

auch hier in Rechtsprechung und Schrifttum dieselben Grundsätze angewandt (BGH NJW 1981, 749/750; *Reithmann* BB 1984, 1394/1397; MünchKomm § 2205 Rdnr. 20; *Damrau* NJW 1984, 2785/2789 unter 4).

Nach dem hier maßgebenden Gesellschaftsvertrag ist vorgesehen, daß mit Einwilligung der anderen Gesellschafter mehrere Inhaber eines Gesellschaftsanteils einen gemeinsamen Vertreter bestellen. Das ist Voraussetzung für die Anordnung einer Auflage mit dem Ziel, eine Bevollmächtigung des Testamentsvollstreckers zu erreichen (*Lange/Kuchinke* Lehrbuch des Erbrechts 2. Aufl. S. 415). Dabei ist der Hinweis im notariellen Testament auf „Zeile 13“ statt richtig „Seite 13“ nur eine Falschbezeichnung. Sie hat sachlich nichts zu bedeuten.

Für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses kann offenbleiben, ob die Kinder der Erblasserin zur Erteilung der Vollmacht verpflichtet sind. Dabei kann es u. a. darauf ankommen, ob die Vollmachterteilung zumutbar (*Johannsen* WPM 1970, 570/572) ist oder ob sich die anderen Mitgesellschafter die Verwaltungstätigkeit eines gesellschaftsfremden Dritten gefallen lassen müssen (vgl. BGH MDR 1954, 32/33). Ob die Auflage durchsetzbar ist, wird zu klären sein, wenn der Testamentsvollstrecker die Vollziehung der Auflage verlangt. Das hat gegebenenfalls im Prozeßwege zu geschehen. Für die Anordnung der Testamentsvollstreckung und die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses genügt es, daß die Anordnung nicht von vornherein gegenstandslos oder unwirksam ist. Ebenso wenig kommt es für die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses darauf an, ob der Gesellschaftsanteil bereits durch Rechtsgeschäft unter Lebenden an die Beteiligten zu 1 bis 3 und 5 übertragen wurde. Das zu klären ist aber nicht Aufgabe des Nachlaßgerichts. Das Zeugnis ist deshalb zu Recht erteilt worden.

cc) Zutreffend hat das Nachlaßgericht die „Erfüllung der Vermächnisse“ nicht mehr als Aufgabenbezeichnung in das Testamentsvollstreckerzeugnis aufgenommen, obwohl dies im Testament als Aufgabe genannt ist. Für die Erfüllung der Vermächnisse selbst (§ 2174 BGB) ist hier kein Raum, da der Gesellschaftsanteil den Kindern bereits durch Sondererfolge angefallen, also nichts mehr zu erfüllen ist. Von dem weiter im Testament aufgeführten Aufgabenbereich ist nur die Überwachung und Vollziehung der Auflage geblieben. Das genügt.

20. EGBGB Art. 11 I 2, 25; it. Cc. Art. 589, 635 (*Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments italienischer Ehegatten*)

Zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments durch Italienische Ehegatten in Deutschland

OLG Frankfurt, Beschluß vom 17.5.1985 — 20 W 413/84 —

Aus den Gründen:

Das LG hat zutreffend darauf abgestellt, daß wegen der italienischen Staatsangehörigkeit der Erblasser gem. Art. 25 EGBGB nach italienischem Erbrecht beerbt wird, und daß Art. 589 C.c. (Übersetzung in *Ferid-Firsching*, Internationales Erbrecht, Italien, S. 45 a) wechselseitige Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament verbietet. Die Verfügungen der Eheleute im gemeinschaftlichen Testament v. 17.5.1955 sind, wie das LG weiter rechtsfehlerfrei angenommen hat, nicht nur gegenseitig, sondern darüber hinaus

auch wechselbezüglich; denn nach dem Wortlaut des Testaments muß von der gegenseitigen inneren Abhängigkeit der letztwilligen Verfügungen ausgegangen werden.

Das Verbot des gemeinschaftlichen Testaments führt zu dem Problem, ob ein außerhalb des Heimatstaates errichtetes gemeinschaftliches Testament dann wirksam ist, wenn das Ortsrecht dies gestattet. Nach überwiegender Auffassung (vgl. *Jayme*, IPRax 1982, 210 m.w.N.) hängt die Wirksamkeit des Testaments davon ab, wie das über Art. 25 EGBGB anwendbare ausländische Recht, hier Art. 589 C.c., das Verbot qualifiziert. Handelt es sich um eine Frage der Form, so fällt das Testament unter Art. 11 I 2 EGBGB und das Haager Testamentsabkommen (*Palandt-Heldrich*, BGB, 44. Aufl. Anhang zu EG 24-26) und ist wirksam, geht es dagegen bei dem Verbot um sachliche Gesichtspunkte, so gilt das Erbstatut mit der Folge, daß das Testament ungültig ist.

Das LG hat in der Vorschrift des Art. 589 C.c. eine überwiegend materiellrechtliche Regelung gesehen und befindet sich damit in Übereinstimmung mit der in Rechtsprechung (BayObLGZ 1961, 4; IPRspr. 1956-57, Nr. 149) und Literatur herrschenden Auffassung (RGRK-Wengler, BGB, 12. Aufl. Bd. VI 2. Teilband § 8 Fn. 50 S. 808; *Denzler*, IPRax 1982, 181, 185; *Palandt-Heldrich*, a.a.O., Art. 24 EGBGB Anm. 3 c; *Staudinger-Firsching*, BGB, 12. Aufl. Vorbem. zu Art. 24-26 Rz. 267 ff., 274; MünchKomm-Birk, vor Art. 24-26 Rz. 44); nach *Ferid-Firsching* (a.a.O., Rz. 12 Fn. 20, 75, 121) ist ein Verstoß gegen Art. 589 C.c. ein absoluter Nichtigkeitsgrund. Von dieser herrschenden Meinung abzuweichen, sieht auch der Senat keinen Anlaß.

Der weiteren Beschwerde ist zuzugeben, daß der materiellrechtliche Gehalt der Verbotsnorm des Art. 589 C.c. noch nicht sicher aus seinem gesetzessystematischen Standort entnommen werden kann (vgl. BayObLG IPRspr. 1956-57, 491; *Neuhaus*, RabelsZ 1956, 557). Dies hat auch das BayObLG (a.a.O.), auf das sich das LG maßgeblich gestützt hat, nicht getan. Es hat vielmehr unter Heranziehung auch italienischer Rechtsprechung (vgl. insoweit auch *Staudinger-Firsching*, a.a.O., Rz. 274) und Literatur die materiellrechtliche Natur der Vorschrift festgestellt, weil sie ihrem Schutzzweck entsprechend den Inhalt einer letztwilligen Verfügung betrifft. Der Verbotsgrund liegt nämlich darin, den Charakter des Testaments als eines einseitigen Rechtsgeschäfts zu wahren, um so zu verhindern, daß die Testierenden sich an die Vereinbarung gebunden fühlen; sie müssen in ihrer Verfügung frei und ungezwungen sein (vgl. BayObLG, a.a.O.; *Denzler*, a.a.O.; *Staudinger-Firsching*, a.a.O.).

Eine Nichtgewährung rechtlichen Gehörs liegt nicht darin, daß das LG sich nicht ausdrücklich auch mit der teilweise gegenteiligen Auffassung von *Neuhaus* (RabelsZ 1956, 551 ff.) und der dort zitierten Entscheidung des Appellationshofes Triest v. 4.7.1938 (betreffend das Verhältnis Österreich-Italien) befaßt hat. Abgesehen davon, daß auch *Neuhaus* (a.a.O., S. 563, 564) die Frage der gegenseitigen Abhängigkeit von im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen Verfügungen als Frage des Testamentsinhalts dem Erbstatut zuweist, hat schon das BayObLG (a.a.O.) die Auffassung von *Neuhaus* (a.a.O.) berücksichtigt und ist gleichwohl mit überzeugender Begründung von dem materiellen Gehalt des Art. 589 C.c. ausgegangen, soweit er sich ausdrücklich gegen das wechselseitige gemeinschaftliche Testament richtet, wie es auch hier zu beurteilen ist. Auch die Besprechung einer portugiesischen, und damit nicht unmittelbar einschlägigen Entscheidung durch *Jayme* (IPRax 1982, 210) vermag den Senat nicht zu veranlassen, in Art. 589 C.c. nur eine Formvorschrift zu sehen.

Hinzu kommt, worauf das LG nicht eingegangen ist, daß auch die materiellrechtliche Vorschrift des Art. 635 C.c. das gemeinschaftliche Testament unwirksam sein läßt. Art. 635 C.c. verbietet mit der Folge der Nichtigkeit bei einem Verstoß, daß die gegenseitige Erbeinsetzung in ihrer Wechselbezüglichkeit bedingt vorgenommen wird. Wenn, wie hier, jeder der Testierenden die alleinige Erbfolge des anderen unter der Bedingung anordnet, daß er seinerseits in der Verfügung des anderen bedacht wird, dann sind die Verfügungen nichtig; dies würde auch dann gelten, wenn sie in getrennten Urkunden niedergelegt wären (vgl. BayObLG, a.a.O.; *Staudinger-Firsching*, a.a.O., Rz. 274).

Da schließlich auch eine Umdeutung des gemeinschaftlichen Testaments dahingehend nicht möglich ist, daß der Erblasser auf jeden Fall seine Ehefrau als alleinige Erbin hat einsetzen wollen (BayObLG a.a.O.; *Staudinger-Firsching*, a.a.O., Rz. 274; *Ferid-Firsching*, a.a.O., Rz. 75) und auch eine schon vollzogene Grundbuchumschreibung der Feststellung der Nichtigkeit des gemeinschaftlichen Testaments v. 17.5.1955 nicht entgegensteht, ist die weitere Beschwerde zurückzuweisen.

B.

Handelsrecht einschließlich Registerrecht

21. GmbH-Novelle Art. 12 § 7 Abs. 2 (*Zum Anwendungsreich der Registersperre*)

Die Registersperre des Art. 12 § 7 Abs. 2 GmbH-Novelle i. d. F. des BIRiLG vom 19.12.1985 gilt nicht für Satzungsänderungen, die bereits vor dem 1.1.1986 beschlossen und zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet waren. (Leitsatz nicht amtlich)

LG Traunstein, Beschluß vom 25.3.1986 — 1 HK T 921/86 — mitgeteilt von Notar *Dr. Manfred Asam*, München

Aus dem Tatbestand:

Im Handelsregister des Amtsgerichts München ist seit 1980 die Fa. I-GmbH eingetragen.

Am 7. November 1985 meldete der verfahrensbevollmächtigte Notar zur Eintragung ins Handelsregister in Vollzug eines Gesellschafterbeschlusses vom 4. November 1985 die Erhöhung des Stammkapitals auf 50 000,— DM u. a., sowie die Sitzverlegung nach T. an.

Nach Abgabe des Verfahrens an das Amtsgericht Traunstein lehnte der Registerrichter mit Zwischenverfügung vom 4. März 1986 die Eintragung unter Hinweis auf den mit Art. 11 Abs. 2 Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985 eingefügten § 7 Abs. 2 zur GmbH-Novelle am 4.7.1980 ab.

Hiergegen richtet sich die erfolgreiche Beschwerde des Urkundsnotars namens des Geschäftsführers.

Aus den Gründen:

Das am 1. Januar 1986 in Kraft getretene Bilanzrichtliniengesetz vom 19.12.1985 (BGBl. I 1985 Seite 2355 ff.) hat den Übergangsvorschriften in Art. 12 der GmbH-Novelle vom 4.7.1980 einen § 7 angefügt, nach dessen Absatz 2 Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur dann in das Handelsregister einzutragen sind, wenn zugleich eine Änderung des Gesellschaftsvertrags eingetragen wird, durch die der Anspruch der Gesellschafter auf den Jahresüberschuß oder den Bilanzgewinn geregelt wird, ob er nun der gesetzlichen Regelung des § 29 Abs. 2 GmbH-Gesetz entspricht oder eine davon abweichende gesellschaftsvertragliche Bestimmung enthält.

Diese am 1.1.1986 in Kraft getretene Bestimmung führt somit eine vorläufige Sperre des Handelsregisters bis zu einer entsprechenden Beschlußfassung der Gesellschafter herbei (vgl. *Fischer/Lutter*, GmbH-Gesetz, 11. Auflage 1985, § 29 Randnr. 50).

Der neu eingefügte § 7 enthält keine ausdrückliche Regelung, wie in Übergangsfällen zu verfahren sei, in denen zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes ein Eintragungsantrag zwar gestellt ist, über diesen jedoch noch nicht entschieden wurde.

Nach Auffassung der Kammer kann in Übergangsfällen der genannten Art nur so verfahren werden, daß der vor dem 1.1.1986 gestellte Antrag vom Registergericht gemäß den bis dahin geltenden gesetzlichen Vorschriften erledigt wird.

Art. 12 § 1 GmbH-Novelle enthält eine ausdrückliche Übergangsvorschrift für die bis Ablauf des 31.12.1985 zu bewirkenden Erhöhungen des Stammkapitals und besagt ausdrücklich, daß die Auflösung von Altgesellschaften dann stattfindet, wenn bis zum Stichtag die Eintragung in das Handelsregister nicht angemeldet ist.

Art. 12 § 2 GmbH-Novelle regelt ausdrücklich den Fall, wie bei Gesellschaften mit beschränkter Haftung, die vor Inkrafttreten der GmbH-Novelle zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden sind, zu verfahren sei, wenn der Eintrag vor Inkrafttreten des Gesetzes noch nicht verfügt war. Dann, so besagt § 2, bleibt es bei den bisherigen gesetzlichen Vorschriften über die Errichtung und Eintragung der GmbH.

Diesem Rechtsgedanken folgend kann im Falle der nunmehr durch Art. 12 § 7 GmbH-Novelle eingeführten Handelsregistersperre nicht anders verfahren werden. Die Kammer hält es nicht für angängig, daß in ein und demselben Gesetz geregelte Übergangsvorschriften zu einer unterschiedlichen Verfahrensweise führen. Demgemäß kann die Auslegung des Gesetzes nur dazu führen, daß die neu eingefügte Registersperre nur für diejenigen Anmeldungen gilt, die nach Inkrafttreten des Bilanzrichtliniengesetzes am 1.1.1986 eingebracht werden. Unter Aufhebung der Zwischenverfügung des Registergerichts war daher dem Eintragungsantrag zu entsprechen.

C.

Notarrecht einschließlich Beurkundungsrecht

22. BeurkG § 54, ZPO §§ 797, 795, 724 (*Zur Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung*)

Der Notar muß die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung dann ablehnen, wenn er positiv weiß, daß der in der Urkunde verbriefte Anspruch erloschen ist. (Leitsatz nicht amtlich)

LG Passau, Beschluß vom 12.3.1986 — 2 T 36/86 — mitgeteilt von Notar *Dr. Hartmut Schmidt*, Rothhalmünster

Aus dem Tatbestand:

Die Verfahrensbeteiligten sind zwei von vier Brüdern. Ihr Vater, der Landwirt A. H., ist seit dem 20. Juni 1981 verwitwet und alleiniger Vorerbe seiner Ehefrau.

Mit dieser hat er am 4. November 1952 einen notariellen Ehe- und Erbvertrag abgeschlossen. In Abschnitt III 2 dieses Vertrages ist bestimmt, daß beim Tode des Erstversterbenden vorhandene erbber-