

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG §§ 34, 15 – Unbefristetes Angebot zur Veräußerung eines Geschäftsanteils ggü. Nichtgesellschafter; Anwendung der Hinauskündigungsgrundsätze

BGB §§ 164, 167, 177, 185; GmbHG § 35 – Erteilung einer Untervollmacht durch Geschäftsführer der GmbH; Vertreter des Vertreters; Direktvertretung; Möglichkeit und Fortbestand der Untervollmacht in verschiedenen Konstellationen

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 1018; GBO § 22 Abs. 1 S. 1 – Eintragung von Grunddienstbarkeiten bei einer Wohnungseigentümergeinschaft

EuErbVO Art. 65 Abs. 2 – Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses; fakultative Verwendung des amtlichen Formblatts

AktG § 112 S. 1 – Vertretung einer AG gegenüber einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist

#### Literaturhinweise

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GmbHG §§ 34, 15

#### Unbefristetes Angebot zur Veräußerung eines Geschäftsanteils ggü. Nichtgesellschafter; Anwendung der Hinauskündigungsgrundsätze

##### I. Sachverhalt

Ein GmbH-Gesellschafter gibt gegenüber einem Nichtgesellschafter ein Angebot zur Veräußerung seines Geschäftsanteils ab (Call-Option). Das Angebot ist unbefristet.

##### II. Frage

Fällt ein solches Angebot unter die Hinauskündigungsrechtsprechung des BGH?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Allgemeines zum Hinauskündigungsverbot

Im GmbH- und Personengesellschaftsrecht gilt das sog. Hinauskündigungsverbot: Gesellschafter dürfen einem **Mitgesellschafter nicht ohne sachlichen Grund die Mitgliedschaft entziehen**; der Gesellschafter soll nicht fürchten müssen, seine Gesellschafterstellung zu verlieren, wenn er seine Gesellschafterrechte (insbesondere sein Stimmrecht) in der einen oder anderen Weise ausübt („**Damoklesschwert**“ der Ausschließung, vgl. BGH NJW 2005, 3641, 3642 = DNotZ 2006, 137; DNotZ 2004, 865, 866; speziell zur Hinauskündigung im GmbH-Recht BGH NJW 1990, 2622 f. = DNotZ 1991, 917; OLG München, Urt. v. 5.10.2016, BeckRS 2016, 19878, Tz. 22 f. = RNotZ 2017, 328; MünchKommGmbHG/Strohn, 3. Aufl. 2018, § 34 Rn. 57). Grundsätzlich nichtig gem. § 138 Abs. 1 BGB sind sowohl statutarische Mechanismen als auch „einfache“ rechtsgeschäftliche Vereinbarungen, die auf eine jederzeitige Beendigung der Mitgliedschaft zielen

(BGH NJW 2005, 3641). Es macht also keinen Unterschied, ob die Hinauskündigungsmöglichkeit auf einer statutarischen Ausschlussregelung (etwa einer Einziehungsklausel) oder auf einem langfristig annehmbaren Veräußerungsangebot beruht. Kritisch kann daher auch eine **Call-Option** in Gestalt eines Angebots sein (vgl. BGH NJW 1990, 2622), denn sie vermittelt dem (künftigen) Erwerber das Recht und die Möglichkeit, eine Veräußerung zu seinen Gunsten zustande zu bringen (vgl. zum Begriff der Call-Option MünchKommBGB/Busche, 8. Aufl. 2018, Vor § 145 Rn. 70; MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rn. 95).

Die Hinauskündigung ist allerdings – wie oben angedeutet – nicht kategorisch verboten, sondern kann **im Einzelfall gerechtfertigt** sein. Es geht also letztlich darum, dass die Mitgliedschaft des Gesellschafters nicht willkürlich, sondern aus sachlichem Grund beendet wird. Allgemeine Kriterien lassen sich dafür nicht benennen, sondern lediglich Fallgruppen, in denen die Rechtsprechung die Hinauskündigung akzeptiert hat (z. B.: Managermodell – BGH NJW 2005, 3641; Mitarbeitermodell – BGH NJW 2005, 3644 = DNotZ 2006, 140; Russian-Roulette-Klausel – OLG Nürnberg NZG 2014, 222 = RNotZ 2014, 180; zum Managermodell jüngst auch LG Stuttgart GmbHR 2019, 116 m. Anm. Höfer).

## 2. Hinauskündigungsrecht des Nichtgesellschafters?

Ein Rechtfertigungsbedürfnis ist freilich nur dann gegeben, wenn der Tatbestand der verbotenen Hinauskündigung überhaupt einschlägig ist. Im vorliegenden Fall gibt der Gesellschafter das Veräußerungsangebot gegenüber einem Nichtgesellschafter ab. „Berechtigt“, die Gesellschafterstellung des Gesellschafters durch Annahme des Angebots zu beenden, ist also eine außerhalb der Gesellschaft stehende Person. Soweit die Rechtsprechung den Tatbestand der Hinauskündigung definiert, spricht sie jedoch stets nur das Verhältnis unter Mitgesellschaftern an, d. h. das Recht einer „Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit“ gegenüber einem „Mitgesellschafter“ (so BGH NJW 2005, 3641, 3642; vgl. auch BGH NJW 1990, 2622 f.; DNotZ 2004, 865, 866). Dies ist nicht nur dem konkret zu entscheidenden Fall geschuldet, sondern verweist u. E. auf den Kerngedanken der Hinauskündigungsrechtsprechung: Es geht um das **Druckmittel des Mitgesellschafters** gegenüber dem Mitgesellschafter. Das Risiko einer unzulässigen Beeinflussung bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte kann sich typischerweise nur im Innenverhältnis der Gesellschaft realisieren, wozu insbesondere die Willensbildung innerhalb des Gesellschaftsorgans der Gesellschafterversammlung gehört (vgl. auch BGH NJW 1990, 2622 f., der eine „nicht zu

billigende Willkürherrschaft der Mehrheit oder der mit dem Ausschließungsrecht ausgestatteten Gesellschafter“ befürchtet). Regelmäßig wird ein Nichtgesellschafter gar keinen Einblick in diese Sphäre haben. Dass dies faktisch durchaus anders sein kann, dürfte bei einer **typisierten Betrachtung**, wie sie einem rechtlichen Tatbestand notwendigerweise zugrunde liegt, nicht ins Gewicht fallen. Dagegen könnte die Einflussnahme auf rechtlicher Grundlage – soweit sie zulässig ist – sogar im Rahmen des Hinauskündigungstatbestands sachlich rechtfertigend wirken. Zu denken wäre insoweit etwa an einen Treuhandvertrag, bei dem der Treuhändergesellschaftler nach Weisung des (außenstehenden) Dritten handeln muss und durch Vertragsverletzung einen Rückabtretungsgrund liefern würde (vgl. auch BGH NJW 1990, 2622, 2623). Ein solcher Treuhandvertrag wäre auch mit einem Mitgesellschafter denkbar und würde – trotz Rückübertragungsoption – wohl keine Bedenken aufwerfen (tendenziell ebenso anscheinend MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rn. 141).

Eine andere Frage ist, ob dem Nichtgesellschafter in besonderen Ausnahmefällen die Gesellschafterposition eines Gesellschafters wie eine eigene zugerechnet werden muss. Für eine Sonderkonstellation gibt der Sachverhalt aber nichts her.

---

## BGB §§ 164, 167, 177, 185; GmbHG § 35 Erteilung einer Untervollmacht durch Geschäftsführer der GmbH; Vertreter des Vertreters; Direktvertretung; Möglichkeit und Fortbestand der Untervollmacht in verschiedenen Konstellationen

---

### I. Sachverhalt

X ist Geschäftsführer zahlreicher Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Er möchte Y eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilen, die Y bei bestimmten einzelnen Geschäften zur Vertretung der von X vertretenen Gesellschaften ermächtigt.

Die Vollmacht soll sich abstrakt auf sämtliche Gesellschaften beziehen, die von X vertreten werden; diese Gesellschaften sollen also nicht konkret benannt sein. Nach dem ausdrücklichen Willen von X soll die Vollmacht auch zukünftig gegründete oder zukünftig von ihm vertretene Gesellschaften erfassen.

### II. Fragen

1. Zielt eine solche Vollmacht auf die Direktvertretung der jeweiligen Gesellschaft („Direktvertretung“) oder auf die Durchgangvertretung durch den „Vertreter des Vertreters“?

2. Berechtigt die Vollmacht Y dazu,

a) die A-GmbH zu vertreten, deren Geschäftsführer der X von der Gründung an gewesen ist und auch im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht noch ist? (Zeitliche Abfolge: 1. Errichtung der A-GmbH und Bestellung des X zum Geschäftsführer. – 2. X bevollmächtigt Y. – 3. Y übt die Vollmacht aus.)

b) die B-GmbH zu vertreten, deren Geschäftsführer der X von der Gründung an gewesen ist, aber im Zeitpunkt der Ausübung der Vollmacht nicht mehr ist? (Zeitliche Abfolge: 1. Errichtung der B-GmbH und Bestellung des X zum Geschäftsführer. – 2. X bevollmächtigt Y. – 3. X wird als Geschäftsführer abberufen. – 4. Y übt die Vollmacht aus.)

c) die C-GmbH zu vertreten, die bei Bevollmächtigung des Y noch nicht existierte oder deren Geschäftsführer X in diesem Zeitpunkt noch nicht war, wenn X danach deren Geschäftsführer geworden ist und dies im Ausübungszeitpunkt auch noch ist? (Zeitliche Abfolge: 1. X bevollmächtigt Y. – 2. Errichtung der C-GmbH und Bestellung des X zum Geschäftsführer. – 3. Y übt die Vollmacht aus.)

d) die D-GmbH zu vertreten, die bei Bevollmächtigung des Y noch nicht existierte oder deren Geschäftsführer der X in diesem Zeitpunkt noch nicht war, wenn X danach zwar deren Geschäftsführer wurde, er es wegen zwischenzeitlicher Abberufung im Ausübungszeitpunkt jedoch nicht mehr ist? (Zeitliche Abfolge: 1. X bevollmächtigt Y. – 2. Errichtung der D-GmbH und Bestellung des X zum Geschäftsführer. – 3. X wird als Geschäftsführer abberufen. – 4. Y übt die Vollmacht aus.)

3. Muss die jeweils betroffene Gesellschaft das Handeln des Y genehmigen, damit es für sie Wirkung entfaltet?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Problem: Vertreter des Vertreters

Die Beantwortung der gestellten Fragen hängt u. E. entscheidend von der Vorfrage ab, ob ein Unterbevollmächtigter als „Vertreter des Vertreters“ auftreten kann. Grundsätzlich kann nämlich Untervertretung zweierlei bedeuten:

(1) Der Hauptvertreter bevollmächtigt den Untervertreter im Namen des Geschäftsherrn (Hauptvollmachtgebers), sog. **Direktvertretung**.

(2) Der Hauptvertreter bevollmächtigt den Untervertreter im eigenen Namen, aber zum Handeln mit Wirkung für den Geschäftsherrn, sog. **Vertreter des Vertreters** (Durchgangvertretung).

Der **Streit** um die Zulässigkeit des „Vertreters des Vertreters“ ist fast schon klassisch zu nennen: Die h. L. lehnt diese Rechtsfigur ab. Das Problem liege zwar nicht zwingend im Offenkundigkeitsprinzip, es sei aber darin zu sehen, dass der Hauptvertreter aus eigenem Recht keine Befugnis habe, eine Vollmacht zu erteilen, die den von ihm Vertretenen binde (MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 167 Rn. 82; s. ferner Staudinger/Schilken, BGB, 2014, § 167 Rn. 62; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2019, § 167 Rn. 12; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 167 Rn. 60; Erman/Maier-Reimer, BGB, 15. Aufl. 2017, § 167 Rn. 63). Dagegen steht die offenbar ganz **gefestigte Rechtsprechung**, wonach der Unterbevollmächtigte den Geschäftsherrn **auch als Vertreter des Vertreters** binden kann (RGZ 108, 405, 407; BGH NJW 1960, 1565, 1566; NJW 1977, 1535; Urt. v. 8.5.1978 – II ZR 209/76, Tz. 6 [juris]; DNotZ 2003, 147, 148). Auch in jüngerer Zeit hat sich die Rechtsprechung – wenngleich ohne nähere Begründung – zu dieser Vertretungsvariante bekannt (BGH NJW 2009, 293 Tz. 8; Beschl. v. 29.9.2011 – V ZB 3/11, Tz. 10 [juris]; KG FGPrax 2015, 195 = RNotZ 2015, 567; OLG München, Beschl. v. 21.4.2011, BeckRS 2011, 22446, Tz. 8; FGPrax 2014, 14, 15; s. auch Bous, RNotZ 2004, 483, 484; vgl. ferner Weber, MittBayNot 2019, 11, 14).

Hält man den Vertreter des Vertreters für zulässig, so hängt es grundsätzlich vom Willen des Hauptbevollmächtigten ab, welche Form der Untervollmacht er wählt. Auch für die Erteilung von Vollmachten zum Handeln im Namen der GmbH ist im Übrigen der GmbH-Geschäftsführer zuständig (vgl. MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, § 35 Rn. 238; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rn. 22), wobei in diesem Fall der Bevollmächtigte streng genommen kein Unterbevollmächtigter des Geschäftsführers ist, sondern unmittelbarer Vertreter der GmbH. Wie bei der Unterbevollmächtigung ist jedoch der Geschäftsführer als Zwischenglied zwischen Geschäftsherrn und Letztbevollmächtigtem eingeschaltet.

Mögen grundsätzlich auch beide Erteilungsvarianten möglich sein, so ist doch der Unterbevollmächtigte in bestimmten Konstellationen **nur als Vertreter des Vertreters denkbar**:

Wenn der Hauptbevollmächtigte/Geschäftsführer lediglich **gesamtvertretungsberechtigt** ist, so kann er allein einen Dritten nicht zum Direktvertreter des Hauptvollmachtgebers/Hauptvertretenen machen. Eine solche Vollmacht im Namen des Hauptvertretenen (der GmbH) könnten nämlich nur (gesetzliche) Vertreter in vertretungsberechtigter Zahl erteilen.

Wenn der **Untervollmachtgeber noch gar nicht Hauptbevollmächtigter**/Geschäftsführer ist, dann bleibt es ihm mangels Vertretungsbefugnis ebenso verwehrt, eine wirksame Vollmacht im Namen des Hauptvollmachtgebers/Hauptvertretenen zu erteilen. Der künftige Hauptbevollmächtigte kann insoweit allenfalls als *falsus procurator* handeln, sodass die Untervollmächtigung genehmigungsbedürftig wäre (vorbehaltlich des § 180 BGB). Dagegen ist es u. E. denkbar, dass die Untervollmacht für den Vertreter des Vertreters mit dem Wirksamwerden der Hauptvollmacht automatisch ebenfalls wirksam wird. Die Untervollmacht könnte sich ihrem Inhalt nach nämlich auch auf die Ausübung von Hauptvollmachten beziehen, die dem Hauptbevollmächtigten künftig erteilt werden. Siehe dazu näher bereits Gutachten DNotI-Report 2018, 185, 188 f.

Mithin würde es die Rechtsfigur des Vertreters des Vertreters ermöglichen, dass bereits der Noch-nicht-Geschäftsführer einer GmbH eine Untervollmacht zum Handeln mit (späterer) Wirkung für die GmbH erteilt. Auf einem anderen Blatt steht die Frage nach einer etwaigen Gesellschafterzustimmung gem. § 46 Nr. 7 GmbHG. Hiernach müssten die Gesellschafter einer Handlungsvollmacht bzgl. des gesamten Geschäftsbetriebs durch Beschluss zustimmen (vorliegend laut Sachverhalt nicht relevant). Das Erfordernis hat allerdings nur im Innenverhältnis Bedeutung und kann daher die Wirksamkeit der Bevollmächtigung grundsätzlich nicht beeinträchtigen (vgl. MünchKommGmbHG/Liebscher, § 46 Rn. 214; Scholz/K. Schmidt, § 46 Rn. 127; anders bei Missbrauch der Vertretungsmacht).

## 2. Möglichkeit der Untervollmacht in verschiedenen Fallvarianten

Mithilfe der soeben skizzierten Grundsätze dürften sich die weiteren Fragen relativ klar beantworten lassen.

### a) Erlöschene Geschäftsführerstellung im Ausübungszeitpunkt

Ist Y namens der GmbH von deren Geschäftsführer bevollmächtigt worden (Erteilungsform „**Direktvertretung**“), so sollte das Ausscheiden aus dem Geschäftsführeramte vor Ausübung der Vollmacht die Vollmacht nicht hinfällig machen. Es handelt sich letztlich um eine Vollmacht der GmbH, deren Fortbestand nicht vom Geschäftsführeramte der Erteilungsperson abhängt (vgl. RGZ 107, 161, 166; BayObLG NJW 1959, 2119; OLG München MittBayNot 2018, 586 Tz. 29; LG Stuttgart, Beschl. v. 18.12.1981 – 2 T 495/81, Tz. 9 [juris], zur Vollmacht des später ausscheidenden Vereinsvorstands; Erman/G. Maier-Reimer, § 168 Rn. 8; BeckOK-BGB/Schäfer, Std.: 1.2.2019, § 168 Rn. 16; Palandt/Ellenberger, § 168 Rn. 4; Staudinger/Schilken, § 168

Rn. 24; vgl. auch Bous, RNotZ 2004, 483, 485 f.; KG MittBayNot 2017, 523 Tz. 12).

Anders wird dies zu sehen sein, wenn Y als **Vertreter des Vertreters** bevollmächtigt worden ist: Dann kann der Untervollmachtgeber als Bindeglied zwischen Geschäftsherrn (GmbH) und Unterbevollmächtigtem u. E. nur so lange fungieren, wie er das Geschäftsführeramte und die damit verbundene Vertretungsmacht innehat (KGJ 37, A 239, A 242; vgl. ausgehend von der Direktvertretung: KG FGPrax 2015, 195; MünchKommBGB/Schubert, § 167 Rn. 87; abw. Bous, RNotZ 2004, 483, 486).

Soweit man die verschiedenen Konstellationen in einer Vollmacht von vornherein berücksichtigen will, kann man die Vertretungsmacht u. U. auf beide Erteilungsformen stützen.

### b) Fehlende Geschäftsführerstellung im Erteilungszeitpunkt

Trotz fehlender Geschäftsführerstellung im Erteilungszeitpunkt dürfte X den Y als **Vertreter des Vertreters** bevollmächtigen können (s. bereits Ziff. 1).

### c) Fehlende Geschäftsführerstellung im Erteilungszeitpunkt, zwischenzeitliche Erlangung, Erlöschen vor Ausübung

„**Direktvertretung**“: X wäre *falsus procurator* im Erteilungszeitpunkt. Wenn die GmbH die Vollmacht genehmigte, dann hätte diese fortan autonomen Bestand, unabhängig vom Geschäftsführeramte des X.

„**Vertreter des Vertreters**“: Zwar würde die Vollmacht mit der Geschäftsführerbestellung wirksam (s. bereits Ziff. 1), könnte nach der Abberufung aber nicht autonom fortbestehen (s. lit. a). Sie wäre demnach im Ausübungszeitpunkt ohne Wirkung.

## 3. Genehmigung des Handelns des Untervertreters?

Wenn der (Unter-)Vollmachtgeber die Vertretungsmacht für den Hauptvertretenen (Geschäftsführeramte) nachträglich erlangt, macht dies die zuvor vollmachtlos abgeschlossenen **Geschäfte nicht automatisch ex tunc wirksam**.

Anders könnte dies zu sehen sein, wenn die Gesellschaft die **Bevollmächtigung des Y genehmigt**, denn die Genehmigung wirkt gem. § 184 BGB zurück und verleiht dem Y somit für den Augenblick seines Handelns Vertretungsmacht. Es erscheint konsequent, dass infolge der Rückwirkung auch nachgeordnete Rechtsgeschäfte, die von der Wirksamkeit des genehmigten Rechtsgeschäfts abhängen, wirksam werden (vgl. Gutachten DNotI-Report 2016, 51, 52 zur rückwirkenden Genehmigung



einer Finanzierungsvollmacht). Dies gilt freilich nur, soweit die GmbH im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts bereits als Rechtsträger existiert hat (vgl. zu den Grenzen der Rückwirkung allg. RGZ 65, 245, 248; BeckOGK-BGB/Regenus, Std.: 1.1.2019, § 184 Rn. 65).

## 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.

**BeurkG § 39a Abs. 2; HGB § 12 Abs. 1**  
**Nachweis der Vertreterbestellung bei elektronischer Einreichung der Dokumente durch den vertretenen Notar**

Abruf-Nr.:

**BGB § 1094**

**Erlöschen eines für alle Verkaufsfälle bestellten Vorkaufsrechts**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**BGB § 1018; GBO § 22 Abs. 1 S. 1**  
**Eintragung von Grunddienstbarkeiten bei einer Wohnungseigentümergeinschaft**

**1. Ein nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteiltes Grundstück kann zu Gunsten einer der Sondereigentumseinheiten mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden, die ihrem Inhalt nach nur an dem ganzen Grundstück bestellt werden kann; der Eintragung der Dienstbarkeit in das Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuch der herrschenden Sondereigentumseinheit bedarf es hierfür nicht.**

**2. Das Fehlen des nach § 4 Abs. 1 WGV vorgeschriebenen Gesamtvermerks führt nicht zur Unwirksamkeit der Belastung des nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten Grundstücks mit einer Grunddienstbarkeit.**

**3. Aus dem Umstand allein, dass eine Grunddienstbarkeit, die nach ihrem Inhalt nur an dem ganzen, nach dem Wohnungseigentumsgesetz aufgeteilten**

**Grundstück bestellt werden kann, in die Grundbücher der einzelnen Sondereigentumseinheiten ohne den nach § 4 Abs. 1 WGV vorgeschriebenen Gesamtvermerk eingetragen worden ist, kann nicht geschlossen werden, dass eine im Sinne von § 53 Abs. 1 S. 2 GBO inhaltlich unzulässige Belastung der einzelnen Sondereigentumseinheiten vorliegt (entgegen BayObLG MittBayNot 1995, 288).**

BGH, Beschl. v. 17.1.2019 – V ZB 81/18

### Problem

Gegenstand der Rechtsbeschwerde zum BGH ist die von einem Wohnungseigentümer angeregte amtsweilige Löschung einer zu Gunsten eines Teileigentums eingetragenen Dienstbarkeit im Rahmen einer Anlage von weit über 1000 Wohnungen. Im Bereich des Teileigentums befindet sich ein Heizwerk für die gesamte Ferienanlage; zu Gunsten dieser Teileigentumseinheit sind ein Leitungs- und Betretungsrecht und eine Unterlassungsdienstbarkeit (Fernwärmebezugspflicht) an dem Wohnungseigentumsgrundstück eingetragen.

Die Beteiligten zu 1 rügte die Unzulässigkeit der Dienstbarkeitseintragung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO.

Das Beschwerdegericht hatte die Ablehnung der Löschung der Dienstbarkeit durch das Grundbuchamt als rechtmäßig angesehen. Fernwärmebezugspflichtigen könnten mittelbar durch eine Grunddienstbarkeit, die Errichtung und Betrieb von Heizungsanlagen untersage, gesichert werden. Eine Grunddienstbarkeit könne zu Gunsten eines Wohnungs- und Teileigentums auch an einem anderen Wohnungs- und Teileigentum bestellt werden. Unschädlich sei es, dass die Dienstbarkeit zu Gunsten des Teileigentums dort nicht gleichzeitig als Belastung eingetragen sei und es im Übrigen auch an einem Gesamtvermerk nach § 4 Abs. 1 S. 2 WGV fehle.

### Entscheidung

Der BGH weist die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 gegen die Entscheidung des OLG Schleswig zurück.

Eine inhaltlich unzulässige Eintragung im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 2 GBO liege nur dann vor, wenn ein rechtlich nicht möglicher Rechtszustand, etwas Widersprüchliches oder ein gesetzlich nicht erlaubter Inhalt verlautbart werde.

Einerseits könnten Fernwärmebezugspflichtigen durch eine Grunddienstbarkeit mittelbar abgesichert werden; andererseits sei die Dienstbarkeit nicht inhaltlich unzulässig, weil sie nicht auf den einzelnen Sondereigentumseinheiten, sondern auf dem ganzen Grundstück laste.

Das Leitungs- und Betretungsrecht müsse auch an dem ganzen Grundstück bestellt werden, da die Dienstbarkeit das der gemeinschaftlichen Nutzung unterliegende Gemeinschaftseigentum betreffe, sodass nur eine Belastung des Grundstücks im Ganzen möglich sei. Im vorliegenden Fall sei das Leitungs- und Betretungsrecht am ganzen Grundstück bestellt, weil sich durch Auslegung ergebe, dass auch bei Fehlen eines Gesamtvermerks keine bloße unzulässige Belastung der einzelnen Sondereigentumseinheiten, sondern des gesamten Grundstücks vorliege.

Grundsätzlich sei daher eine Belastung des ganzen Grundstücks an allen Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern einzutragen. Ein Ausbleiben der dahingehenden Eintragung führe aber nicht zu einer unzulässigen Eintragung nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO, sondern allenfalls zu einer zulässigen, aber unwirksamen Belastung des ganzen Grundstücks. Diese Unrichtigkeit könne aber nur nach § 22 Abs. 1 S. 1 GBO berichtigt werden.

Ein diesbezüglicher Unrichtigkeitsnachweis sei jedoch nicht geführt. Auch eine Belastung des gemeinschaftlichen Grundstücks zu Gunsten eines Wohnungs- oder Teileigentums sei möglich, vgl. § 1009 BGB. Von dem Grundsatz, dass das dienende Gesamtgrundstück mit der Dienstbarkeit insgesamt zu belasten sei, sei im vorliegenden Fall eine Ausnahme mit Blick auf die herrschende Sondereigentumseinheit zu machen.

Denn einerseits könne ein Grundstück nicht für dasselbe Recht herrschend und dienend sein. Das Sondereigentum sei als „anderes Grundstück“ im Sinne von § 1018 BGB anzusehen. Andererseits sei ein Herrschvermerk zu Gunsten der berechtigten Sondereigentumseinheit zwar möglich, aber nicht nötig.

Im Übrigen hindere auch ein fehlender Gesamtvermerk nach § 4 Abs. 1 WGV eine wirksame Belastung mit der Dienstbarkeit nicht, da es sich hierbei lediglich um eine formale Ordnungsvorschrift handle.

---

#### **EuErbVO Art. 65 Abs. 2**

**Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses; fakultative Verwendung des amtlichen Formblatts**

**Art. 65 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung**

**öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses und Art. 1 Abs. 4 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 der Kommission vom 9. Dezember 2014 zur Festlegung der Formblätter nach Maßgabe der Verordnung Nr. 650/2012 sind dahin auszulegen, dass für den Antrag auf Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses im Sinne der erstgenannten Bestimmung die Verwendung des Formblatts IV in Anhang 4 der Durchführungsverordnung Nr. 1329/2014 fakultativ ist.**

EuGH, Urt. v. 17.01.2019 – C-102/18

#### **Problem**

Ein Europäisches Nachlasszeugnis (ENZ) wird auf Antrag ausgestellt (Art. 65 Abs. 1 EuErbVO). Antragsberechtigt sind u. a. der Erbe und der Testamentsvollstrecker (Art. 65 Abs. 1, 63 Abs. 1 EuErbVO). Gem. Art. 65 Abs. 3 EuErbVO „muss“ der Antrag bestimmte Angaben enthalten. Nach Art. 65 Abs. 2 EuErbVO „kann“ der Antragsteller das Formblatt IV im Anhang 4 der Durchführungsverordnung Nr. 1329/2014 verwenden. In Art. 1 Abs. 4 der Durchführungsverordnung heißt es, dass das für den Antrag auf Ausstellung des ENZ das Formblatt zu verwenden „ist“.

Der EuGH musste sich mit der Frage auseinandersetzen, ob ein Notar für den Antrag das Formblatt IV verwenden muss oder auch ein eigenes Muster nutzen kann.

#### **Entscheidung**

Der EuGH entscheidet die Frage dahingehend, dass das **Formblatt für den Antrag auf Ausstellung des ENZ nur fakultativ** ist und der Antragsteller somit auch ein eigenes Muster verwenden kann. Der EuGH beruft sich auf den Wortlaut des Art. 65 Abs. 2 EuErbVO („kann“). Der Antragsteller könne das Formblatt verwenden, müsse dies aber nicht. Dies ergebe sich auch aus dem Zusammenspiel mit der Vorschrift des Art. 67 Abs. 1 S. 2 EuErbVO. Dieser schreibe für die **Ausstellung** des ENZ die Verwendung eines Formblatt vor („Sie verwendet das [...] Formblatt“). Art. 65 Abs. 2 EuErbVO enthalte für den Antrag keine vergleichbare Vorgabe.

Auch Art. 1 Abs. 4 der Durchführungsverordnung besage nichts anderes. Denn die Bestimmung sei in Verbindung mit dem Anhang 4 zu lesen. Hier werde in dem Feld „Mitteilung an den Antragsteller“ am Anfang dieses Formblatts eindeutig klargestellt, dass das Formblatt IV fakultativ sei.

#### **Praxishinweis**

Die Entscheidung schafft für die Praxis eine erfreuliche

Klarstellung. Notare können daher ihr eigenes Muster verwenden, wenn sie einen Antrag auf Ausstellung eines ENZ beurkunden (vgl. für Formulierungsvorschläge Schmitz, RNotZ 2017, 269, 279; Eckelskemper/Schmitz, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, J. V. 9.-11.; BeckOF-Vertrag/Schewe, Std.: 1.1.2019, 5.6.6.-5.6.11.). Das Formblatt für den Antrag ist als Word-Dokument auf der Webseite des DNotI abrufbar (<https://www.dnoti.de/arbeitshilfen/ipr-und-auslaendisches-recht/>).

---

### AktG § 112 S. 1

**Vertretung einer AG gegenüber einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist**

**Der Aufsichtsrat vertritt die AG nach § 112 S. 1 AktG nicht nur bei Rechtsgeschäften, die mit dem Vorstandsmitglied selbst geschlossen werden, sondern auch bei Rechtsgeschäften mit einer Gesellschaft, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied ist.**

BGH, Urt. v. 15.1.2019 – II ZR 392/17

### Problem

Die Klägerin – eine AG – hatte (u. a.) mit der Beklagten – einer GmbH – einen Kauf- und Abtretungsvertrag über deren Geschäftsanteile an einer weiteren GmbH geschlossen. Der Alleingesellschafter der Beklagten sollte nach der Präambel des Vertrages eine Führungsposition bei der Klägerin übernehmen. Zu diesem Zweck war die Abtretung der GmbH-Geschäftsanteile (u. a.) durch den Abschluss eines Vorstandsdienstvertrages zwischen der Klägerin und dem Alleingesellschafter der Beklagten aufschiebend bedingt. Der Vorstandsdienstvertrag sollte seinerseits nur bei Kaufpreiszahlung in Kraft treten. Bei Abschluss des Kaufvertrages wurde die AG durch einen Bevollmächtigten ihres Vorstands vertreten. Am selben Tag wurde in einer Aufsichtsratsitzung die Bestellung des Alleingesellschafters der beklagten GmbH zum Vorstand der AG beschlossen und ein entsprechender Vorstandsdienstvertrag unterzeichnet.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten nunmehr Rückzahlung des zwischenzeitlich gezahlten Kaufpreises. Der Vertrag sei unwirksam, da die Klägerin nicht nach § 112 S. 1 AktG durch ihren Aufsichtsrat vertreten worden sei. Das Landgericht gab der Klage statt, die Berufung der Beklagten vor dem Oberlandesgericht blieb erfolglos. Der BGH hatte jetzt über die Revision zu entscheiden.

### Entscheidung

Der BGH weist die Revision als unbegründet zurück. Mit den Instanzgerichten hält der BGH den **§ 112 S. 1 AktG für einschlägig**. Demnach hätte die AG bei Abschluss des Kaufvertrages durch ihren Aufsichtsrat vertreten werden müssen. Ob ein Verstoß gegen § 112 S. 1 AktG zur Nichtigkeit nach § 134 BGB oder bloß zu einem schwebend unwirksamen, nach § 177 Abs. 1 BGB genehmigungsfähigen Rechtsgeschäft führt, lässt der BGH offen, da eine Genehmigung durch den Aufsichtsrat nicht erteilt wurde. Das Rückzahlungsverlangen der Klägerin sei deshalb nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB begründet.

Nach § 112 S. 1 AktG wird die AG bei Rechtsgeschäften mit ihren eigenen Vorständen durch den Aufsichtsrat vertreten. Um die Anwendbarkeit des § 112 S. 1 AktG auf die vorliegende Situation zu begründen, musste der BGH zwei Hürden überwinden.

Zum einen war der Alleingesellschafter der Beklagten zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch kein Vorstand der Klägerin. Nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur **erfasst der § 112 S. 1 AktG aber auch Rechtsgeschäfte der AG mit Personen, die erst künftig zum Vorstand bestellt werden sollen**, sofern diese Rechtsgeschäfte im Vorfeld der beabsichtigten Bestellung erfolgen und mit dieser in Zusammenhang stehen. Mit Hinweis darauf, dass der § 112 S. 1 AktG anderenfalls durch die zeitliche Abfolge von Rechtsgeschäft und Bestellung leicht umgangen werden könnte, bestätigt der BGH diese Auffassung. Den Zusammenhang zwischen Kaufvertrag und Bestellung sieht das Gericht darin, dass beide Geschäfte durch Bedingungen miteinander verknüpft waren.

Zum anderen hatte der BGH darüber zu befinden, ob § 112 S. 1 AktG Anwendung findet, wenn die AG nicht mit ihrem Vorstand selbst, sondern **mit einer anderen Gesellschaft kontrahiert, deren alleiniger Gesellschafter einer ihrer Vorstände ist**. Diese in Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung streitige Frage hatte der BGH bislang stets offengelassen. Als Ergebnis einer nahezu schulmäßigen Prüfung gelangt das Gericht nun zu dem Ergebnis, dass § 112 S. 1 AktG auch in solchen Fällen einschlägig ist. Zwar gelte § 112 S. 1 AktG seinem **Wortlaut** nach nur für die Vertretung der Gesellschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied. Auch lege die Tatsache, dass es sich bei § 112 S. 1 AktG um eine Ausnahme von der ausschließlichen Vertretungsmacht des Vorstands (§ 78 Abs. 1 AktG) handele, in **systematischer Hinsicht** eher eine enge Auslegung nahe. Eine erweiternde Auslegung sei hierdurch aber ebenso wenig ausgeschlossen wie durch den Umstand, dass in § 112 S. 1 AktG – anders als in §§ 89, 115 AktG –

keine gesonderte Regelung für Umgehungstatbestände enthalten sei. Denn ein bewusstes Absehen des Gesetzgebers von einem Umgehungsschutz könne regelmäßig nicht angenommen werden. Entscheidendes Gewicht misst das Gericht dem **Schutzzweck der Norm** bei, der für eine erweiternde Auslegung des § 112 S. 1 AktG spreche. § 112 S. 1 AktG solle Interessenkollisionen vorbeugen und eine von sachfremden Erwägungen unbeeinflusste Vertretung der Gesellschaft gegenüber Vorstandsmitgliedern sicherstellen. Dafür mache es keinen Unterschied, ob der Vertrag mit dem Vorstandsmitglied oder mit einer Gesellschaft geschlossen werde, deren alleiniger Gesellschafter ein Vorstandsmitglied sei. Denn in diesem Fall seien Vorstandsmitglied und Gesellschaft wirtschaftlich identisch. Die Gefahr der Befangenheit des Vorstands bestünde hier gleichermaßen, da jede Entscheidung automatisch auch die persönlichen wirtschaftlichen Interessen eines der Vorstandsmitglieder betreffe.

Eine Einschränkung des demnach bestehenden Rückzahlungsanspruchs aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB nach den Grundsätzen der Saldotheorie lehnt der BGH abschließend ab. Eine anzurechnende bzw. Zug-um-Zug zurückzugewährende Gegenleistung habe die Klägerin nicht erhalten, da die Klägerin auch bei der in der Kaufvertragsurkunde enthaltenen Abtretung der Geschäftsanteile nicht ordnungsgemäß nach § 112 S. 1 AktG vertreten worden sei. Die Klägerin sei deshalb materiell-rechtlich nicht Inhaberin der Geschäftsanteile geworden. Dass die Klägerin darüber hinaus aus dem Kaufvertrag bzw. als formell legitimierte Listengesellschafterin sonstige Vorteile i. S. d. § 818 Abs. 1 BGB gezogen hätte, die im Rahmen der Saldotheorie anspruchsmindernd zu berücksichtigen wären, habe die Beklagte nicht substantiiert genug dargelegt.









**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

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:** Notar a. D. Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

**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