

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
März 2011
ISSN 1434-3460

6/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 177 – Vertragsänderung oder Vertragsaufhebung eines durch vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrages

BGB § 2050 – Anordnung der Ausgleichung durch Stellvertreter

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

AO § 41 Abs. 1; ErbStG 1997 §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1, 11 – Erbschaftsteuerrechtliche Beachtlichkeit auch einer

nur teilweise ausgeführten unwirksamen Verfügung von Todes wegen

GmbHG § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e – Ausschluss vom Amt des Geschäftsführers: Keine Umrechnung von Einzelgeldstrafen für Katalogtaten in Freiheitsstrafe

Aktuelles

Haager Kinderschutzübereinkommen am 1.1.2011 in Kraft getreten

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 177 – Vertragsänderung oder Vertragsaufhebung eines durch vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Vertrages

I. Sachverhalt

E verkauft eine Immobilie an K. Im Notartermin wird E durch V als Vertreter ohne Vertretungsmacht vertreten. Der Notar übersendet E den Vertrag zur Genehmigung.

II. Fragen

1. Können V und K ohne Mitwirkung des E den Vertrag ändern oder aufheben, solange E den Vertrag noch nicht genehmigt hat?
2. Ist es insoweit von Bedeutung, ob dem E der zu genehmigende Vertrag bereits zugegangen ist?
3. Ändert sich etwas an der Beurteilung, wenn nicht V den E vertritt, sondern K im eigenen Namen und als Vertreter ohne Vertretungsmacht für E handelt?

III. Zur Rechtslage

1. Vertragsschluss durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht

Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags für und gegen den Vertretenen nach § 177 Abs. 1

BGB von dessen Genehmigung ab. Das ohne Vertretungsmacht abgeschlossene Vertretergeschäft ist **schwebend unwirksam** (vgl. MünchKommBGB/Schramm, 5. Aufl. 2006, § 177 Rn. 15; Staudinger/Schilken, Neubearb. 2009, § 177 Rn. 8). Dieser Schwebezustand kann durch den Vertretenen beendet werden, indem er das Vertretergeschäft genehmigt oder die Genehmigung verweigert (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl. 2011, § 177 Rn. 5). Für die **Beseitigung des Schwebezustands** durch den Vertragspartner sieht das Gesetz in den §§ 177 Abs. 2, 178 BGB zwei Möglichkeiten vor: Zum einen kann er den Vertretenen zur Erklärung über die Genehmigung auffordern, so dass die Genehmigung nur ihm gegenüber und nur bis zum Ablauf von zwei Wochen nach dem Empfang der Aufforderung erklärt werden kann. Zum anderen besteht nach § 178 S. 1 BGB die Möglichkeit zum Widerruf, sofern der Vertragspartner den Mangel der Vertretungsmacht bei Abschluss des Vertrags nicht gekannt hat (vgl. im Einzelnen Staudinger/Schilken, § 177 Rn. 18 ff., § 178 Rn. 1 ff.). Eine weitere Möglichkeit des Vertragspartners des Vertretenen zur Beseitigung des Schwebezustands sieht das Gesetz nicht vor.

2. Vertragsänderung oder -aufhebung durch Vertragspartner und *falsus procurator*

In Rechtsprechung und Literatur wird, soweit ersichtlich, nicht erörtert, ob Vertragspartner und *falsus procurator* den Vertrag im Einvernehmen ohne Mitwirkung des Vertretenen aufheben oder ändern können. Unseres Erachtens dürfte diese Frage jedoch grundsätzlich **zu verneinen** sein.

a) § 177 Abs. 1 BGB bestimmt, dass ein Vertrag, der durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht geschlossen wurde, zunächst nicht wirksam ist. Der **Vertretene** ist also **zunächst an diesen Vertrag nicht gebunden** (vgl. BGH v. 8.10.1975 – VIII ZR 115/74, BGHZ 65, 123 = NJW 1976, 104; MünchKommBGB/Schramm, § 177 Rn. 15; RGRK-BGB/Steffen, 12. Aufl. 1982, § 177 Rn. 5). Es hängt allein vom Willen des Vertretenen ab, ob er eine Bindung durch Erteilung der Genehmigung herbeiführen will oder nicht.

b) Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass es sich bei dem Vertrag um ein rechtliches Nullum handele. Der Vertrag ist gerade nicht nichtig, sondern vielmehr bis zur Erteilung oder Verweigerung der Genehmigung in der Schwebe, er ist **schwebend unwirksam** (einhellige Ansicht, vgl. Palandt/Ellenberger, § 177 Rn. 5; Staudinger/Schilken, § 177 Rn. 8; MünchKommBGB/Schramm, § 177 Rn. 14 f.). Mit der Einigung zwischen Vertretenem und *falsus procurator* ist das Rechtsgeschäft durchaus bereits zustande gekommen (vgl. Staudinger/Schilken, Vor §§ 164 ff. Rn. 18, § 177 Rn. 8; Leenen, FS Canaris, 2007, S. 699, 711 f.; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 177 Rn. 28 spricht demgegenüber davon, dass der Vertrag erst mit der Genehmigung endgültig zustande komme). Von der Frage der Wirksamkeit ist also die **Frage des Zustandekommens des Vertrages zu unterscheiden**. Vor dem bloßen Zustandekommen eines (vorbehaltlich der Genehmigung durch den Vertretenen) unwirksamen Vertrages muss der Vertretene auch nicht geschützt werden, da er hierdurch in keiner Weise belastet wird (Leenen, S. 712). Das Vertretergeschäft ist also, da es im Namen des Vertretenen vorgenommen wurde, potentiell ein solches des Vertretenen (so Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 47 Ziff. 2).

In diese Richtung deuten auch die Ausführungen des BGH in seinem Urteil v. 14.12.1995 (IX ZR 242/94, DNotZ 1997, 44 = NJW 1996, 1062 = DNotI-Report 1996, 53). Dort heißt es zum Vertragsschluss mit einem *falsus procurator*:

„Der Vertrag ist damit [durch Angebot und Annahme] geschlossen. Beim Abschluß durch einen vollmachtlosen Vertreter ist er allerdings bis zur Genehmigung durch den Vertretenen schwebend unwirksam [...]. [...] Die Genehmigung des Vertrages gehört jedoch – wie insbes. § 182 Abs. 2 BGB zeigt – nicht mehr zum Tatbestand des Abschlusses, setzt diesen vielmehr voraus.“

§ 178 S. 1 BGB bestimmt, dass der Vertragspartner zum Widerruf berechtigt ist, wenn er nicht den Mangel der Vertretungsmacht bei Vertragsschluss kannte. Dem lässt sich im **Umkehrschluss** entnehmen, dass er andernfalls gerade **nicht zum Widerruf berechtigt** ist. In der notariellen Urkunde werden das Vertretungsverhältnis und die Vertretungsberechtigung aber regelmäßig offengelegt, sodass man von einer Kenntnis des Vertragspartners ausgehen kann.

c) Die mit Vertragsschluss eintretende (vorläufige) Bindung des Vertragspartners bestätigt sich im Vergleich mit anderen Konstellationen, in denen es zur schwebenden Unwirksamkeit eines Rechtsgeschäfts kommt. So ist nach § 108 Abs. 1 BGB auch ein Vertrag, den ein Minderjähriger ohne die erforderliche Einwilligung des gesetzlichen Vertreters schließt, schwebend unwirksam. Insoweit ist anerkannt, dass die Vertragsparteien an diesen schwebend unwirksamen Vertrag – im Unterschied zu einem nichtigen Vertrag –

bereits gebunden sind, auch wenn sie aus ihm noch keine Rechte und Pflichten herleiten können (Palandt/Ellenberger, § 108 Rn. 1; MünchKommBGB/Schmitt, § 108 Rn. 4). Auch der BGH grenzt seine Aussage, der durch einen *falsus procurator* Vertretene sei bis zur Genehmigung nicht gebunden, ausdrücklich von anderen Fällen der schwebenden Unwirksamkeit – beispielsweise wegen des Fehlens einer notwendigen behördlichen Genehmigung – ab (vgl. Urte. v. 8.10.1975 – VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104; für eine Bindungswirkung bei schwebender Unwirksamkeit aufgrund einer fehlenden öffentlich-rechtlichen Genehmigung auch Staudinger/Gursky, § 184 Rn. 15; a. A. insoweit MünchKommBGB/Schramm, § 184 Rn. 5 sowie Kroppenber, WM 2001, 848, die sich für eine entsprechende Anwendung des § 1366 Abs. 2 BGB aussprechen; diese Vorschrift wird in der vorliegend in Frage stehenden Problematik allerdings durch den spezielleren § 178 S. 1 BGB verdrängt).

Knothe (Staudinger/Knothe, Neubearb. 2004, § 108 Rn. 3) führt aus, dass im Falle des Vertragsschlusses durch einen Minderjährigen nicht nur dessen Vertragspartner, sondern auch der Minderjährige selbst gebunden sei. Dieser könne den Vertrag weder einvernehmlich mit dem anderen Teil auflösen noch einseitig von dem Vertrag Abstand nehmen, da er dadurch seine rechtlich vorteilhafte Rechtsposition aufgeben würde. Die Entscheidung über die Wirksamkeit oder Unwirksamkeit des Vertrages liege **vielmehr allein beim gesetzlichen Vertreter**. Überträgt man dies auf die vorliegende Konstellation, so kann auch der *falsus procurator* – der nicht einmal am Vertrag beteiligt ist, siehe nachfolgend – den abgeschlossenen Vertrag weder ändern noch aufheben. Die Entscheidungsbefugnis hierüber steht grundsätzlich allein dem Vertretenen zu.

d) Auch die Rechtsfolge einer etwa durch den Vertretenen erteilten Genehmigung spricht gegen eine Abänderbarkeit. Die **Genehmigung** hat nach § 184 Abs. 1 BGB **rückwirkende Kraft**. Das Rechtsgeschäft wird also – vorbehaltlich anderer Mängel – von Anfang an wirksam, als habe der Vertreter bei Vertragsschluss Vertretungsmacht gehabt (Palandt/Ellenberger, § 177 Rn. 8; Staudinger/Schilken, § 177 Rn. 9; Soergel/Leptien, § 177 Rn. 28; MünchKommBGB/Schramm, § 177 Rn. 43 f.). Wäre das Geschäft von Anfang an wirksam geworden, steht außer Frage, dass eine nachträgliche Änderung oder Aufhebung durch *falsus procurator* und Vertragspartner nicht möglich ist. Es bedürfte dann vielmehr eines **Aufhebungs- oder Änderungsvertrages zwischen Vertretenem und Vertragspartner** (zu Änderungs- und Aufhebungsvertrag vgl. Palandt/Grüneberg, § 311 Rn. 3 ff.). Wollte insoweit der Vertreter für den Vertretenen handeln, benötigte er wiederum Vertretungsmacht; hat er keine Vertretungsmacht, handelt er **wiederum als falsus procurator**.

Es zeigt sich also, dass der ursprüngliche Vertrag und der Änderungs- oder Aufhebungsvertrag **zwei voneinander zu unterscheidende Rechtsgeschäfte** sind. Tritt der Vertreter als Vertreter jeweils ohne Vertretungsmacht auf, **steht** es u. E. dem **Vertretenen frei, keines der Rechtsgeschäfte, nur den Ausgangsvertrag oder beide Rechtsgeschäfte zu genehmigen** und sie dadurch wirksam werden zu lassen (so bereits Planck, BGB, 4. Aufl. 1913, § 180 Rn. 3).

e) Ein Blick auf die **Interessenlage** der Beteiligten bestätigt das gefundene Ergebnis:

aa) Klarzustellen ist dabei zunächst, dass es auf die Interessen des Vertreters ohne Vertretungsmacht nicht ankommen

kann. Da dieser in fremdem Namen handelte, liegt kein Rechtsgeschäft des Vertreters vor (so RGRK-BGB/Steffen, § 177 Rn. 1; Flume, § 44 I). Vielmehr greift dann die besondere Rechtsfigur der Vertretung ohne Vertretungsmacht, die in den §§ 177 ff. BGB geregelt ist. Auch die mögliche Haftung nach § 179 BGB macht das Geschäft nicht zu einem solchen des Vertreters, sodass dieser nicht Vertragspartei wird (vgl. nur BGH, Urte. v. 20.11.1970 – IV ZR 1188/68, NJW 1971, 429; Palandt/Ellenberger, § 179 Rn. 5; Staudinger/Schilken, § 179 Rn. 12; MünchKommBGB/Schramm, § 179 Rn. 32). Es entsteht lediglich ein gesetzliches Schuldverhältnis.

bb) Die Möglichkeit einer nachträglichen **Änderung ohne die Mitwirkung des Vertretenen steht in Widerspruch zu dessen Interessen**. Seine gem. § 177 Abs. 1 BGB bestehende Wahlmöglichkeit, das Rechtsgeschäft wirksam werden zu lassen oder nicht, würde eingeschränkt. Nach der hier vertretenen Lösung hätte er im Falle einer Änderung eine weitergehende Wahlmöglichkeit, entweder nur das ursprüngliche Rechtsgeschäft oder beide Rechtsgeschäfte oder keines der Rechtsgeschäfte zu genehmigen.

cc) Die **Interessen des Vertragspartners** können demgegenüber **nicht durchschlagend ins Gewicht** fallen. Zur Beseitigung des Schwebezustands sieht das Gesetz in den §§ 177 Abs. 2, 178 BGB einen hinreichenden Schutzmechanismus vor. Weitergehende Möglichkeiten, sich einseitig vom Vertrag zu lösen, bestehen für den Vertragspartner nicht. Eine Änderung oder Aufhebung im Zusammenwirken mit dem Vertretenen ist dagegen jederzeit möglich. Es ist aber kein Grund ersichtlich, weswegen eine Änderung im Zusammenwirken mit dem vom Vertrag nicht betroffenen *falsus procurator* möglich sein sollte. Hätte der Vertragspartner eine Bindung vermeiden wollen, hätten ihm zudem andere Gestaltungsmittel (z. B. ein frei widerrufliches Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages) zur Verfügung gestanden.

f) Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn sich der Vertragspartner über § 178 BGB hinaus ein rechtsgeschäftliches Recht zum Widerruf bis zur Genehmigung durch den Vertretenen vorbehält. Das Gleiche wird gelten, wenn bereits in dem zuerst abgeschlossenen Vertrag vereinbart wird, dass der Vertreter zugleich zum Abschluss von diesen Vertrag abändernden Vereinbarungen berechtigt sein soll (ähnlich Planck, § 180 Rn. 3). Grundsätzlich kann dies auch stillschweigend geschehen. Hierfür wird es jeweils auf die konkreten Umstände des Einzelfalles ankommen. Es kann deswegen zu empfehlen sein, insoweit eine ausdrückliche Regelung in den Vertrag aufzunehmen.

3. Kriterium des Zugangs des zu genehmigenden Rechtsgeschäfts bei dem Vertretenen

Dem Kriterium, ob das zu genehmigende Rechtsgeschäft dem Vertretenen bereits zugegangen ist, kommt **u. E. keine entscheidende Bedeutung zu**.

Auch wenn wir hierzu keine ausdrückliche Stellungnahme in Rechtsprechung oder Literatur finden konnten, hängt der Eintritt des Schwebezustands **nicht von der Kenntnis des Vertretenen** von dem abgeschlossenen Vertrag ab. Der – schwebend unwirksame – Vertrag kommt mit der Einigung zwischen Vertragspartner und *falsus procurator* zu Stande. Dieser geschlossene Vertrag ist keine Willenserklärung, die dem Vertretenen zur Wirksamkeit zugehen müsste oder die der Vertragspartner vor Zugang widerrufen könnte (vgl.

§ 130 Abs. 1 BGB). Auch der BGH scheint davon auszugehen, dass jedenfalls eine ausdrückliche Genehmigung dann erteilt werden kann, wenn der Vertretene nicht vom Vertragspartner oder *falsus procurator*, sondern von dritter Seite Kenntnis von dem Vertragsschluss erlangte (Urte. v. 9.2.1951 – V ZR 1/50, NJW 1951, 398). Zudem sieht der BGH ein gegenüber einem vollmachtlosen Vertreter abgegebenes Angebot als ein Angebot unter Anwesenden an, das nach § 147 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich nur sofort angenommen werden kann (vgl. DNotZ 1997, 44, 48). Wie bereits vorstehend zitiert, ist der Vertrag nach Auffassung des BGH mit Angebot und Annahme geschlossen. Von einer etwaigen Kenntnis des Vertretenen ist nicht die Rede.

4. Vertretung durch den Vertragspartner als falsus procurator (In-sich-Geschäft, § 181 BGB)

Auch ein Auftreten des Vertragspartners auf beiden Seiten, also als Vertragsschließender im eigenen Namen und als *falsus procurator* für den Vertretenen, ändert hieran u. E. nichts. Nach wohl überwiegender Auffassung ist § 181 BGB auch auf den Fall des Auftretens als Vertreter ohne Vertretungsmacht anwendbar (vgl. nur Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 15 m. w. N.). Ein **entgegen § 181 BGB** abgeschlossener Vertrag ist aber wiederum nicht nichtig, sondern **entsprechend § 177 BGB schwebend unwirksam** (vgl. nur BGH, Urte. v. 8.10.1975 – VIII ZR 115/74, NJW 1976, 104; NJW-RR 1994, 291 = BB 1994, 164 = DNotI-Report 1994, 8; Palandt/Ellenberger, § 181 Rn. 15; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 45; MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 41). Wenn dabei zumindest auf die entsprechende Anwendung des § 177 BGB abgestellt wird, kann hinsichtlich der Bindung nichts anderes als das vorstehend Gesagte gelten. So hat auch der BGH (NJW 1976, 104) nur die Bindung des Vertretenen, nicht aber des Vertragspartners in Frage gestellt, und ausdrücklich von der schwebenden Unwirksamkeit anderer Fallgruppen abgegrenzt. Gerade beim In-sich-Geschäft können u. E. allerdings im Einzelfall Umstände vorliegen, die für eine (ggf. stillschweigend vereinbarte) Abänderungsbefugnis des Vertragspartners, der zugleich als Vertreter ohne Vertretungsmacht auftritt, sprechen.

BGB § 2050

Anordnung der Ausgleichung durch Stellvertreter

I. Sachverhalt

In einem Übertragungsvertrag (Vater/Kind) sollen Ausgleichungsregelungen nach den §§ 2050 ff. BGB getroffen werden. Der Vater wird dabei aufgrund einer Vorsorgevollmacht vertreten.

Der Text der Vorsorgevollmacht lautet wie folgt:

„... Vollmacht dahingehend, dass der Bevollmächtigte jeweils berechtigt ist, mich in allen vermögensrechtlichen Angelegenheiten in rechtlich zulässiger Weise gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten. Der Bevollmächtigte ist befugt, Rechtsgeschäfte mit sich in eigenem Namen ... vorzunehmen.

Der Bevollmächtigte ist weiterhin bevollmächtigt, den Vollmachtgeber in allen persönlichen Angelegenheiten, soweit dies rechtlich zulässig ist, zu vertreten. Die Vollmacht umfasst insbesondere folgende persönliche Angelegenheiten:

1. Gesundheitsfürsorge
2. Aufenthaltsbestimmung.“

II. Frage

Kann aufgrund der Vorsorgevollmacht im Namen des Übergebers (Vater) eine Ausgleichsordnung nach § 2050 Abs. 3 BGB getroffen werden?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemein: Stellvertretung bei Willenserklärungen zulässig

Die Vorschriften über die Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB gelten grundsätzlich nur für den rechtsgeschäftlichen Verkehr, also für die Abgabe oder den Empfang von Willenserklärungen (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 70. Aufl. 2011, Vor § 164 Rn. 3).

Bei einer Ausgleichsordnung i. S. v. § 2050 Abs. 3 BGB handelt es sich um eine **einseitige Willenserklärung**, die dem Empfänger vor oder spätestens mit der Zuwendung zugehen muss (Palandt/Edenhofer, § 2050 Rn. 11). Hieraus ergibt sich, dass eine solche Ausgleichsordnung im Grundsatz auch von einem gewillkürten Stellvertreter abgegeben werden kann.

2. Höchstpersönlichkeit der Ausgleichsordnung gem. § 2050 Abs. 3 BGB?

Eine Stellvertretung ist jedoch bei bestimmten Rechtsgeschäften unzulässig, mit der Folge, dass das dennoch vorgenommene Vertretergeschäft unheilbar unwirksam ist und auch nicht genehmigt werden kann. Hierzu gehören vor allem die Willenserklärungen, namentlich im Bereich des Familien- und Erbrechts, bei denen das **Gesetz ausdrücklich bestimmt**, dass sie nicht durch einen Vertreter abgegeben werden können (vgl. MünchKommBGB/Schramm, 5. Aufl. 2006, Vor § 164 Rn. 71). Zu diesen sog. **höchstpersönlichen Rechtsgeschäften** zählt beispielsweise die Eheschließung (§ 1311 BGB), die Testamenterrichtung (§ 2064 BGB), der Rücktritt, der Widerruf oder die Anfechtung von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten (§§ 2296 Abs. 1, 2271, 2282 BGB). Daneben gibt es noch Rechtsgeschäfte, bei denen die Vertretung zwar durch einen Bevollmächtigten, nicht aber durch den gesetzlichen Vertreter ausgeschlossen ist (vgl. § 2347 Abs. 2 BGB für den Erb- und Pflichtteilsverzicht).

Bei der Ausgleichsordnung nach § 2050 Abs. 3 BGB **fehlt eine ausdrückliche gesetzliche Bestimmung** darüber, ob die Anordnung durch den Erblasser persönlich getroffen werden muss. Nach der allgemeinen Regel, wonach die Stellvertretung bei rechtsgeschäftlichem Handeln grundsätzlich zulässig ist und Ausnahmen einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung bedürfen, lässt sich hieraus der Schluss ziehen, dass die Ausgleichsordnung **auch durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Stellvertreter** bei Vornahme der Zuwendung getroffen werden kann. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass anerkanntermaßen für familien- und erbrechtliche Sachverhalte nicht allgemein ein auf ihre Rechtsnatur gestütztes Vertretungsverbot besteht (vgl. MünchKommBGB/Schramm, Vor § 164 Rn. 74).

Rechtsprechung liegt zu der vorstehenden Problematik allerdings bislang noch nicht vor. In der Literatur wird die Frage ebenfalls kaum behandelt. Auch *Fröhler* (BWNotZ 2010, 94 ff.) geht aber davon aus, dass Ausgleichsordnungen nicht höchstpersönlich abgegeben werden

müssen, sondern auch mittels eines Vertreters getroffen werden können. Dies ergebe sich zum einen aus einem Umkehrschluss zu § 2347 Abs. 2 S. 1 BGB, zum anderen daraus, dass nach den §§ 1624, 1908 BGB auch Ausstattungen, die über § 2050 Abs. 1 BGB kraft Gesetzes ausgleichspflichtig sind, durch einen Vertreter vorgenommen werden können.

3. Ergebnis

Zusammenfassend betrachtet spricht daher viel dafür, dass die Ausgleichsordnung i. S. v. § 2050 Abs. 3 BGB auch durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter getroffen werden kann. Im vorliegenden Fall dürfte daher der Vorsorgebevollmächtigte, der in allen vermögensrechtlichen und persönlichen Angelegenheiten (soweit rechtlich zulässig) vertretungsberechtigt ist, zu einer solchen Anordnung befugt sein.

Gutachten im Abruf-Dienst

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

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

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

**BGB §§ 80, 82, 84; GmbHG § 15
Rechtsfähigkeit der Vorstiftung (von Todes wegen)**
Abruf-Nr.: **105602**

**HinterIO §§ 6, 12 ff.; BGB §§ 372 ff., 376; GBBerG § 10
Annahmeanordnung aufgrund fehlerhaften Hinterlegungsantrages**
Abruf-Nr.: **104090**

**AktG § 304 Abs. 2
Ausgleichszahlung an außenstehende Gesellschafter**
Abruf-Nr.: **99423**

**EGBGB Art. 14, 15
Kasachstan: Alleinerwerb einer in Deutschland belegenen Immobilie durch eine verheiratete ausschließlich kasachische Staatsangehörige**
Abruf-Nr.: **106101**

Rechtsprechung

**AO § 41 Abs. 1; ErbStG 1997 §§ 9 Abs. 1 Nr. 1, 10 Abs. 1 S. 1, 11
Erbchaftsteuerrechtliche Beachtlichkeit auch einer nur teilweise ausgeführten unwirksamen Verfügung von Todes wegen**

Wird eine Verfügung von Todes wegen ausgeführt, obwohl sie unwirksam ist, und beruht die Ausführung auf der Beachtung des erblasserischen Willens, den Begünstigten und Belasteten anerkennen, ist das wirtschaftliche Ergebnis dieses Vollzugs auch dann erbschaftsteuerlich

anzuerkennen, wenn die unwirksame Verfügung von Todes wegen nur teilweise befolgt wird. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

BFH, Urt. v. 22.9.2010 – II R 46/09
Abruf-Nr.: **10965**

Problem

Die Klägerin ist aufgrund gesetzlicher Erbfolge Miterbin zu ¼ nach der Erblasserin E geworden. Sie traf im Jahre 2005 mit der Stieftochter der E, S, eine Vereinbarung, die mit „Erklärung über eine formnichtige mündliche Verfügung des Erblassers“ überschrieben ist und in welcher die Klägerin den Verzicht auf die gesetzliche Regelung mit dem Wissen erklärte, E habe allein S als Erbin bedacht wissen wollen, sei jedoch infolge unerwarteten Todesintritts nicht mehr zur Errichtung eines rechtsgültigen Testaments gekommen. Denn E habe anlässlich einer Geburtstagsfeier erklärt, S würde später ohnehin einmal alles bekommen. Die Klägerin ließ ihren Anteil am Nachlass der S zukommen. Zwei der drei anderen Miterben waren hierzu nicht bereit.

Das Finanzamt setzte gegen die Klägerin Erbschaftsteuer fest, ohne die Vereinbarung mit S zu berücksichtigen. Einspruch und Klage blieben erfolglos, da nach Auffassung des Finanzgerichts eine erbschaftsteuerlich beachtliche formunwirksame Verfügung der E von Todes wegen, welche die Klägerin hätte erfüllen können, nicht vorlag. Allenfalls komme ein Erlass der Erbschaftsteuer aus Billigkeitsgründen in Betracht. Diesen hat allerdings das Finanzamt abgelehnt.

Die Klägerin beantragt mit der Revision, den Erbschaftsteuerbescheid ersatzlos aufzuheben. Das Finanzamt hingegen hält den Steuerbescheid für berechtigt. Die von der Klägerin behauptete mündliche Verfügung der E von Todes wegen könne der Besteuerung schon deshalb nicht zugrunde gelegt werden, weil sie nicht von allen Miterben vollzogen worden sei.

Entscheidung

Der BFH hielt die Revision für begründet, hob die Vorentscheidung auf und verwies die Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung zurück. Das FG habe zu Unrecht angenommen, der von der Klägerin behaupteten Äußerung der Erblasserin bei der Geburtstagsfeier komme nur hinsichtlich eines Erlasses der Steuer, nicht aber bezüglich der Rechtmäßigkeit der Steuerfestsetzung Bedeutung zu.

Werde eine **unwirksame Verfügung von Todes wegen ausgeführt** und beruhe die Ausführung der Verfügung auf der **Beachtung des erblasserischen Willens**, welchen Begünstigter und Belasteter anerkennen, sei nach § 41 Abs. 1 AO das **wirtschaftliche Ergebnis dieses Vollzugs erbschaftsteuerlich zu beachten** (BFH BStBl. II 1970, 119; BStBl. II 2000, 588; BStBl. II 2007, 461). Entgegen der Ansicht des Finanzamts sei **nicht erforderlich**, dass die unwirksame Verfügung von Todes wegen **in vollem Umfang befolgt** wird, da auch eine lediglich eingeschränkte Befolgung die für die erbschaftsteuerliche Berücksichtigung notwendige Verbindung zur Willenserklärung des Erblassers aufweise. Unter diesen Umständen sei die unwirksame Verfügung von Todes wegen erbschaftsteuerlich insoweit beachtlich, als sie tatsächlich ausgeführt wurde (vgl. BFH BStBl. II 1982, 28). Überträgt ein Miterbe hingegen seinen Erbanteil auf einen Dritten, ohne dass dies auf einer, wenn auch unwirksamen, Willensäußerung des Erblassers beruht,

wirke sich dies auf die festzusetzende Erbschaftsteuer nicht aus, da es für die Besteuerung nach § 11 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG regelmäßig auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers als den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer ankomme. Vorliegend könne in der von der Klägerin behaupteten Äußerung der E, S werde später einmal ohnehin alles erhalten, eine formunwirksame Einsetzung der S als Alleinerbin liegen. Dies müsse nunmehr vom FG geklärt werden.

**GmbHG § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e
Ausschluss vom Amt des Geschäftsführers:
Keine Umrechnung von Einzelgeldstrafen für Katalogtaten in Freiheitsstrafe**

1. Eine Zwischenverfügung ist unzulässig und im Beschwerdeverfahren aufzuheben, wenn das vom Registergericht angenommene Eintragungshindernis nicht behebbar ist.

2. Bei der Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe findet in Ansehung des Ausschlussstatbestandes des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG eine Umrechnung von Einzelgeldstrafen, die wegen Katalogtaten verhängt worden sind, in eine Freiheitsstrafe nicht statt.

OLG Hamm, Beschl. v. 20.12.2010 – I-15 W 659/10
Abruf-Nr.: **10966**

Problem

Eine neu gegründete GmbH wurde von einem Geschäftsführer zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, der wegen mehrerer Katalogtaten gem. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG (hier §§ 263 Abs. 1, 266a Abs. 2 Nr. 1 StGB) zu Einzelgeldstrafen in Höhe von 48 mal 15, insgesamt also 720 Tagessätzen verurteilt worden war. Das Amtsgericht bejahte unter Verweis auf § 40 Abs. 1 S. 2 StGB das Vorliegen eines Ausschlussgrundes i. S. v. § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG, erließ eine Zwischenverfügung und setzte förmlich eine Frist zur „Behebung der Hindernisse“ und zur Nachreichung nicht näher bezeichneter „fehlender Unterlagen“.

Entscheidung

Gem. § 382 Abs. 4 S. 1 FamFG könne eine **Zwischenverfügung** nur dann ergehen, wenn ein **behebbares Eintragungshindernis** besteht (Keidel/Heinemann, FamFG, 16. Aufl. 2009, § 382 Rn. 22; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 166). Der vom Amtsgericht angenommene Verstoß gegen § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG würde jedoch einen nicht behebbaren Mangel der Anmeldung begründen. Denn die Anmeldung zur Ersteintragung einer GmbH habe durch sämtliche Geschäftsführer zu erfolgen (§§ 7 Abs. 1, 78 GmbHG). Das **Vorliegen eines Ausschlussgrundes** nach § 6 Abs. 2 S. 2 GmbHG führe zur **Nichtigkeit der Geschäftsführerbestellung** (Hueck/Fastrich, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 6 Rn. 17; Michalski/Tebben, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 6 Rn. 26; Altmeyden, in: Roth/Altmeyden, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 6 Rn. 23). Die durch einen Scheingeschäftsführer vorgenommene Anmeldung leide dementsprechend an einem unheilbaren Mangel, sodass für den Erlass einer Zwischenverfügung kein Raum sei.

In einem *obiter dictum* weist das OLG allerdings darauf hin, dass eine „**Umrechnung**“ von Einzelgeldstrafen, welche

in der Summe über der Grenze des § 40 Abs. 1 S. 2 StGB liegen, **in eine Freiheitsstrafe erheblichen Bedenken begegne**, da § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG ausdrücklich die Verurteilung zu einer Freiheitsstrafe voraussetze. Zwar sei noch nicht abschließend geklärt, ob bei Verurteilung des Geschäftsführers wegen einer oder mehrerer Katalogtaten und darüber hinaus wegen weiterer Nicht-Katalogtaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens einem Jahr die Summe der Einzelstrafen für die unter § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG fallenden Taten maßgeblich ist (so Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 6 Rn. 28; a. A. Weyand, ZInsO 2008, 702, 704). Sofern der Geschäftsführer allerdings wegen der Katalogtaten nur zu Einzelgeldstrafen verurteilt worden war, hätte aus diesen lediglich eine Gesamtgeldstrafe gebildet werden dürfen (Fischer, StGB, 57. Aufl. 2010, § 54 Rn. 4). Im Übrigen habe das Amtsgericht §§ 40 Abs. 1, 54 Abs. 2 StGB unzutreffend angewandt (maximale Gesamtgeldstrafe 720 Tagessätze, vgl. § 54 Abs. 2 StGB).

Aktuelles

Haager Kinderschutzübereinkommen am 1.1.2011 in Kraft getreten

Am 1.1.2011 ist für Deutschland das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (KSÜ) in Kraft getreten (BGBl. 2009 I, S. 603). Es löst das bis dahin geltende Haager Minderjährigenschutzabkommen vom 5.10.1961 (MSA) ab. Derzeit gilt das KSÜ auch für Albanien, Armenien, Australien, Bulgarien, die Dominikanische Republik, Ecuador, Estland, Finnland, Frankreich, Irland, Kroatien, Lettland, Litauen, Luxemburg, Monaco, Marokko, Polen, Rumänien, die Schweiz, Slowakei, Slowenien, Spanien, die Tschechische Republik, Ukraine, Ungarn, Uruguay und Zypern. Die jeweils aktuelle Länderliste kann über die Homepage der Haager Konferenz für Internationales Privatrecht (www.hcch.net) abgefragt werden.

Anders als das MSA, das in erster Linie bestimmt hat, die Behörden welchen Staates zuständig sind, Maßnahmen zum Schutz der Person oder des Vermögens eines Kindes zu treffen und welches Recht sie dabei anzuwenden haben, **regelt das KSÜ** darüber hinausgehend – also auch in Fällen, in denen es nicht um Schutzmaßnahmen geht – **das auf die elterliche Verantwortung anzuwendende Recht** (Art. 1 Abs. 1 lit. c KSÜ). In persönlicher Hinsicht erfasst das KSÜ Kinder bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres (Art. 2 KSÜ).

Für **Schutzmaßnahmen** knüpft das KSÜ, wie bisher das MSA, nach dem *lex-foi*-Prinzip an: Das nach dem KSÜ zuständige Gericht bzw. die zuständige Behörde (zur internationalen Zuständigkeit vgl. Art. 5 ff. KSÜ) wendet grundsätzlich sein/ihr eigenes Recht an (Art. 15 Abs. 1 KSÜ). Nach der nicht abschließenden Aufzählung in Art. 3 KSÜ sind Schutzmaßnahmen insbesondere die Zuweisung und die Entziehung der elterlichen Verantwortung sowie deren Übertragung, die Einsetzung eines Vormunds oder Pflegers o. Ä. sowie die Verwaltung und Erhaltung des Kindesvermögens oder die Verfügung darüber. Die **Zuweisung, die Ausübung und das Erlöschen der elterlichen Verantwortung kraft Gesetzes** richten sich nach dem Recht des

Staates des gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes (Art. 16 Abs. 1, 17 KSÜ).

Grundsätzlich wird in Art. 15-17 KSÜ auf die **Sachnormen** des berufenen Rechts verwiesen, Art. 21 Abs. 1 KSÜ. Anders als im Rahmen des Art. 21 EGBGB, den die Bestimmungen des KSÜ verdrängen (Palandt/Thorn, BGB, 70. Aufl. 2011, Art. 21 EGBGB Rn. 6), ist eine Rück- oder Weiterverweisung ausgeschlossen. Nach Art. 20 KSÜ gelten – mit Ausnahme der ausdrücklich auf Vertragsstaaten beschränkten Vorschrift des Art. 15 Abs. 1 und 3 KSÜ – alle Regelungen des KSÜ über das anzuwendende Recht selbst dann, wenn das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einem Staat hat, der nicht Vertragsstaat ist, also **weltweit**.

Das KSÜ regelt auch die **internationale Zuständigkeit** der Gerichte bzw. Verwaltungsbehörden der Vertragsstaaten und stellt insoweit auf den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes ab (Art. 5 Abs. 1 KSÜ). Vorrangig vor den Zuständigkeitsregeln des KSÜ sind allerdings die Bestimmungen der Brüssel IIa-VO (Art. 61 lit. a Brüssel IIa-VO) zu beachten, sodass Art. 5 ff. KSÜ, soweit das Kind in einem EG-Mitgliedsstaat mit Ausnahme Dänemarks seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, keine Anwendung finden. Das Zuständigkeitssystem des KSÜ wird also in diesem Fall durch die Brüssel IIa-VO verdrängt.

Die **Anerkennung und Vollstreckung** der von den Behörden eines Vertragsstaates getroffenen Schutzmaßnahmen ist in Art. 23 ff. KSÜ geregelt.

Bedeutung für den Notar hat das KSÜ insbesondere hinsichtlich des auf die **gesetzliche Vertretung Minderjähriger** und das **Erfordernis einer gerichtlichen oder behördlichen Genehmigung anwendbaren Rechts**. Dieses beurteilt sich nun nicht mehr nach Art. 21 EGBGB, sondern nach **Art. 16 Abs. 1, 17 KSÜ**. Die danach ausgesprochene Verweisung erfasst nicht das Kollisionsrecht der berufenen Rechtsordnung, ein *renvoi* ist also ausgeschlossen. Im Hinblick auf eine möglicherweise erforderlich werdende (familien-)gerichtliche oder behördliche Genehmigung ist weiter zu beachten, dass sich die gerichtliche Zuständigkeit vorrangig nach Art. 8 ff. Brüssel IIa-VO richtet, sofern das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Hoheitsgebiet eines Mitgliedsstaates der EU hat.

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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.