

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 515 – Entgeltliche Finanzierungshilfe beim Mietkauf; Mietvertrag mit der Option, den gezahlten Mietzins auf den verzinsten Kaufpreis anzurechnen

BGB §§ 656d, 463 – Vereinbarung einer konstitutiven Maklerklausel; Wirkung gegenüber Vorkaufsberechtigtem; Notwendigkeit der hälftigen Teilung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 2247, 2267 – Erbeinsetzung in einer formunwirksamen Anlage zum Testament

GmbHG §§ 9c Abs. 1, 8 Abs. 4 Nr. 1; GNotKG § 13 S. 1; FamFG § 68 Abs. 1 S. 1 – Erfordernis einer inländischen Geschäftsanschrift bei der Gründung der GmbH

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 515

#### Entgeltliche Finanzierungshilfe beim Mietkauf; Mietvertrag mit der Option, den gezahlten Mietzins auf den verzinsten Kaufpreis anzurechnen

##### I. Sachverhalt

Zwischen einer GmbH als Eigentümerin und einem Verbraucher soll ein Mietvertrag nebst Ankaufsrecht abgeschlossen werden. Die Miete soll auf den künftig ggf. fällig werdenden, zu verzinsenden Kaufpreis angerechnet werden.

##### II. Fragen

1. Sind die Bestimmungen zur entgeltlichen Finanzierungshilfe anwendbar, obwohl keine der in § 506 Abs. 2 BGB aufgeführten Voraussetzungen vorliegt?

2. Gelten die Bestimmungen zur unentgeltlichen Finanzierungshilfe gem. § 515 BGB und die Paragraphen, auf die dort verwiesen wird, sofern die Bestimmungen zur entgeltlichen Finanzierungshilfe nicht anwendbar sind?

##### III. Zur Rechtslage

Gem. § 506 Abs. 1 S. 1 BGB gelten besondere Vorschriften für einen entgeltlichen Zahlungsaufschub oder sonstige entgeltliche Finanzierungshilfen, die ein Unternehmer einem Verbraucher gewährt. Hier liegt ein Mietkauf vor, d. h. ein Mietvertrag, bei dem der Mieter das Recht hat, innerhalb einer bestimmten Frist die Sache zu einem vorher bestimmten Preis zu kaufen, wobei die Miete ganz oder zum Teil auf den Kaufpreis angerechnet wird (BGH NJW-RR 1990, 1257, 1258). Es stellt sich die Frage, ob der Mietkauf unter § 506 BGB fällt.

##### 1. Zahlungsaufschub

§ 506 Abs. 1 S. 1 BGB bezieht sich zum einen auf den Fall eines **Zahlungsaufschubs**. Ein Zahlungsaufschub liegt im vorliegenden Fall jedoch nicht vor, weil die

Zahlung des Kaufpreises nach den gesetzlichen Bestimmungen erst mit dem Abschluss des Kaufvertrags anfällt (vgl. MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, § 506 Rn. 30; Hügel, in: Hügel/Salzig, Mietkauf, 2. Aufl. 2010, B Rn. 164, Mairose, RNotZ 2012, 467, 475). Auch handelt es sich nicht um ein Teilzahlungsgeschäft (als Sonderform des Zahlungsaufschubs, BeckOGK-BGB/Haertlein, Std.: 1.12.2021, § 506 Rn. 47), da das Grundstück nicht gegen Teilzahlungen übereignet wird (vgl. die Legaldefinition der Teilzahlung in § 506 Abs. 3 BGB), sondern die Zahlung des Kaufpreises erst mit Ausübung der Option durch den Verbraucher fällig wird.

## 2. Entgeltliche Finanzierungshilfe

Die Konstruktion könnte jedoch eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe sein. „**Entgeltlichkeit**“ bezieht sich auf die Finanzierungshilfe, nicht auf den finanzierten Vertrag (hier also den Kaufvertrag). Die Finanzierungshilfe ist dann entgeltlich, wenn für ihre Inanspruchnahme eine zusätzliche oder höhere Gegenleistung gefordert wird; dies kann rechtlich auf verschiedene Arten konstruiert werden (Hügel, B Rn. 163; BeckOGK-BGB/Haertlein, § 506 Rn. 15; MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 506 Rn. 7 und § 491 Rn. 37 f.). Ein solches Entgelt liegt etwa dann vor, wenn die gezahlten Mietzinsen nur teilweise angerechnet werden, lässt sich aber auch dann bejahen, wenn der Kaufpreis sich verzinst (wie hier), da dies dazu führt, dass für eine längere Inanspruchnahme der Mietzinsanrechnung (also eine spätere Ausübung der Option) ein höherer Kaufpreis zu zahlen ist.

Es muss ferner eine „**Finanzierungshilfe**“ vorliegen. Nach § 506 Abs. 2 S. 1 BGB gelten bestimmte Verträge über die entgeltliche Nutzung als entgeltliche Finanzierungshilfe. Diese Vorschrift greift hier jedoch nicht ein, da der Erwerber frei darüber entscheiden kann, ob er den Gegenstand erwirbt. Der Verbraucher ist weder zum Erwerb des Grundstücks verpflichtet (§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB) noch kann der Unternehmer vom Verbraucher den Erwerb des Gegenstands verlangen (§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB). Auch für einen bestimmten Wert des Gegenstandes bei Beendigung des Vertrages hat der Verbraucher nicht einzustehen (§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB).

Fraglich ist jedoch, ob auch in den Fällen, die nicht unter § 506 Abs. 2 S. 1 BGB fallen, auf § 506 Abs. 1 S. 1 Var. 2 BGB als allgemeine Definition der Finanzierungshilfe zurückgegriffen werden kann. Nach in der Literatur teilweise vertretener Ansicht gilt der bisherige Begriff der Finanzierungshilfe auch nach der Neufassung des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkre-

ditrichtlinie fort (vgl. Bülow, in: Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl. 2016, § 506 BGB Rn. 81, 83; Bülow, WM 2014, 1413, 1414). Demgegenüber geht die überwiegende Meinung davon aus, § 506 Abs. 2 S. 1 BGB enthalte eine **abschließende Aufzählung der entgeltlichen Finanzierungshilfe** (OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1069; OLG Hamm BeckRS 2020, 25026, Rn. 62; Godefroid, SVR 2013, 161, 164; Skusa, NJW 2011, 2993, 2996; MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 506 Rn. 25, 28). Dieser Ansicht hat sich der BGH in einem Urteil vom 24.2.2021 angeschlossen (BGH NJW 2021, 1942). Er hat ausgeführt, der Gesetzgeber habe eine klare Unterscheidung zwischen Nutzungsverträgen und Finanzierungshilfen treffen wollen. Die überschießende Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zeige, dass der Gesetzgeber die Aufzählung in § 506 Abs. 2 als abschließende Aufzählung gemeint habe. Anderes folge auch nicht aus der Gesetzesbegründung (BGH NJW 2021, 1942, 1944 f., Rn. 29-36).

Die Begründung überzeugt. Zumindest für die Praxis dürfte daher davon auszugehen sein, dass auch **Mietkaufverträge**, die sich – wie vorliegend – *nicht* unter die Voraussetzungen des § 506 Abs. 2 S. 1 BGB subsumieren lassen, **keine entgeltliche Finanzierungshilfe i. S. d. § 506 BGB darstellen**. Die frühere Literaturauffassung, die mit dem Argument, dass die unter der Bedingung der Optionsausübung stehende Kaufpreisforderung kreditiert werde und die Gestaltung damit einem Darlehen gleichkomme, davon ausgegangen ist, dass der Mietkauf eine sonstige Finanzierungshilfe sei (vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rn. 12; Hügel, B Rn. 166; Mairose, RNotZ 2012, 467, 475; Drettmann/Jatzek, in: Bub/Treier, Handbuch der Geschäfts- und Wohnraummiete, 5. Aufl. 2019, Kap. I, Rn. 92; BeckOK-BGB/Möller, Std.: 1.5.2021, § 506 Rn. 9; Krauß, Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 1 Rn. 84; zur Rechtslage vor 2014 Staudinger/Kessal-Wulf, BGB, 2012, § 506 Rn. 38; einschränkend (unterfallen dem Verbraucherkreditrecht nur noch in Fällen des § 506 Abs. 2 BGB) MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 506 Rn. 30; ablehnend jetzt wohl auch zum Fall des Mietkaufs BeckOGK-BGB/Haertlein, § 506 Rn. 28), dürfte damit überholt sein. Wir weisen allerdings darauf hin, dass explizite Rechtsprechung zum Mietkauf noch nicht ergangen ist; auch eine Einordnung der Entscheidung des BGH durch die Literatur mit Blick auf den Mietkauf steht überwiegend noch aus.

§ 506 BGB könnte ausnahmsweise doch anwendbar sein, wenn die vertragliche Gestaltung so ist, dass der Verbraucher zwar nicht rechtlich (dann läge ein Fall des

(§ 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB vor), aber **wirtschaftlich zum Erwerb des Grundstücks gleichsam gezwungen** ist. Entsprechend wird teilweise die jedenfalls entsprechende Anwendung und damit die Qualifizierung des Mietkaufs als Finanzierungshilfe bejaht, wenn es „**wirtschaftlicher Vernunft**“ **entgegenstände, die Option nicht auszuüben**, etwa weil während einer unkündbaren Grundmietzeit bereits Amortisation eingetreten sei (Bülow, in: Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 9. Aufl. 2016, § 506 Rn. 78; ähnlich Skusa, NJW 2011, 2993, 2998). Als methodische Grundlage hierfür kommt eine **Analogie** zu einer der drei Tatbestandsalternativen – hier § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB – oder die nach § 512 BGB erfasste **Umgehung** in Betracht (für Letzteres Skusa, NJW 2011, 2993, 2998). Die Hürden für eine Analogie dürften allerdings hoch liegen. Es ist insgesamt nicht folgerichtig, durch eine Analogie den Katalog des § 506 Abs. 2 BGB doch wieder auszuweiten. Auch der BGH hat eine analoge Anwendung von § 506 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB auf Leasingverträge mit Kilometerabrechnung abgelehnt (BGH NJW 2021, 1942, 1946, Rn. 43 entgegen OLG Düsseldorf NJW-RR 2013, 1069, Rn. 27). Der Gesetzesbegründung sei eine planwidrige Regelungslücke nicht zu entnehmen, insbesondere gehe daraus nicht hervor, dass der Gesetzgeber das bisherige Verbraucherschutzniveau habe erhalten wollen. Diese Begründung dürfte sich auch auf den in § 506 Abs. 2 BGB ebenfalls nicht erwähnten Fall des Mietkaufs übertragen lassen. Um zu argumentieren, dass der Fall eine Umgehung der Erwerbspflicht darstelle, müssten die Verhältnisse ebenfalls so extrem sein, dass der Verbraucher „objektiv betrachtet die Kaufoption ausüben wird“ (Skusa, NJW 2011, 2993, 2998 mit dem Beispiel eines Kaufpreises von einem Euro bei einem Verkehrswert von 10.000 Euro). Ob ein solcher Fall hier vorliegt, kann von uns nicht beurteilt werden.

### 3. Keine Unentgeltlichkeit

Mangels Unentgeltlichkeit greift auch § 515 BGB nicht ein, da § 515 BGB nur unentgeltliche Zahlungsaufschübe oder Finanzierungshilfen erfasst (MünchKommBGB/Schürnbrand/Weber, § 515 Rn. 2; BeckOGK-BGB/Harnos, Std.: 1.9.2021, § 515 Rn. 4; zur Bejahung der Entgeltlichkeit s. bereits oben 2.).

---

## BGB §§ 656d, 463

### Vereinbarung einer konstitutiven Maklerklausel; Wirkung gegenüber Vorkaufsberechtigtem; Notwendigkeit der hälftigen Teilung

---

#### I. Sachverhalt

Es soll ein mit einem Mehrfamilienhaus bebautes

Grundstück verkauft werden. Käufer und Verkäufer sind Unternehmer. Das Grundstück wurde vom Verkäufer nach WEG aufgeteilt; die Teilung ist allerdings noch nicht vollzogen. Die Wohnungen sind vermietet. Die Mieter haben ein Vorkaufsrecht. Der Kaufvertrag wurde von einem Makler vermittelt, dem der Käufer nach dem Maklervertrag die gesamte Maklerprovision schuldet. Aufgrund der Vorkaufsrechte bestehen Käufer und Verkäufer auf der Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel. In einer Anlage zum Kaufvertrag sollen die Kaufpreise für die einzelnen Wohnungen aufgenommen werden, außerdem soll dort die anteilig auf die jeweilige Wohnung entfallende Maklerprovision aufgeführt werden.

#### II. Fragen

1. Was gilt bezüglich der Maklerprovision, wenn ein Mieter ein Vorkaufsrecht ausübt?
2. Muss dieser dann die auf die Wohnung entfallende Maklerprovision vollständig zahlen oder aufgrund der Neuregelung des Maklerrechts lediglich zu 50%?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Zulässigkeit und Wirkung einer konstitutiven Maklerklausel

Nach der Rechtsprechung des BGH handelt es sich bei einer konstitutiven Maklerklausel grundsätzlich *nicht* um einen „Fremdkörper“ im Kaufvertrag (BGH NJW 1996, 654, 655 f.; BGH NJW-RR 2007, 563, 564; BGH WM 1963, 31, 32). Infolgedessen bindet eine derartige Vereinbarung auch den Vorkaufsberechtigten im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts. Obgleich dies in der Literatur teilweise abgelehnt wird (BeckOGK-BGB/Daum, Std.: 1.1.2022, § 464 Rn. 22; Grziwotz, DVBl 2020, 1119, 1120; Roth, ZfIR 2014, 85, 90; Tiedtke, JZ 1997, 931, 932 f.), ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bestand haben wird. Sie ist deswegen gerechtfertigt, weil dem Vorkaufsberechtigten nur auf diese Weise die Kosten für den Makler auferlegt werden können und somit das wirtschaftlich geplante Ergebnis, dass der Vorkaufsberechtigte das Objekt zum selben Preis wie der ursprüngliche Erstkäufer erwerben kann, erreicht wird (so auch Grziwotz, MDR 2004, 61, 62; Leitmeier, DNotZ 2019, 648, 656; Lindemann/Moormann, MDR 2007, 1113; Meier, notar 2021, 35, 43; Wälzholz, MittBayNot 2000, 357, 359). Würde man auf die Aufnahme einer konstitutiven Maklerklausel verzichten, so könnte im Ergebnis ökonomisch der Vorkaufsberechtigte den Erwerb zu einem geringeren Preis als der Erstkäufer realisieren. Insoweit hat nämlich der Erstkäufer regelmäßig faktisch keine Entscheidungsfreiheit darüber, ob er einen Makler einschalten will, da er nur bei Abschluss eines

entsprechenden Maklervertrags in der Lage ist, das Objekt zu erwerben. Diese Situation wird durch eine konstitutive Maklerklausel abgebildet, sodass ihre Anerkennung aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt ist.

## 2. Auswirkungen der Neuregelung des Maklerrechts

Die §§ 656b ff. BGB enthalten spezifische Beschränkungen für die Aufteilung der anfallenden Maklercourtage zwischen Käufer und Verkäufer. Dabei normiert § 656d BGB auch Vorgaben über konstitutive Maklerklauseln in der Form eines Vertrages zugunsten Dritter (Meier, notar 2021, 35, 43). Dies ergibt sich daraus, dass die Gesetzesbegründung (BTDrucks. 19/15827, 20) derartige Vereinbarungen explizit dem Anwendungsbereich der Norm zuweist und daher die Vorschrift trotz des nicht eindeutigen Wortlauts auf diese Sachverhalte anzuwenden ist. In der Folge darf maximal die Hälfte der Maklerprovision auf die Seite des Vertrages verlagert werden, die mit dem Makler keinen Vertrag geschlossen hat. Haben beide Seiten mit dem Makler einen Vertrag geschlossen, ist nach § 656c BGB sogar eine exakt hälftige Teilung vorgeschrieben. Allerdings bestimmt § 656b BGB als Anwendungsvoraussetzung für §§ 656c und 656d BGB, dass der Käufer Verbraucher sein muss. Ist er Unternehmer, gelten die Vorgaben folglich nicht.

Im mitgeteilten Sachverhalt ist der Käufer im ursprünglichen Kaufvertrag Unternehmer, sodass die entsprechenden Beschränkungen auf die Vereinbarung zwischen Verkäufer und Käufer nicht anzuwenden sind. Fraglich ist aber, ob sich an dieser Einschätzung etwas ändert, wenn der Vorkaufsberechtigte Verbraucher ist und vom Vorkaufsrecht Gebrauch macht.

Gem. § 464 Abs. 2 BGB kommt durch die Ausübung des Vorkaufsrechts zwischen dem Vorkaufsberechtigten und dem Verkäufer ein weiterer Kaufvertrag mit identischen Bedingungen zustande. Dies könnte zu der Annahme führen, dass insoweit auch jeweils in Bezug auf den neuen Vertragspartner die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der enthaltenen Vertragsklauseln zu prüfen ist.

Nach unserer Auffassung würde eine solche Betrachtung allerdings zu kurz greifen. § 464 Abs. 2 BGB bestimmt, dass mit dem Vorkaufsberechtigten ein Vertrag zu *identischen* Bedingungen wie mit dem Erstkäufer zustande kommen soll. Der Vorkaufsberechtigte hat hiernach die Fristen und Konditionen des ausgehandelten Geschäfts so hinzunehmen, wie sie zwischen den ursprünglichen Beteiligten vereinbart wurden (BGH WM 1973, 1403, 1404). Dies zeigt, dass der Vorkaufsberechtig

berechtigte zwar grundsätzlich nicht schlechter, aber eben auch nicht besser stehen soll als der Erstkäufer. Zudem hat der Verkäufer ein schützenswertes Interesse daran, dass er die Bedingungen, die er gegenüber dem Erstkäufer ausgehandelt hat, ebenso auch im Verhältnis zum Vorkaufsberechtigten durchsetzen kann. Andernfalls wird die ursprüngliche Vertragsparität gefährdet, wenn gegenüber dem Vorkaufsberechtigten nur einzelne Klauseln Gültigkeit beanspruchen und spezifische Vergünstigungen des Verkäufers, die sich auf die Vertragsgestaltung insgesamt ausgewirkt haben mögen, nunmehr durch den Vorkaufsfall entfallen würden. Insoweit würde sich die Frage stellen, ob § 139 BGB möglicherweise zur Gesamtnichtigkeit führen würde (vgl. BGH NJW-RR 2005, 1534, 1535 zur unzulässigen Aufteilung von Kaufpreisteilen). Es wäre demnach möglich, dass der Vorkaufsberechtigte den Vertrag insgesamt verliert, wenn nicht sämtliche Bedingungen ihm gegenüber Wirkung entfalten.

U. E. ist die nur partielle Gültigkeit der Vertragsregelungen gegenüber dem Vorkaufsberechtigten mit der *ratio* des § 464 Abs. 2 BGB nicht zu vereinbaren. Die Norm ist daher so zu verstehen, dass der Vertrag mit identischen Bedingungen wie mit dem Erstkäufer zustande kommt, sodass auch die Rechtmäßigkeit und Zulässigkeit der Vertragsbedingungen aus der Warte des Erstkäufers zu beurteilen sind. Durfte ihm gegenüber eine entsprechende Vereinbarung getroffen werden, bindet sie auch den Vorkaufsberechtigten. Dieser kann sich nicht darauf berufen, dass bei einem ursprünglich mit ihm geschlossenen Vertrag eine entsprechende Regelung nicht wirksam hätte vereinbart werden können. Für den umgekehrten Fall einer Ausweitung der Mangelhaftung nach § 442 BGB ist dies auch zugunsten des Vorkaufsberechtigten anerkannt, sodass diesem gegenüber die Norm selbst dann greift, wenn die Tatbestandsvoraussetzungen allein im Verhältnis zum Erstkäufer begründet sind (OLG Nürnberg MDR 2005, 437, 437 f.).

Wir dürfen allerdings darauf hinweisen, dass sich Literatur und Rechtsprechung zu dieser Frage nicht haben auffinden lassen. Zudem hat das OLG Frankfurt (BeckRS 2016, 11715) für den Fall der vereinbarten Vertragsübernahme angenommen, dass sich durch die Übernahme eines Darlehensvertrags mit einem Unternehmer durch einen Verbraucher dieser Vertrag in einen Verbraucherdarlehensvertrag verwandelt und dem Verbraucher daher ein Widerrufsrecht zusteht. Selbst wenn man dem folgen wollte, würde sich aus unserer Sicht aber ein Unterschied deshalb ergeben, weil bei einer Vertragsübernahme eine Mitwirkung durch den weiteren Vertragspartner nötig ist, bei der Ausübung des

Vorkaufsrechts obliegt die Entscheidung dagegen allein dem Vorkaufsberechtigten. Die Rechtsfrage muss infolgedessen als offen beurteilt werden.

Würde man der Gegenansicht folgen, könnte die vereinbarte Maklerklausel gegenüber dem Verbraucher keinen Bestand haben, da sie wegen § 656d Abs. 1 S. 1 BGB nicht in dieser Weise vereinbart werden könnte und daher gem. § 134 BGB nichtig wäre. Ob es sich insoweit allerdings um eine Totalnichtigkeit handelt (so Staudinger/Arnold, BGB, 2021 § 656d Rn. 5) oder sich die Rechtsfolge auf den überschießenden Teil beschränkt (Grüneberg/Retzlaff, BGB, 81. Aufl. 2022, § 656d Rn. 2; Meier ZfIR 2020, 765, 772), ist derzeit nicht abschließend geklärt. Für die Teilnichtigkeit spricht jedoch, dass ein Verbot der geltungserhaltenden Reduktion im Rahmen des § 134 BGB nicht existiert (siehe bspw. BGH NJW 1984, 722; BGH NJW 1989, 2470; BGH NJW 2001, 892). Ob dem Makler damit überhaupt ein Anspruch gegen den Vorkaufsberechtigten zustünde, muss daher ebenfalls als unsicher bezeichnet werden. Gegen den Erstkäufer würde ihm dagegen keine Courtage zustehen, da die Rspr. insoweit davon ausgeht, dass bei Ausübung eines Vorkaufsrechts ein Hindernis für die Entstehung des Maklerlohns gegeben sei, weil es dann an der Erreichung des wirtschaftlichen Ziels des Kunden fehle (BGH NJW 1996, 654; BGH NJW 1982, 2662, 2663; NJW 1999, 2271; abl. hierzu aber Meier, ZMR 2015, 100, 102 ff.).

## 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 Abruf-Gutachten.

**BeurkG § 39; ZVG § 71**

**Nachweis der Vollmacht im Zwangsversteigerungsverfahren; Vermerk des Notars über Einsichtnahme in Handelsregister**

Abruf-Nr.:

**FamFG § 352**

**Erbscheinsantrag bei gewillkürter Erbfolge; Angabe des Erblassers als Urheber des eigenhändigen Testaments**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB §§ 2247, 2267**

**Erbeinsetzung in einer formunwirksamen Anlage zum Testament**

**Zur Unwirksamkeit einer Erbeinsetzung, wenn die Erben in einem eigenhändigen Testament erst durch Bezugnahme auf eine nicht die Testamentsform wahrende Anlage individualisierbar bestimmt werden.**

BGH, Beschl. v. 10.11.2021 – IV ZB 30/20

### Problem

Eheleute errichten ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen. Nach dem Tod beider Ehegatten bestimmten sie eine „Erbengemeinschaft aus 5 befreundeten Familien“ zu ihren Erben. Bezüglich der Namen und Adressen dieser Ehepaare verwiesen die Erblasser im Testament auf eine maschinengeschriebene Anlage, die von beiden unterschrieben war. Nach dem Tod der Ehefrau errichtete der Ehemann ein neues Testament, das seine Tochter aus erster Ehe als Alleinerbin vorsah. Nach dem Tod des Ehemanns beantragte ein in der maschinengeschriebenen Anlage des gemeinschaftlichen Testaments der Ehegatten genanntes Paar die Erteilung eines Erbscheins. Das Nachlassgericht gab dem Antrag zunächst statt, das OLG Frankfurt wies ihn jedoch auf die Beschwerde der Tochter des Ehemanns zurück. Hiergegen legten die Antragsteller Rechtsbeschwerde ein, sodass der BGH nun über den Erbscheinsantrag zu entscheiden hatte.

### Entscheidung

Die Rechtsbeschwerde ist nach Ansicht des BGH unbegründet, da eine wirksame Erbeinsetzung der Antragsteller nicht erfolgt sei. Sämtliche Verfügungen des Erblassers müssten zu ihrer Wirksamkeit den Formerfordernissen des § 2247 Abs. 1 BGB bzw. der §§ 2247 Abs. 1, 2267 S. 1 BGB genügen. Während der Verweis in einem Testament auf eine andere wirksame letztwillige Verfügung zulässig sei, sei die Bezugnahme auf nicht der Testamentsform genügende Schriftstücke (sog. „**testamentum mysticum**“) nicht möglich.

Der BGH stellt zunächst fest, dass die bisherige Differenzierung in der Rechtsprechung zwischen zulässigen Bezugnahmen zur näheren Erläuterung der testamentarischen Bestimmung einerseits und unzulässigen ergänzenden oder inhaltsbestimmenden Bezugnahmen andererseits zu einer aus seiner Sicht zum Teil zu großzügigen Zulassung von Bezugnahmen auf nicht formwirksame Anlagen geführt habe. Ob es sich lediglich um die Aus-

legung des bereits formgültig erklärten, andeutungsweise erkennbaren Willens des Erblassers handelt, sei daher in drei Schritten zu prüfen. Erstens sei zu untersuchen, ob die formwirksame Verfügung für sich genommen bereits hinreichend bestimmt und somit vollständig sei. Sei dies zu verneinen, sei zweitens zu prüfen, ob die letztwillige Verfügung mehrere Auslegungsmöglichkeiten erlaube. Treffe dies zu, sei in einem dritten Schritt zu prüfen, ob ein aus der formunwirksamen Anlage folgendes Auslegungsergebnis zumindest andeutungsweise oder versteckt im Testament zum Ausdruck gekommen sei. Die **Bezugnahme auf eine Anlage des Testaments** lasse sich aber noch **nicht als Andeutung** einordnen.

Für den der Entscheidung zugrundeliegenden Fall folgt daraus nach Auffassung des BGH, dass die Erbeinsetzung unvollständig sei, da sie dem allgemeinen erbrechtlichen Bestimmtheitsgebot nicht genüge. Dieses erfordere, dass die Verfügung mit praktisch hinreichender Sicherheit Geltungsanordnung, Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgegenstand erkennen lasse. Diese Anforderungen erfülle die Formulierung „5 befreundete Familien“ nicht. Eine Vervollständigung dieser Bestimmung durch die maschinengeschriebene Anlage sei aber auch dann nicht möglich, wenn in dem formgültigen Testament auf diese Bezug genommen werde. Der BGH begründet dies zum einen mit der Formvorschrift des § 2247 BGB und zum anderen mit dem Fehlen einer Regelung, aus der sich die Zulässigkeit einer Bezugnahme auf ein nicht der Form entsprechendes Schriftstück ergeben würde. Dem Wortlaut der Verfügung selbst lasse sich eine Andeutung, dass gerade die Antragsteller zu Erben eingesetzt werden, dabei nicht entnehmen. Es könne daher zwar ein entsprechender Wille der Erblasser unterstellt werden, dass die Antragsteller Erben sein sollten, aber dieser sei nicht formwirksam zum Ausdruck gekommen. Hierfür sei es auch unerheblich, ob im konkreten Fall das Risiko einer Fälschung der Anlage bestehe.

---

**GmbHG §§ 9c Abs. 1, 8 Abs. 4 Nr. 1; GNotKG § 13 S. 1; FamFG § 68 Abs. 1 S. 1**

**Erfordernis einer inländischen Geschäftsanschrift bei der Gründung der GmbH**

**1. Im Rahmen der Gründungsprüfung ist zu prüfen, ob die angegebene inländische Geschäftsanschrift eine zustellfähige Anschrift darstellt. Das Fehlen einer solchen Anschrift rechtfertigt die Zurückweisung der Anmeldung.**

**2. Wird der erforderliche Kostenvorschuss im Rahmen eines auf die erstmalige Eintragung einer UG ge-**

**richteten Anmeldeverfahrens [nicht bezahlt], rechtfertigt die Nichtzahlung die Zurückweisung der Anmeldung.**

**3. Die Entscheidung des Amtsgerichts, einer Beschwerde gegen seine Entscheidung nicht abzuhelfen, ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar.**

KG, Beschl. v. 6.10.2021 – 22 W 67/21

### **Problem**

Eine Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) meldete ihre Neueintragung zum Handelsregister an. Ihr konnte in der Folge die Kostenvorschussanforderung sowie eine spätere Erinnerung daran nicht an ihre in der Anmeldung angegebene inländische Geschäftsanschrift zugestellt werden. Der einreichende Notar wurde zur Anmeldung einer Änderung der inländischen Geschäftsanschrift oder Einreichung einer Versicherung, dass die Gesellschaft unter der bisherigen inländischen Geschäftsanschrift postalisch erreichbar sei, aufgefordert. Nachdem weder der Kostenvorschuss entrichtet noch die Verfügung erledigt wurde, wies das Amtsgericht Charlottenburg die Anmeldung zurück.

### **Entscheidung**

Die von dem einreichenden Notar gegen die Zurückweisung der Ersteintragung gerichtete Beschwerde sieht das KG als unbegründet an; die gegen die Nichtabhilfe gerichtete Beschwerde hat es als unzulässig verworfen.

Nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG hat das Registergericht die Eintragung abzulehnen, wenn die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet oder angemeldet ist. Die Fehlerhaftigkeit der Anmeldung ergebe sich hier aus dem Fehlen einer zustellfähigen inländischen Geschäftsanschrift. Aus der Verpflichtung, nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG bei der Anmeldung eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben, folge, dass die angegebene Anschrift auch tatsächlich existieren und unterhalten werden muss, sodass förmliche Zustellungen an die angegebene Adresse ermöglicht werden.

Daneben rechtfertige auch die fehlende Einzahlung des Kostenvorschusses eine Zurückweisung der Anmeldung und führe nicht etwa nur zu einem bloßen Ruhen des Verfahrens (so aber OLG Hamm v. 24.03.2021 – I-27 W 11/21, BeckRS 2021, 15661). Entscheidend sei nach Ansicht des KG, dass aus Gründen der Rechtssicherheit – insbesondere im Hinblick auf die Folgen für Gläubiger und Gesellschafter – alsbald erkennbar sein müsse, ob die gegründete Gesellschaft mit der Folge der Haftungsbeschränkung eingetragen werde

oder nicht. Die Regelung des § 9c GmbHG stehe dem nicht entgegen, da diese Vorschrift nicht abschließend sei.

### **Praxishinweis**

Es häufen sich Berichte aus der Praxis, dass die Anforderung des Kostenvorschusses routinemäßig eingesetzt wird, um die tatsächliche postalische Erreichbarkeit der Geschäftsanschrift zu überprüfen. Ob dies vom Gesetz gedeckt ist, scheint fraglich, da § 8 Abs. 4 GmbHG nur die *Angabe* der Anschrift in der Anmeldung fordert. Das Prüfungsrecht des Registergerichts bezieht sich gem. § 9c Abs. 1 GmbHG grundsätzlich nur auf die ordnungsgemäße Errichtung und Anmeldung. Zudem scheint fraglich, ob die Prüfung der Erreichbarkeit sinnvoll ist, da diese sogleich durch Entfernen des Briefkastens oder der Beschriftung wieder beseitigt werden könnte. Diese tatsächliche Handlung hat auf den Bestand der Gesellschaft keine Auswirkung. Das Gesetz „sanktioniert“ die fehlende postalische Erreichbarkeit dadurch, dass gem. §§ 15a HGB, 185 Nr. 2 ZPO eine öffentliche Zustellung möglich wird. Es wird sich zeigen, ob andere Oberlandesgerichte dies ähnlich wie das KG beurteilen.

Sollten die Gründer die Eintragungsabsicht aufgeben, müssen die Gesellschafter die Gesellschaft unverzüglich kündigen oder einen Liquidationsbeschluss fassen, um wenigstens eine Beschränkung der Verlustdeckungshaftung für die bis zu diesem Zeitpunkt entstandenen Verbindlichkeiten zu erreichen. Ansonsten droht eine unbeschränkte Haftung der Gründer.

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](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:** Notar a. D. Dr. Julius Forschner

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Wendelin Mayer

**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  
Mainleite 5, 97340 Marktbreit