde.

Konsequenzen für die Praxis

Kommt infolge Ausübung eines Vorkaufsrechts ein Kaufvertrag zwischen Vorkaufsberechtigtem und Vorkaufsverpflichtetem zustande, sind **Vollzugsvollmachten und Vollzugsaufträge zu wiederholen** (vgl. Hueber, NotBZ 2004, 177, 181). Zudem ist die erforderliche **Auflassung zwischen Verkäufer und Vorkaufsberechtigtem erstmalig vorzunehmen**. Hierzu bedarf es einer speziellen Vollmacht, wenn die Auflassung durch Bevollmächtigte erfolgen soll. Die erstmalige Auflassung ist von etwaigen Vollzugsvollmachten nicht gedeckt.

HGB § 128 S. 1; BGB § 705; Companies Act 1985

Fortbestehen einer in England erloschenen Limited als Personengesellschaft in Deutschland; Haftungsverhältnisse

Hört eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ihren Sitz in England hat, dort auf zu bestehen, weil sie im dortigen Gesellschaftenregister gelöscht wird, besteht sie, wenn sie ihre Geschäftstätigkeit in Deutschland fortsetzt, hier fort, falls sie ein Handelsgewerbe betreibt, als offene Handelsgesellschaft, sonst als Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

OLG Celle, Beschl. v. 29.5.2012 – 6 U 15/12
Abruf-Nr.: **11046R**

Problem

In der obergerichtlichen Rechtsprechung ist inzwischen anerkannt, dass eine nach englischem Recht gegründete **Limited mit Vermögen im Inland** auch nach der gemäß englischem Recht durchgeführten Löschung und Auflösung im Inland jedenfalls bis zur vollständigen Beendigung der Liquidation **als sog. „Restgesellschaft“ fortbesteht** (OLG Düsseldorf NZG 2010, 1226; OLG Nürnberg NZG 2008, 76; OLG Jena DNotZ 2008, 298). Die Theorie der Restgesellschaft wurde von Rechtsprechung und Literatur für Fälle entwickelt, in denen eine Gesellschaft, die durch staatliche Zwangseinwirkung in ihrem Heimatland vernichtet wurde, Vermögenswerte außerhalb des Heimatstaates innehat (vgl. BGH NJW-RR 1990, 166; NJW-RR 1992, 168; siehe dazu ausführlich MünchKommBGB/Kindler, 5. Aufl. 2010, IntGesR Rn. 1019 ff.).

Im vorliegenden Fall wurde eine Limited auf Anordnung des Registerbeamten (*registrar*) des Companies House in Cardiff am 4.5.2010 im englischen Register gelöscht und die Löschung veröffentlicht. Anschließend erteilte der ehe-

malige *director* der Limited in deren Namen neue Montageaufträge in Deutschland, sodass sich die Frage stellte, wer für die nach Erlöschen der Limited eingegangenen Verbindlichkeiten haftet.

Entscheidung

Nach Auffassung des OLG Celle greift bei Fortsetzung der Geschäftstätigkeit im Namen der gelöschten Limited durch Erteilung neuer Aufträge die **persönliche Haftung der Gesellschafter nach § 128 HGB** ein (so auch schon Leible/Lehmann, GmbHR 2007, 1095). Durch die Löschung der Limited im englischen Register habe diese nach den maßgeblichen englischen Vorschriften aufgehört zu existieren, die gleichwohl **fortgeführte Geschäftstätigkeit** im Namen der Limited sei von diesem Zeitpunkt an **diejenige einer GbR** gewesen. Das Entstehen einer oHG ließ sich dagegen nicht feststellen, da die Gesellschaft im deutschen Handelsregister nicht eingetragen und im konkreten Fall nicht auszuschließen war, dass der Umfang ihrer Geschäfte keinen kaufmännisch eingerichteten Gewerbebetrieb erforderte (§§ 1 Abs. 2, 105 Abs. 2 S. 1 HGB).

Die Vertragspartner durften die mündlich erteilten Aufträge des ehemaligen *directors* der Limited den Umständen nach (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB) so verstehen, dass dieser sie im Namen der die Geschäfte der Limited fortführenden GbR abgab. Dem ehemaligen *director* stand nach Ansicht des OLG auch die Vertretungsmacht für diese GbR zu. Seine **Vertretungsmacht als Organ der Limited wirke fort**, weil die GbR mit dem Untergang der Limited an deren Stelle getreten sei. Daraus folgt sowohl eine Haftung der GbR als auch eine persönliche Haftung der GbR-Gesellschafter (ehemalige Gesellschafter der Limited) entsprechend § 128 S. 1 HGB für die Werklohnforderungen.

BGB § 2309

Pflichtteilsanspruch des Enkels trotz Alleinerbschaft des einzigen Kindes

Als „hinterlassen“ i. S. des § 2309 Alt. 2 BGB gelten **nicht letztwillige oder lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an den näheren, trotz Erb- und Pflichtteilsverzichts zum gewillkürten Alleinerben bestimmten Abkömmling, wenn dieser und der entferntere Abkömmling demselben, allein bedachten Stamm gesetzlicher Erben angehören.**

BGH, Urt. v. 27.6.2012 – IV ZR 239/10
Abruf-Nr.: 11047R

Problem

Die Großeltern errichteten im Jahr 1987 ein notarielles gemeinschaftliches Testament, in welchem sie sich wechselseitig zu alleinigen Erben einsetzten und die Enkelkinder zu Schlusserben bestimmten. Das Testament enthielt einen Änderungsvorbehalt, wonach der Längerlebende die Schlusserbeneinsetzung innerhalb des Kreises der gemeinsamen Abkömmlinge beliebig ändern durfte. Am selben Tag verzichtete die Tochter, das einzige Kind der Erblasser, gegenüber ihren Eltern – ohne Erstreckungswirkung auf ihre Abkömmlinge – auf ihr gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht. Nach dem Tod seiner Ehefrau setzte der Großvater mit notariellem Testament seine Tochter zu seiner alleinigen und ausschließlichen Erbin ein.

Nach dem Tod des Großvaters verlangt die Enkelin (einzigster Abkömmling der Tochter) von ihrer Mutter klageweise ihren Pflichtteil. In diesem Zusammenhang streiten die Beteiligten darüber, ob § 2309 BGB einer Pflichtteilsberechtigung der Klägerin entgegensteht. Die Vorinstanzen haben die Klage abgewiesen: Die Enkelin sei zwar infolge des Erb- und Pflichtteilsverzichts ihrer Mutter an deren Stelle zur gesetzlichen Erbin berufen und vom Erblasser durch das Testament aus dem Jahr 2000 wirksam enterbt worden; in der Annahme des testamentarisch zugewandten Erbes liege aber eine auf den Pflichtteilsanspruch anzurechnende Entgegennahme des der Beklagten „Hinterlassenen“ i. S. d. § 2309 Alt. 2 BGB.

Entscheidung

Der BGH spricht der Klägerin ihren Pflichtteilsanspruch (überraschend) zu, indem er den **Anwendungsbereich des § 2309 Alt. 2 BGB teleologisch reduziert**. Nach § 2309 BGB sind entferntere Abkömmlinge und die Eltern des Erblassers insoweit nicht pflichtteilsberechtigt, als ein Abkömmling, der sie im Falle der gesetzlichen Erbfolge ausschließen würde, den Pflichtteil verlangen kann oder das ihm Hinterlassene annimmt. Diesbezüglich stellt der BGH zunächst klar, dass die **Rangfolge der hypothetischen gesetzlichen Erben** sich nicht nach den konkreten Umständen im jeweiligen Erbfall, sondern – **abstrakt – nach den Regelungen der §§ 1924 ff. BGB** richtet. Dies folge aus dem insoweit im Konjunktiv gefassten Wortlaut der Norm („ausschließen würde“). Aufgrund des Erbverzichts der Mutter hält der BGH daher den Anwendungsbereich des § 2309 BGB **grundsätzlich für eröffnet**.

Aus Sicht des BGH hat das Berufungsgericht allerdings zu Unrecht einen Ausschluss der Pflichtteilsberechtigung der Enkelin nach § 2309 Alt. 2 BGB angenommen, indem es die der Mutter durch Verfügung von Todes wegen zugewandte Erbschaft als „Hinterlassenes“ i. S. d. Norm angesehen hat. Der BGH weist insoweit darauf hin, dass der Begriff „**Hinterlassenes**“ gem. § 2309 Alt. 2 BGB in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt sei. Nach allgemeiner Ansicht könnten zwar – **auch für den Fall des Erbverzichts** – jedenfalls **letztwillige Zuwendungen** des Erblassers an den näheren Abkömmling als „hinterlassen“ angesehen werden sowie nach h. M. auch **lebzeitige Zuwendungen**, etwa in Form von Abfindungen für den Verzicht.

Der BGH geht allerdings – ohne den Meinungsstreit abschließend zu entscheiden – davon aus, dass **§ 2309 Alt. 2 BGB** zumindest **im (vorliegenden) Fall einer ausschließlich auf einen Stamm bezogenen Erbfolge einschränkend auszulegen** sei. Danach könnten – letztwillige oder lebzeitige – Zuwendungen an den näheren Abkömmling nicht als anrechnungspflichtiges „Hinterlassenes“ i. S. d. § 2309 Alt. 2 BGB gelten, weil davon **keine Doppelbelastung des Nachlasses** ausgelöst werde. Der BGH begründet dies mit dem **Gesetzeszweck**, der allein darauf ausgerichtet sei, das Pflichtteilsrecht eines entfernteren Abkömmlings zu beschränken, um zu vermeiden, dass demselben Stamm zweimal ein Pflichtteilsrecht gewährt und die auf dem Nachlass ruhende Pflichtteilslast erhöht wird. Von diesem Normzweck werde die Erbfolge nach dem Vater bzw. Großvater der Parteien nicht erfasst, da sie dem einzigen Stamm gesetzlicher Erben angehörten und die Zuwendungen des Erblassers an den näheren Berechtigten einschließlich der Erbeinsetzung lediglich ihr auf diesen Stamm beschränktes **Innenverhältnis** betrafen.

Aus Sicht des BGH gebietet auch die **Testierfreiheit des Erblassers** keine abweichende Beurteilung, da diese durch das Pflichtteilsrecht in verfassungskonformer Weise beschränkt sei. In diesem Zusammenhang argumentiert der BGH u. a. damit, dass das aufgrund des Erbverzichts des näheren Abkömmlings ausgelöste Pflichtteilsrecht des entfernteren Abkömmlings nur über einen zweiseitigen Aufhebungsvertrag i. S. d. §§ 2351, 2348 BGB zur Disposition des Erblassers und des Verzichtenden gestanden hat. Dass der Erblasser keinen Aufhebungsvertrag abgeschlossen hat, spricht aus Sicht des BGH für den Willen des Erblassers, den Erbverzichtsvertrag fortbestehen lassen zu wollen.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

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

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

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

Hinweis:

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

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Sebastian Herrler

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, Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg