

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GBO § 35 – Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts bei Ausschlagung der Erbschaft durch den aufgrund notariellen Testaments primär berufenen Alleinerben; Nachweis der Ersatzerbfolge

BGB § 1094; BauGB § 28 Abs. 2 – Konkurrenz zwischen gemeindlichem Vorkaufsrecht und rechtsgeschäftlichem Vorkaufsrecht

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB § 1896 – Zweck der Betreuung; Voraussetzung für die Einsetzung eines Kontrollbetreuers

Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 – Auswirkungen des Brexits auf die Existenz einer britischen Limited Company mit tatsächlichem Sitz der Hauptverwaltung in Deutschland

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### GBO § 35

#### Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts bei Ausschlagung der Erbschaft durch den aufgrund notariellen Testaments primär berufenen Alleinerben; Nachweis der Ersatzerbfolge

##### I. Sachverhalt

Ersatzerben beabsichtigen, eine Immobilie zu veräußern. Als Erbnachweis liegt eine notariell beurkundete Verfügung von Todes wegen vor, in der ein Alleinerbe und die Ersatzerben namentlich benannt sind. Der Alleinerbe hat die Erbschaft zu Protokoll des Nachlassgerichts ausgeschlagen, gleichzeitig haben die Ersatzerben zu Protokoll des Nachlassgerichts erklärt, dass sie die Erbschaft annehmen. Aus dem Protokoll ergibt sich

weiter, dass die Ausschlagung des Alleinerben innerhalb der Ausschlagungsfrist erfolgt ist.

##### II. Frage

Genügt als Erbnachweis im Sinne des § 35 GBO die eröffnete Verfügung von Todes wegen in Verbindung mit dem Protokoll des Nachlassgerichts, um den erfolgten Eintritt der (Ersatz-)Erben nachzuweisen, oder ist ein Erbschein erforderlich?

##### III. Zur Rechtslage

###### 1. Nachweis der Erbfolge

Der Nachweis der Erbfolge kann regelmäßig nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO). Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt es, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden. **Erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen**, so kann es die **Vorlegung eines Erbscheins** oder

eines Europäischen Nachlasszeugnisses verlangen (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO).

Im vorliegenden Sachverhalt liegt eine öffentlich beurkundete Verfügung vor. Jedoch steht nicht der Nachweis des Erbrechts des dort primär benannten Alleinerben in Frage, sondern der für die namentlich benannten Ersatzerben, die nach Ausschlagung der Erbschaft durch den Alleinerben nachrücken. Fraglich ist, ob auch in dieser Fallkonstellation die Vorlage eines Erbscheins noch nach § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO entbehrlich ist. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO räumt nach ständiger obergerichtlicher Rechtsprechung dem Grundbuchamt kein Ermessen ein, ob es sich mit der Vorlegung der öffentlich beurkundeten Verfügung begnügt oder ob es einen Erbschein fordern will. Das Grundbuchamt hat eine ihm vorgelegte letztwillige Verfügung vielmehr zunächst nach ihrer äußeren Form und nach ihrem Inhalt zu prüfen. **Einen Erbschein** darf es in diesen Fällen **nur dann verlangen**, wenn sich bei der Prüfung der Verfügung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts **Zweifel ergeben**, die nur durch weitere Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über die tatsächlichen Verhältnisse geklärt werden können (allgemeiner Überblick: Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2021, § 35 Rn. 116 ff.; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 35 Rn. 39; BeckOK-GBO/Wilsch, Std.: 1.8.2021, § 35 Rn. 102 ff.). Eigene Ermittlungen tatsächlicher Art darf das Grundbuchamt also nicht anstellen. Jedoch hat es vorgelegte öffentliche Urkunden anderer Art sowie offenkundige Tatsachen bei der Auslegung der Verfügung (und der Feststellung des Erbrechts) zu berücksichtigen (etwa OLG Hamm ZEV 2014, 609; OLG Hamm FGPrax 2011, 223; BayObLG FGPrax 2000, 179; Demharter, § 35 Rn. 40; Letzteres grundsätzlich ablehnend dagegen Meikel/Krause/Weber, § 35 Rn. 127).

## 2. Nachweis im Fall der Ausschlagung

Aus den dargelegten allgemeinen Grundsätzen ist in der früheren untergerichtlichen Rechtsprechung (LG Aschaffenburg ZEV 2009, 577, 579) abgeleitet worden, dass das Grundbuchamt auch die Wirksamkeit der Ausschlagung einer Erbschaft grundsätzlich in eigener Verantwortung zu prüfen habe. Eine zu notarieller Urkunde erklärte Ausschlagung war dementsprechend samt Eingangsstempel des Nachlassgerichts zu berücksichtigen. Daraufhin hielt das LG Aschaffenburg in der genannten Entscheidung die Ausschlagung für nachgewiesen und das Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts folglich für unbegründet.

Die **neuere obergerichtliche Rechtsprechung** steht demgegenüber im Ergebnis einhellig auf dem Standpunkt, dass der Nachweis einer wirksamen Erbausschlagung in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nicht geführt

werden könne, sodass ein **Erbschein verlangt werden müsse** (etwa OLG München RNotZ 2016, 683; OLG Hamm ZEV 2017, 455; OLG Frankfurt/M. ZEV 2018, 425; zuvor OLG Frankfurt/M. NJW-RR 2012, 784; kürzlich OLG Köln FGPrax 2020, 60). Hierfür wird in den genannten Entscheidungen im Wesentlichen übereinstimmend argumentiert, der förmliche Nachweis über Form und Frist der Ausschlagung gem. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO **decke nicht weitere tatsächliche Fragen ab**, die für die Beurteilung der Wirksamkeit der Erbausschlagung mitentscheidend seien. Insbesondere schließe gem. § 1943 BGB eine zuvor – auch schlüssig – erklärte **Annahme der Erbschaft** die Ausschlagung aus. Daher erklärte beispielsweise das OLG Hamm (ZEV 2017, 455 Rn. 5) das Erbscheinsverlangen des Grundbuchamts im dort unterbreiteten Sachverhalt für gerechtfertigt, obwohl keine konkreten Anhaltspunkte für eine vorangegangene Annahme der Erbschaft gegeben waren. Auch in der neueren Kommentarliteratur wird der Standpunkt der obergerichtlichen Rechtsprechung zustimmend rezipiert (etwa Demharter, § 35 Rn. 40; ausführlich BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rn. 123b f.; Meikel/Krause/Weber § 35 Rn 128.1). Die Literatur führt zusätzlich für die Notwendigkeit eines Erbscheinsverlangens (im hier zu betrachtenden Fall nicht relevante) Schwierigkeiten bei der Überprüfung der Wahrung der Ausschlagungsfrist gem. § 1944 BGB an und hebt die Beweismittelbeschränkung im Grundbuchverfahren gem. § 29 GBO in diesem Zusammenhang hervor (ausführlich Meikel/Krause/Weber § 35 Rn 128.1).

Für den vorliegenden Fall ist zudem im Blick zu behalten, dass das Nachlassgericht über die Wirksamkeit der Erbausschlagung noch nicht anlässlich der Entgegennahme der Ausschlagungserklärung gem. § 1945 Abs. 1 BGB zu entscheiden hat. Seine Tätigkeit erschöpft sich hier in der reinen Entgegennahme der Ausschlagungserklärung (etwa OLG München MittBayNot 2010, 486 mit abl. Anm. Kroiß; OLG Köln FGPrax 2008, 71, 73; BeckOK-GBO/BGB/Heinemann, Std.: 15.4.2021, § 1945 Rn. 109). Eine derartige **Entscheidung über die Wirksamkeit der Ausschlagung** hat vielmehr das Nachlassgericht erst und **nur im Erbscheinserteilungsverfahren** zu treffen, auch dann, wenn das Landesrecht dem Nachlassgericht die Erbenermittlung von Amts wegen vorschreibt (BayObLGZ 1985, 244 ff.; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl. 2021, § 1945 Rn. 7). Das Nachlassgericht muss daher eine Ausschlagungserklärung beispielsweise auch dann entgegennehmen, wenn es sie für verspätet oder unwirksam hält (OLG München MittBayNot 2010, 486).

## 3. Ergebnis

Für die Praxis wird man diese nunmehr ganz vorherrschende Auffassung zugrunde legen müssen, auch wenn

dies als misslich empfunden werden mag. Ausschlaggebend dürfte – wie in den genannten Entscheidungen vor allem betont – die mit den Beweismitteln des § 29 GBO auch u. E. nicht abschließend zu beurteilende Möglichkeit einer vorhergehenden Erbschaftsannahme gem. § 1943, 1. Var. BGB ins Gewicht fallen, die der Wirksamkeit der Erbausschlagung durch den primär berufenen Erben entgegenstehen könnte. **Im Ergebnis** ist daher auf der dargestellten Linie der neueren Rechtsprechung davon auszugehen, dass auch **im vorliegenden Fall die eröffnete Verfügung von Todes wegen** in Verbindung mit dem Eröffnungsprotokoll zum Nachweis der Stellung des nach Ausschlagung berufenen Ersatzerben **nicht genügt, sondern vielmehr gem. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 GBO ein Erbschein erforderlich ist.**

---

## BGB § 1094; BauGB § 28 Abs. 2

### Konkurrenz zwischen gemeindlichem Vorkaufsrecht und rechtsgeschäftlichem Vorkaufsrecht

---

#### I. Sachverhalt

Es soll ein Grundstück von einem Privaten an eine Gemeinde veräußert werden. Das Grundstück ist in Abteilung II des Grundbuchs mit einem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall für den jeweiligen Eigentümer eines Nachbargrundstücks belastet.

#### II. Fragen

1. Ist beim Verkauf an die Gemeinde das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht des Grundstücksnachbarn zu beachten, obwohl wertungsmäßig das Recht der Gemeinde dem Recht des Grundstücksnachbarn vorgeht, oder kann der Erstkauf der Gemeinde durch das private Vorkaufsrecht vereitelt werden?

2. Erlischt das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Ausgangspunkt: Vorrang des gesetzlichen Vorkaufsrechts

Gesetzliche Vorkaufsrechte sind gegenüber rechtsgeschäftlich bestellten Vorkaufsrechten vorrangig (MünchKommBGB/Westermann, 8. Aufl. 2019, § 463 Rn. 14; Soester, RNotZ 2018, 1, 20; Heintz, Vorkaufsrecht des Mieters, 1998, Rn. 486). In Bezug auf das gemeindliche Vorkaufsrecht nach BauGB geht diese Rechtsfolge aus dem Gesetz inzident hervor. **Nach § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB erlöschen bei einem Eigentumserwerb** aufgrund der Ausübung des Vorkaufsrechts rechtsgeschäftliche Vorkaufsrechte. Hierzu zählen auch **dingliche Vorkaufsrechte**. Erlischt ein dingliches Vorkaufsrecht, ist es auf Ersuchen der Gemeinde im Grundbuch zu lö-

schen (BeckOK-BauGB/Grziwotz, Std.: 1.2.2021, § 28 Rn. 27).

#### 2. Ansicht der Literatur

Die Literatur steht (sofern überhaupt zu dieser Frage Stellung genommen wird) überwiegend auf dem Standpunkt, dass die **Rechtsfolge des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB** (nämlich der Untergang der übrigen Vorkaufsrechte, insbes. rechtsgeschäftlicher Vorkaufsrechte) nur dann eintritt, wenn tatsächlich der Erwerb des Grundbesitzes durch die Gemeinde **im Wege der Ausübung des baurechtlichen Vorkaufsrechts erfolgt**. Insbesondere im Falle des vorliegend avisierten freihändigen Erwerbs durch die Gemeinde greife § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht ein (Stock, in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, 142. EL, Std.: Mai 2021, § 28 Rn. 51; Brügelmann/Roos, BauGB, 52. EL, Std.: 3/2006, § 24 Rn. 75a und § 28 Rn. 35). Nach Auffassung dieser Autoren kommt es aber zu einer Vorkaufsrechtskaskade: Übt der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht mit Blick auf den Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Gemeinde aus, kann die Gemeinde nunmehr ihrerseits ihr Vorkaufsrecht ausüben und nach § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB das private Vorkaufsrecht ausschalten.

**Demgegenüber** vertritt insbes. *Hertel*, dass ein **Erlöschen** sämtlicher privatrechtlicher Vorkaufsrechte **auch bei einem freihändigen Erwerb** eines Grundbesitzes durch die Gemeinde zur Abwendung der Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechtes nach § 24 BauGB gelten müsse (so Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 2 Rn. 408 zweiter Spiegelstrich; ders., in: Lambert/Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl. 2005, Teil 2 Rn. 550, 645 unter Berufung auf das Urteil des OLG Hamm DNotZ 1989, 786 ff.; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2010, 137, 138).

#### 3. Anwendung auf den konkreten Fall

Die unterschiedlichen Auffassungen werden insbes. relevant, wenn der Vorkaufsberechtigte sein Vorkaufsrecht **nicht ausübt**. Wendet man § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht entsprechend an, erwirbt die Gemeinde das mit dem privaten Vorkaufsrecht belastete Grundstück.

a) Vertretbar wäre es wohl, im Sinne der Ansicht von *Hertel* anzunehmen, dass es keinen Unterschied machen könne, ob der Verkäufer das Grundstück an einen Dritten verkauft und die Gemeinde ihr Vorkaufsrecht ausübt (mit den Wirkungen des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB auf das dingliche Vorkaufsrecht) oder ob die Gemeinde das Grundstück direkt vom Veräußerer erwirbt. So wäre etwa denkbar, dass der Verkäufer das Grundstück an ein Tochterunternehmen der Gemeinde verkauft und die Gemeinde daraufhin ihr Vorkaufsrecht ausübt, um

das private dingliche Vorkaufsrecht auszuschalten, sofern hierin kein Scheingeschäft (§ 117 BGB) liegt. Den Verkauf an die Gemeinde bei Bestehen eines gemeindlichen Vorkaufsrechts könnte man daher mit Blick auf § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht anders behandeln als den Fall der Vorkaufsrechtsausübung durch die Gemeinde. Zweckmäßigerweise wird man in der Urkunde darlegen, dass der Gemeinde ein Vorkaufsrecht zusteht und dass sie das Vorkaufsrecht ausüben würde, wenn der Vertrag mit einem Dritten zu entsprechenden Konditionen geschlossen würde.

b) Gegen *Hertels* Auffassung spricht jedoch, dass wohl unverhältnismäßig in die Rechtsposition des privaten Dritten eingegriffen würde, brächte man § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB analog auch beim freihändigen Erwerb der Gemeinde zur Anwendung.

Für die entsprechende Anwendung von § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB besteht zunächst in der Sache regelmäßig kein Grund: Der Vorkaufsberechtigte wird wohl nur in seltenen Fällen von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch machen, da er stets damit rechnen muss, dass die Gemeinde in einem zweiten Schritt das gesetzliche Vorkaufsrecht zur Anwendung bringt – mit der Folge des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB. Zudem gilt es zu bedenken, dass das dingliche Vorkaufsrecht mit gesetzlichem Inhalt sich grundsätzlich nur auf „einen Vorkaufsfall“ bezieht (vgl. OLG München NotBZ 2010, 232 = Rpfleger 2010, 260; ausf. Gutachten DNotI-Report 2011, 97 f.). Es erlischt daher im Ergebnis schon auf zivilrechtlicher Grundlage, wenn – wovon nach vorstehenden Überlegungen regelmäßig auszugehen ist – der private Dritte keinen Gebrauch von ihm macht.

Etwas anderes gilt freilich für den – vorliegend nicht einschlägigen – Fall, dass das Vorkaufsrecht für mehrere oder alle Vorkaufsfälle bestellt ist. Hier wird zwar der private Dritte beim freihändigen Erwerb durch die Gemeinde von seinem Vorkaufsrecht ebenfalls keinen Gebrauch machen, weil er ja wiederum damit rechnen muss, dass die Gemeinde in einem zweiten Schritt ihr gesetzliches Vorkaufsrecht zur Anwendung bringt und er gem. § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB kraft Gesetzes sein Vorkaufsrecht für die Zukunft verlöre. Macht der Vorkaufsberechtigte von seinem Vorkaufsrecht vor diesem Hintergrund naheliegenderweise keinen Gebrauch, würde es indessen nur dann erlöschen, wenn man § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB schon auf den freihändigen Erwerb entsprechend anwenden würde. Hierfür besteht jedoch kein sachlich gerechtfertigtes Interesse: Die Erlösensfolge des § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB soll nicht die freihändige Weiterveräußerung des (bei analoger Anwendung von § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB von Vorkaufsrechten freien) Grundstücks durch die Gemeinde ermöglichen,

sondern lediglich die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts sichern. Würde man demgegenüber schon auf den freihändigen Erwerb § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB analog anwenden, so würde die Gemeinde besser als ein sonstiger Privater stehen, der das in Rede stehende Grundstück ebenfalls freihändig am Markt erwirbt. Auf seinem Grundstück würde das Vorkaufsrecht weiterhin lasten, während es auf dem durch die Gemeinde erworbenen Grundstück erloschen wäre.

#### 4. Ergebnis

Nach dem Vorstehenden neigen wir daher zu der Ansicht, dass § 28 Abs. 2 S. 5 BauGB nicht auf den freihändigen Erwerb durch die Gemeinde entsprechend anwendbar ist. Mangels einschlägiger Rechtsprechung verbleibt jedoch eine gewisse Rechtsunsicherheit, ob ein zur Entscheidung berufenes Gericht sich dieser Einschätzung anschließen würde.

## 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.

#### **BGB § 878; GBO § 18**

**Wirkung der Antragstellung bei Eintragungshindernis; Abgrenzung Zwischenverfügung versus Zurückweisung**

Abruf-Nr.:

#### **GmbHG §§ 40 Abs. 1, 33 Abs. 1; GesLV § 4**

**Gesellschafterliste; Angabe eigener Anteile; Prozentangabe; Berechnung des Prozentsatzes**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

#### **BGB § 1896**

**Zweck der Betreuung; Voraussetzung für die Einsetzung eines Kontrollbetreuers**

**Eine Betreuung hat nicht den Zweck, das Vermögen des Betroffenen zugunsten eines gesetzlichen Erben zu erhalten oder zu vermehren (im Anschluss an Senatsurteil vom 22. Juli 2009 – XII ZR 77/06, BGHZ 182, 116 = FamRZ 2009, 1656).**



### Problem

Die inzwischen geschäftsunfähige Vollmachtgeberin hat im Jahr 2015 eine notarielle General- und Vorsorgevollmacht errichtet und darin sowohl ihren Ehemann als auch ihre beiden Söhne – die Beteiligten zu 1.) und 2.) – zu ihren Bevollmächtigten eingesetzt. Im Jahr 2018 verstarb der Ehemann und bestimmte die Vollmachtgeberin und den Beteiligten zu 1.) zu seinen Erben. Die Erbquote des Beteiligten zu 1.) überstieg dabei die der Vollmachtgeberin deutlich. Nachdem der Beteiligte zu 2.) verschiedene Überweisungen der Vollmachtgeberin zu seinen Gunsten veranlasst hatte, wurde eine Kontrollbetreuung eingerichtet. Der Beteiligte zu 2.) verpflichtete sich jedoch in einem Vergleich, von der General- und Vorsorgevollmacht ohne Rücksprache und Zustimmung des Beteiligten zu 1.) keinen Gebrauch mehr zu machen. Das Gericht hob daraufhin die Kontrollbetreuung wieder auf. Eine hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 2.) blieb erfolglos. Dieser verfolgt nun sein Ziel, die „Aufhebung“ der dem Beteiligten zu 1.) erteilten General- und Vorsorgevollmacht und die Einrichtung einer Betreuung, mittels Rechtsbeschwerde weiter.

### Entscheidung

Der BGH hält die zulässige Rechtsbeschwerde für unbegründet, da die Voraussetzungen weder für die Einrichtung einer Betreuung noch für die einer Kontrollbetreuung gegeben seien. In Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung stellt der BGH klar, dass bei Vorhandensein einer Vorsorgevollmacht die Einrichtung einer Betreuung nur in zwei Fällen in Betracht kommt: Erstens, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmachterteilung oder am Fortbestand der Vollmacht bestehen, die eine Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr beeinträchtigen können und zweitens, wenn der Bevollmächtigte zur Besorgung der Angelegenheiten des Vollmachtgebers ungeeignet ist, insbesondere weil die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch ihn eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründen.

Die Rechtsbeschwerde sah Letzteres als erfüllt an, da der Beteiligte zu 1.) es unterlassen hatte, die Erbschaft für die Vollmachtgeberin auszuschlagen und den Zusatzpflichtteil geltend zu machen, wodurch sie finanziell besser gestellt gewesen wäre. Dieser Einschätzung folgt der BGH nicht. **Maßstab für das Handeln des Bevollmächtigten** sei **allein** der ihm erteilte Auftrag und die ihm erteilten Weisungen sowie der einer Vorsorgevollmacht generell zugrundeliegende Zweck einer sachgerechten Wahrnehmung der **Interessen des Vollmachtgebers**, da die Betreuung nicht dazu diene, das

Vermögen des Betroffenen zugunsten eines gesetzlichen Erben zu erhalten oder vermehren. Dabei könne auf den Grundsatz, dass jeder Mensch ein Interesse daran habe, die von ihm selbst nicht benötigten Vermögenswerte so anzulegen, dass sie mit dem Tod auf die Erben übergehen, nur dann zurückgegriffen werden, wenn keine tatsächlichen Anhaltspunkte auf einen gegenteiligen Willen des Vollmachtgebers hindeuteten. Im konkreten Fall gebe es jedoch Anhaltspunkte dafür, dass sich der mutmaßliche Wille der Vollmachtgeberin nicht auf die Optimierung ihrer eigenen finanziellen Situation als Erblasserin richte, sondern auf die Umsetzung ihrer Vorstellungen aus gesunden Zeiten sowie ihre eigene beste Versorgung und Pflege. Diesen Zielen werde die Annahme der Erbschaft aber besser gerecht, so dass die Voraussetzungen der (ausnahmsweisen) Erforderlichkeit einer Betreuung trotz Vorhandenseins einer Vorsorgevollmacht nicht erfüllt seien.

Auch die Einrichtung einer Kontrollbetreuung sieht der BGH als nicht erforderlich an. Er bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, dass es hierfür nicht genüge, dass ein Vollmachtgeber aufgrund seiner Erkrankung nicht mehr selbst in der Lage sei, den Bevollmächtigten zu überwachen. Vielmehr bedürfte es konkreter Anhaltspunkte dafür, dass der Bevollmächtigte nicht mehr entsprechend der Vereinbarung und im Interesse des Vollmachtgebers handle, die vorliegend fehlten. Für die von der Rechtsbeschwerde begehrte Ermächtigung des Kontrollbetreuers zum Vollmachtswiderruf hätte es darüber hinaus noch des Vorliegens weiterer Voraussetzungen bedurft, nämlich der Befürchtung einer künftigen Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere sowie des Ausscheidens anderer Maßnahmen.

---

### Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020

#### Auswirkungen des Brexits auf die Existenz einer britischen Limited Company mit tatsächlichem Sitz der Hauptverwaltung in Deutschland

**1. Seit dem Vollzug des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union gemäß Art. 50 EUV durch Ablauf der Übergangsfrist am 31.12.2020 ist eine britische Limited, die ihren tatsächlichen Verwaltungssitz in Deutschland hat, nach der sogenannten milden Form der Sitztheorie je nach tatsächlicher Ausgestaltung als GbR, OHG oder – bei nur einer Gesellschafterin – als einzelkaufmännisches Unternehmen zu behandeln.**

**2. Eine Fortgeltung der Gründungstheorie mit der Konsequenz der fortbestehenden Rechts- und Parteifähigkeit einer britischen Limited trotz tatsächlichem Verwaltungssitz in Deutschland wie unter der Geltung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 49, 54 AEUV folgt nicht aus dem Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020 (ABl. L 444/2020 vom 31.12.2020) [...].**

OLG München, Urt. v. 5.8.2021 – 29 U 2411/21 Kart

**Problem**

Eine nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete *Private Company Limited by Shares (Limited)* beantragt vor dem Landgericht eine einstweilige Verfügung. Sie trägt vor, dass sie den tatsächlichen Sitz ihrer Hauptverwaltung in England habe. Sie gibt dort als Adresse die Anschrift einer Wirtschaftsprüfungsgesellschaft an. Die Gesellschaft sei komplett in England steuerlich veranlagt worden, die Voraussetzung des § 4 Abs. 3 GewO für eine Niederlassung in Deutschland lägen nicht vor.

**Entscheidung**

Das OLG München bestätigte die Entscheidung des Landgerichts, dass der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung unzulässig sei. Die Antragstellerin sei mangels Rechtsfähigkeit nicht parteifähig. Wegen des Austritts des Vereinigten Königreichs aus der Europäischen Union könne sich die nach dem englischen Recht gegründete Gesellschaft nicht mehr auf die Niederlassungsfreiheit berufen. Anderes folge auch nicht aus dem Handels- und Kooperationsabkommen zwischen der Europäischen Union und dem Vereinigten Königreich vom 24.12.2020. Dieses Abkommen gewähre keine Rechtsposition, die der Niederlassungsfreiheit in der Ausprägung der EuGH-Rechtsprechung zur freien Wahl von Sitz und anwendbarem Gesellschaftsrecht gleichkomme. Den Stimmen in der deutschen Literatur (z. B. J. Schmidt, EuZW 2021, 613; Zwirlein-Forschner, IPRax 2021, 357, 360), die dem Handelsabkommen eine Niederlassungsfreiheit entnehmen wollen, sei nicht zu folgen. Der Handelsvertrag gewähre lediglich einen diskriminierungsfreien Zugang zum Markt. Hierfür sei aber die Gewährung der Niederlassungsfreiheit nicht erforderlich.

Es gelte daher die Sitztheorie, so dass nach der Sandrock'schen-Formel zu ermitteln sei, wo die grundlegenden Entscheidungen der Unternehmensleitung effektiv in laufende Geschäftsführungsakte umgesetzt werden (BGH NJW 1986, 2194, 2195). Liege dieser Ort in Deutschland, so könne die Gesellschaft allen-

falls als Gesellschaft deutschen Rechts behandelt werden. Da die Gründung nicht die Anforderungen für die Gründung einer Kapitalgesellschaft deutschen Rechts einhalte, komme nur eine Personengesellschaft deutschen Rechts (OHG bzw. GbR) in Betracht. Bei einer Ein-Personen-Gesellschaft erlösche die Gesellschaft automatisch und alle Aktiva und Passiva wüchsen dem Alleingesellschafter an (Bezugnahme auf die Entscheidung des BGH NJW 2009, 289 – Trabrennbahn).

**Praxishinweis**

Da in vielen Fällen die Gesellschafter versäumt haben, vor Wirksamwerden des Brexits die erforderlichen und dringend angeratenen Umwandlungsmaßnahmen durchzuführen, stellt sich die Frage, wie nun die Register zu berichtigen sind. War zuvor eine Zweigniederlassung im Handelsregister eingetragen und hatte die *Limited* nur einen Gesellschafter, so kann diese gelöscht und ein entsprechendes einzelkaufmännisches Unternehmen des alleinigen Gesellschafters der *Limited* eingetragen werden. Dem Handelsregister wäre dann nachzuweisen, dass die Gesellschaft keinen Hauptverwaltungssitz in England hatte. Dies könnte nach den Aussagen des Urteils u. U. dadurch erfolgen, dass dargelegt wird, dass in England lediglich eine Briefkastenanschrift unterhalten wurde, dass dagegen eine feste und nicht nur virtuelle Niederlassung in Deutschland bestand, dorthin Post geleitet wurde etc. Durch eine entsprechende Umschreibung des Handelsregisters ließe sich hiernach erforderlichenfalls auch eine Grundbuchberichtigung bzw. die Berichtigung der Handelsregistereintragung einer Kommanditgesellschaft, an der die *Limited* als Komplementärin beteiligt war, bewerkstelligen.

