

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang  
Oktober 2014  
ISSN 1434-3460

20/2014

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 912, 914 Abs. 2 S. 2, 1018 – Verhältnis von Überbaurente und Duldungsdienstbarkeit

BGB §§ 2033, 1068 ff., 892 Abs. 1 S. 2 – Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bzgl. Bestellung eines Nießbrauchs an Erbteilen

### Gutachten im Abrufdienst

### Rechtsprechung

HGB §§ 105, 161; StBerG §§ 49 Abs. 2, 57 Abs. 3 Nr. 3 – Eintragung einer Steuerberatungsgesellschaft als Kommanditgesellschaft ins Handelsregister; freiberufliche Tätigkeit; Treuhandtätigkeit

BGB §§ 1901a, 1904 – Genehmigung des Betreuungsgerichts bei Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen

### Literaturhinweise

### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 912, 914 Abs. 2 S. 2, 1018 Verhältnis von Überbaurente und Duldungsdienstbarkeit

#### I. Sachverhalt

Ein Bauträger errichtet auf einem ihm gehörenden Grundstück ein Gebäude. Dieses erstreckt sich auf ein Nachbargrundstück. Das Nachbargrundstück steht im Eigentum einer hundertprozentigen Tochtergesellschaft des Bauträgers. Die Überbauung ist durch eine Grunddienstbarkeit gesichert und in Ausübung dieses Rechts erfolgt. Regelungen zu einer Entschädigung oder einem Verzicht auf Entschädigung fehlen.

#### II. Frage

Können spätere Erwerber des überbauten Grundstücks eine Geldrente nach § 912 Abs. 2 S. 1 BGB verlangen, weil kein Rentenverzicht nach § 914 Abs. 2 S. 2 BGB in das Grundbuch eingetragen worden ist?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Systematik der §§ 912 ff. BGB

Errichtet der Eigentümer eines Grundstücks einen **Überbau ohne Vorsatz oder grobe Fahrlässigkeit**, hat der Nachbar den Überbau **zu dulden** (§ 912 Abs. 1 BGB). Als **Ausgleich** erhält der duldungspflichtige Grundstückseigentümer eine

**Geldrente** nach § 912 Abs. 2 S. 1 BGB (vgl. BeckOK-BGB/Fritzsche, Std.: 1.8.2014, § 912 Rn. 20; MünchKommBGB/Säcker, 6. Aufl. 2013, § 912 Rn. 1; Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2009, § 912 Rn. 1).

Die **Überbaurente** wird gem. § 914 Abs. 3 BGB wie eine **subjektiv-dingliche Reallast** behandelt. Anders als eine Reallast kann sie jedoch nicht in das Grundbuch eingetragen werden, da sie bereits zum gesetzlichen Inhalt des Eigentums gehört (vgl. § 914 Abs. 2 S. 1 BGB). Verzichtet der Eigentümer des überbauten Grundstücks auf die Überbaurente, bedarf aber dieser Verzicht zu seiner dinglichen Wirksamkeit der Eintragung in das Grundbuch (§ 914 Abs. 2 S. 2 BGB). Der **Rentenverzicht wird in Abteilung II des überbauenden Grundstücks eingetragen**, wohingegen eine Eintragung am „verzichtenden“ überbauten Grundstück nicht – auch nicht als zusätzliche Eintragung – zulässig ist (BGH NJW 2014, 1179 = DNotI-Report 2014, 21; vgl. zum Ganzen Kessler, in: Grziwotz, Notarielle Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, 2014, S. 95, 97 ff.).

**Nicht von § 912 BGB geregelt** ist der sog. **unentschuldigte** (also zumindest grob fahrlässige) **Überbau**. Liegt er vor, steht dem Nachbarn ein Anspruch auf Beseitigung gem. § 1004 Abs. 1 BGB zu (vgl. Staudinger/Roth, § 912 Rn. 74 m. w. N.). Ein Anspruch auf Zahlung einer Geldrente gem. § 912 Abs. 2 S. 1 BGB besteht nicht (OLG Düsseldorf OLGZ 1978, 19, 20 = DNotZ 1978, 353).

## 2. Zustimmung des Nachbarn: rechtmäßiger Überbau

Vom rechtswidrig entschuldigtem oder unentschuldigtem Überbau ist der rechtmäßige Überbau zu unterscheiden. Ein Überbau ist rechtmäßig, wenn der Eigentümer des überbauten Grundstücks dem Überbau zugestimmt hat. Die Duldungspflicht ergibt sich dann nicht aus § 912 Abs. 1 BGB, sondern aus der Zustimmung des Eigentümers (BGH DNotZ 1984, 554, 555 = NJW 1983, 1112; LG Köln RNotZ 2006, 289). Die §§ 912 ff. BGB sind insoweit **nicht anwendbar**, denn sie setzen einen rechtswidrigen entschuldigten Überbau voraus (BGH NJW 1971, 426, 427; NJW 1974, 794; DNotZ 1984, 554, 555; Staudinger/Roth, § 912 Rn. 66; vgl. auch MünchKommBGB/Säcker, § 912 Rn. 12).

Ist der Überbau mit Zustimmung des Nachbarn errichtet und damit rechtmäßig, wird auch **keine Überbaurente gem. § 912 Abs. 2 S. 1 BGB** geschuldet (Soergel/Baur, BGB, 13. Aufl. 2002, § 912 Rn. 28). Ob eine Zahlungspflicht besteht, hängt vielmehr von der **vertraglichen Vereinbarung** zwischen den Beteiligten ab (BGH NJW 1974, 794; DNotZ 1984, 554, 555; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1388, 1389).

## 3. Risiken für den Eigentümer des überbauenden Grundstücks bei Veräußerung des überbauten Grundstücks

### a) Schuldrechtlich rechtmäßiger Überbau

Erteilt der Eigentümer des überbauten Grundstücks zum Überbau seine **Zustimmung**, so wirkt diese **nur schuldrechtlich**. Veräußert der Eigentümer das überbaute Grundstück, ist der Erwerber an die Vereinbarung nicht gebunden, wenn er nicht in sie eintritt. **Gegenüber dem Erwerber** ist der **Überbau rechtswidrig**, jedoch gem. § 912 Abs. 1 BGB (analog) entschuldigt, da der Überbau mit Gestattung des vormaligen Eigentümers errichtet worden ist (BGH DNotZ 1984, 554, 555; OLG Karlsruhe NJW-RR 1988, 524, 525; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 449). Ergibt sich die Duldungspflicht des Erwerbers aus § 912 Abs. 1 BGB, ist wiederum **§ 912 Abs. 2 S. 1 BGB einschlägig** und eine **Überbaurente an den Erwerber** (Neu-Eigentümer) des überbauten Grundstücks zu zahlen (BGH DNotZ 1984, 554, 555; Staudinger/Roth, § 912 Rn. 69). Die vom vormaligen Eigentümer des überbauten Grundstücks erteilte Zustimmung schützt den Eigentümer des überbauenden Grundstücks also nicht mit Wirkung gegenüber künftigen Eigentümern. Ist ein dinglicher **Verzicht** auf die Überbaurente gewünscht, bedarf dieser der **Eintragung** in das Grundbuch (§ 914 Abs. 2 S. 2 BGB). Entsprechendes gilt, wenn sowohl das überbaute als auch das überbauende Grundstück zunächst ein und demselben Eigentümer gehört und daher ein rechtmäßiger Überbau (Eigengrenzüberbau) vorliegt; hier führt das spätere Auseinanderfallen der Eigentümerstellung wiederum zu einem rechtswidrigen Überbau und löst daher gem. § 912 Abs. 2 S. 1 BGB die Zahlung einer Geldrente aus.

### b) Dinglich rechtmäßiger Überbau: Bestellung einer Dienstbarkeit

Durch Bestellung einer Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB) lässt sich eine weiterreichende dingliche Wirkung der Gestattung erzielen. So schließt die Grunddienstbarkeit etwa bereits vor Durchführung des Überbaus die Widerspruchsmöglichkeit (§ 912 Abs. 1 Hs. 4 BGB) des Eigentümers des überbauten Grundstücks aus (vgl. Staudinger/Roth, § 912 Rn. 70). Die Eintragung der Grunddienstbarkeit setzt voraus, dass als Rechtsinhalt

nicht lediglich der gesetzliche Inhalt des § 912 BGB vereinbart, sondern die Duldungspflicht ohne Rücksicht auf die Voraussetzungen des § 912 BGB geregelt wird oder dass zumindest Zweifel ausgeschlossen werden, ob ein entschuldigter Überbau vorliegt (OLG Düsseldorf OLGZ 1978, 19; Staudinger/Roth, § 912 Rn. 70). Die **Duldungspflicht** folgt dann **nicht aus § 912 Abs. 1 BGB, sondern aus der Überbaugrunddienstbarkeit als Belastung des überbauten Grundstücks** (Staudinger/Roth, § 912 Rn. 70; Soergel/Baur, § 912 Rn. 27; Tersteegen, RNotZ 2006, 433, 459). Künftige Eigentümer des überbauten Grundstücks müssen die eingetragene Grunddienstbarkeit gegen sich gelten lassen (BeckOK-BGB/Fritzsche, § 912 Rn. 28; MünchKommBGB/Säcker, § 912 Rn. 46). Auch im Verhältnis zu diesen künftigen Eigentümern ist der Überbau rechtmäßig.

Anders als bei einer nur relativ wirkenden schuldrechtlichen Gestattung **lebt** die Pflicht zur Zahlung einer **Überbaurente** (§ 912 Abs. 2 S. 1 BGB) **mit der Veräußerung des überbauten Grundstücks nicht wieder auf**. Aufgrund der Dienstbarkeit besteht eine Sonderbeziehung, die die gesetzliche Norm des § 912 BGB verdrängt. Aus § 912 Abs. 2 S. 1 BGB kann sich eine Rentenzahlungspflicht daher nicht ergeben. § 912 Abs. 2 BGB betrifft nur die gesetzliche Duldungspflicht des rechtswidrigen entschuldigten Überbaus. Eine analoge Anwendung des § 912 Abs. 2 S. 1 BGB scheidet mangels vergleichbarer Interessenlage im Fall des rechtswidrigen und rechtmäßigen Überbaus aus. Unseres Erachtens ist die **Eintragung des Verzichts auf die Rentenzahlung** gem. § 914 Abs. 2 S. 2 BGB bei Eintragung einer Überbaudienstbarkeit **nicht erforderlich**, denn eine Rente ist in diesem Falle bereits nach den gesetzlichen Bestimmungen nicht geschuldet.

## 4. Zahlung aufgrund Dienstbarkeit oder Nutzungsvertrag?

Besteht damit keine Zahlungspflicht aus § 912 Abs. 2 S. 1 BGB, so fragt sich, ob sich eine solche Pflicht aus der Dienstbarkeit oder einem Nutzungsvertrag ergeben kann.

Gestattet der Eigentümer des überbauten Grundstücks den Überbau, hängt die Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung für den Überbau von den vertraglichen Vereinbarungen zwischen den Beteiligten ab (BGH NJW 1974, 794; DNotZ 1984, 554, 555; OLG Düsseldorf NJW-RR 1998, 1388, 1389). Rechtsprechung und Literatur gehen teilweise davon aus, dass bei Schweigen des Vertrags im Zweifel eine Rente nach § 912 Abs. 2 BGB zu zahlen ist (OLG Frankfurt MDR 1980, 229; Soergel/Baur, § 912 Rn. 28). Teilweise wird formuliert, dass ein Ausgleich dennoch geschuldet sei, wenn die Parteien erkennbar nicht auf einen Ausgleich hätten verzichten wollen (MünchKommBGB/Säcker, § 912 Rn. 48; vgl. auch RGZ 74, 87, 89 [zu wechselseitigen Überbauten]). **Letztlich** kommt es auf eine **Auslegung des Vertrags** an (Horst, MDR 2000, 494, 496 f.).

Beschränken sich die Beteiligten aber nicht auf eine bloß schuldrechtliche Abrede, sondern räumen sie dem Eigentümer des überbauenden Grundstücks eine **Dienstbarkeit** ein, so darf nichts anderes als für alle sonstigen Dienstbarkeiten gelten. Auch die **Einräumung** eines Geh- und Fahrrechts, eines Leitungsrechts oder einer Unterlassungsdienstbarkeit **kann gegen Entgelt gewährt werden**. **Weder die Entgeltlichkeit noch die Unentgeltlichkeit** sind indes als **dinglicher Inhalt der Dienstbarkeit** denkbar (BeckOK-BGB/Wegmann, Std.:

1.5.2013, § 1018 Rn. 46; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. 2014, § 1018 Rn. 12).

Sofern ein Entgelt für die Dienstbarkeitserrichtung zu zahlen ist, kann die entsprechende Abrede im Rahmen der Dienstbarkeitsbestellung offengelegt werden. Insbesondere bietet es sich an, die **Dienstbarkeit oder die Ausübung der Dienstbarkeit bedingt auf die vereinbarte Zahlung** auszugestalten (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1160; MünchKommBGB/Joost, § 1018 Rn. 7; Kersten/Bühling/Basty, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 24. Aufl. 2014, § 64 Rn. 6 M, 8 M, 24 M, 47-48 M; Koller, in: Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 2013, Kap. 4 Rn. 137-139). Dies ist vorliegend jedoch nicht geschehen. Aus der in Bezug genommenen Grundbucheintragung ergibt sich eine entsprechende Einschränkung der Dienstbarkeit nicht.

Eine Pflicht zur Entschädigung mag zwar aus einem neben der Dienstbarkeit abgeschlossenen Nutzungsvertrag folgen. **Im Zweifel ist jedoch neben der Dienstbarkeit kein Nutzungsvertrag** gewollt – wenn also die Beteiligten diesbezüglich keine ausdrückliche Abrede treffen (BGH NJW 1974, 2123; MünchKommBGB/Joost, § 1018 Rn. 8; Palandt/Bassenge, Vor § 1018 Rn. 2). Der Nutzungsvertrag würde außerdem nur die Vertragsparteien binden und keine dingliche Wirkung gegenüber künftigen Eigentümern entfalten. Zumindest vorliegend erscheint die Annahme einer konkludenten schuldrechtlichen Verpflichtung zur Zahlung einer Überbaurente fernliegend. Eigentümer des überbauten Grundstücks ist ursprünglich nämlich eine Tochtergesellschaft des Bauträgers (Eigentümer des überbauenden Grundstücks). Die Pflicht zur Zahlung einer marktüblichen Entschädigung wird angesichts dieses Näheverhältnisses nicht gewollt sein. Allgemein dürfte sich bei der Bestellung von Dienstbarkeiten gleichwohl eine **Klarstellung** empfehlen, dass das Recht unentgeltlich eingeräumt wird bzw. dass keine Pflicht zur Zahlung einer Entschädigung besteht.

## 5. Parallele Eintragungsfähigkeit von Überbaudienstbarkeit und Rentenverzicht

Gleichwohl **kann nach** Ansicht der **Rechtsprechung sowohl der Verzicht** auf die Überbaurente nach § 914 Abs. 2 S. 2 BGB **als auch die Duldungsdienstbarkeit** gem. § 1018 BGB im Grundbuch **eingetragen werden** (OLG Düsseldorf OLGZ 1978, 19; LG Wuppertal MittRhNotK 1997, 146; LG Köln RNotZ 2006, 289; zust. Schöner/Stöber, Rn. 1168). Aus den Entscheidungen ergibt sich u. E. aber kein Anhaltspunkt dafür, dass eine Überbaurente gem. § 912 Abs. 2 S. 1 BGB trotz der Grunddienstbarkeit zu zahlen ist. Die Gerichte beschränken sich in ihrer Argumentation auf die Feststellung, dass ein Verzicht eingetragen werden könne, wenn zweifelhaft sei, ob der Überbau entschuldigt oder unentschuldigt gewesen sei (OLG Düsseldorf OLGZ 1978, 19; LG Wuppertal MittRhNotK 1997, 146). Teilweise stützt sich die Rechtsprechung auch darauf, dass die Eintragung für den Verzicht erforderlich sei, weil sich ein rein schuldrechtlicher Verzicht nicht bindend gegenüber etwaigen Rechtsnachfolgern vereinbaren lasse (LG Köln RNotZ 2006, 289, 290). Diese Argumentation ist zwar bei isolierter Betrachtung des Verzichts zutreffend, übersieht aber das Zusammenspiel mit der Dienstbarkeit, die einen gesetzlichen Anspruch auf die Überbaurente (§ 912 Abs. 2 S. 1 BGB) ausschließt. Bedeutung kann die Eintragung des Rentenverzichts allerdings dann erlangen, wenn der

Rentenverzicht eigenständig neben der Dienstbarkeit stehen und von deren Fortbestand unabhängig sein soll.

## 6. Ergebnis

**Unseres Erachtens** ist die **Eintragung des Rentenverzichts überflüssig**. Die Duldungspflicht folgt aus dem Inhalt der Dienstbarkeit. Der Überbau ist rechtmäßig. Solange die Dienstbarkeit besteht, ist weder an den gegenwärtigen noch an einen künftigen Eigentümer des überbauten Grundstücks eine Rente gem. § 912 Abs. 2 S. 1 BGB zu zahlen.

---

## BGB §§ 2033, 1068 ff., 892 Abs. 1 S. 2 Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers bzgl. Bestellung eines Nießbrauchs an Erbteilen

### I. Sachverhalt

Der Erblasser hat in einem privatschriftlichen Testament seine Ehefrau – zu ½ – und seine zwei Kinder – je zu ¼ – als Erben eingesetzt. Im Wege des Vermächtnisses hat er seiner Ehefrau den Nießbrauch an den Erbteilen der Kinder zugewendet. Ferner hat er die Ehefrau als Testamentsvollstreckerin eingesetzt.

Das Vermächtnis soll nunmehr durch Bestellung der Nießbrauchsrechte an den Erbteilen der Kinder vollzogen werden.

### II. Fragen

1. Kann die Witwe als Testamentsvollstreckerin den Nießbrauch für sich selbst ohne Mitwirkung der Kinder bestellen?
2. Kann der Nießbrauch an den Erbteilen im Grundbuch vermerkt werden?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Bestellung des Nießbrauchs am Erbteil

Vom Nießbrauch am Nachlass oder an einem Bruchteil des Nachlasses ist der Nießbrauch am Erbteil eines Miterben zu unterscheiden. Während der Nießbrauch am Nachlass auf den Nachlassgegenständen lastet, stellt der Nießbrauch am Erbteil den **Nießbrauch an einem Recht** dar.

Als Rechtsnießbrauch ist der Nießbrauch an einem Erbteil gem. den §§ 1068 ff. BGB zu bestellen (OLG München JFG 21, 171, 177). Daraus folgt, dass die Einräumung des Nießbrauchs der **notariellen Beurkundung nach §§ 1069 Abs. 1, 2033 Abs. 1 S. 2 BGB** bedarf (Palandt/Weidlich, BGB, 73. Aufl. 2014, § 2033 Rn. 1). Bei Nichtbeachtung der Form ist die Verfügung gem. § 125 S. 1 BGB nichtig (vgl. Staudinger/Werner, BGB, Neubearb. 2010, § 2033 Rn. 17).

Vorliegend kommt es auf die **Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers** hinsichtlich der Erbteile an. Es ist anerkannt, dass sich das Verfügungsrecht des Testamentsvollstreckers **nur auf die einzelnen Nachlassgegenstände** bezieht (vgl. § 2205 S. 2 BGB), nicht aber auf die Anteile mehrerer Erben am Nachlass. Die Verfügungsbefugnis über einen solchen Anteil steht allein den Miterben zu (BGH NJW 1984, 2464). Der Erblasser kann sie dem Testamentsvollstrecker auch nicht einräumen oder Verfügungen mit Wirkung gegenüber Dritten von seiner Zustimmung abhängig machen (Staudinger/Reimann, Neubearb. 2012, § 2205 Rn. 33; Palandt/Weidlich, § 2205

Rn. 26). Diese Beschränkung gilt für jegliche Verfügung über den Erbteil, also für die Übertragung ebenso wie etwa für die Belastung mit einem Nießbrauch (a. A. Kraiß, BWNöZ 1986, 12, 13; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 21. Aufl. 2013, Rn. 242).

## 2. Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch

Der Umstand, dass der Nießbrauch an einem Erbteil einen reinen Rechtsnießbrauch darstellt, spricht an sich gegen die Möglichkeit, diesen im Grundbuch einzutragen. Da allerdings der Nießbrauch an einem Erbteil (ähnlich wie eine Verpfändung oder Pfändung) eine **Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Miterben** bewirkt, **kann diese Verfügungsbeschränkung berichtigend im Grundbuch eines nachlasszugehörigen Grundstücks eingetragen werden** (vgl. § 892 Abs. 1 S. 2 BGB; zum entsprechenden Fall des Nießbrauchs an einem BGB-Gesellschaftsanteil OLG Hamm DNotZ 1977, 376; zum Nießbrauch am Erbteil ausdrücklich Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1366 m. Formulierungsbeispiel; Staudinger/Frank, Neubearb. 2012, § 1089 Rn. 30). Dies folgt aus einer analogen, genauer gesagt erweiternden Anwendung von § 1071 BGB, denn das betroffene Grundstück ist nicht unmittelbarer Gegenstand des nießbrauchsbelasteten Rechts (und damit auch des Nießbrauchs), sondern nur Gegenstand des gesamthänderisch gebundenen Vermögens, auf das sich die Berechtigung des Nießbrauchers bezieht.

Die Eintragung erfolgt im Wege der **Grundbuchberichtigung**, wobei der Unrichtigkeitsnachweis gem. §§ 22 Abs. 1, 29 GBO durch Vorlage der notariellen Urkunde über die Bestellung des Nießbrauchs geführt werden kann. Antragsberechtigt ist sowohl der verfügende als auch der erwerbende Beteiligte, vorliegend sind es also der Inhaber des Erbteils und der Nießbrauchsberechtigte (vgl. Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl. 2009, § 22 Rn. 88).

## 3. Ergebnis

Aufseiten der Besteller müssen die Erben an der Bestellung des Nießbrauchs an den Erbteilen mitwirken, da der Testamentsvollstrecker nicht zur Verfügung über die Erbteile befugt ist. Der Nießbrauch am Erbteil kann im Wege der Grundbuchberichtigung am nachlasszugehörigen Grundbesitz eingetragen werden.

## 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.

**BGB §§ 1113, 1191; GBO § 28**  
**(Un-)Zulässigkeit von wertgesicherten Grundpfandrechten**  
Abruf-Nr.: 135389

**Erbbaurecht §§ 5, 7, 9 Abs. 3 Nr. 1; BGB §§ 273, 320, 1105; WEG § 30**  
**Veräußerung eines Wohnungserbbaurechts; Zustimmung des Eigentümers; Eintragung einer weiteren**

**Reallast; Vereinbarung der Versteigerungsfestigkeit; Zurückbehaltungsrecht; Änderung des Inhalts einer auf einem Wohnungserbbaurecht lastenden Reallast**  
Abruf-Nr.: 134493

## Rechtsprechung

**HGB §§ 105, 161; StBerG §§ 49 Abs. 2, 57 Abs. 3 Nr. 3**

**Eintragung einer Steuerberatungsgesellschaft als Kommanditgesellschaft ins Handelsregister; freiberufliche Tätigkeit; Treuhandltätigkeit**

**Eine Steuerberatungsgesellschaft in der Form einer Kommanditgesellschaft mit dem Gesellschaftszweck „geschäftsmäßige Hilfeleistung in Steuersachen einschließlich der Treuhandltätigkeit“ kann im Handelsregister eingetragen werden.**

BGH, Beschl. v. 15.7.2014 – II ZB 2/13

### Problem

Nach den §§ 161 Abs. 2, 105 HGB steht Freiberuflern und damit auch **Steuerberatungsgesellschaften** die Rechtsform der Kommanditgesellschaft nicht zur Verfügung, da sie **kein Handelsgewerbe** betreiben. Gem. § 49 Abs. 2 StBerG können Kommanditgesellschaften jedoch als Steuerberatungsgesellschaft anerkannt werden, wenn sie **wegen ihrer Treuhandltätigkeit** als Handelsgesellschaft **in das Handelsregister eingetragen** sind. Die §§ 50 Abs. 1 S. 3, 50a StBerG eröffnen außerdem die Möglichkeit einer Steuerberatungsgesellschaft in der Form der GmbH & Co. KG.

Umstritten war die Eintragungsfähigkeit der Steuerberatungsgesellschaft als KG (vorliegend: als GmbH & Co. KG), wenn sie die Treuhandltätigkeit nur unter anderem und nicht schwerpunktmäßig als Unternehmenszweck verfolgte (vgl. die Vorinstanz OLG Dresden NZG 2013, 873, 874 m. w. N). Der **BGH** hat den Streit nunmehr entschieden und eine **untergeordnete Treuhandltätigkeit** für **ausreichend** befunden.

### Entscheidung

Der BGH hebt zunächst hervor, dass eine Gesellschaft als OHG oder KG nur eintragungsfähig ist, wenn sich ihr **Zweck schwerpunktmäßig** auf den **Betrieb eines Handelsgewerbes** richtet (§§ 1, 105, 161 HGB). Unter diesem Gesichtspunkt sei die freiberufliche Steuerberatungsgesellschaft mit bloß untergeordneter Treuhandltätigkeit nicht als KG eintragungsfähig. Die Steuerberatungsgesellschaft könne nach h. A. auch nicht gem. § 105 Abs. 2 S. 1 HGB als Handelsgesellschaft eingetragen werden.

Die Zulässigkeit der Eintragung ergebe sich jedoch aus **§ 49 Abs. 2 StBerG**. Bei dieser Vorschrift handele es sich im Verhältnis zu **§ 105 Abs. 1 HGB** um eine **spezialgesetzliche Regelung**. Nach § 49 Abs. 2 StBerG könne eine Steuerberatungsgesellschaft als Personenhandels-gesellschaft gegründet werden, wenn sie *neben* der sie prägenden geschäftsmäßigen Hilfeleistung in Steuersachen auch die ihr berufsrechtlich gestattete Treuhandltätigkeit ausübe (§ 57 Abs. 3 Nr. 3 StBerG). Dies ergebe sich aus der **Gesetzgebungsgeschichte**. In den Materialien zu § 49

Abs. 2 StBerG habe der Gesetzgeber an die entsprechende Bestimmung des § 27 Abs. 2 WPO für Wirtschaftsprüfer-Personenhandelsgesellschaften angeknüpft. Aus der Gesetzesbegründung zu dieser Bestimmung und aus der tatsächlichen Entwicklungsgeschichte der Eintragung von Wirtschaftsprüfer-Personenhandelsgesellschaften folge, dass der Gesetzgeber die Eintragung als Handelsgesellschaft auch bei einer untergeordneten Treuhandltätigkeit als zulässig ansehe. Es gebe und habe **keine nennenswerte Zahl von Wirtschaftsprüfungs- und Steuerberatungsgesellschaften gegeben, die schwerpunktmäßig eine Treuhandltätigkeit entfalteten**. Man könne dem Gesetzgeber aber nicht unterstellen, dass er eine inhaltsleere Regelung habe schaffen wollen. Deswegen müssten § 49 Abs. 2 StBerG und § 27 Abs. 2 WPO so ausgelegt werden, dass als Gesellschaftszweck **bereits untergeordnete Treuhandltätigkeiten ausreichen, um eine Wirtschaftsprüfungs- oder Steuerberatungsgesellschaft in Form der Personenhandelsgesellschaft zu gründen**. Der BGH erkennt auch unter steuerlichen und haftungsrechtlichen Aspekten ein Bedürfnis der Wirtschaftsprüfer und Steuerberater an, für ihre Gesellschaften mit untergeordneter Treuhandltätigkeit die Rechtsform der GmbH & Co. KG zu wählen.

---

## BGB §§ 1901a, 1904 Genehmigung des Betreuungsgerichts bei Einstellung lebenserhaltender Maßnahmen

a) Der Abbruch einer lebenserhaltenden Maßnahme bedarf dann nicht der betreuungsgerichtlichen Genehmigung nach § 1904 Abs. 2 BGB, wenn der Betroffene einen entsprechenden eigenen Willen bereits in einer wirksamen Patientenverfügung (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt hat und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutrifft. Im Übrigen differenziert § 1901a Abs. 2 Satz 1 BGB zwischen den Behandlungswünschen einerseits und dem mutmaßlichen Willen des Betroffenen andererseits.

b) Das Vorliegen einer Grunderkrankung mit einem „irreversibel tödlichen Verlauf“ ist nicht Voraussetzung für den zulässigen Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen. Für die Verbindlichkeit des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens eines aktuell einwilligungsunfähigen Betroffenen kommt es nicht auf die Art und das Stadium der Erkrankung an (§ 1901a Abs. 3 BGB).

c) Für die Feststellung des behandlungsbezogenen Patientenwillens gelten strenge Beweismaßstäbe, die der hohen Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter Rechnung zu tragen haben. Dabei ist nicht danach zu differenzieren, ob der Tod des Betroffenen unmittelbar bevorsteht oder nicht (Abgrenzung zu Senatsbeschluss BGHZ 154, 205 = FamRZ 2003, 748).

BGH, Beschl. v. 17.9.2014 – XII ZB 202/13

### Problem

Der BGH (XII. Zivilsenat) befasst sich in der Entscheidung erstmals seit der gesetzlichen Regelung der Patientenverfügung durch das 3. BtÄndG mit der Frage, wann eine betreuungsgerichtliche Genehmigung zum Abbruch lebenserhaltender Maßnahmen zu erteilen ist.

Die Betroffene hat 2009 eine Gehirnblutung mit der Folge eines apallischen Syndroms erlitten. Sie liegt im Wachkoma und wird über eine PEG-Magensonde künstlich ernährt. Die Betroffene hat keine Patientenverfügung errichtet. Sie hat sich aber u. a. gegenüber einer Zeugin dahingehend geäußert, dass sie nicht künstlich am Leben bleiben wolle, falls sie – wie die 39-jährige Nichte der Zeugin – ebenfalls in ein Wachkoma fallen sollte. Ihre Betreuer (Ehemann und Tochter) haben die betreuungsgerichtliche Genehmigung des Widerrufs der Einwilligung bzw. der Nichteinwilligung in lebenserhaltende ärztliche Maßnahmen beantragt. Sowohl Betreuungsgericht als auch Beschwerdegericht haben die Erteilung der Genehmigung versagt; es könne nicht zweifelsfrei festgestellt werden, dass die Betroffene die Einstellung der künstlichen Ernährung gewollt habe.

### Entscheidung

Die dagegen gerichtete Rechtsbeschwerde vor dem BGH hat Erfolg. Der BGH führt zunächst aus, dass eine betreuungsgerichtliche **Genehmigung gem. § 1904 Abs. 2 BGB erforderlich** sei, denn der **Widerruf der Einwilligung** in die künstliche Ernährung mittels einer PEG-Magensonde führe die **Gefahr des Todes** herbei.

Eine **Genehmigung** sei zwar **entbehrlich, wenn** der Betroffene seinen Willen in einer **Patientenverfügung** (§ 1901a Abs. 1 BGB) niedergelegt habe und diese auf die konkret eingetretene Lebens- und Behandlungssituation zutreffe. Sei dies der Fall, bedürfe es **bereits keiner Einwilligung** des Betreuers gem. § 1904 Abs. 2 BGB, da der Betroffene die Entscheidung selbst in einer alle Beteiligten bindenden Weise getroffen habe. Dem Betreuer obliege es nur, dem in der Patientenverfügung niedergelegten Willen des Betroffenen Ausdruck und Geltung zu verschaffen (§ 1901a Abs. 1 S. 2 BGB). Eine Genehmigung komme daher lediglich bei der Einwilligung in Betracht.

Vorliegend habe die Betroffene aber **keine Patientenverfügung** errichtet. Deshalb **müsse der Betreuer nach § 1901a Abs. 2 BGB die Entscheidung** über die Einwilligung oder Nichteinwilligung **treffen** und dabei den Behandlungswünschen oder dem mutmaßlichen Willen des Betreuten Geltung verschaffen. Die **Nicht-Einwilligung** sei gem. § 1904 Abs. 2 BGB **genehmigungspflichtig**. Eine **Ausnahme** gelte nur, wenn zwischen dem Betreuer und dem behandelnden Arzt **Einvernehmen** darüber bestehe, dass die Nichterteilung oder der Widerruf der Einwilligung dem nach § 1901a BGB festgestellten Willen des Betreuten entspreche (§ 1904 Abs. 4 BGB). Diese Voraussetzung sei konkret aber nicht gegeben.

Fraglich war, ob die Betreuer die Einwilligung oder Nichteinwilligung erklären konnten, obwohl sich die Betroffene im Wachkoma befand. Nach Auffassung des BGH dürfen lebenserhaltende Maßnahmen auch dann abgebrochen werden, wenn **keine Grunderkrankung mit einem „irreversibel tödlichen Verlauf“** vorliegt (a. A. noch BGHZ 154, 205 = DNotZ 2003, 850). § 1901a Abs. 3 BGB stelle klar, dass es für die Verbindlichkeit des tatsächlichen oder mutmaßlichen Willens nicht auf die Art und das Stadium der Erkrankung ankomme. Es sei nicht erforderlich, dass der Sterbevorgang bereits eingesetzt habe.

Die betreuungsgerichtliche **Genehmigung** sei **zu erteilen**, wenn die Nichteinwilligung oder der Widerruf der Einwilligung dem **Willen des Betreuten** entspreche (§ 1904 Abs. 3 BGB). Dabei seien die in § 1901a Abs. 2

BGB genannten Anhaltspunkte heranzuziehen. **Vorrangig** seien **Behandlungswünsche i. S. d. § 1901a Abs. 2 BGB**. Behandlungswünsche seien Äußerungen, die Festlegungen für eine konkrete Lebens- und Behandlungssituation enthielten, aber den Anforderungen an eine Patientenverfügung i. S. d. § 1901a Abs. 1 BGB nicht genügten. Der geäußerte Wille bzw. Behandlungswunsch müsse jedoch **hinreichend konkrete Entscheidungen des Betroffenen** über die Einwilligung oder Nichteinwilligung in bestimmte, noch nicht unmittelbar bevorstehende ärztliche Maßnahmen erkennen lassen.

Der **mutmaßliche Wille** sei nur **hilfsweise** heranzuziehen, wenn sich der wirkliche geäußerte Wille des Betroffenen nicht ermitteln lasse. Die bei Ermittlung des mutmaßlichen Willens anzulegenden **Beweismaßstäbe** seien **streng**, würden **aber unabhängig davon** gelten, **ob der Tod** des Betroffenen **unmittelbar bevorstehe oder nicht**.

Abschließend weist der BGH darauf hin, dass die Entscheidung des Beschwerdegerichts diesen Grundsätzen nicht gerecht werde; es habe u. a. nicht hinreichend ermittelt, ob ein auf Behandlungsabbruch gerichteter Behandlungswunsch vorgelegen habe, der die Erteilung der Genehmigung ermöglicht hätte.



## Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter **[www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de) Internet: [www.dnoti.de](http://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