

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
Dezember 2017
ISSN 1434-3460

23/2017

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2270 – Bindungswirkung bei privatschriftlichem Ehegattentestament; Vorversterben des erstehelichen Sohnes des Ehemannes; Frage der Ersatzberufung der Enkel; Bindungswirkung

GwG §§ 3, 19, 20 Abs. 2, 23 – Meldepflicht im Transparenzregister; Fiktion der Meldung durch elektronisch einsehbare Dokumente und Eintragungen im Handelsregister; Gesellschafterliste; wirtschaftlich Berechtigter; Beteiligungsketten

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 444 – Altlastenverdacht als Sachmangel; Arglist des Verkäufers

BGB §§ 1638, 1778 Abs. 1 Nr. 5, 1917, 2197 – Ausschluss des Vaters von der Vermögensverwaltung im Rahmen eines Geschiedenen-Testaments; Personenidentität von Testamentsvollstrecker und Ergänzungspfleger; Auswahl des Ergänzungspflegers

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2270

Bindungswirkung bei privatschriftlichem Ehegattentestament; Vorversterben des erstehelichen Sohnes des Ehemannes; Frage der Ersatzberufung der Enkel; Bindungswirkung

I. Sachverhalt

Ehegatten haben ein privatschriftliches Ehegattentestament mit folgendem Wortlaut errichtet:

„Wir, die Eheleute M und F, setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben unseres gesamten Nachlasses mit Haus und Grundstück ein. Erben des Letztversterbenden sollen unser Sohn S und unsere Tochter T zu gleichen Teilen sein.“

Bei dem Sohn S handelt es sich um einen erstehelichen Sohn des Ehemannes. Das Testament ist formwirksam errichtet.

Nach dem Tod des Ehemannes wurde das Testament eröffnet. Der Sohn S ist im Jahre 2016 nachverstorben und hat eigene Kinder hinterlassen. Nunmehr soll das Testa-

ment durch die überlebende Ehefrau dahingehend geändert werden, dass die Tochter alleinige Erbin ist.

II. Frage

Kann die gewünschte Änderung wirksam vorgenommen werden oder erstreckt sich die etwaige Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung auch auf die Enkelkinder?

III. Zur Rechtslage

1. Erbrechtliche Ausgangslage – Bindung an die Schlusserbeneinsetzung des Sohnes

Im vorliegenden Fall haben die Ehegatten die sog. **Einheitslösung** (vgl. § 2269 Abs. 1 BGB) gewählt. In diesem Fall ist der überlebende Ehegatte nach dem Tod des Erstversterbenden und Annahme der Erbschaft (vgl. § 2271 Abs. 2 BGB) an die Schlusserbeneinsetzung erbrechtlich gebunden, wenn es sich hierbei um eine **wechselbezügliche Verfügung** i. S. v. § 2270 BGB handelt.

Ob die Verfügungen der Ehegatten wechselbezüglich sein sollten, sollte sich grundsätzlich aus dem Testament selbst ergeben. Da dieses im vorliegenden Fall hierzu keine Ausführungen enthält, muss die Frage der Wechselbezüglichkeit im Wege der **Auslegung** geklärt werden. Vorrangig ist insoweit die individuelle Auslegung.

Erst dann, wenn die individuelle Auslegung kein klares Ergebnis erbringt, kann auf die **gesetzlichen Aus-**

legungsregeln des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden. Nach § 2270 Abs. 2, 2. Var. BGB wäre im Zweifel anzunehmen, dass die Schlusserbeneinsetzung der beiden Kinder im Wege wechselbezüglicher Verfügung erfolgt ist, da es sich bei den zu Schlusserben eingesetzten Personen (gemeinsame Tochter und erstehehlicher Sohn des Ehemannes) um Personen handelt, die **(auch) mit dem erstverstorbenen Ehemann verwandt** sind.

2. Nachträgliches Entfallen der Bindungswirkung durch Vorversterben des Sohnes?

Durch Vorversterben des Sohnes könnte allerdings die Bindungswirkung des Testaments zum Teil entfallen sein. Dann müsste die **Verfügung** zugunsten des Sohnes **unwirksam bzw. gegenstandslos** geworden sein. Gegenstandslosigkeit kann auch infolge Vorversterbens des Bedachten eintreten (BeckOK-BGB/G. Müller, Stand: 1.10.2017, § 2289 Rn. 78).

Allerdings gilt dies nur dann, wenn es sich um einen **ersatzlosen Wegfall** des Vorverstorbenen handelt. Ein solcher ist jedoch nicht gegeben, wenn an die Stelle des Weggefallenen ein Ersatzerbe tritt (§§ 2096, 2069 BGB) oder sein Erbteil den übrigen Bedachten gem. § 2094 BGB anwächst (vgl. bereits Gutachten DNotI-Report 2015, 155 ff.).

a) Ersatzberufung der Enkel?

Eine ausdrückliche Ersatzberufung der Enkel ist im vorliegenden Testament – wie dies bei privatschriftlichen Testamenten häufig der Fall ist – nicht erfolgt. Eine Ersatzberufung der Enkel nach § 2069 BGB ist vorliegend fraglich. Denn § 2069 BGB setzt voraus, dass ein **Abkömmling des Erblassers**, der von diesem bedacht wurde, nach Errichtung des Testaments weggefallen ist. Unter „Abkömmling“ des Erblassers sind lediglich **seine Kinder, Enkel, Urenkel** usw. zu verstehen (vgl. nur Palandt/Weidlich, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2069 Rn. 3). Da der im Testament bedachte Sohn S ein erstehelicher Sohn des Ehemannes ist, handelt es sich demzufolge nicht um einen Abkömmling der Ehefrau im vorgenannten Sinne, sodass § 2069 BGB nicht direkt eingreift.

Nach h. M. werden allerdings im Falle eines **weggefallenen Stiefkindes** dessen Abkömmlinge **entsprechend § 2069 BGB ersatzberufen**, wenn Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament (oder Erbvertrag) ihre Abkömmlinge als Schlusserben ohne Rücksicht darauf eingesetzt haben, ob sie gemeinsame Kinder sind oder solche, die nur von dem einen oder anderen Ehegatten abstammen (vgl. BGH FamRZ 2001, 993 = NJW-RR 2001, 1153; Palandt/Weidlich, § 2069 Rn. 3). Grundsätzlich können daher nach h. M. auch Abkömmlinge des weggefallenen Stiefkindes (entsprechend § 2069 BGB) ersatzberufen sein.

b) Bindungswirkung der Ersatzberufung?

Eine andere Frage ist, inwieweit die Ersatzberufung **erbrechtlich bindend** ist. Der BGH hat entschieden, dass die Ersatzberufung von Abkömmlingen gem. § 2069 BGB nur bindend ist, wenn sich ein darauf gerichteter **Wille der Ehegatten (individuell) feststellen** lässt (DNotZ 2002, 661 ff. m. Anm. Schmucker; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2015, 155 ff.). Der **BGH** hat also die Annahme einer erbrechtlichen Bindung an die Ersatzberufung von Enkeln (bzw. Urenkeln, usw.) über

die **kumulative Anwendung** der beiden **Auslegungsregeln** der §§ 2069, 2270 BGB **abgelehnt**.

Im vorliegenden Fall muss daher geprüft werden, ob sich ein auf die Bindung gegenüber den Enkeln gerichteter Wille individuell feststellen lässt. Der mitgeteilte Sachverhalt enthält hierzu keine Anhaltspunkte. Auch aus dem Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments, das äußerst knapp formuliert ist, lassen sich für diese Frage keine Erkenntnisse gewinnen. Aus unserer Sicht ist daher die Annahme einer erbrechtlichen Bindungswirkung gegenüber den – im Testament in keinerlei Hinsicht erwähnten oder bedachten Enkelkindern – eher unwahrscheinlich.

Allerdings könnte man ggf. aus dem Umstand, dass es sich bei dem weggefallenen Sohn um einen **einseitigen Abkömmling** des vorverstorbenen Ehemannes handelte, ein gesteigertes Interesse des Ehemannes in Bezug auf die erbrechtliche Bindung herleiten, da die einseitigen Abkömmlinge gegenüber der Ehefrau nicht erb- und pflichtteilsberechtigt sind und sie daher Gefahr laufen, gänzlich leer auszugehen, wenn die Ehefrau neu testiert.

Irgendein Anhaltspunkt für die Annahme eines auf Bindung gerichteten individuellen Willens der Ehegatten liegt jedoch – zumindest nach dem mitgeteilten Sachverhalt – nicht vor. Im Anschluss an die o. g. BGH-Rechtsprechung dürfte damit von einer fehlenden Bindungswirkung gegenüber den Abkömmlingen des S auszugehen sein.

Allerdings bleibt noch auf den **aktuellen Beschluss des OLG München** vom 24.4.2017 (31 Wx 128/17, BeckRS 2017, 107873 = NJW-RR 2017, 907 ff.) hinzuweisen. Dort war wie im vorliegenden Fall fraglich, ob die überlebende Ehefrau nach Vorversterben des zum Schlusserben eingesetzten, erstehelichen Sohnes des Ehemannes an die Ersatzerbenberufung von dessen Abkömmling („Stief“-Enkel der Erblasserin) erbrechtlich gebunden war oder ob sie neu testieren konnte. Das OLG München (a. a. O.) bejahte im Ergebnis eine bindende Ersatzberufung des Enkels, obwohl das privatschriftliche Ehegattentestament weder eine – ausdrückliche – Ersatzberufung des (im Übrigen zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung bereits geborenen) Enkels enthielt, noch eine ausdrückliche Regelung der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen. Zur Annahme der bindenden Ersatzberufung des Enkels gelangte das OLG München nicht – wie vom BGH gefordert – im Rahmen einer individuellen Ermittlung der Wechselbezüglichkeit (für die keinerlei Anhaltspunkte bestanden), sondern im Rahmen einer **individuellen Ermittlung der Ersatzberufung** des Enkels (im Wege individueller, ergänzender Auslegung, wobei v. a. mit der damaligen Lebenssituation und Interessenlage der Ehegatten argumentiert wurde). So wurde im Ergebnis die Herleitung einer Bindungswirkung aufgrund kumulativer Auslegungsregeln, wie dies vom BGH in der obigen Entscheidung abgelehnt worden war, vermieden.

Die Entscheidung überzeugt aus unserer Sicht nicht, zumal für den – durch Umstände außerhalb des Testaments festgestellten – Willen der Ehegatten zur Ersatzberufung des Enkels keinerlei Anhaltspunkte im Testament selbst zu finden waren. Damit werden u. E. die Grundsätze der sog. Andeutungstheorie nicht eingehalten (so auch

die Kritik von Kollmeyer, ZEV 2017, 411). Allerdings ist dies auch in der Vergangenheit bereits im Rahmen der Ersatzberufung im Wege der ergänzenden Auslegung vertreten worden (vgl. nur Palandt/Weidlich, § 2069 Rn. 9 m. w. N.).

Letztlich dürfte aber dahin stehen können, ob der Entscheidung gefolgt werden kann. Denn der dort vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von dem hier vorliegenden nicht unwesentlich allein deswegen, weil der zum Schlusserrben eingesetzte Stiefsohn im Falle des OLG München (a. a. O.) der einzige Abkömmling der beiden Ehegatten war, während hier mit der Tochter auch ein gemeinsamer Abkömmling der Ehegatten vorhanden ist. Sind aber **neben einseitigen Abkömmlingen** der Ehegatten **auch gemeinsame Abkömmlinge** vorhanden, dann wird man nicht ohne Weiteres davon ausgehen können, dass die Ehegatten im Fall des Vorversterbens des einseitigen Abkömmlings eine Ersatzberufung der Enkel gewollt hätten bzw. gewollt hätten, dass der überlebende Ehegatte an eine solche Ersatzerbenberufung erbrechtlich gebunden sein sollte. Es dürfte vielmehr in vielen Fällen eher der gemeinsame Wunsch der Ehegatten sein, das **gemeinsame Vermögen** dann **dem gemeinsamen Kind zukommen** zu lassen.

Aus unserer Sicht spricht daher einiges dafür, dass die überlebende Ehefrau die gewünschte neue Verfügung zugunsten der gemeinsamen Tochter wirksam treffen kann. Letztlich handelt es sich hierbei aber um eine **reine Auslegungsfrage**, die aus unserer Sicht **nicht abschließend beurteilt** werden kann. Verbindliche Entscheidungen zu Auslegungsfragen bleiben vielmehr stets dem ggf. zur Entscheidung berufenen Nachlass- bzw. Prozessgericht vorbehalten.

3. Ergebnis

Zusammenfassend betrachtet folgt hieraus, dass die Errichtung einer neuen Verfügung von Todes wegen nur zugunsten der Tochter nicht zwingend unwirksam ist; vielmehr hängt dies von der **Auslegung** des Testaments ab. Diese Auslegungsfrage lässt sich vermutlich aus derzeitiger Sicht nicht weiter klären oder gar abschließend beurteilen.

Wünscht der Erblasser gleichwohl die Beurkundung der neuen, möglicherweise unwirksamen Verfügung, kann der Urkundsnotar die Beurkundung der neuen Verfügung nicht ablehnen; er sollte aber auf die mögliche Unwirksamkeit derselben hinweisen.

GWG §§ 3, 19, 20 Abs. 2, 23 Meldepflicht im Transparenzregister; Fiktion der Meldung durch elektronisch einsehbare Dokumente und Eintragungen im Handelsregister; Gesellschafterliste; wirtschaftlich Berechtigter; Beteiligungsketten

I. Sachverhalt

Eine natürliche Person ist alleiniger Gesellschafter einer Holding-Gesellschaft in der Rechtsform einer GmbH (A-GmbH), diese wiederum hält alle Anteile an einer

operativ tätigen GmbH (B-GmbH). Die Gesellschafterlisten beider GmbHs sind im Handelsregister abrufbar.

II. Frage

Besteht bezüglich der operativ tätigen B-GmbH eine Pflicht zur Angabe des wirtschaftlich Berechtigten nach § 20 Abs. 1 S. 2 GwG oder ist diese Angabe nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG entbehrlich, weil der wirtschaftlich Berechtigte aus den zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterlisten hervorgeht? Die Zweifel bestehen, weil die Information nicht unmittelbar aus der Liste der B-GmbH hervorgeht, sondern die Liste der A-GmbH hinzugezogen werden muss.

III. Zur Rechtslage

1. Einführung

Nach § 20 Abs. 1 GwG müssen alle GmbHs in Deutschland als juristische Personen des Privatrechts die in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten dieser Gesellschaft an die registerführende Stelle (Bundesanzeiger Verlag GmbH, s. § 1 der Transparenzregisterbeleihungsverordnung – TBeIV v. 27.6.2017, BGBl. I 2017 Nr. 41, S. 1938) zur Eintragung in das Transparenzregister melden. § 19 Abs. 1 GwG listet folgende Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten auf:

1. Vor- und Nachname,
2. Geburtsdatum,
3. Wohnort,
4. Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses.

2. System der Meldepflicht im Konzern

a) Der wirtschaftlich Berechtigte bei Beteiligungsketten

Ziel der Meldung an das neu geschaffene Transparenzregister ist es, den sog. wirtschaftlich Berechtigten, der hinter einer Kapital- oder Personengesellschaft steht, transparent zu machen. Nach der Definition in § 3 Abs. 2 GwG, der die vierte Geldwäscherichtlinie (RL [EU] 2015/849) umsetzt, ist **wirtschaftlich Berechtigter** jede natürliche (nicht aber juristische) Person, die unmittelbar mehr als 25 % der Kapitalanteile als Anteilsinhaber hält oder mittelbar (also vor allem über eine zwischengeschaltete Gesellschaft, § 3 Abs. 2 GwG) kontrolliert. Gleiches gilt, wenn eine natürliche Person mehr als 25 % der Stimmrechte kontrolliert oder auf vergleichbare Weise Kontrolle über eine Gesellschaft ausübt. Haben **mehrere Personen jeweils mehr als 25 %**, hat die GmbH also mehrere wirtschaftlich Berechtigte.

Bei **Beteiligungsketten** (s. dazu Ulrich, GmbHR 2017, R293; Assmann/Hütten, AG 2017, 449 ff., 455 ff. m. Bspn.), mehrstufigen Beteiligungsstrukturen und Konzernverpflichtungen verweist § 3 Abs. 2 S. 4 GwG auf § 290 Abs. 2 bis 4 HGB. Danach ist eine wirtschaftliche Berechtigung des Hintermanns als natürliche Person auf der zweiten oder höheren Ebene nur anzunehmen, wenn eine **tatsächliche Kontrolle** über die zwischengeschaltete Gesellschaft gegeben ist. Soweit sich diese nicht aus anderen Umständen ergibt, indiziert regelmäßig das Halten von mehr als 50 % der Kapital- oder Stimmrechtsanteile eine beherrschende Stellung über die zwischengeschaltete Gesellschaft (Seibert, GmbHR 2017, R97; Assmann/Hütten, AG 2017, 449 ff., 455).

b) Meldepflicht im konkreten Fall

Im hier vorliegenden Fall ist die zu 100 % beteiligte natürliche Person sowohl bei der Holding-GmbH als auch bei deren Tochter-GmbH wirtschaftlich Berechtigter i. S. d. § 3 GwG. Denn an der Holding-GmbH ist sie unmittelbar zu 100 % beteiligt und an der Tochter-GmbH mittelbar über die 100 %ige Beteiligung der Holding an der Tochter-GmbH. Daraus ergibt sich nach § 20 Abs. 1 GwG (vgl. BT-Drs. 18/11555, S. 130 zu § 20 Abs. 3 GwG) nicht nur bei der Tochter-GmbH sondern auch bei der Holding-GmbH grds. die Pflicht zur Meldung der in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben zu dem jeweiligen wirtschaftlich Berechtigten.

3. Ausnahme von der Meldepflicht

a) Substitution durch die Gesellschafterliste

Von dieser Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister regelt § 20 Abs. 2 GwG eine Ausnahme. Denn die Mitteilungspflicht nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG gilt als erfüllt, wenn sich die in § 19 Abs. 1 GwG aufgeführten Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten bereits aus den in § 22 Abs. 1 GwG aufgelisteten Dokumenten und Eintragungen ergeben, und diese elektronisch abrufbar sind. In diesem Zusammenhang wird u. a. das Handelsregister nach § 8 HGB genannt (§ 20 Abs. 2 S. 1 Ziff. 1 GwG). Geeignete elektronisch abrufbare Dokumente und Eintragungen nach § 22 Abs. 1 S. 1 GwG sind z. B. die Eintragungen im Transparenzregister selbst (Ziff. 1), **Listen der Gesellschafter von GmbHs** nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 und § 40 GmbHG (Ziff. 4), das Musterprotokoll nach § 2 Abs. 1a S. 4 GmbHG (Ziff. 4, 2. Alt.) und die Eintragungen im Handelsregister (Ziff. 5).

b) Meldepflicht im konkreten Fall

Im hier vorliegenden Fall sind alle Angaben nach § 19 Abs. 1 GwG zur Bestimmung der wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 GwG in den beiden in Frage kommenden Gesellschafterlisten der Holding-GmbH und deren Tochter-GmbH enthalten, sodass nach § 20 Abs. 2 S. 1 GwG die Pflicht zur Mitteilung an das Transparenzregister als erfüllt gelten könnte. Vom Wortlaut des § 20 Abs. 2 GwG her gesehen, können sich die in § 19 Abs. 1 GwG genannten Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten auch aus mehreren „aufgeführten Dokumenten und Eintragungen ergeben“. In der Literatur wird allerdings die Frage aufgeworfen, ob bei einer sog. **Beteiligungskette** der Telos der Neuregelung erfüllt ist, wenn sich die zur Einsicht berechtigten Behörden oder sonstige nach § 23 GwG einsichtsberechtigten Personen die erforderlichen Informationen aus mehreren Eintragungen und/oder Dokumenten aus verschiedenen Registern (hier Gesellschaftslisten) zusammensuchen müssen.

c) Meinungsstand in der Literatur

Rieg (BB 2017, 2310, 2312) hält es nicht für ganz eindeutig, ob die Meldefiktion bei mehrstufigen Beteiligungsketten eingreift. Denn z. B. aus der Gesellschafterliste einer GmbH sei nur deren unmittelbarer Gesellschafter ersichtlich, nicht hingegen ein evtl. hinter diesem stehender wirtschaftlich Berechtigter, der aber ggf. aus dem Register des unmittelbaren Gesellschafters ersichtlich ist. Der wirtschaftlich Berechtigte lasse sich in diesen Fällen somit **nicht unmittelbar** aus dem Register der an sich mitteilungspflichtigen Vereinigung entnehmen. Eine Mitteilungs- und ggf. auch Angabepflicht entfalle in solchen Fällen deshalb nur dann, wenn man

die Meldefiktion des § 20 Abs. 2 GwG so verstehe, dass es genüge, dass man über den Registerinhalt aller in die Beteiligungskette eingebundenen Gesellschaften schlussendlich zum wirtschaftlich Berechtigten gelangt, der sich entweder aus den Registerinformationen der obersten Vereinigung oder einer Mitteilung der obersten Vereinigung an das Transparenzregister ergebe.

Es müsse also genügen, dass man sich zu diesem „durchhangeln“ könne. Damit würde zwar der Sinn und Zweck des Transparenzregisters etwas beeinträchtigt, zumal man für jede Ebene der Beteiligungskette auch noch ins Transparenzregister Einsicht nehmen müsse, um nicht aus den anderen Registern nicht ersichtliche, vergleichbare Kontrollmöglichkeiten i. S. d. § 3 Abs. 2 Nr. 3 GwG zu übersehen. Nach der Gesetzesbegründung dürfte dies allerdings nach Ansicht von Rieg wohl ausreichen.

Diese führt nämlich aus (BT-Drs. 18/11555, S. 130):

„Handelt es sich im Falle einer Beteiligungskette bei dem Anteilseigner um eine juristische Person oder eingetragene Personengesellschaft i. S. d. § 20 Abs. 1 S. 1 mit Sitz im Inland, so ist diese freilich selbst mitteilungspflichtig gegenüber dem Transparenzregister und hat die Angaben hinter ihr stehender Angabepflichtiger ihrerseits einzuholen, aufzubewahren, auf aktuellem Stand zu halten und weiterzuleiten. Eine Mehrfachmeldung bei Beteiligungsketten wird dadurch vermieden.“

Fisch (NZG 2017, 408, 410) hält die Ausnahmeregelung des § 20 Abs. 2 GwG auch in den Fällen mittelbarer Kontrolle für anwendbar, wenn die zwischengeschalteten Gesellschaften in der Rechtsform der GmbH organisiert sind.

Assmann/Hütten (AG 2017, 449, 459) äußern sich eher kritisch. Sie halten die **Reichweite der Mitteilungsfiktion** in mehrerer Hinsicht für **unklar** und mit Auslegungsproblemen behaftet. Wenn die Mitteilungsfiktion etwa nur dann eingreifen würde, wenn sich die erforderlichen Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten unmittelbar aus den Registerinformationen der jeweiligen Vereinigung entnehmen ließe, stieße sie bereits in mehrstufigen Beteiligungsketten an ihre Grenzen. Denn aus den vorhandenen Registerinformationen einer Vereinigung gehe allenfalls hervor, wer ihre unmittelbaren Anteilseigner seien. Dabei würde es gerade in komplexen Teilnehmungsstrukturen eine erhebliche Erleichterung darstellen, wenn es für die Erfüllung der Mitteilungsfiktion bereits ausreiche, dass sich der wirtschaftlich Berechtigte entweder aus den Registerinformationen der obersten Vereinigung in der Beteiligungskette oder aus einer entsprechenden **Mitteilung dieser Vereinigung an das Transparenzregister** ergäbe. Die Notwendigkeit einer Mehrfachmitteilung an das Transparenzregister durch mehrere Vereinigungen innerhalb einer Beteiligungskette hinsichtlich desselben wirtschaftlich Berechtigten würde entfallen, wenn sich die Beteiligungskette über die Registerinformationen der verschiedenen Vereinigungen bis hin zum wirtschaftlich Berechtigten nachvollziehen ließe.

Zwar könne man die Aussagen der Begründung des Regierungsentwurfes in diesem Sinne verstehen (BT-Drs. 18/11555, S. 1, 129 ff.). Zweifel an einer derart **weitgehenden Auslegung** der Mitteilungsfiktion er-

geben sich für die Autoren aber daraus, dass der **Sinn und Zweck** des Transparenzregisters, die wirtschaftlich Berechtigten in komplexen Beteiligungsstrukturen leichter ermitteln zu können, nicht voll erreicht werde (gleichsinnig auch Kraus, CCZ 2017, 266, 267 und deshalb die Mitteilungsfiktion ablehnend). Den in das Transparenzregister Einsicht nehmenden Personen bliebe nicht erspart, sich erst durch mehrere Beteiligungsebenen „durchzuklicken“ und die jeweils verfügbaren Informationen zu sichten, um letztlich zum wirtschaftlich Berechtigten an der Spitze durchzudringen. Welcher Aufwand dafür erforderlich sei, werde nicht zuletzt davon abhängen, ob die Verlinkung vorhandener Informationen im Transparenzregister auch mehrere Beteiligungsebenen erfasse. Die Reichweite der Mitteilungsfiktion werde schließlich durch § 20 Abs. 2 S. 4 GwG eingeschränkt, der den Fall der Änderung des wirtschaftlich Berechtigten nach einer Mitteilung an das Transparenzregister betrifft.

Die neuesten Ausführungen von *Seibert/Bochmann/Cziupka* (GmbHHR 2017, 1128) gehen eindeutig in die Richtung, dass die wirtschaftlich Berechtigten einer Gesellschaft sich **nicht unmittelbar allein aus den Handelsregistereintragungen**, und der Gesellschafterliste etc. der in Rede stehenden Gesellschaft ergeben müssen. Das Gesetz fordere dies nicht (Seibert/Bochmann/Cziupka, GmbHHR 2017, R289, R290; Rieg, BB 2017, 2310, 2312). Vielmehr werde Transparenz i. S. d. §§ 18 ff. GwG auch dann gewährleistet, wenn **Beteiligungsketten**, an deren Ende eine natürliche Person als wirtschaftlich Berechtigter stehe, über eine oder mehrere Ebenen **aus den in §§ 20 Abs. 2, 22 Abs. 1 S. 1 GwG referenzierten Registerdaten nachvollziehbar seien** und sich aus der **Gesamtschau der insofern transparenten Daten** die wirtschaftlich Berechtigten ergeben. Allein dieses Gesetzesverständnis werde zum einen der Regelungstechnik, die gerade kein **Volldatenregister** schaffe (Seibert, GmbHHR 2017, R91), sowie zum anderen dem Postulat der Regierungsbeurteilung gerecht, dass es nicht zu Mehrfachmeldungen kommen solle (BT-Drs. 18/11555, S. 127).

Die gegenteilige Sichtweise führe zu dem Ergebnis, dass bereits im Falle einer – auch im Mittelstand alles andere als seltenen – einfachen Beteiligungskette mit drei übereinander geschichteten GmbHs (Mutter-, Tochter-, Enkelgesellschaft) mit jeweils 100 % Anteilsbesitz einer natürlichen Person als herrschendem Gesellschafter der Muttergesellschaft trotz korrekter Gesellschafterlisten auf jeder Beteiligungsstufe eine Mitteilung zu machen sei.

d) „Amtliche“ Stellungnahme

Die gleiche Meinung vertritt auch das **Bundesverwaltungsamt**, das das Transparenzregister führt. In seinen Rechtshinweisen zur Einreichung ins Transparenzregister (http://www.bva.bund.de/DE/Organisation/Abteilungen/Abteilung_ZMV/Transparenzregister/FAQ/faq_node.html) erläutert das Bundesverwaltungsamt (in Ziff. 5), dass die Pflichtmitteilung an das Transparenzregister nach § 20 Abs. 1 GwG dann als erfüllt gelte, wenn sich die Angaben zum wirtschaftlich Berechtigten bereits aus elektronisch abrufbaren Dokumenten und Eintragungen ergeben. Dabei **könne eine Zusammenschau dieser Dokumente und Eintragungen** in den in § 20 Abs. 2 GwG aufgeführten Registern erfolgen. Bei einer Beteiligungskette greife diese Meldefiktion also auch dann, wenn bei einer Tochter-

gesellschaft nur eine Muttergesellschaft als Anteilseigner aufgeführt sei, der wirtschaftlich Berechtigte der Muttergesellschaft sich wiederum aus den Registern ergebe und dieser gleichzeitig wirtschaftlich Berechtigter der Tochtergesellschaft sei. In dieser Konstellation profitiere auch die Tochtergesellschaft von der Meldefiktion aus § 20 Abs. 2 GwG.

4. Ergebnis

Wegen der erst kurzen Geltungszeit des GwG ist noch keine Rechtsprechung zu der aufgeworfenen Rechtsfrage zu finden. Die überwiegende Ansicht in der Literatur und insbesondere die für die Praxis meinungsprägende Ansicht des Bundesverwaltungsamtes gehen davon aus, dass die Fiktion nach § 20 Abs. 2 GwG auch eingreift, wenn sich die Angaben über den wirtschaftlich Beteiligten bei Kettenbeteiligungen nicht allein aus einer, sondern aus mehreren elektronisch abrufbaren Gesellschafterlisten und Eintragungen ablesen lassen.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

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

BGB §§ 1365, 1369, 1371, 1408, 1414

Modifizierte Zugewinngemeinschaft; Denaturierung des gesetzlichen Güterstandes bei Ausschluss des Zugewinns für andere Fälle als durch Tod bei gleichzeitiger Aufhebung der Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB

Abruf-Nr.:

EGBGB Art. 15 ff.

Schweiz: Scheidungsfolgenvereinbarung mit einem schweizerischen Ehemanns

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 444

Altlastenverdacht als Sachmangel; Arglist des Verkäufers

a) **Begründet die frühere Nutzung eines Grundstücks einen Altlastenverdacht, weist dieses einen Sachmangel i. S. v. § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB auf, ohne dass weitere Umstände hinzutreten müssen. Insbesondere bedarf es für die Annahme eines Sachmangels keiner zusätzlichen Tatsachen, die auf das Vorhandensein von Altlasten hindeuten.**

b) **Verschweigt der Verkäufer eine ihm bekannte frühere Nutzung des Grundstücks, die einen Alt-**

lastenverdacht begründet, so handelt er objektiv arglistig i. S. v. § 444 BGB.

c) Bezogen auf den subjektiven Tatbestand der Arglist hält der Verkäufer einen Sachmangel mindestens für möglich, wenn er die frühere Nutzung des Grundstücks kannte und es zumindest für möglich hielt, dass diese einen Altlastenverdacht begründet. Auch insoweit müssen keine konkreten – dem Verkäufer bekannten – Tatsachen hinzutreten, die den Altlastenverdacht erhärten.

d) Macht der Verkäufer, der aus der ihm bekannten früheren gefahrenträchtigen Nutzung des Grundstücks den Schluss auf einen möglichen Altlastenverdacht gezogen hat, geltend, er habe bei Vertragsschluss angenommen, der Altlastenverdacht sei ausgeräumt gewesen, muss er dies anhand objektiver Umstände plausibel machen. Für entsprechende Umstände trifft ihn eine sekundäre Darlegungslast.

BGH, Urt. v. 21.7.2017 – V ZR 250/15

Problem

Gegenstand der vorliegenden Entscheidung sind der Verdacht der Altlastenbelastung eines Grundstücks und – ob des üblichen Haftungsausschlusses – die Anforderungen an die Arglist des Verkäufers gem. § 444 BGB.

Der Kläger (Käufer) verlangt von den Beklagten zu 1 (Verkäufer) und 3 Schadensersatz wegen des Verdachts von Altlasten auf dem kaufgegenständlichen Grundbesitz in Höhe des mangelbedingten Minderwerts.

Der Beklagte zu 3, Geschäftsführer der Komplementärin der Beklagten zu 1, hatte 1989 Grundstücke von einem Hoch- und Tiefbauunternehmen erworben. Ihm war daher bekannt, dass dort in den 1960er bis 80er Jahren eine Asphaltmischanlage für den Straßenbau und ein Klärschlammrückhaltebecken betrieben worden waren. Im damaligen Grundstückskaufvertrag versicherte das Hoch- und Tiefbauunternehmen dem Beklagten zu 3, dass Bodenverunreinigungen nicht bekannt seien.

Das OLG Saarbrücken hatte offengelassen, ob im vorliegenden Fall ein Altlastenverdacht bestehe, da es an der nötigen Arglist der Beklagten zu 1 fehle. Diese müsse nämlich an konkreten und gewichtigen Tatsachen einen Anknüpfungspunkt finden. Der BGH dagegen konkretisiert, wann ein Altlastenverdacht als Sachmangel einzustufen ist und welche Arglistanforderungen an den Verkäufer eines Grundstücks zu stellen sind.

Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des OLG Saarbrücken auf und weist den Rechtsstreit an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück.

Zunächst sei ein Altlastenverdacht auch ohne Vorliegen konkreter Anknüpfungstatsachen allein aufgrund der früheren (abstrakten) Grundstücksnutzung gegeben. Dies müsse offenbart werden, da stets das **Risiko einer öffentlich-rechtlichen Inanspruchnahme** bestehe und die Beschaffenheit eines solchen Grundstücks auch **nicht üblich i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB** sei. Nicht erforderlich seien „konkrete und gewichtige“ Verdachtsmomente hinsichtlich des tatsächlichen Vor-

liegens von Altlasten. Für die Frage eines dahingehenden Verdachtes sei bereits die **frühere Nutzung des Grundstücks ausreichend**.

Der BGH führt zudem aus, dass das Verschweigen des Sachmangels „Altlastenverdacht“ seinerseits auch ohne konkrete und gewichtige Anknüpfungsmomente arglistig sei.

Arglistig i. S. v. § 444 BGB handele, wer einen Sachmangel zumindest **für möglich halte** und gleichzeitig wisse oder damit rechne und **billigend in Kauf nehme**, dass der Vertragspartner den Sachmangel nicht kenne und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (so auch BGH, Az.: V ZR 43/94, NJW 1995, 1549, 1550).

Objektiv begründe schon die dem Verkäufer bekannte und von ihm verschwiegene Nutzung (Asphaltmischanlage, Klärschlammrückhaltebecken) **arglistiges Verhalten**. Für den subjektiven Tatbestand der Arglist reiche aus, dass der Verkäufer die frühere Nutzung kannte und das Vorliegen eines Altlastenverdachts für möglich hielt. Eine **konkrete Kenntnis** von in den Boden gelangten Schadstoffen oder Materialien sei gerade **nicht erforderlich**. Die vom Verkäufer unterlassene Offenbarung solle den Käufer in die Lage versetzen, den Baugrund zu untersuchen und etwaige Mehrkosten bei Übernahme des Grundstücks kalkulieren zu können.

Auch die dem Verkäufer gegenüber abgegebene **vertragliche Versicherung des Rechtsvorgängers**, ihm seien keine Bodenverunreinigungen bekannt, oder die **übliche Vorgehensweise**, bei der Demontage von Anlagen die Fundamente herauszureißen und etwaige Verunreinigungen auszubaggern, **lassen** laut BGH die **Arglist** des Verkäufers **nicht entfallen**. Anders wäre dies nur bei einer negativen Altlastenuntersuchung respektive einer Beseitigung tatsächlich vorhandener Schadstoffe durch den Voreigentümer oder den Verkäufer. Denn die **Kenntnis** von einer realisierten Bodenverunreinigung **und** einem dahingehenden **Altlastenverdacht** seien **voneinander zu unterscheiden**.

Zwar lasse sich der fehlende Vorsatz der Beklagten zu 3 als subjektives Arglistmoment **nicht sicher ausschließen**; sein Fehlen ergebe sich aber nicht schon deswegen, weil dem Verkäufer neben der gefahrenträchtigen Grundstücksnutzung nicht noch weitere konkrete Umstände hinsichtlich einer etwaigen Bodenverunreinigung bekannt waren.

Vor diesem Hintergrund seien noch Tatsachenfeststellungen zur klägerischen Behauptung, aus der früheren Nutzung folge typischerweise ein Altlastenverdacht, nötig. Zudem obliege es den Beklagten, im Wege der sekundären Darlegungslast objektive Umstände zu benennen, aufgrund derer sie (mit Blick auf den subjektiven Arglisttatbestand) den Altlastenverdacht als ausgeräumt ansehen durften. Diese Umstände seien in räumlicher, zeitlicher und inhaltlicher Weise zu konkretisieren.

BGB §§ 1638, 1778 Abs. 1 Nr. 5, 1917, 2197 Ausschluss des Vaters von der Vermögens- verwaltung im Rahmen eines Geschiedenen- Testaments; Personenidentität von Testa- mentsvollstrecker und Ergänzungspfleger; Auswahl des Ergänzungspflegers

1. Der Erblasser kann grundsätzlich rechtswirksam verfügen, dass der Testamentsvollstrecker zugleich Ergänzungspfleger für den minderjährigen Erben in Bezug auf das ererbte Vermögen sein soll. Die Bestellung als Ergänzungspfleger scheidet nur dann aus, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die berufene Person als Ergänzungspfleger des Minderjährigen dessen Belange in Bezug auf den Nachlass nicht ordnungsgemäß wahrnehmen wird.

2. Widerspricht der Minderjährige der Bestellung der vom Erblasser als Ergänzungspfleger berufenen Person, so steht dies deren Bestellung nicht grundsätzlich entgegen. Es entfällt aber die Bindung des Gerichts an die Benennung durch den Erblasser, so dass dem Gericht nach § 1779 Abs. 2 BGB ein Ermessen bei der Auswahl des Ergänzungspflegers eingeräumt ist.

OLG Hamm, Beschl. v. 15.5.2017 – 7 WF 240/16

Problem

Die Erblasserin hinterließ bei ihrem Tod im Jahr 2016 zwei Kinder (den im Jahr 1998 geborenen Sohn S und die im Jahr 2000 geborene, noch minderjährige Tochter T). Die Kinder stammten aus der im Jahr 2015 rechtskräftig geschiedenen Ehe mit dem Kindesvater V. Im Rahmen der Scheidung hatte die Erblasserin ein notarielles „Geschiedenen-Testament“ nach Wahl der sog. Erblösung errichtet, in dem sie ihre beiden Kinder zu Vorerben und zu Nacherben deren Erben (mit Ausnahme des geschiedenen Ehegatten der Erblasserin und seiner Verwandten) eingesetzt hat. Im Testament hat die Erblasserin Dauervollstreckung bis zur Vollendung des 27. Lebensjahres des jüngsten Kindes angeordnet und zum Testamentsvollstrecker ihre engste Vertrauensperson, ihren Bruder B, bestimmt. Außerdem schloss sie ihren geschiedenen Ehemann von der Vermögenssorge in Bezug auf ihren Nachlass aus (§ 1638 BGB). Zum Ergänzungspfleger für dieses Vermögen bestimmte sie ebenfalls ihren Bruder B.

Nach Eintritt des Erbfalls und Eröffnung des Testaments ordnete das zuständige Familiengericht nach Anhörung der noch minderjährigen Tochter T Ergänzungspflegschaft mit dem Aufgabenkreis „Wahrnehmung der Rechte des Kindes T gegenüber dem Testamentsvollstrecker B“ an. Zum Ergänzungspfleger bestellte das Familiengericht nicht den von der Erblasserin berufenen Bruder B, sondern das beteiligte Jugendamt und begründete dies damit, dass B als Testamentsvollstrecker nicht zugleich Ergänzungspfleger sein könne. Hiergegen wandte sich B im Wege der Beschwerde mit dem Ziel, selbst zum Ergänzungspfleger bestellt zu werden.

Entscheidung

Das OLG Hamm hält die Beschwerde des B für unbegründet. Interessanterweise wird dies aber nicht mit einer **Inkompatibilität der Ämter von Testamentsvollstrecker und Ergänzungspfleger** (bzw. gesetzlicher Vertreter) begründet, wie diese in der Vergangenheit zum

Teil in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung vertreten worden ist (vgl. OLG Schleswig-Holstein NJW-RR 2007, 1597; OLG Nürnberg FamRZ 2002, 272; OLG Hamm FamRZ 1993, 1122; vgl. dazu auch ausführlich Gutachten DNotI-Report 2003, 145 ff.). Insoweit schließt sich das OLG Hamm vielmehr der **neueren Rechtsprechung des BGH** (FamRZ 2008, 1156 = DNotZ 2008, 782 = MittBayNot 2008, 297) an, wonach der Erblasser einen Elternteil eines minderjährigen Erben wirksam zum Testamentsvollstrecker berufen könne, ohne dass dieser Elternteil nach den §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB an der Ausübung der elterlichen Sorge für den Minderjährigen in Bezug auf das ererbte Vermögen gehindert sei und (stets) ein Ergänzungspfleger bestellt werden müsse.

In derartigen Fällen wird daher **nicht mehr zwangsläufig** und in jedem Fall ein **erheblicher Gegensatz zwischen den Interessen** des minderjährigen Erben einerseits und denen des gesetzlichen Vertreters und Testamentsvollstreckers angenommen (ebenso MünchKommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2197 Rn. 10; Staudinger/Reimann, BGB, 2016, § 2197 Rn. 85 ff.). Anhaltspunkte, dass der Bruder B der Erblasserin als Ergänzungspfleger in dem konkreten Fall die Belange der Tochter T in Bezug auf den Nachlass nicht ordnungsgemäß wahrnehmen würde, lagen nicht vor.

Die Unbegründetheit der Beschwerde folgt aus Sicht des OLG Hamm vielmehr daraus, dass die von dem Verwaltungsausschluss betroffene, fast volljährige Tochter der Bestellung von B zum Ergänzungspfleger gem. den §§ 1917 Abs. 1 S. 2, 1778 Abs. 1 Nr. 5 BGB **widersprochen** hat und diesem Willen von T bei der Auswahl des Ergänzungspflegers **entscheidende Bedeutung** zukommt. Das OLG Hamm führt aus, dass im Falle eines Verwaltungsausschlusses i. S. v. § 1638 BGB als Ergänzungspfleger nach § 1917 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich diejenige Person berufen ist, die der **Erblasser** in seinem Testament hierzu **bestimmt** hat. Dies war in Bezug auf B der Fall.

Eine vom Erblasser bestimmte Person **darf** allerdings nach den §§ 1917 Abs. 1 S. 2, 1778 BGB **übergangen werden**. Dies gilt nach Abs. 1 Nr. 5 dieser Vorschrift insbesondere dann, wenn der Minderjährige, der das 14. Lebensjahr vollendet hat, der Bestellung widersprochen hat. Der hier vorliegende Widerspruch von T führte dazu, dass das **Familiengericht nicht** an die Benennung des Ergänzungspflegers durch die Erblasserin **gebunden** war, sondern i. S. v. § 1779 BGB eine **Ermessensentscheidung** über die Auswahl des Ergänzungspflegers zu treffen war. Die getroffene Entscheidung zugunsten des Jugendamts hält das OLG Hamm im Hinblick auf die in der Anhörung von T geäußerte Bevorzugung einer neutralen Stelle (wie z. B. des beteiligten Jugendamtes) als Ergänzungspfleger für nicht ermessensfehlerhaft.

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.

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: Notarassessor Dr. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg