

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
Dezember 2015
ISSN 1434-3460

24/2015

Mit Beilage BNotK-Intern

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2222, 2113, 2209, 2197, 181 – Alleiniger Vorerbe als einer von mehreren Nacherbentestamentsvollstreckern; Personenidentität zwischen Testamentsvollstrecker über die Vorerbschaft und Nacherbentestamentsvollstrecker

EGGmbHG § 1; GmbHG a. F. §§ 5 Abs. 1 u. 3, 17 – DM-Stammkapital einer GmbH; Bestandsschutz für Altgesellschaften; Teilung von Geschäftsanteilen; Hunderterstückelung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 134, 1361 Abs. 4, 1360a, 1614 – Unzulässiger Verzicht auf künftigen Trennungsunterhalt; zulässige Vereinbarung über Art und Höhe; Angemessenheitsrahmen; Ermittlung des konkreten Unterhaltsbedarfs

GmbHG § 54 Abs. 1 S. 2 – Notarbescheinigung bei vollständiger Satzungsneufassung erforderlich

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2222, 2113, 2209, 2197, 181 Alleiniger Vorerbe als einer von mehreren Nacherbentestamentsvollstreckern; Personenidentität zwischen Testamentsvollstrecker über die Vorerbschaft und Nacherbentestamentsvollstrecker

I. Sachverhalt

Der Erblasser E hat in einer letztwilligen Verfügung seinen Sohn S zum nicht befreiten Vorerben eingesetzt, zu Nacherben die Kinder dieses Sohnes zu gleichen Anteilen.

Über das Erbe des Vorerben S hat E Testamentsvollstreckung angeordnet. Testamentsvollstrecker sind die beiden Brüder des Vorerben – W und H – gemeinschaftlich.

Bzgl. der Nacherben hat E Nacherbentestamentsvollstreckung gem. § 2222 BGB angeordnet. Nacherbentestamentsvollstrecker sind der Vorerbe S sowie W und H gemeinschaftlich. Die Testamentsvollstrecker sind nicht ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden.

Nunmehr soll der zum Nachlass gehörende Grundbesitz vollentgeltlich veräußert werden. Es liegt ein Sachverständigengutachten zum Wert des Grundstücks vor,

dessen Ergebnis dem vereinbarten Entgelt entspricht. Die Nacherbenvollstrecker sind bereit, der Verfügung über den Grundbesitz zuzustimmen.

II. Fragen

1. Können die beiden Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Vorerben (W und H) den der Nacherbfolge unterworfenen Grundbesitz veräußern?

2. Können dazu die drei Nacherbentestamentsvollstrecker anstelle der Nacherben die erforderliche Zustimmung erteilen oder sind sie dadurch gehindert, dass eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht ausdrücklich angeordnet ist?

III. Zur Rechtslage

1. Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft

Bei einer Testamentsvollstreckung im Bereich der Vor- und Nacherbfolge kommen folgende Varianten in Betracht (vgl. dazu nur Bengel/Dietz, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, Kap. 5 Rn. 329 ff.; J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld, Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2015, § 22 Rn. 20 ff.):

a) **Testamentsvollstreckung mit Normalbefugnissen (Abwicklungsvollstreckung):** Hier beschränkt sich die Testamentsvollstreckung auf die allgemeine Abwicklung des Nachlasses. Nach Erledigung dieser Aufgabe ist der Nachlass an die Erben herauszugeben.

b) Dauertestamentsvollstreckung für die Vorerbschaft: Hier steht dem Testamentsvollstrecker für die Dauer der Vorerbschaft die allgemeine Verwaltungsvollstreckung gem. § 2209 BGB mit den damit verbundenen Verwaltungs- und Verfügungsrechten zu.

Dabei ist umstritten, ob der Testamentsvollstrecker auch den Beschränkungen des Vorerben – insbesondere §§ 2113, 2114 BGB – unterliegt (vgl. zum Streitstand nur Bengel/Dietz, Kap. 5 Rn. 333 m. w. N.). Dies ist **nach wohl überwiegender Ansicht** der Fall. Der Vorerbentestamentsvollstrecker ist daher auch den Beschränkungen der §§ **2113, 2114 BGB unterworfen**. Begründet wird dies damit, dass der Testamentsvollstrecker seine Rechtsmacht vom Vorerben herleitet (vgl. Bengel/Dietz, Kap. 5 Rn. 333; Palandt/Weidlich, BGB, 75. Aufl. 2016, § 2205 Rn. 24; MünchKommBGB/Zimmermann, 6. Aufl. 2013, § 2222 Rn. 9; Staudinger/Reimann, BGB, Neubearb. 2012, § 2205 Rn. 156 f.; J. Mayer, § 22 Rn. 22; a. A. BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.8.2015, § 2205 Rn. 4a; Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 21. Aufl. 2013, Rn. 215).

Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Vorerbentestamentsvollstrecker selbst der Nacherbe oder auch Testamentsvollstrecker für den Nacherben oder gem. § 2222 BGB Nacherbentestamentsvollstrecker ist (zur Zulässigkeit der **Doppelfunktion** vgl. Ziff. 2 u. 3). In diesen Fällen ist er **nur durch § 2205 S. 3 BGB** in seinem Verfügungsrecht über den Nachlass beschränkt; er kann demzufolge **keine unentgeltlichen Verfügungen** treffen (vgl. BGH NJW 1963, 2320; OLG Düsseldorf FamRZ 2012, 1332 = MittBayNot 2012, 468; Bengel/Dietz, Kap. 5 Rn. 333; J. Mayer, in: Mayer/Bonefeld, § 22 Rn. 24; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2205 Rn. 4a; Palandt/Weidlich, § 2205 Rn. 24; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2222 Rn. 9; Staudinger/Reimann, § 2205 Rn. 156 f.).

c) Dauertestamentsvollstreckung für die Nacherbschaft: Hier tritt die Testamentsvollstreckung erst nach Eintritt der Nacherbfolge in Kraft und besteht für den Nacherben während der gesamten Dauer der Nacherbschaft.

d) Dauertestamentsvollstreckung für Vor- und Nacherbschaft: Hier wird der Testamentsvollstrecker zugleich für den Vor- und Nacherben ernannt, mit der Konsequenz, dass er ab dem Erbfall während der Dauer der Vor- und Nacherbschaft das Verwaltungs- und Verfügungsrecht zunächst anstelle des Vorerben und danach anstelle des Nacherben ausübt.

e) Nacherbentestamentsvollstreckung gem. § 2222 BGB: Bei ihr hat der Testamentsvollstrecker die Rechte und Pflichten des Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalls wahrzunehmen. Die Nacherbentestamentsvollstreckung beschränkt nicht den Vorerben, sondern der **Nacherbentestamentsvollstrecker nimmt die Rechte der Nacherben während der Vorerbschaft wahr**. Insoweit hat er nicht die Befugnisse des allgemeinen Testamentsvollstreckers nach den §§ 2203 ff. BGB. Seine Aufgaben und Befugnisse ergeben sich vielmehr aus den Rechten und Pflichten des Nacherben gegenüber dem Vorerben. Die nach § 2113 BGB etwa erforderliche Zustimmung des Nacherben hat für ihn daher allein der Nacherbentestamentsvollstrecker zu erteilen.

Auch für den Nacherbenvollstrecker gilt grundsätzlich das **Verbot unentgeltlicher Verfügungen** nach § 2205 S. 3 BGB analog (vgl. BeckOK-BGB/J. Mayer, Std.: 1.11.2014, § 2222 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 2222 Rn. 4; Staudinger/

Reimann, § 2222 Rn. 13; Keim, ZErB 2008, 5, 7; zur Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben s. Ziff. 4 b)). Die Nacherbentestamentsvollstreckung kann mit den vorgenannten Testamentsvollstreckungsarten kombiniert werden (vgl. Bengel/Dietz, Kap. 5 Rn. 338 m. w. N.).

f) Im konkreten Fall hat der Erblasser über die Erbschaft des Vorerben (Dauer-)Testamentsvollstreckung gem. § 2209 BGB sowie für den Zeitraum zwischen Erbfall und Eintritt des Nacherbfalls die Nacherbentestamentsvollstreckung gem. § 2222 BGB angeordnet. Es sind daher die Varianten gemäß lit. b und lit. e kombiniert worden.

Die Besonderheit des Falls liegt darin, dass der Erblasser als gemeinschaftliche Nacherbentestamentsvollstrecker den alleinigen Vorerben und seine beiden Brüder ernannt hat, während gleichzeitig die beiden Brüder des Vorerben gemeinschaftliche Testamentsvollstrecker über den Vorerben sind.

2. Alleiniger Vorerbe als Nacherbentestamentsvollstrecker i. S. d. § 2222 BGB

Nach h. M. in Rechtsprechung und Literatur kann der alleinige Vorerbe **nicht wirksam als alleiniger Nacherbentestamentsvollstrecker** gem. § 2222 BGB eingesetzt werden, weil sonst die mit der Nacherbentestamentsvollstreckung bezweckte Beaufsichtigung des Vorerben hinfällig wäre (vgl. RGZ 77, 177, 178; BayObLGZ 1959, 129; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2222 Rn. 4; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2222 Rn. 5; Staudinger/Reimann, § 2222 Rn. 15; a. A. Rohlff, DNotZ 1971, 518, 527 ff.; Staudinger/Avenarius, Neubearb. 2013, § 2100 Rn. 45).

Jedoch kann der alleinige Vorerbe **zu einem von mehreren Nacherbentestamentsvollstreckern** in gemeinschaftlicher Amtsführung (§ 2224 Abs. 1 S. 1 BGB) ernannt sein, weil er dann durch die Mitvollstrecker ausreichend überwacht wird (KG JFG 11, 126; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2222 Rn. 4; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2222 Rn. 5; Staudinger/Reimann, § 2222 Rn. 16; Staudinger/Avenarius, § 2100 Rn. 46).

3. Personenidentität zwischen Testamentsvollstrecker über die Vorerbschaft und Nacherbentestamentsvollstrecker

Darüber hinaus darf der Erblasser dieselbe Person zum Testamentsvollstrecker über den Nachlass während der Dauer der Vorerbschaft (§ 2209 BGB) und zum Nacherbentestamentsvollstrecker (§ 2222 BGB) ernennen, ohne dass damit die Rechte des Vorerben oder des Nacherben stärker beschränkt würden als bei Bestellung verschiedener Testamentsvollstrecker. Der Testamentsvollstrecker muss in seiner Person für den angemessenen, dem Erblasserwillen entsprechenden Ausgleich der widerstreitenden Interessen zwischen Vor- und Nacherben sorgen. Dem Nacherben ist zudem bereits vor dem Nacherbfall auf Verlangen umfassende Auskunft zu erteilen (vgl. zum Ganzen: BGHZ 127, 360 = NJW 1995, 456 = ZEV 1995, 67 m. Anm. Skibbe; Palandt/Weidlich, § 2222 Rn. 2; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2222 Rn. 4; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2222 Rn. 5; Staudinger/Reimann, § 2222 Rn. 18).

Die Aufgabenkumulation infolge der Doppelfunktion ist jedoch nicht unproblematisch und kann evtl. zu Interessenkollisionen führen (vgl. Skibbe, FS Brandner, 1996, S. 769; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2222 Rn. 5 – dazu mit Blick auf § 181 BGB Ziff. 5).

Vor dem Hintergrund der h. M. war es jedoch grundsätzlich **möglich**, die beiden Brüder W und H gemeinschaftlich zu

Testamentsvollstreckern über die Vorerbschaft und gemeinschaftlich mit dem Vorerben S zu Nacherbenvollstreckern zu ernennen.

4. Wirksame Verfügung über Grundbesitz

Hinsichtlich der Verfügung über den Grundbesitz ist zwischen Vor- und Nacherbenperspektive zu unterscheiden:

a) Der Testamentsvollstrecker über die **Vorerbschaft** kann eine Verfügung generell nur vornehmen, wenn sie **entgeltlich** ist (§ 2205 S. 3 BGB). Nach dem Sachverhalt ist sie dies, denn der Kaufpreis entspricht dem ermittelten Verkehrswert des Grundstücks (zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt vgl. OLG München DNotZ 2012, 459; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3441 m. w. N.).

b) Fraglich ist, ob der Vorerbentestamentsvollstrecker über den Grundbesitz entgeltlich verfügen kann, ohne auf die **Zustimmung der Nacherben** angewiesen zu sein. Der Vorerbe ist im konkreten Fall nicht von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB befreit. Nach wohl h. M. unterliegt der Vorerbentestamentsvollstrecker aber der Verfügungsbeschränkung des Vorerben. Eine Ausnahme gilt zwar dann, wenn der Testamentsvollstrecker selbst der Nacherbe oder auch Testamentsvollstrecker für den Nacherben oder gem. § 2222 BGB Nacherbentestamentsvollstrecker ist (vgl. Ziff. 1 b)). Dies trifft jedoch auf den Sachverhalt insoweit nicht zu, als der Nacherbenvollstrecker S nur aufseiten des Nacherben als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist und er in seiner Eigenschaft als Vorerbe nicht verfügt oder verfügen könnte (§ 2211 Abs. 1 BGB). Hält man die wohl h. M. für richtig, dürfte daher nach § 2113 Abs. 1 BGB zur Wirksamkeit der Veräußerung im Nacherbfall eine Zustimmung des Nacherben erforderlich sein.

c) Für die Nacherben können nur die Nacherbenvollstrecker zustimmen (vgl. BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2222 Rn. 7; Staudinger/Reimann, § 2222 Rn. 12). Die Verfügung muss entgeltlich sein, **§ 2205 S. 3 BGB analog**. Stimmt der Nacherbenvollstrecker einer Verfügung des Vorerben zu, fragt sich indes, worauf es für die Entgeltlichkeit ankommt. Nach der **h. M.** ist Unentgeltlichkeit stets zu bejahen, **wenn der Vorerbe eine unentgeltliche Verfügung trifft** (BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2222 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 2222 Rn. 4; Staudinger/Reimann, § 2222 Rn. 13; Keim, ZErB 2008, 5, 7). Nach anderer Auffassung ist danach zu fragen, ob der Nacherbenvollstrecker ohne Gegenleistung etwas aus der Nacherbenanwartschaft freigibt (Keim, ZErB 2008, 5, 8). Hiernach ist es z. B. möglich, dass die Zustimmung zu einer unentgeltlichen Verfügung des Vorerben mit einer Abfindung erkaufte wird. Im konkreten Fall dürfte der Meinungsstreit jedoch dahinstehen können. Der Vorerbe trifft eine **vollentgeltliche Verfügung**. Nach § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB wird das der Nacherbenbindung unterliegende Vermögen durch das Entgelt surrogiert, sofern es an Anhaltspunkten dafür fehlt, dass der Kaufpreis aus der Nacherbenbindung freigegeben werden soll. Die Verfügung ist daher sowohl aus Sicht des Vorerben als auch des Nacherben entgeltlich.

Damit liegt weder ein Verstoß gegen § 2113 BGB noch gegen § 2205 S. 3 BGB vor. Die mit Zustimmung des Nacherbenvollstreckers getroffene entgeltliche Verfügung des Vorerben über das Grundstück wäre auch mit dem Eintritt des Nacherbfalls wirksam.

Eine **familiengerichtliche Genehmigung** für den minderjährigen Nacherben wäre **nicht** erforderlich. Der Nacherbenvollstrecker erteilt die Zustimmung aus eigenem

Recht (vgl. BayObLGZ 1989, 183, 186 = DNotZ 1990, 56; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2222 Rn. 7; Palandt/Weidlich, § 2222 Rn. 4).

5. In-sich-Geschäfte bei Doppelfunktion des Testamentsvollstreckers

Ist eine Person zugleich Vorerbentestamentsvollstrecker gem. § 2209 BGB und Nacherbentestamentsvollstrecker gem. § 2222 BGB, stellt sich die Frage, ob **§ 181 BGB** einem Handeln in dieser Doppelfunktion entgegensteht.

a) Anwendbarkeit des § 181 BGB auf den Testamentsvollstrecker

Zwar ist der Testamentsvollstrecker nicht Vertreter des Erben, sondern Treuhänder des Nachlasses, sodass er bei der Ausübung seiner Testamentsvollstreckerbefugnisse im eigenen Namen handelt. Nach allgemeiner Meinung wird **§ 181 BGB** auf ihn jedoch **entsprechend angewendet** (vgl. BGHZ 30, 67 = NJW 1959, 1429 = DNotZ 1959, 480; Skibbe, S. 769, 775; MünchKommBGB/Zimmermann, § 2205 Rn. 84; BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2205 Rn. 16; Staudinger/Reimann, § 2205 Rn. 59 ff.).

§ 181 BGB müsste freilich auch im konkreten Fall eingreifen. Es ist noch nicht abschließend geklärt, ob eine **Zustimmung des Nacherbenvollstreckers** gegen § 181 Var. 2 BGB (Mehrfachvertretung) verstößt, wenn er die Zustimmung **gegenüber dem Vertragspartner** erteilt (§ 182 Abs. 1 BGB) und damit **nicht** selbst in seiner Eigenschaft als **Testamentsvollstrecker des Vorerben entgegennimmt**. Diskutiert wird in Rechtsprechung und Literatur der Fall, dass der gesetzliche Vertreter des Nacherben selbst Vorerbe ist und in seiner Eigenschaft als gesetzlicher Vertreter im Namen des Nacherben einer Verfügung zustimmt, die er als Vorerbe trifft. Nach teilweise vertretener Ansicht ist insoweit kein unzulässiges In-sich-Geschäft gem. § 181 BGB gegeben, weil die Erklärung nicht gegenüber dem Vorerben, sondern gegenüber dem Vertragspartner abgegeben wird (OLG Hamm NJW 1965, 1489, 1490 f.; Soergel/Harder/Wegmann, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2113 Rn. 11; für den gesetzlichen Vertreter als Nacherbentestamentsvollstrecker Keim, ZErB 2008, 5, 8; s. zur Löschungsbewilligung BGH NJW 1980, 1577; vgl. aber auch BGHZ 40, 115 = NJW 1963, 2320). Die Gegenauffassung beruft sich auf den Interessenkonflikt, die materielle Mehrfachbeteiligung des Vertreters am Rechtsgeschäft und die Wertung des § 181 BGB (MünchKommBGB/Grunsky, § 2113 Rn. 16; Palandt/Weidlich, § 2113 Rn. 6).

Ob im **konkreten Fall** eine unzulässige **Mehrfachvertretung** anzunehmen ist, weil die zustimmenden Nacherbenvollstrecker auf der Veräußererseite handeln, erscheint **zweifelhaft**. Gegen die Anwendung des § 181 BGB spricht: Soweit Personenidentität bzgl. der handelnden Testamentsvollstrecker (H und W) besteht, wäre § 2113 Abs. 1 BGB an sich überhaupt nicht einschlägig (s. Ziff. 1 b)). Nach der gesetzlichen Wertung fehlt es daher an einem relevanten Interessenkonflikt.

b) Befreiung vom Verbot des § 181 BGB durch den Erblasser

Die vorstehende Frage kann jedoch dahinstehen, wenn der Erblasser eine Befreiung von § 181 BGB erteilt hat. Das In-sich-Geschäft kann (**nur**) **der Erblasser** gestatten, und zwar durch ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung (vgl. BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2205 Rn. 16; Staudinger/Reimann, § 2205 Rn. 62; Skibbe, S. 769, 775). Existenz und Reichweite einer solchen Gestattung sind ggf. durch **Auslegung** zu ermitteln. Die Gestattung kann sich aus der

Eigenart der angeordneten Testamentsvollstreckung ergeben. *Skibbe* führt für die Kumulation verschiedener Arten der Testamentsvollstreckung in einer Person Folgendes aus (S. 769, 775 f.):

„Die Annahme einer Gestattung durch den Erblasser allein wegen der Eigenart der angeordneten Testamentsvollstreckung ist hier die Regel, weil davon ausgegangen werden kann, daß ihm [dem Erblasser] der mögliche Interessenwiderstreit gegenwärtig und daher die kumulative Ernennung ein für die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB sprechender besonderer Vertrauensbeweis gewesen ist.“

Im konkreten Fall dürfte daher einiges dafürsprechen, dass der Erblasser **konkludent** zumindest eine Befreiung der Testamentsvollstrecker vom Verbot der „Mehrfachvertretung“ (§ 181 Var. 2 BGB analog) angeordnet hat, indem er als Vorerbentestamentsvollstrecker (§ 2209 BGB) und als Nacherbentestamentsvollstrecker (§ 2222 BGB) **bewusst identische Personen eingesetzt** hat. Die Tatsache, dass nach der ausdrücklichen Anordnung des Erblassers die Testamentsvollstrecker in ihrer jeweiligen Funktion nur gemeinschaftlich handeln dürfen, stützt dieses Ergebnis, liegt es doch nahe, dass der Erblasser hierdurch eigenmächtiges Handeln eines Testamentsvollstreckers bei In-sich-Geschäften gerade zu verhindern gesucht hat.

6. Ergebnis

W und H sind zusammen mit dem Vorerben S zugleich als gemeinschaftliche Nacherbentestamentsvollstrecker gem. § 2222 BGB ernannt. Sie üben insofern die Rechte der Nacherben aus. W, H und S können der Verfügung über den Grundbesitz zu endgültiger Wirksamkeit i. S. v. § 2113 Abs. 1 BGB verhelpen, indem sie ihr zustimmen. Da die Verfügung entgeltlich ist, lassen sich Veräußerung und diesbezügliche Zustimmung auch mit den §§ 2205 S. 3, 2113 Abs. 2 BGB vereinbaren.

Ein unzulässiges In-sich-Geschäft liegt nicht vor, da von einer konkludenten Gestattung auszugehen sein dürfte. Für eine solche Befreiung spricht die Tatsache, dass der Erblasser Personen zu Testamentsvollstreckern in Doppelfunktion ernannt hat.

EGGmbHG § 1; GmbHG a. F. §§ 5 Abs. 1 u. 3, 17

DM-Stammkapital einer GmbH; Bestandsschutz für Altgesellschaften; Teilung von Geschäftsanteilen; Hunderter-Stückelung

I. Sachverhalt

Das Stammkapital einer GmbH beträgt 820.000 DM. Die Gesellschafter wollen es nicht auf Euro umstellen.

Für einen Geschäftsanteil von 512.000 DM steht die Verteilung bei einer Erbaueinandersetzung an. Daher soll er in einen Anteil von 475.800 DM und einen Anteil von 36.200 DM aufgeteilt werden.

II. Frage

Ist die Teilung eines Geschäftsanteils zulässig, der noch auf DM lautet?

III. Zur Rechtslage

1. Altgesellschaften in DM

Gesellschaften, deren Stammkapital noch auf DM lautet

(sog. Altgesellschaften), genießen im Hinblick auf die Währungsangaben in ihrer Satzung einen weitgehenden Bestandsschutz (Michalski/Zeidler, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 1 EGGmbHG Rn. 12). Sie können daher für Stammkapital und Stammeinlagen unverändert die bisherigen glatten DM-Beträge beibehalten (vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 EGGmbHG). Der materielle **Bestandsschutz erlischt erst mit einer Kapitalmaßnahme** i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 4 EGGmbHG; jede Veränderung der Stammkapitalziffer macht also eine Umstellung auf glatte Eurobeträge nach § 1 Abs. 3 EGGmbHG zwingend erforderlich.

Abgesehen davon legt **§ 1 Abs. 1 S. 2 EGGmbHG** fest, dass für den Mindestbetrag und die Teilbarkeit von Kapital, Einlagen und Geschäftsanteilen sowie den Umfang des Stimmrechts bis zu einer Kapitaländerung nach § 1 Abs. 1 S. 4 EGGmbHG die bis zum 31.12.1998 gültigen Beträge weiter maßgeblich sind (GroßkommGmbHG/Ulmer, 2008, § 86 Rn. 10). Daher lassen sich die auf glatte DM-Beträge lautenden Geschäftsanteile zwar weiterhin „glatt“ teilen (Michalski/Zeidler, § 1 EGGmbHG Rn. 13). Die **Teilung ist aber nur zulässig, wenn die alten Regeln für die DM-Nennbeträge eingehalten** werden (Kopp/Heidinger, Notar und Euro, 2. Aufl. 2001, S. 13). Folglich sind die Stückelungsvorgaben für Geschäftsanteile in § 5 GmbHG a. F. zu beachten, etwa die Hunderter-Teilung und die Mindestgröße von 500 DM (Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 12 Rn. 4).

2. Altgesellschaften mit krummen Euro-Beträgen

Es ist möglich, dass Altgesellschaften die bisherigen glatten DM-Beträge **durch einfachen Umrechnungsbeschluss** auf krumme Euro-Beträge umstellen (vgl. § 1 Abs. 1 S. 3 EGGmbHG). Eine nur rechnerisch auf Euro umgestellte GmbH ist systematisch weiterhin eine Altgesellschaft i. S. d. § 1 Abs. 1 S. 2 EGGmbHG; auf sie ist noch das bis 1999 geltende GmbH-Recht anwendbar (Heidinger, § 12 Rn. 12; GroßkommGmbHG/Ulmer, § 86 Rn. 11). Auch in diesem Stadium bleiben die Geschäftsanteile **teilbar** (GroßkommGmbHG/Ulmer, § 86 Rn. 11; Heidinger, § 12 Rn. 14). Dabei haben sich die Bemessung der Nennbeträge und die Teilbarkeit jedoch nach den DM-Relationen des § 5 Abs. 1 u. 3 GmbHG a. F. zu richten; die krummen Euro-Zielbeträge **müssen sich in glatte DM-Beträge zurückrechnen lassen**. Daher ist die reine Umrechnung in krumme Eurobeträge sehr fehlerträchtig.

3. Teilungsvollzug

Für den Vollzug der Teilung gilt u. E. allerdings nicht mehr der aufgehobene § 17 GmbHG. Vielmehr kann die Teilung jetzt auch ohne Teilgeschäftsanteilsabtretung **durch einen Gesellschafterbeschluss „auf Vorrat“** erfolgen (vgl. § 46 Nr. 4 GmbHG).

4. Vorliegender Fall

Im vorliegenden Fall ist offenbar eine bestandsgeschützte **Altgesellschaft** betroffen, deren Stammkapital und Anteilennennbeträge zulässigerweise noch auf glatte DM-Beträge lauten. Weder haben die Gesellschafter das Stammkapital durch einfachen Beschluss in krumme Euro-Beträge umgerechnet noch haben sie es gem. § 1 Abs. 3 EGGmbHG auf Euro umgestellt und geglättet. Nach oben Gesagtem ist damit zwar eine Teilung möglich; allerdings sind dabei die DM-Vorgaben über Mindestnennbetrag und Anteilszuschnitt aus der Zeit vor dem 1.1.1999 zu beachten. Die damals geltende **Hunderter-Teilung und Mindesthöhe von 500 DM** soll im vorliegenden Fall jedoch eingehalten werden.

Daher ist die geplante Teilung der DM-Geschäftsanteile u. E. zulässig.

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.

BauGB § 172

Verpflichtungserklärung; Anspruch auf Genehmigung; Genehmigungsfreiheit der Veräußerung nach Aufhebung der Aufteilung; Teileigentum

Abruf-Nr.:

**BGB §§ 2100, 2139; SGB II §§ 7, 11 Abs. 1, 12 Abs. 1, 33
Bedürftigentestament: Bedürftigkeit des Nacherben;
Bedarfsgemeinschaft mit Vorerben**

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 134, 1361 Abs. 4, 1360a, 1614

Unzulässiger Verzicht auf künftigen Trennungsunterhalt; zulässige Vereinbarung über Art und Höhe; Angemessenheitsrahmen; Ermittlung des konkreten Unterhaltsbedarfs

a) Die Beurteilung, ob eine unzulässige Unterschreitung des angemessenen Unterhalts und damit ein nach § 134 BGB unwirksamer Verzicht auf künftigen Trennungsunterhalt vorliegt, setzt voraus, dass zunächst die Höhe dieses angemessenen Unterhaltsanspruchs im hierfür erforderlichen Umfang festgestellt worden ist.

b) Sonstige ehevertragliche Regelungen, die dem Unterhaltsberechtigten zum Vorteil reichen können, sind in die Prüfung nicht einzubeziehen. Denn die Wirksamkeit der Regelung des Trennungsunterhalts ist isoliert zu betrachten und wird nicht durch Vereinbarungen zu anderen Gegenständen berührt.

BGH, Beschl. v. 30.9.2015 – XII ZB 1/15

Problem

In einem notariellen Ehevertrag oder einer Scheidungsfolgenvereinbarung werden häufig nicht nur Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt, sondern auch zum Trennungsunterhalt getroffen. Dabei steht unstreitig fest, dass ein Verzicht auf die Zahlung von Trennungsunterhalt gem. §§ 1361 Abs. 4 S. 4, 1360a Abs. 3, 1614 Abs. 1 BGB unwirksam und gem. § 134 BGB nichtig ist (BGH DNotZ 2014, 361, 370 Tz. 48 = DNotI-Report 2014, 44; Palandt/Brudermüller, BGB, 75. Aufl. 2016, § 1614 Rn. 1). Als problematisch erweisen sich dagegen Vereinbarungen lediglich über die Art und Höhe des Unterhalts. Hier stellt sich regelmäßig die Frage, ob ein unzulässiger Teilverzicht

vorliegt. Im aktuellen Fall des BGH hatten die Beteiligten für den Trennungsunterhalt – parallel zur Regelung über den nachehelichen Unterhalt – eine Zahlungshöchstgrenze von 3.000 € monatlich vereinbart, des Weiteren, dass die Ehefrau bei Überschreiten der Höchstgrenze auf den etwaigen übersteigenden Unterhaltsbetrag verzichten sollte. Nachdem das Amtsgericht dem Unterhaltsbegehren der Ehefrau zunächst stattgegeben, das OLG den Antrag jedoch abgewiesen hatte, musste der BGH die Wirksamkeit der Vereinbarung zum Trennungsunterhalt beurteilen.

Entscheidung

Der BGH hält die Vereinbarung im Ergebnis für unwirksam und verweist die Sache zurück an das OLG. Dabei bestätigt der Senat zunächst seine jüngste Rechtsprechung, wonach man das **Verbot des Verzichts auf Trennungsunterhalt nicht durch** ein sog. *pactum de non petendo umgehen* dürfe (Tz. 13 m. Verw. auf BGH DNotZ 2014, 361, 370 Tz. 48). Die Verpflichtung des unterhaltsberechtigten Ehegatten, Trennungsunterhalt nicht geltend zu machen, berühre zwar nicht den Bestand des Unterhaltsanspruchs; jedoch begründe das *pactum de non petendo* eine Einrede gegen den Anspruch, die wirtschaftlich zum gleichen Ergebnis führe wie ein Unterhaltsverzicht. Es handele sich dabei also um ein unwirksames Umgehungsgeschäft.

Nach Bekräftigung dieses Grundsatzes widmet sich der Senat der Frage, ob im konkreten Fall ein unzulässiger Verzicht auf Trennungsunterhalt gegeben ist. Laut dem XII. Zivilsenat kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligten einen derartigen Verzicht gewollt hätten. Vielmehr sei **allein entscheidend, ob** der dem Unterhaltsberechtigten von Gesetzes wegen zustehende **Unterhalt objektiv verkürzt** worden sei. Denn der Unterhaltsberechtigte dürfe seine Rechte auch dann nicht aufgeben, wenn er dafür eine gleichwertige Gegenleistung erhalten habe (vgl. auch Palandt/Brudermüller, § 1614 Rn. 1; Kilger/Pfeil, in: Göppinger/Börger, Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung, 10. Aufl. 2013, 5. Teil Rn. 135; Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn. 2283; MünchKommBGB/Born, 6. Aufl. 2012, § 1614 Rn. 8).

Als zulässig **anerkannt** werden in Rechtsprechung und Literatur jedoch **Vereinbarungen über Art und Höhe des Unterhalts** im Sinne einer Fixierung des aktuellen Zahlungsbetrags (vgl. Huhn, RNotZ 2007, 177, 185 f.). So kann etwa die Zahlung von Trennungsunterhalt in einer bestimmten Höhe vereinbart werden, wenn die Bemessungsgrundlage für die Unterhaltsberechnung angegeben wird (vgl. Münch, Rn. 2285 ff.). Nach h. A. liegt noch kein unzulässiger Teilverzicht vor, wenn die zu erbringenden Zahlungen den gesetzlich geschuldeten Unterhalt um nicht mehr als **20 %** unterschreiten; **unzulässig** soll aber eine **Unterschreitung um ein Drittel** sein (vgl. Born, NJW 2014, 1484, 1487 m. w. N.). Im Rahmen des Angemessenen können die Beteiligten den Spielraum ausschöpfen (BGH NJW 1985, 64, 66; OLG Köln FamRZ 1983, 750). Dieser Angemessenheitsrahmen wird vom **BGH** in seiner aktuellen Entscheidung ausdrücklich **bestätigt**, wobei der Senat die Ansicht referiert, dass im Bereich zwischen 20 % und einem Drittel eine Einzelfallentscheidung angezeigt sei (Tz. 16). Damit lässt sich regelmäßig nicht mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit vorhersagen, ob die Rechtsprechung eine Vereinbarung als zulässig oder unzulässig einordnen wird. Jedenfalls ist laut **BGH der konkrete Unterhaltsbedarf zu berechnen**. Denn andernfalls lasse sich nicht erkennen, ob ein unzulässiger Verzicht vorliege oder nicht.

Die Grenze zwischen einer wirksamen Vereinbarung zur Unterhaltshöhe und einem unwirksamen Teilverzicht ist fließend. Stets ist eine isolierte Betrachtung angezeigt, die andere Regelungen des Ehevertrags außer Acht lässt. Als Vergleichsmaßstab ist der objektiv gesetzlich geschuldete Unterhaltsbetrag heranzuziehen (Schwackenberg, FPR 2001, 107). Nach Ansicht des Senats ist dabei entscheidend, ob der **vereinbarte Unterhalt** unter Berücksichtigung aller Umstände **so erheblich vom rechnerisch ermittelten Unterhalt abweicht, dass er nicht mehr als angemessen** angesehen werden kann (Tz. 22).

Eine **teleologische Reduktion** des § 1614 Abs. 1 BGB dahin, dass nur ein Verzicht auf künftigen Trennungsunterhalt unwirksam sei, der zur **Sozialhilfebedürftigkeit** des Unterhaltsberechtigten führe (vgl. dazu Staudinger/Engler, BGB, Neubearb. 2000, § 1614 Rn. 10), **lehnt der BGH** schließlich **ab**. Zwar habe § 1614 BGB auch öffentliche Interessen im Blick. Gleichermaßen diene er aber den Interessen des Unterhaltsberechtigten (vgl. Motive IV, S. 709). Aus dem Gesetz ergebe sich daher keine Einschränkung dahingehend, dass ein Verzicht bis zur Grenze der Sozialhilfebedürftigkeit zulässig sei.

GmbHG § 54 Abs. 1 S. 2 Notarbescheinigung bei vollständiger Satzungsneufassung erforderlich

Eine Notarbescheinigung gem. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist auch dann erforderlich, wenn die Satzung einer GmbH vollständig neugefasst wird. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Jena, Beschl. v. 14.9.2015 – 2 W 375/15

Problem

Die Satzungsänderung einer GmbH erfordert einen Gesellschafterbeschluss (§ 53 Abs. 1 GmbHG), der einer Mehrheit von $\frac{3}{4}$ der abgegebenen Stimmen bedarf. Der Beschluss ist notariell zu beurkunden (vgl. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Der Anmeldung ist nicht nur der vollständige Wortlaut der Satzung beizufügen; er muss außerdem mit der **Bescheinigung eines Notars** versehen sein, dass die geänderten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags mit dem Beschluss über die Änderung des Gesellschaftsvertrags und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung übereinstimmen (sog. Satzungsbescheinigung, vgl. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG).

Ändern die Gesellschafter die Satzung nicht nur punktuell, sondern beschließen sie eine **vollständige Neufassung**, fragt sich, ob es auch in diesem Fall einer notariellen Satzungsbescheinigung bedarf. Das ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten. Nach der **überwiegenden Ansicht in der Rechtsprechung** ist **keine Satzungsbescheinigung** erforderlich (OLG Hamm NotBZ 2011, 372; OLG Zweibrücken MittBayNot 2002, 53 = NJW-RR 2002, 607; OLG Celle OLGZ 1982, 317, 318 = DNotZ 1982, 493; LG Bonn MittRhNotK 1993, 261; aus der Lit. etwa auch Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 54 Rn. 5; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 54 Rn. 7). Hiernach ist eine Satzungsbescheinigung unter **Publizitäts- und**

Informationsgesichtspunkten nicht angezeigt, wenn sich die zum Handelsregister angemeldete Satzungsneufassung bereits unmittelbar der zum Register eingereichten Urkunde entnehmen lässt. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG verfolge den Zweck, dem Rechtsverkehr die Ermittlung des derzeit maßgeblichen Satzungstexts zu ermöglichen. Anders als bei der punktuellen Satzungsänderung sei bei der Neufassung aber kein Klarstellungsbedürfnis gegeben.

Die **Literatur** vertritt überwiegend die **Gegenauffassung** und verlangt auch bei vollständiger Satzungsneufassung eine notarielle Satzungsbescheinigung (Michalski/Hoffmann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 54 Rn. 21; MünchKommGmbHG/Harbarth, 2. Aufl. 2016, § 54 Rn. 52; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 54 Rn. 10).

Das **OLG Jena** hat sich in einem Beschluss nun ebenfalls mit dem Problem der Satzungsbescheinigung bei Satzungsneufassung auseinandergesetzt. Im zugrunde liegenden Fall ergab sich der Wortlaut des neuen Gesellschaftsvertrags aus der dem Beschluss beigefügten Anlage. Der Notar meldete die Änderung des Vertrags zur Eintragung in das Handelsregister an. Neben der beurkundeten Beschlussfassung reichte er eine vollständige Fassung des aktuellen Gesellschaftsvertrags ein. Das Registergericht monierte das Fehlen der notariellen Bescheinigung gem. § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG. Dagegen legte der Urkundsnotar Beschwerde ein.

Entscheidung

Die Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben. Nach Auffassung des OLG Jena ist auch im Falle der Satzungsneufassung eine notarielle **Satzungsbescheinigung erforderlich**.

Das Gericht beruft sich auf die Richtlinie 2003/58/EG über die Offenlegungspflichten von Gesellschaften. Diese Richtlinie sei durch das Gesetz über das elektronische Handelsregister und das Genossenschaftsregister (**EHUG**) in deutsches Recht umgesetzt worden. Das Gesetz solle den Bürgern den **Zugang zu den offengelegten Informationen erleichtern**; insgesamt solle die Publizitätsfunktion des Handelsregisters wesentlich verbessert werden. Vor diesem Hintergrund sei es erforderlich, dass der gültige **Wortlaut des Gesellschaftsvertrags aus einem einzigen im Registerordner von jedermann elektronisch abrufbaren Dokument ersichtlich** sei. Es solle dem interessierten Bürger erspart bleiben, zwischen verschiedenen Dokumenten zu wechseln, um festzustellen, ob die Fassung des Gesellschaftsvertrags auf der Beschlussfassung beruhe und ggf. auf welcher. Sei die Neufassung des Gesellschaftsvertrags als Anlage zur Beschlussfassung mitbeurkundet worden, werde der Gesellschafterbeschluss mit dieser Anlage in einer Datei abgespeichert. Der Wortlaut der Neufassung werde in einer weiteren Datei gespeichert. Sei die geänderte Fassung des Gesellschaftsvertrags mit der notariellen Bescheinigung versehen, werde schon durch den Aufruf der Neufassung des Gesellschaftsvertrags **ersichtlich, auf welchem Beschluss die Neufassung beruhe**. Das vereinfache die sichere Orientierung über die aktuelle Fassung des Gesellschaftsvertrags.

Praxishinweis

Instruktiv zum Problem allgemein und zur Entscheidung des OLG Jena: *Grüner*, NotBZ 2015, 458.

Einen Formulierungsvorschlag für die Satzungsbescheinigung bei Satzungsneufassung unterbreiten u. a. *Krafka/Kühn* (Registerrecht, 9. Auf. 2013, Rn. 1023):

„Gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bescheinige ich, dass der in der Anlage enthaltene vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages mit dem Beschluss vom 30.10.2012 (URNr. 399/2012 des Notars Ferdinand Groß, Augsburg) übereinstimmt und den derzeit gültigen Wortlaut dieses Gesellschaftsvertrages wiedergibt.“

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Weitere Termine für **Februar 2016** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

27. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Block/Huttenlocher/Monreal/Naumann/Rapp/Sikora/Simon), 15.-20.2.2016 Berlin

Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht (Herrler/Hertel/Kesseler), 18./19.2.2016 Heusenstamm

Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis (Hartmann/Piltz), 19.2.2016 Westerstede

Aktuelles Steuerrecht für Notare (Wälzholz), 26.2.2015 Bochum

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: Dr. Simon Blath

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