



Gute Vorsätze

Liebe Kolleginnen, liebe Kollegen,

vielleicht ist es ja gar nicht aufgefallen. Das Grußwort zum Jahreswechsel im Dezemberheft fiel aus. Stattdessen gibt es ein Grußwort zum neuen Jahr. Hier haben auch wir gute Vorsätze gefasst, etwa zu den geplanten Gesetzesvorhaben in der kommenden Legislaturperiode im Bund. Die Koalitionspartner haben sich die Reform des Staatshaftungsrechts, des privaten Baurechts und die Umsetzung der EU-Richtlinie zur Alternativen Streitbeilegung vorgenommen. An die Arbeit!

Der geringe Umfang des Bundesgesetzblatts in den letzten Monaten hat nicht nur den CO<sub>2</sub>-Ausstoß positiv beeinflusst, sondern auch die Nerven der juristischen Praktiker beruhigt. Wir durften in Ruhe arbeiten, wenn, ja wenn nur die Europäische Union nicht wäre. Dort setzt die Kommission zum Endspurt an. Die EU-Güterrechtsverordnung ist auf der Zielgeraden Richtung Amtsblatt. Das GEK fährt zwischen Binnenmarkt- und Rechtsausschuss dagegen einen Schleuderkurs zwischen optionalem Instrument und Online-Kauf-Richtlinie. Bei der Urkundenanerkennungsverordnung bemüht sich unsere Notarkollegin Frau *Thein* von der Liberalen Fraktion im EU-Parlament (die gibt es da noch) um Versachlichung. Denn welche Rechtswirkungen werden mit Photoshop angefertigte und mit Google-Translator übersetzte Urkunden im anderen Mitgliedstaat wirklich entfalten? Die Europäische Privatgesellschaft könnte über eine Reform der Richtlinie zu Einmann-Kapitalgesellschaften wiederkehren. Natürlich soll man sie online gründen können. Satzungs- und Verwaltungssitz sollen voneinander unabhängig wählbar sein. In der GD Markt in Brüssel werkelt man also weiter emsig an Arbeitsplätzen für Nepper, Schlepper und Bauernfänger. Ein Thinktank aus London will Verfallabreden bei Hypothekendarlehen zulassen. Bei Zahlungsverzug ist – zack – das Haus einfach mal weg. Näheres gibt es auf unserer Homepage zum Nachlesen (Stellungnahme vom 16.10.2013). Es ist wirklich nicht zu fassen! An dieser Stelle gilt nochmals unser Dank dem Verband deutscher Pfandbriefbanken, der uns voller Entsetzen auf diesen Skandal aufmerksam gemacht hat. Diese und andere Entwicklungen werden wir weiter aufmerksam verfolgen. Auch das gehört zu den guten Vorsätzen für das Jahr 2014.

Doch gute Vorsätze könnten wir nicht zuletzt für unsere eigene Berufspraxis fassen. § 17 Abs. 2a BeurkG schärft die Sensibilität gegenüber Maklerklauseln. Sind diese als Vertrag zugunsten des Maklers ausgestaltet, kann hierdurch die Zwei-Wochen-Frist ausgelöst werden. So sieht das jedenfalls *Winkler* in der 17. Auflage seines Kommentars zum Beurkundungsgesetz. Eine rein deklaratorische – über anderweitige Vereinbarungen berichtende – Maklerklausel tut das nicht. Sie dient sowohl dem Interesse des Maklers und der Parteien an Rechtsklarheit als auch dem Interesse des Käufers daran, nicht mehr für die Beurkundung zahlen zu müssen als nötig. Natürlich gibt es auch Sondersituationen, z. B. beim Vorkaufsrecht. Ein guter Vorsatz für das neue Jahr wäre daher, einfach nur das zu beurkunden, was dem Interesse der Parteien des Kaufvertrages entspricht und Dritten nicht zu viel Einfluss auf den Vertragsinhalt einzuräumen. Statt Makler durch Verpflichtungen zu ihren Gunsten im Kaufvertrag vermeintlich gewogen zu stimmen, könnte man auch durch eine gute Vorbereitung, eine auf die Beteiligten zugeschnittene Beurkundungsverhandlung und einen flinken Vollzug für sich werben. Dann werden die Beteiligten sagen, dass der Makler einen guten Notar empfohlen hat und auch daher seine Maklercourtage wert ist. Das wäre doch mal ein echter Qualitätswettbewerb.

Mit den besten Wünschen für 2014 bin ich Ihr

Dr. Oliver Vossius  
Präsident des Deutschen Notarvereins

## inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	Gute Vorsätze ( <i>Dr. Oliver Vossius</i> )	1
<b>inhalt</b>		2
<b>impressum</b>		31
<b>beitrag des monats</b>	Die Vorsorgevollmacht des Unternehmers ( <i>Martin Jocher</i> )	3
<b>jahresrückblick</b>	Registerrecht – Aktuelle Entwicklungen ( <i>Dr. Thomas Kilian</i> )	14
<b>rechtsprechung</b>	BGH: Behandlung von Salzabbaugerechtigkeiten im Grundbuch (mit Anmerkung von <i>Adrian Albrecht</i> )	18
	LSG Darmstadt: Einhaltung der Verwaltungsanordnungen im Behindertentestament (mit Anmerkung von <i>Dr. Felix Odersky</i> )	20
	BGH: Erbnachweis gegenüber Banken (mit Anmerkung von <i>Dr. Felix Odersky</i> )	21
	OLG Schleswig: Pauschale Erhöhung der Erbquote des Ehegatten bei ausländischem Erbstatut (mit Anmerkung von <i>Dr. Felix Odersky</i> )	22
<b>praxisforum</b>	Zur Erforderlichkeit eines Wechselprotests ( <i>Dr. Peter Becker</i> )	24
<b>neues aus der kostenlaube</b>	Halber oder ganzer Wert? – Ein Vorschlag zum praktischen Umgang mit § 98 GNotKG ( <i>Andreas Schmitz-Vormoor</i> )	26
	Ehevertrag ( <i>Dr. Oliver Vossius</i> )	26
<b>nachrichten</b>		29
<b>literatur</b>	Enzensberger, Testamente für Geschiedene und Patchworkelken, 3. Auflage 2013 (besprochen von <i>Ruth Bohnenkamp</i> )	32
	Münch (Hrsg.), Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Auflage 2013 (besprochen von <i>Jon Meyer</i> )	33
<b>schlussvermerk</b>	Hotelreservierung, Käseglocke, Regenschirm oder ...? ( <i>Dr. Peter Becker</i> )	34
<b>cartoon</b>	notar bene	35



## beitrag des monats

Martin Jocher

# Die Vorsorgevollmacht des Unternehmers

Der angesichts des demographischen Wandels immer deutlicher hervortretende Bedarf an Vorsorgeregelungen für den Fall der Handlungsunfähigkeit scheint noch nicht so recht in das Bewusstsein der Unternehmer und Selbständigen vorgedrungen zu sein.<sup>1</sup> So erfreulich die, z. B. an den stetig steigenden Zahlen beim Zentralen Vorsorgeregister ablesbare, Entwicklung im Allgemeinen auch ist: Das Problembewusstsein und der Wille zum Handeln sind in deutschen Unternehmerkreisen, wie die notarielle Praxis zeigt, nicht sonderlich ausgeprägt.<sup>2</sup>

Wie schnell eine Beeinträchtigung der Handlungsfähigkeit auch kerngesunde Unternehmen ins Wanken bringen und damit die Existenzgrundlage von Inhabern wie Mitarbeitern beeinträchtigen kann und welche Gestaltungsmöglichkeiten zur Minimierung solcher Risiken in Frage kommen, sind die Themen des folgenden Beitrags.

Dabei sollen die Gesellschaft mit beschränkter Haftung und Personengesellschaften als die häufigsten Rechtsformen im Fokus stehen.

## A. Ausgangslage

### I. Der Fall der Handlungsunfähigkeit

Wer aufgrund einer psychischen Krankheit oder einer körperlichen, geistigen oder seelischen Behinderung nicht in der Lage ist, seine Angelegenheiten ganz oder teilweise zu besorgen, für den bestellt das Betreuungsgericht von Amts wegen oder auf Antrag des Betroffenen einen Betreuer (§ 1897 Abs. 1 BGB).

<sup>1</sup> Auch wenn sich mittlerweile nicht nur die Fachliteratur des Themas annimmt: <http://www.stern.de/wirtschaft/familie/vorsorgevollmacht-fuer-unternehmer-wie-weiter-mit-der-firma-1725120.html>. Diesen und alle weiteren Links finden Sie im Leserservice der Zeitschrift *notar* unter [www.dnotv.de/leserservice](http://www.dnotv.de/leserservice).

<sup>2</sup> Auch die Fachliteratur widmet sich diesem Thema nur eher spärlich. Gleichsam Pionierarbeit zur Schärfung des Problembewusstseins und zu den Vorsorgemöglichkeiten haben *Langenfeld*, ZEV 2005, 52; *Reymann*, ZEV 2005, 497; *ders.* 2005, 514; *ders.* 2006, 12; *Heckschen*, NZG 2012, 10 sowie *Raub* in ihrer Dissertation „Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht“, Berliner Schriftenreihe zum Notarrecht, 2013, geleistet.

Jeder juristische Berater, der mit dem Thema „Bedarf der Vorsorge für den Fall der Handlungsunfähigkeit“ befasst ist, wird bestätigen können, dass in diesem Bereich das Problembewusstsein oft nur schwach ausgeprägt ist, vor allem, weil die allgemeinen Vorstellungen weit von der Rechtslage abweichen.

Und dass die Problematik nicht nur den „dementen, pensionierten Verbraucher“<sup>3</sup> betrifft, sondern sich bei Unternehmern und Freiberuflern wesentlich gravierender auswirken kann, ist im Bewusstsein der Bevölkerung noch viel weniger verankert.<sup>4</sup>

Mir begegnet es in meiner Praxis laufend, dass angenommen wird, es bestehe „kraft Ehe“ oder „kraft naher Verwandtschaft“ ein – wie auch immer geartetes – gesetzliches Vertretungsrecht. Und selbst dort, wo das Erfordernis eines gerichtlichen Betreuungsverfahrens erkannt wird, besteht oft der Irrglaube, dass man als Angehöriger oder als Mitgesellschafter die Person des zu bestellenden Betreuers (mit-)bestimmen könne. Ein Hinweis auf § 1897 Abs. 4, 5 BGB löst dann oft Erstaunen aus.

Im unternehmerischen Bereich, namentlich, wenn der Betroffene an einer Gesellschaft beteiligt ist, erweist sich ferner das gesetzliche Gebot, mögliche Interessenskonflikte bei der Auswahl des Betreuers zu berücksichtigen, § 1897 Abs. 5 BGB, als Hindernis für die in vielen Fällen sachgerechte Lösung, Mitgesellschafter zum Betreuer zu bestellen.

### II. Folgen einer unterbliebenen Eigenvorsorge

Kommt es zur Bestellung eines Betreuers, so hat dies weitreichende Folgen für das Unternehmen:

- Ein Unternehmensfremder, der oft keinen persönlichen Bezug zum Betreuten und dessen Unternehmen oder Beteiligung hat, tritt an die Stelle des Betreuten und nimmt dessen Rechte wahr. Damit trifft er unternehmerische Entscheidungen bzw. ist an solchen zu beteiligen. Er hat ein

<sup>3</sup> *Reymann*, ZEV 2005, 457.

<sup>4</sup> *Raub*, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 56.

Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen und ist demnach zu diesen zu laden.<sup>5</sup> Die, vor allem bei personalistisch strukturierten Unternehmen, oft zu einer besonderen Schlagkräftigkeit führende Praxis der Versammlung unter Verzicht auf alle Formalitäten, um auch ad hoc Beschlüsse fassen zu können, wird bei Beteiligung eines Betreuers regelmäßig nicht mehr zu realisieren sein. Schon deshalb, weil der Betreuer aus Haftungsgründen auf eine Einhaltung der Formalien für Ankündigung und Einberufung bestehen wird und aus seiner Sicht auch muss.

- An die Person des Betreuers sind keine speziellen Qualifikationserfordernisse zu stellen. Er muss lediglich „geeignet“ (§ 1897 Abs. 1 BGB) sein, was nicht bedeutet, dass er spezielle Kenntnisse, etwa im juristischen oder betriebswirtschaftlichen Bereich, aufweisen muss.<sup>6</sup> Demnach droht die Bestellung eines für die Gesellschafterstellung nicht hinreichend qualifizierten Betreuers.
- Der Betreuer hat dasselbe Einsichts- und Auskunftsrecht wie der Gesellschafter selbst.<sup>7</sup> Diese Rechte können durch den Gesellschaftsvertrag weder ausgeschlossen noch beschränkt werden.<sup>8</sup>
- Indirekt, nämlich zur Überwachung der Tätigkeit des Betreuers oder bei Entscheidungen über eine betreuungsgerichtliche Genehmigung, erlangt auch das Betreuungsgericht weitreichende Einsicht.
- Damit gelangen oft höchst vertrauliche und für die wirtschaftliche Entwicklung bedeutsame Unternehmensinformationen zur Kenntnis außenstehender Dritter.<sup>9</sup> Ein Umstand, den Unternehmer erfahrungsgemäß vermeiden wollen.
- Viele unternehmerische Entscheidungen und Gegenstände von Gesellschafterbeschlüssen unterliegen dem Vorbehalt einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung.

Ein nicht zu vernachlässigender Aspekt sind die Folgen einer nicht ausreichenden Risikovorsorge im Unternehmen auf dessen Rating und damit – ganz handfest – auf die Konditionen der Unternehmensfinanzierung. Zur Risikovorsorge gehört nicht nur die von den Finanzierungsinstituten im Rahmen des Ratings mittlerweile regelmäßig einbezogene Frage der Sicherung der Unternehmensnachfolge,<sup>10</sup> sondern ebenso die Sicherung gegen Ausfälle zu Lebzeiten auf Inhaber-, Gesellschafter- und Managementebene.

### III. Demographische Veränderungen

Deutschlands Unternehmer<sup>11</sup> sind ge-, wenn nicht sogar überaltert.

Diverse Untersuchungen zur Altersstruktur<sup>12</sup> sprechen eine deutliche Sprache: Es gibt mehr als doppelt so viele Unternehmer im Alter von über 50 Jahren als im Alter von 20 bis 30 Jahren.

Dass damit die Wahrscheinlichkeit einer Erkrankung, die Einfluss auf die Geschäftsfähigkeit hat, signifikant steigt, liegt auf der Hand. Die Anzahl der über 65-Jährigen wird bis 2030 um ca. 30 % steigen; die Anzahl der Demenzkranken ebenfalls.<sup>13</sup>

Doch nur den demographischen Aspekt zu sehen, und damit einen Handlungsbedarf erst ab einem „kritischen Alter“ zu bejahen, wäre kurzsichtig. Mag auch die statistische Wahrscheinlichkeit geringer sein, so kann der Schicksalsschlag den an Jahren jungen Unternehmer ebenfalls treffen und das ankündigungslose Ereignis eines Unfalls, Schlaganfalls oder Herzinfarkts ein Unternehmen führungslos machen, ohne dass Zeit bliebe, darauf zu reagieren.

Es bleibt, festzuhalten:

**Jeder unternehmerisch Tätige, auch der Freiberufler, ist unabhängig von seinem Lebensalter gehalten, Vorsorge für den Fall seiner Handlungsunfähigkeit zu treffen.**

Dabei ist die Bestellung eines vom Gericht ausgewählten Betreuers möglichst zu vermeiden, um die Person des Vertreters und dessen Kompetenzen selbst bestimmen zu können.

Daraus folgt, dass der juristische Berater bei jedem Vorgang, der unternehmensrechtlichen Bezug hat, sei es Gründung oder Übertragung, das Thema der Vorsorge für den Fall der Handlungsunfähigkeit ansprechen und klären sollte, ob seitens der Beteiligten Vorsorgebedarf besteht.

#### PRAXISTIPP

##### Bedeutung der Vorsorgevollmacht:

Die Frage nach der Vorsorge für den Fall der Handlungsunfähigkeit gehört also bei jeder Gründung und bei jeder Anteilsübertragung dazu!

**Umgekehrt** sollte auch bei jeder Beratung im Zusammenhang mit Vorsorgevollmachten geklärt werden, ob der Vollmachtgeber Inhaber eines Unternehmens oder an einer Gesellschaft beteiligt ist. Ist der Vollmachtgeber an einer Gesellschaft beteiligt, **muss der Gesellschaftsvertrag beigezogen** und geprüft werden, ob jener Beschränkungen in Bezug auf Vorsorgeregulungen (z. B. zur Person des Bevollmächtigten) enthält.

Führt man sich die Rechtsprechung des BGH zur Notarhaftung bei Nichtbeachtung gesellschaftsrechtlicher Nachfolgeklauseln im Rahmen der Testamentserrichtung<sup>14</sup> vor Augen, so liegt es nicht allzu fern, auch bei der Gestaltung einer Vorsorgevollmacht des Unternehmers Haftungsrisiken zu sehen, wenn der Sachverhalt nicht hinreichend geklärt wird.

<sup>5</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 51 Rn 7.

<sup>6</sup> Wilde, GmbH-Rundschau, 2010, 123 f.

<sup>7</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 51a Rn 5; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 118 Rn 32.

<sup>8</sup> BGH NJW 1965, 1961; kritisch hierzu: Heckschen, NZG 2012, 10.

<sup>9</sup> Worauf Heckschen, NZG 2012, 10 zu Recht besonders hinweist.

<sup>10</sup> Ziegler/Rieder, ZIP 2002, 2290; Bundesverband Deutscher Banken, fokus: unternehmen, Rating, 09/2010 (<http://www.ihk-berlin.de>, dann bitte nach „Bankenrating“ suchen).

<sup>11</sup> Hier ist die weibliche Form bewusst nicht einbezogen, das wäre wenig charmant. Ansonsten sind Unternehmerinnen von der Problematik natürlich ebenso betroffen, aus Gründen der besseren Lesbarkeit wurde allerdings die männliche Form verwendet.

<sup>12</sup> Z. B. Risch/Goggräfe, Wirtschaftsspiegel der IHK Nord Westfalen, 3/2011, 42, zu finden unter <http://www.ihk-nordwestfalen.de>, dann suchen Sie bitte unter dem Stichwort „Mangelware Unternehmer“; Köppel, Ergebnisbericht Demographie im Fokus, Altersanalyse der Unternehmerschaft in Bayerisch-Schwaben, IHK Schwaben, zu finden unter [www.schwaben.ihk.de](http://www.schwaben.ihk.de) (bitte suchen Sie dann unter den Stichworten „Altersanalyse Unternehmerschaft“).

<sup>13</sup> Bickel, Epidemiologie der Demenz, Deutsche Alzheimer Gesellschaft, 09/12 ([http://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/FactSheet01\\_2012\\_01.pdf](http://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/alz/pdf/factsheets/FactSheet01_2012_01.pdf)).

<sup>14</sup> BGH, Urt. v. 18.4.2002 – IX ZR 72/99 m. Anm. Reithmann, DNotZ 2002, 768.

Sieht der Gesellschaftsvertrag Sanktionen für die unterlassene Vorsorge vor, zu der auch die Benennung eines nicht zugelassenen Bevollmächtigten gehören kann, so droht auch in diesem Fall der Verlust der Beteiligung (siehe dazu nachfolgend Abschnitt D. II.).

## B. Gestaltungsmöglichkeiten der Vorsorge

Vorweg ist festzuhalten, dass die Geschäftsunfähigkeit eines Gesellschafters weder bei der Kapital- noch bei der Personengesellschaft zum Verlust der Gesellschafterstellung führt. Lediglich die Organstellung als Geschäftsführer der GmbH bzw. Vorstand der AG werden durch den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit kraft Gesetzes beendet.<sup>15</sup> Bei der Personengesellschaft fehlen diesbezüglich entsprechende gesetzliche Regelungen.

Bei Handlungsbedarf (nur) auf Managementebene lässt sich durch die Bestellung von weiteren Organen und/oder die Erteilung von Handlungsvollmachten seitens der Gesellschafter die Problematik in den Griff bekommen; fataler wirkt sich ein Ausfall auf Inhaber- bzw. Gesellschafterebene aus. Im Folgenden soll vor allem letztgenannter Schwerpunkt, bezogen auf die GmbH und die Personengesellschaft, untersucht werden.

Zwei Fallgruppen sind zu unterscheiden:

1. Die Handlungsunfähigkeit des Betroffenen soll dazu führen, dass er seine Beteiligung an der Gesellschaft verliert, also auszuscheiden oder die Beteiligung an einen oder mehrere Dritte zu übertragen hat.
2. Die Handlungsunfähigkeit soll nicht den Verlust der Beteiligung zur Folge haben, sondern der Betroffene soll durch einen Dritten bei der Wahrnehmung seiner Beteiligungsrechte vertreten werden.

### I. Verlust der Beteiligung

Ein vereinbarter Beteiligungsverlust ist natürlich die einschneidendste Folge bei Vorliegen einer Handlungsunfähigkeit.

Diese Variante sollte gleichwohl nicht von vornherein als überzogen oder nicht sachgerecht vom Tisch gewischt werden. Gerade bei stark personalistisch geprägten Gesellschaften, bei denen vieles von den individuellen Fähigkeiten und den Persönlichkeiten der einzelnen Gesellschafter abhängt, kann es durchaus angezeigt sein, im Fall der Handlungsunfähigkeit eines Gesellschafters dessen Ausscheiden vorzusehen. Oft wird bei solchen Konstellationen dem ungefährdeten Fortbestand des Unternehmens (nicht selten die Existenzgrundlage aller Gesellschafter) Priorität gegenüber den individuellen Interessen der Gesellschafter eingeräumt.

Ein Indiz mag die getroffene Nachfolgeregelung für den Todesfall sein: Schließt der Gesellschaftsvertrag eine Nachfolge externer Dritter in die Gesellschafterstellung auf den Todesfall aus, so lässt dies meines Erachtens den Rückschluss auf die besondere personalistische Struktur zu und rechtfertigt im Sinne des „Gleichlaufs“ ein zwangsläufiges Ausscheiden des handlungsunfähigen Gesellschafters.

Gegen die Zulässigkeit einer entsprechenden Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag spricht auch nicht die erwähnte Entscheidung des BGH<sup>16</sup> zur Unzulässigkeit der Beschränkung des Vertretungsrechts eines Pflegers im Gesellschaftsvertrag. Beim zwangsläufigen Ausscheiden werden die Rechte des gesetzli-

chen Vertreters nicht beschränkt, da sie ihm gar nicht anwachsen. Ein zwangsläufiges Ausscheiden bei Vorliegen eines sachlichen Grundes kann stets vereinbart werden, Grenzen stellen allein Willkür und Sittenwidrigkeit dar.<sup>17</sup>

Als Gestaltungsmöglichkeiten kommen in Betracht:

- bei der **GmbH** die Einziehung (sie muss im Gesellschaftsvertrag zugelassen sein, § 34 Abs. 1 GmbHG), die Ausschließung („Hinauskündigung“) und die Zwangsabtretung;
- bei der **Personengesellschaft** das „automatische“ Ausscheiden kraft Gesellschaftsvertrags, die Ausschließung aufgrund Gesellschafterbeschlusses (je durch Erweiterung der in § 131 Abs. 3 HGB genannten Ausscheidensgründe) sowie ebenfalls die Zwangsabtretung.

Bei all diesen Gestaltungsmöglichkeiten ist zu beachten, dass sich eine **Beteiligung des Betreuers nicht ohne weiteres vermeiden** lässt.

Bei der **Einziehung** kann zwar vorgesehen werden, dass der betroffene Gesellschafter beim Einziehungsbeschluss kein Stimmrecht hat. Er, und damit sein Betreuer, ist jedoch gleichwohl zu der betreffenden Gesellschafterversammlung ordnungsgemäß zu **laden**.<sup>18</sup> Dieses Teilnahmerecht kann gesellschaftsvertraglich nicht ausgeschlossen werden.

Bei **Verpflichtung** zur Übertragung der Beteiligung muss der Betreuer als gesetzlicher Vertreter des Ausscheidenden den Übertragungsvertrag schließen. Kommt er jener Verpflichtung nicht nach, so bedarf es eines Klageverfahrens. Die damit regelmäßig verbundene erhebliche Verzögerung kann zu spürbaren Beeinträchtigungen und Unsicherheiten innerhalb der „Schwebezeit“ führen.

Eine bereits vorweg vereinbarte, **bedingte Übertragung** der Beteiligung hat ebenfalls nicht zu übersehende Schwächen:

Gleich ob in einem separaten, den Erfordernissen des § 15 Abs. 3, 4 S. 1 GmbHG genügenden Vertrag oder einer im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Vereinbarung (von der eher abzuraten sein wird<sup>19</sup>): Neben dem Risiko nicht hinreichender Bestimmtheit, an wen welche (Teil-)Geschäftsanteile zu übertragen sind,<sup>20</sup> wird vor allem das Problem auftauchen, die **Bedingung für den Anteilsübergang** sachgerecht zu definieren. Die **Bestellung eines Betreuers** für den betroffenen Gesellschafter mag ein Kriterium sein,<sup>21</sup> dann empfiehlt es sich jedoch, die Bestellung eines **vorläufigen Betreuers** nicht ausreichen zu lassen. Ebenso ist dem Aufgabenkreis des Betreuers besonderes Augenmerk zu widmen. Nur wenn dieser die Gesellschafterrechte umfasst, kann die Bestellung des Betreuers als Bedingungseintritt gesehen werden.

Ein Anknüpfen an den **Eintritt der Geschäftsunfähigkeit** wird in keinem Fall sachgerecht sein. Hier muss die Frage aufgeworfen werden, wie diese beweissicher (und zeitnah!) festgestellt werden kann. Damit stünde unter Umständen für lange Zeit nicht fest, ob die Beteiligung auf den Erwerber übergegangen ist.

Schließlich wird auch die **Ermächtigung der Mitgesellschafter oder der Geschäftsführung**, die Anteilsübertragung namens des betroffenen Gesellschafters vorzunehmen, nicht immer zu einem reibungslosen Ablauf führen.

<sup>17</sup> Heckschen, NZG 2012, 14 m. w. N.

<sup>18</sup> Heckschen, NZG 2012, 14.

<sup>19</sup> Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH, 2. Aufl. 2009, § 4 Rn 194 ff.

<sup>20</sup> Barth, GmbHR 2004, 383 f.

<sup>21</sup> So z. B. Heckschen, NZG 2012, 14.

<sup>15</sup> § 6 Abs. 2 S. 1, S. 2 Nr. 1 GmbHG, § 76 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 AktG.

<sup>16</sup> Vgl. Fn 8.

Kaum ein Gesellschafter wird bereit sein, diese Ermächtigung „ohne Wenn und Aber“ zu erteilen, weil damit der Zeitpunkt für eine Übertragung ins (pflichtgemäße) Ermessen der Ermächtigten gestellt wird, zumal Interessenskonflikte nicht auszuschließen sind. Die ordnungsgemäße Ausübung des Ermessens wäre zwar gerichtlich nachprüfbar, bis dahin ist das Kind jedoch längst in den Brunnen gefallen. Bei der Ermessensüberprüfung kann es nur um Schadensersatzansprüche gehen; die Wirksamkeit der Übertragung bleibt davon unberührt.

Wird die Ermächtigung jedoch ihrerseits an den Eintritt der Bedingung im obigen Sinn geknüpft, stellen sich wieder dieselben Fragen.

## II. Vertretung durch Dritte bei Ausübung der Gesellschafterrechte

Idealziel ist es, einen kompetenten Vertreter zu installieren, der anstelle des betroffenen Gesellschafters dessen Rechte und Pflichten wahrnimmt und – genauso wichtig – dessen mit der Beteiligung verbundenen Vorstellungen und Ziele vertritt und umsetzt.

Dieses Ziel ließe sich auf den ersten Blick mit der Erteilung einer Vollmacht realisieren.

Bei näherer Betrachtung finden sich jedoch einige Stolpersteine, die eine nähere Betrachtung der Kompatibilität von Vollmacht und gesellschaftsrechtlichen Regelungen erforderlich machen. Zudem ist die Lage bei GmbH und Personengesellschaften nicht deckungsgleich.

Vorweg: Eine Einbeziehung der Unternehmens-Vollmacht in eine „klassische“ Vorsorgevollmacht, also der Generalvollmacht für Vermögensangelegenheiten nebst einer weitreichenden Vollmacht für alle Angelegenheiten des persönlichen Wohl und Wehes, sollte regelmäßig vermieden werden.<sup>22</sup> Dies gilt selbst in den eher seltenen Fällen, in denen Vorsorgebevollmächtigter und „Unternehmens-Bevollmächtigter“ identisch sind.

Die Erteilung einer **speziellen, unternehmensbezogenen Vorsorgevollmacht** ist regelmäßig vorzuziehen.

In der Praxis werden Vorsorgevollmachten oft sehr abstrakt formuliert. Das mag seinen Grund darin haben, dass bei einer detaillierten Aufzählung der Kompetenzen des Bevollmächtigten befürchtet wird, Lücken zu übersehen und die Vollmacht damit zu entwerten, wenn nicht der Katalog ausdrücklich als nicht abschließend, sondern nur beispielhaft bezeichnet wird. Andererseits sind an die sorgfältige Formulierung der Aufgabenkreise des Bevollmächtigten besondere Anforderungen zu stellen, um keinen Auslegungsbedarf<sup>23</sup> zu provozieren, der dann doch zu dem führt, was mit der Vollmacht gerade vermieden werden sollte: die Betreuerbestellung.

### 1. GmbH

Die Erteilung einer **Stimmrechtsvollmacht** ist nach § 47 Abs. 3 GmbHG grundsätzlich zulässig. Auch mit der Ausübung der weiteren nicht höchstpersönlichen Gesellschafterrechte kann ein Bevollmächtigter betraut werden. Eine Grenze bildet auch hier das Abspaltungsverbot<sup>24</sup> (siehe nachfolgend 2.).

Bei der **Auswahl des Bevollmächtigten** ergeben sich jedoch bereits Beschränkungen: Es sind die schutzwürdigen Interessen der Gesellschaft zu berücksichtigen, so dass z. B. ein Konkurrent

der Gesellschaft nicht bevollmächtigt werden kann.<sup>25</sup> Bei **Bevollmächtigung eines Mitgesellschafters** ist § 181 BGB, der auf Gesellschafterbeschlüsse prinzipiell anwendbar ist, im Auge zu behalten. Hier muss also, um die Vollmacht nicht größtenteils zu entwerten, eine **Befreiung vorgesehen** werden.

Ferner sind in den meisten Gesellschaftsverträgen weitere Beschränkungen zur Person des Bevollmächtigten enthalten, typischerweise, dass nur zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Angehörige der rechts- oder steuerberatenden Berufe und/oder Mitgesellschafter bevollmächtigt werden können.

### 2. Personengesellschaft

Komplexer sind die mit der Zulässigkeit der Vollmacht verbundenen Fragen bei der Personengesellschaft:

Die Personengesellschaft wird, anders als die Kapitalgesellschaft, von den Prinzipien des **Abspaltungsverbots** und der **Selbstorganschaft** bestimmt.

Dabei sind weder die Verwaltungsrechte isoliert von der Mitgliedschaft übertragbar,<sup>26</sup> noch kann Dritten, die nicht persönlich haftende Gesellschafter sind, eine Organstellung eingeräumt werden.<sup>27</sup>

Fraglich ist ferner, ob die gesellschaftsrechtliche **Treuepflicht** auch dem Bevollmächtigten obliegt oder ob er sich jener Treuepflicht ausdrücklich unterwerfen muss.<sup>28</sup> Die Vorsorgevollmacht verschafft dem Bevollmächtigten weder eine originäre Beziehung zu den Mitgesellschaftern noch zu der Gesellschaft selbst. Der Bevollmächtigte leitet sein Vertretungsrecht vom Vollmachtgeber ab, nicht jedoch die gesellschaftsrechtlichen Pflichten. Er wird nicht kraft Vollmacht in die Treuepflicht einbezogen. Schließt man sich dieser Ansicht an (oder enthält der Gesellschaftsvertrag eine ausdrückliche Pflicht zur Unterwerfung des Bevollmächtigten), so muss der Bevollmächtigte die Treuepflicht übernehmen, um wirksam vertreten zu können. Wenn man sich nicht auf eine konkludente Übernahme durch Vornahme von Vertretungshandlungen verlassen möchte, bedarf es demnach einer ausdrücklichen Erklärung des Bevollmächtigten hierzu.

Teilweise wird geraten, in jedem Fall eine beweisbare **Übernahmeerklärung** des Bevollmächtigten vorzusehen.<sup>29</sup>

Die Rechtsprechung hat das Prinzip einer strikten Selbstorganschaft seit Jahrzehnten spürbar gelockert<sup>30</sup> und betont, dass ein Dritter, namentlich im Fall eigenen „Unvermögens“, mit Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnissen betraut werden könne, soweit die originären Organrechte bei den Gesellschaftern verblieben.

Es muss auch gesehen werden, dass eine Vorsorgevollmacht keinen „Verdrängungscharakter“, sondern die Installation eines Verhinderungsververtreters zum Ziel hat.<sup>31</sup>

Gleichwohl ist das nicht als Freibrief für Generalvollmachten zu sehen. Sollte eine Vollmacht so gestaltet sein, dass faktisch für

<sup>22</sup> Dazu näher in Abschnitt C. III. 1.

<sup>23</sup> Vor allem im persönlichen Bereich ein Quell steter Rechtsprechung; zuletzt BGH ZEV 2013, 210.

<sup>24</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 47 Rn 40.

<sup>25</sup> Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 47 Rn 45.

<sup>26</sup> Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 62 m. w. N.

<sup>27</sup> MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, § 709 Rn 5; Baumbach/Hopt, HGB, 35. Aufl. 2012, § 114 Rn 24.

<sup>28</sup> Zum Meinungsstand: Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 141 f.

<sup>29</sup> Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 169.

<sup>30</sup> BGH NJW 1982, 2495; NJW-RR 1994, 98.

<sup>31</sup> Dies betont zu Recht Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 91 f.

den Betroffenen und/oder die weiteren Gesellschafter keine Möglichkeit mehr besteht, die Vollmacht einzuschränken oder rückgängig zu machen, dann sind m. E. das Verbot der Fremdorganschaft und das Abspaltungsverbot doch wieder ein Thema. Denn dann wäre die „organschaftliche Hoheit“ der Gesellschafter in der Weise beschränkt, dass ein Gesellschaftsfremder organähnliche Kompetenzen ohne Einflussmöglichkeit seitens der Gesellschafter hätte.

Ein typisches Beispiel ist der Eintritt der Geschäftsunfähigkeit beim Vollmachtgeber, die es ihm unmöglich macht, die Vollmacht wirksam zu widerrufen. Ein Widerrufsrecht der Mitgesellschafter besteht nicht.

Aus jenen Gründen wird von der herrschenden Meinung<sup>32</sup> das Erfordernis einer **Zustimmung der Mitgesellschafter** zur Erteilung einer Vollmacht, die organähnliche Kompetenzen einräumt, gesehen. Eine **Pflicht zur Zustimmung besteht nicht**, auch wenn mit der Vollmachtserteilung schützenswerte Zwecke verfolgt werden.

Teilweise wird vertreten, dass ein Zustimmungserfordernis dann nicht bestehe, wenn der Gesellschaftsvertrag die freie Übertragbarkeit des Gesellschaftsanteils gestatte<sup>33</sup> oder wenn der Gesellschaftsvertrag nicht explizit die Vertretung durch Bevollmächtigte ausschließe. Ebenso wird differenziert zwischen der Vorsorgevollmacht, der ein besonderer Schutzzweck zugrunde liege, und der Erteilung von Vollmachten an Dritte ohne diesen speziellen Hintergrund.<sup>34</sup>

Angesichts der m. E. von manchen Autoren nicht genügend betonten Tatsache, dass es bei jener Diskussion um ein **materiell-rechtliches Wirksamkeitserfordernis** für die Vollmacht und damit um die Frage rechtswirksamen Vertretungshandelns geht, kann dem Praktiker nur empfohlen werden, den sicheren Weg zu gehen, auf ein mögliches Zustimmungserfordernis besonders hinzuweisen und im Rahmen seiner Möglichkeiten darauf hinzuwirken, dass die Zustimmung erteilt wird. Idealerweise wird das Thema schon bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags bedacht und bereits dort eine Zustimmung aufgenommen.

#### PRAXISTIPP

**Das Thema „Vorsorgevollmacht“ bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrags ansprechen und im Gesellschaftsvertrag berücksichtigen:**

Dabei

- a) die Zustimmung aller Gesellschafter zur Wahrnehmung der Gesellschafterrechte durch Vorsorgebevollmächtigte und
- b) eine schriftliche Verpflichtung des Bevollmächtigten zur Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten vorsehen.

## C. Konkrete Gestaltung der Vollmacht

### I. Außenverhältnis/Innenverhältnis

Es bedarf, auch wegen des abstrakten Charakters der Vollmacht, einer scharfen **Trennung zwischen Außen- und Innenverhältnis**<sup>35</sup>:

<sup>32</sup> Heckschen, NZG 2012, 15 m. w. N.; Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, S. 112.

<sup>33</sup> So Heckschen, NZG 2012, 15.

<sup>34</sup> Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 127 f.

<sup>35</sup> Ausführlich dazu: Litzenburger, NotBZ 2007, 1.

1. Nach außen müssen dem Vertreter alle rechtlich möglichen Befugnisse eingeräumt werden, die notwendig sind, um den Betroffenen weitestmöglich vertreten zu können.<sup>36</sup> Einschränkungen können sich als Bumerang erweisen, die dann doch die Bestellung eines Betreuers notwendig machen.
2. Nach innen müssen dem Vertreter klare Anweisungen<sup>37</sup> an die Hand gegeben werden, welche Vorstellungen der Betroffene für den Fall seines Ausfalls hat. Sind die **Fortführung des Unternehmens** bzw. das **Fortbestehen der Beteiligung** das Ziel? Sind eher eine **Liquidation des Unternehmens**, **das Ausscheiden als Gesellschafter** oder der **Verkauf der Beteiligung** realistische Perspektiven? Schließlich sollte auch die Möglichkeit der **Unternehmensumwandlung** in die Überlegungen einbezogen werden.

Nicht verkannt werden soll, dass diese Entscheidungen oft prophetische Gaben erfordern. Daher ist zu raten, den Entscheidungs- und Handlungsspielraum des Vertreters auch im Innenverhältnis nicht zu sehr einzuschränken und die Handlungsanweisung in regelmäßigen Abständen **auf ihre Aktualität zu überprüfen**.

Schon diese Aspekte zeigen, dass die „klassische“ Vorsorgevollmacht, zu der in aller Regel keine detaillierten Handlungsanweisungen getroffen werden,<sup>38</sup> im unternehmerischen Bereich nicht das geeignete Mittel ist.

### II. Unbedingte Erteilung der Vollmacht, Vorsorge gegen Missbrauch

Bei jeder Vorsorgevollmacht, nicht nur im unternehmerischen Bereich, wünscht der Vollmachtgeber, dass der Bevollmächtigte nur handeln können soll, wenn der „Vorsorgefall“, also regelmäßig die Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers, eingetreten ist. Oft wird einem möglichen Missbrauch der Vollmacht<sup>39</sup> in Form eines Handelns hinter dem Rücken oder gegen den Willen des Vollmachtgebers eine fast übersteigerte Bedeutung zugemessen. Dem könnte man, zugegeben eher salopp, entgegenen, dass es mit dem unverzichtbaren, tiefgreifenden Vertrauensverhältnis zum Bevollmächtigten wohl doch nicht so weit her ist, wenn man solche Befürchtungen schon bei Vollmachtserteilung hegt und demzufolge der in Frage kommende Bevollmächtigte vielleicht doch nicht der Geeignete ist. Gleichwohl müssen solche Einwände ernst genommen werden.

Immer wieder sieht man daher Formulierungen von Vorsorgevollmachten, die das Wirksamwerden der Vollmacht mit dem Eintritt der Handlungsunfähigkeit des Vollmachtgebers verknüpfen und damit eine Bedingung für die Vertretungsmacht setzen.

Der Formulierende ist sich offenbar oft der weitreichenden Folgen nicht bewusst; wie anders wären sonst die verwendeten Einleitungen „Für den Fall, dass ...“<sup>40</sup> oder „Sollte ich ... nicht in der Lage sein“<sup>41</sup> zu erklären?

Dabei geht es nicht nur um die evidenten Fälle („Diese Vollmacht gilt nur, wenn ich geschäftsunfähig werde“), sondern bereits die Aufnahme von Vollmacht und Handlungsanweisung in **eine**

<sup>36</sup> Reymann, ZEV 2005, 460.

<sup>37</sup> Langenfeld, ZEV 2005, 52.

<sup>38</sup> Litzenburger, NotBZ 2007, 1.

<sup>39</sup> Zimmermann, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, 2. Aufl. 2010, S. 41 f.

<sup>40</sup> So z. B. das von Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 235, zitierte Muster.

<sup>41</sup> Langenfeld, ZEV 2005, 53.

Urkunde<sup>42</sup> sowie deren **räumliche Anordnung** können dazu führen, dass von einer bedingten Vollmacht auszugehen ist.

Instruktiv dazu die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.,<sup>43</sup> in der dem die Vorsorgevollmacht beurkundenden Notar bescheinigt wird, dass seine Urkunde nicht „... *in einer von einer notariellen Vollmacht zu verlangenden Klarheit und Eindeutigkeit ...*“ zwischen Innen- und Außenverhältnis trenne. Die in der Urkunde enthaltene ausdrückliche Erklärung „*Im Außenverhältnis gilt diese Vollmacht uneingeschränkt*“ half auch nicht weiter.

Wird eine Vollmacht unter einer solchen an die Handlungsunfähigkeit oder Betreuungsbedürftigkeit anknüpfenden Bedingung erteilt, ist sie in Ihrer Brauchbarkeit **stark eingeschränkt bis wertlos**.

Der Bevollmächtigte hätte nachzuweisen, dass die Bedingung eingetreten ist. Wie dieser Nachweis geführt werden kann, ist unklar (fachärztliches Gutachten in Qualität und Umfang wie beim Verfahren zur Bestellung eines Betreuers? Attest des behandelnden Arztes?). Und selbst wenn der Nachweis zu führen wäre: Muss er bei jedem Vertretungshandeln erneuert werden? Eine Vermutung: „Einmal geschäftsunfähig, immer geschäftsunfähig“ wird es nicht geben.

Die durch § 21 Abs. 3 BNotO n. F. eingeführte Möglichkeit der **notariellen Bescheinigung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht** erfordert ebenfalls eine unzweideutige Formulierung. Welche Notarin, welcher Notar wird bei einer nicht ganz klaren Regelung des Wirksamwerdens die Vollmacht selbst auslegen und auf dieser Basis eine durchaus haftungsträchtige Bescheinigung ausstellen? Damit wäre die begrüßenswerte Neuregelung über weite Strecken entwertet.

#### PRAXISTIPP

##### Vollmachtserteilung:

Es ist dringend zu raten, jeden Anschein einer bedingten Erteilung der Vollmacht zu vermeiden und die Regelungen des Innenverhältnisses nicht in die Vollmachtsurkunde aufzunehmen, sondern separat zu fassen.<sup>44</sup>

Misst der Vollmachtgeber der Missbrauchsvorsorge große Bedeutung zu, so kann daran gedacht werden, mehrere Bevollmächtigte zu benennen, die sich gegenseitig kontrollieren. Auf den ersten Blick scheint für diesen Zweck eine **gemeinschaftliche** Vertretungsberechtigung sinnvoll zu sein. Damit ist jedoch eine gewisse Schwerfälligkeit in der Handhabung verbunden: Die Bevollmächtigten müssen ihre Handlungen abstimmen, bei zeitkritischen Entscheidungen kann dies problematisch werden, und die Bevollmächtigten müssen stets auf einer Linie sein, weil sonst die Gefahr einer Patt-Situation droht.<sup>45</sup> Praktikabler ist:

- die Erteilung von **Einzelvertretungsrecht** an jeden Bevollmächtigten und die Regelungen der gegenseitigen Kontrolle auf das Innenverhältnis, im Rahmen der separaten Handlungsanweisung, zu verlagern;<sup>46</sup>
- die Vollmachtsurkunde bzw. -ausfertigung dem Bevollmächtigten **nicht sofort auszuhändigen**, sondern sie bei einem vertrauenswürdigen Dritten zu verwahren, der dann aller-

dings de facto die Entscheidung über das „Wirksamwerden“ der Vollmacht trifft. Deswegen kann es eher kontraproduktiv sein, den Ehegatten die Vollmacht verwahren zu lassen. Interessenskonflikte sind hier nicht auszuschließen. Besser geeignet scheinen dafür die Mitgesellschafter zu sein, denen an einer ordnungsgemäßen Vertretung des Betroffenen besonders gelegen sein muss.

Soll die Vollmachtsurkunde nicht sofort an den Bevollmächtigten herausgegeben werden, ist besonderes Augenmerk auf die Formulierung zu legen. Das OLG Frankfurt a. M. kommt in der oben zitierten Entscheidung zu dem Schluss, dass der Wille, die Vollmachtsurkunde zunächst dem **Vollmachtgeber** auszuhändigen, dagegen spreche, dass die Vollmachtserteilung im Außenverhältnis sofort wirksam sein solle. Darin könne „*schon eine Gestaltung des Inkrafttretens durch die Vollmachtgeberin gesehen werden*“.

Es empfiehlt sich daher, solche Zweifel durch eine eindeutige Formulierung zu entkräften.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Wirksamkeit der Vollmacht:

*Die Vollmacht wird im Außenverhältnis sofort wirksam. Soweit die Vollmachtsurkunde bzw. die für den Bevollmächtigten bestimmte Ausfertigung dem Bevollmächtigten nicht sofort ausgehändigt wird, hat dies keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vollmacht im Außenverhältnis.*

Man muss jedoch sehen, dass mit den meisten jener Vorkehrungen wiederum Unsicherheitsfaktoren verbunden sind, die die gewollte Vorsorge für den Ernstfall unter Umständen spürbar beeinträchtigen. Werden sich mehrere Bevollmächtigte immer einig sein? Ist der Dritte, der die Vollmacht verwahrt, auch aus Angst vor Haftungsrisiken, zu zögerlich bei der Herausgabe der Urkunde?

Meines Erachtens ist in den Fällen, in denen ein Gesellschafter eine auf seine Beteiligung bezogene Vorsorgevollmacht erteilt, die Missbrauchsgefahr vor Eintritt des Vorsorgefalls geringer als in anderen Bereichen. Ein erfolgreiches Handeln hinter dem Rücken des Vollmachtgebers wird, wegen der persönlichen Beziehungen der Gesellschafter untereinander und deren dauerndem Kontakt eher unwahrscheinlich sein. Eigeninteressen des Bevollmächtigten werden, wenn ein gesellschaftsfremder Dritter mit professionellem Hintergrund bevollmächtigt wird, eher von untergeordneter Bedeutung sein.

Eine **sofortige Aushändigung** der Vollmachtsurkunde bzw. -ausfertigung, verbunden mit einer klaren Handlungsanweisung, die regelt, wann von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden darf, ist oft die **bessere Variante**, weil so der mit der Vollmachtserteilung verbundenen Intention der nahtlosen Vertretung am ehesten entsprochen wird.

### III. Inhalt der Vollmacht

#### 1. Spezialvollmacht

Die Unternehmer-Vorsorgevollmacht sollte als Spezialvollmacht erteilt werden. Oftmals werden die Personen der General- und Vorsorgebevollmächtigten und der Unternehmer-Bevollmächtigten nicht identisch sein, dann ist eine Spezialvollmacht zwingend notwendig. Aber auch bei Personenidentität ist es praktikabel, die Unternehmer-Vorsorgevollmacht separat von der General- und Vorsorgevollmacht zu erteilen, um eine einfachere Handhabung zu ermöglichen und Zweifelsfälle zu vermeiden.

Sollte sich zum Beispiel bei Eintritt der Handlungsunfähigkeit herausstellen, dass ein bestimmtes Kind am besten geeignet ist,

<sup>42</sup> Auch das sieht das von *Raub*, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 127, zitierte Muster vor.

<sup>43</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 29.6.2011 – 20 W 278/11, ZEV 2012, 378.

<sup>44</sup> *Sauer*, RNotZ 2009, 79 f., 83.

<sup>45</sup> *Heckschen*, NZG 2012, 16.

<sup>46</sup> *Langenfeld*, ZEV 2005, 52 f.; *Reymann*, ZEV 2006, 13; *Litzenburger*, NotBZ 2007, 1.

die Gesellschafterrechte wahrzunehmen, der Ehegatte jedoch allein für die Vertretung in den übrigen Bereichen zuständig sein soll, so wäre dies bei einer Verquickung von beiden Vollmachten nicht umzusetzen. Für das Kind gälte dann „ganz oder gar nicht“.

Ähnliche Probleme ergäben sich, wenn ein Widerruf der Unternehmer-Vorsorgevollmacht unter Fortbestand der General- und Vorsorgevollmacht erfolgen sollte.

Es empfiehlt sich, die Spezialvollmacht als generelle Ermächtigung zur weitestmöglichen Vertretung in allen unternehmerischen und gesellschaftsrechtlichen Belangen (gegebenenfalls mit Ausnahme von Gesellschaften, die allein die private Vermögensverwaltung zum Gegenstand haben) zu formulieren, verbunden mit einer beispielhaften, als nicht abschließend gekennzeichneten Aufzählung der wichtigsten Schwerpunkte.

Dazu gehören insbesondere

- die Ausübung des Stimmrechts;
- die Mitwirkung an Änderungen des Gesellschaftsvertrags jeglicher Art, einschließlich der Auflösung und Liquidation des Unternehmens,
- die Entgegennahme eines Liquidationserlöses oder eines Abfindungsentgelts;
- die Ausübung von Kontroll- und Einsichtsrechten;
- die Mitwirkung an allen umwandlungsrechtlichen Vorgängen;
- die ganze oder teilweise Verfügung über die Beteiligung als solche;
- die Vertretung in allen registerrechtlichen Verfahren.

Wie in jeder Vollmacht sind auch hier Regelungen zur:

- Erteilung von Untervollmacht
- Befreiung vom Verbot des Selbstkontrahierens

vorzusehen.

Eine Ermächtigung zur **generellen** Erteilung von Untervollmacht, die faktisch einen vom Vollmachtgeber nicht durchweg zu kontrollierenden Transfer der Vollmacht auf Dritte zur Folge haben kann, wird in der Regel nicht gewünscht sein.

Das Erfordernis der Erteilung von Untervollmacht für den **Einzelfall** ist jedoch von praktischer Bedeutung, man denke nur an die Mandatserteilung für Rechtsanwälte und Steuerberater. Eine solche Möglichkeit sollte demnach regelmäßig vorgesehen werden.

Zu regeln ist dabei, ob die Untervollmacht vom Bestand der Hauptvollmacht abhängig sein soll, sie also mit Wegfall der Hauptvollmacht ebenfalls erlischt, oder ob die Untervollmacht im Namen des Vollmachtgebers selbst erteilt wird, mit der Folge, dass sie unabhängig von der Hauptvollmacht besteht.<sup>47</sup>

Dass vom Verbot der Mehrfachvertretung, § 181 BGB, Befreiung erteilt werden sollte, zumindest wenn ein Mitgesellschafter als Bevollmächtigter vorgesehen ist, wurde bereits oben in Abschnitt B. II. 1. dargestellt.

## 2. Verbot der Vornahme unentgeltlicher Rechtsgeschäfte

In vielen Vollmachtsformularen ist ein generelles **Verbot von unentgeltlichen Rechtsgeschäften** seitens des Bevollmächtigten enthalten.

Damit verbunden ist die Zielsetzung, eine missbräuchliche Bereicherung des Bevollmächtigten oder ihm nahestehender Personen von vornherein auszuschließen.

Abgesehen davon, dass sich dieses Risiko schon durch das Selbstkontrahierungsverbot, das im Rahmen der Regelungen zur Vertretungsmacht auch auf den Personenkreis des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB erweitert werden könnte, weitgehend minimieren lässt, ist von einer **Aufnahme eines generellen Verbots in die Untermervollmacht aus folgenden Gründen abzuraten:**

- a) Es kann gerade bei der Situation des geschäftsunfähigen Unternehmers oder Gesellschafters notwendig sein, die Unternehmensnachfolge zu realisieren und z. B. die Beteiligung auf einen oder mehrere Abkömmlinge zu übertragen, was regelmäßig nicht im eigentlichen Wortsinn „vollentgeltlich“ erfolgt.

Mit einem generellen Verbot unentgeltlicher Verfügungen wäre diese Möglichkeit erschwert, wenn nicht sogar ausgeschlossen.

Auch mit der Bestellung eines Betreuers für diesen Fall käme man nicht weiter: Dieser unterliegt einem Schenkungsverbot, §§ 1908i Abs. 2, 1804 BGB. Nur die Vornahme einer Ausstattung, zu der es der Genehmigung des Betreuungsgerichts bedarf, ist dem Betreuer gestattet, § 1908 BGB.

Wegen der damit verbundenen Unwägbarkeiten (Tatbestandsmäßigkeit nach § 1624 BGB, Übermaßverbot usw.<sup>48</sup>) ist die Ausstattung durch den Betreuer keine Alternative.

- b) Durch Gesetzesänderungen im Einkommensteuer- und Schenkungsteuerrecht sind in jüngerer Zeit Vorgänge als – zumindest steuerrechtlich – unentgeltlich qualifiziert worden, die bisher nicht unbedingt in diesem Ruch standen:

aa) die **disquotale Einlageleistung**, die bisher als *causa societatis* geleistet angesehen wurde, gilt nach § 7 Abs. 8 ErbStG nunmehr als Schenkung im Sinne des ErbStG;<sup>49</sup>

bb) eine **Differenz** zwischen **steuerlichem Wert** der Beteiligung und einer dafür gesellschaftsrechtlich gewährten, niedrigeren **Abfindung** gilt als Schenkung im Sinne des Erbschaftsteuergesetzes, §§ 3 Abs. 1 Nr. 2, 7 Abs. 7 ErbStG.<sup>50</sup>

Bei einem generellen Verbot unentgeltlicher Rechtsgeschäfte ginge auch hier die Flexibilität in einem nicht wünschenswerten Maß verloren. So könnte z. B. jede Vereinbarung oder Modifizierung einer Regelung, die nicht zu einer „vollwertigen“ Abfindung führt, als unentgeltliches Rechtsgeschäft eingeordnet werden und damit dem Bevollmächtigten untersagt sein.

## IV. Verhältnis zu weiteren Vorsorgebevollmächtigten

Neben der Unternehmer-Vorsorgevollmacht wird oft auch eine klassische General- und Vorsorgevollmacht existieren, bei der der Ehepartner und/oder Kinder zu Bevollmächtigten ernannt werden.

Wenn dem General- und Vorsorgebevollmächtigten nicht auch Kompetenzen im unternehmerischen Bereich zugewiesen werden sollen, ist eine Abgrenzung zur Spezialvollmacht erforderlich.

Es sollte gegebenenfalls klargestellt werden, dass die General- und Vorsorgevollmacht die Vertretung in allen Angelegenheiten unternehmerischer Tätigkeiten, einschließlich der Beteiligung an Gesellschaften, **nicht** umfasst.

Ferner ist explizit zu regeln, ob die General- und Vorsorgevollmacht das Recht zum Widerruf der Spezialvollmacht einschließt (zum Widerruf allgemein siehe nachfolgend Abschnitt VI.).

<sup>47</sup> Reymann, ZEV 2005, 515.

<sup>48</sup> OLG Stuttgart MittBayNot 2005, 229.

<sup>49</sup> Zur erbrechtlichen Beurteilung der disquotalen Einlage als Schenkung: Mylich, ZEV 2012, 229.

<sup>50</sup> Näheres hierzu: Hübner/Maurer, ZEV 2009, 361, 428.

## V. Kontrolle, Widerruflichkeit

Die Erteilung einer Vorsorgevollmacht schließt zwar wegen der Subsidiarität der Betreuung die Bestellung eines Betreuers mit demselben Aufgabenkreis wie dem des Bevollmächtigten aus, trotzdem ist damit eine Beteiligung des Betreuungsgerichts nicht auf Dauer ausgeschlossen. Bei Bedarf ist ein Betreuer zur Überwachung des Vorsorgebevollmächtigten zu bestellen, § 1896 Abs. 3 BGB.

In einer Reihe von Entscheidungen<sup>51</sup> hat der BGH die Kriterien für das Erfordernis einer Kontrollbetreuung herausgearbeitet. Er stellt klar, dass der Kontrollbetreuer zwar grundsätzlich (auch) die Funktion habe, den nicht mehr geschäftsfähigen Vollmachtgeber bei der Entscheidung über den Widerruf einer erteilten Vollmacht zu vertreten, betont aber zugleich, dass bei Bestehen einer Vorsorgevollmacht nicht automatisch ein Bedarf für eine Kontrollbetreuung gegeben sei. Vielmehr müssten weitere Kriterien erfüllt sein. Neben der mangelnden Eignung des Bevollmächtigten kämen dabei auch **besondere Schwierigkeiten und/oder ein besonderer Umfang der zu besorgenden Geschäfte**<sup>52</sup> in Betracht.

Angesichts der in der Regel nicht einfach gelagerten Aufgaben des Bevollmächtigten im unternehmerischen Bereich wird die Wahrscheinlichkeit, dass ein Gericht das Erfordernis einer Kontrollbetreuung bejaht, größer sein als bei der klassischen Vorsorgevollmacht. Nachdem der Kontrollbetreuer grundsätzlich auch berechtigt ist, eine vom Betreuten erteilte Vollmacht zu widerrufen (wenn auch nur „äußerstenfalls“<sup>53</sup>), droht die Gefahr, dass die vom Vollmachtgeber aufwendig geplante und austarierte Vorsorgeregung zumindest beeinträchtigt wird.

Um das zu vermeiden, sollte bei der Entscheidung über die Erteilung einer Unternehmer-Vorsorgevollmacht erwogen werden, **mehrere Bevollmächtigte** zu ernennen.<sup>54</sup> Das oftmals vom Vollmachtgeber gewünschte „Vier-Augen-Prinzip“ wäre damit beachtet und durch die gegenseitige Kontrolle der Bevollmächtigten wäre das Erfordernis für die Bestellung eines Kontrollbetreuers so gut wie ausgeschlossen.<sup>55</sup> Meinungsverschiedenheiten unter den Bevollmächtigten rechtfertigen für sich genommen noch keine Bestellung eines Kontrollbetreuers.<sup>56</sup>

Dass die Ernennung mehrerer Bevollmächtigter jedoch auch Nachteile haben kann, wurde oben schon dargelegt.

Kommt die Ernennung mehrerer Bevollmächtigter nicht in Betracht, so sollte zumindest die **Einflussmöglichkeit auf die Auswahl des Kontrollbetreuers** genutzt werden. Auch bei der Person des Kontrollbetreuers hat der Vorschlag des Betroffenen Vorrang, § 1897 Abs. 4 BGB, und ist für das Gericht grundsätzlich bindend. Über den Vorschlag des Betroffenen darf sich das Gericht nur hinwegsetzen, wenn die Umsetzung dem Wohl des Betroffenen erheblich zuwiderlaufen würde.<sup>57</sup>

## PRAXISTIPP

### Vorschlag des Vollmachtgebers für die Bestellung eines Kontrollbetreuers:

In der Vollmacht sollte immer hilfsweise für den Fall, dass ein Gericht die Bestellung eines Kontrollbetreuers für erforderlich hält, ein Vorschlag des Vollmachtgebers zur Person des Kontrollbetreuers enthalten sein.

Dabei kann auch zum Ausdruck gebracht werden, dass der Vollmachtgeber bedacht hat, dass der Aufgabenkreis des Bevollmächtigten mit besonderen Schwierigkeiten versehen sein und/oder besonderen Zeitaufwand erfordern kann und deshalb der Vollmachtgeber die Anordnung einer Kontrollbetreuung allein wegen solcher Kriterien nicht wünscht.

## VI. Widerruf

### 1. Widerruflichkeit

Jede Vollmacht ist grundsätzlich frei widerruflich, § 168 S. 2 BGB. Eines den Widerruf rechtfertigenden Grundes bedarf es nicht.

Ein Ausschluss des Widerrufsrechts ist nur in eng umgrenzten Einzelfällen möglich, insbesondere wenn die Vollmachtserteilung wegen eines besonderen, schutzwürdigen Interesses des Bevollmächtigten erfolgt, jedoch nicht, wenn die Erteilung der Vollmacht (wie regelmäßig bei einer Vorsorgevollmacht) im überwiegenden Interesse des Vollmachtgebers liegt.<sup>58</sup> Ebenso kann eine Stimmrechtsvollmacht nicht unter gleichzeitigem Stimmrechtsverzicht unwiderruflich erteilt werden.<sup>59</sup> Eine vergleichbare Situation läge auch beim geschäftsunfähigen Gesellschafter, der unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht erteilt hat, vor.

Schon wegen dieser Unsicherheiten sollte von der Erteilung „unwiderruflicher“ Vorsorgevollmachten abgesehen werden, auch wenn diese nicht als Generalvollmachten gestaltet sind.

### 2. Widerrufsberechtigte

Der **Vollmachtgeber** ist jederzeit zum freien Widerruf berechtigt. Die Ausübung des Widerrufsrechts erfordert jedoch **Geschäftsfähigkeit**, nachdem der Widerruf eine Willenserklärung des Vollmachtgebers voraussetzt, §§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB.

Ein „natürlicher Wille“ zum Widerruf reicht nicht aus und kann die rechtsgeschäftliche Erklärung nicht ersetzen.<sup>60</sup>

Ob auch **einzelvertretungsberechtigte Bevollmächtigte** selbst zum Widerruf der dem/den anderen Bevollmächtigten erteilten Vollmacht berechtigt sind, und wenn ja, ob ein missbräuchlicher Widerruf wiederum unwirksam ist, ist umstritten.<sup>61</sup> Eine klare Regelung im Vollmachtstext bietet sich daher an.

Namentlich bei Erteilung mehrerer Vorsorgevollmachten, z. B. einer klassischen General- und Vorsorgevollmacht und einer Unternehmer-Vorsorgevollmacht nebeneinander, sollte klargestellt werden, ob die General- und Vorsorgevollmacht das Recht zum Widerruf der Spezialvollmacht umfasst (siehe schon Abschnitt IV.).

Bei der **Personengesellschaft** stellt sich ferner die Frage, ob auch die Mitgesellschafter zum Widerruf berechtigt sind.<sup>62</sup> Ein Widerrufsrecht der Gesellschafter ist zu **verneinen**. Die Vollmacht kann nur wirksam erteilt werden, wenn sie nicht gegen das Abspaltungsverbot und das Gebot der Selbstorganschaft ver-

<sup>51</sup> BGH ZEV 2011, 431; ZEV 2011, 433; ZEV 2012, 374; ZEV 2012, 675.

<sup>52</sup> BGH ZEV 2011, 431; kritisch hierzu: *Raub*, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 200.

<sup>53</sup> BayObLG FamRZ 1994, 1550.

<sup>54</sup> *Reymann*, ZEV 2006, 13.

<sup>55</sup> BGH ZEV 2011, 432; Bamberger/Roth/Müller, BeckOK BGB, § 1896 Rn 43.

<sup>56</sup> BGH ZEV 2011, 431.

<sup>57</sup> BGH NJW 2011, 925.

<sup>58</sup> *Zimmermann*, BKR 2007, 228.

<sup>59</sup> MüKo-BGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 168 Rn 26.

<sup>60</sup> BayObLG, FamRZ 2002, 1220.

<sup>61</sup> Zum Meinungsstand ausführlich: *Sauer*, RNotZ 2009, 79 (87).

<sup>62</sup> Dazu ausführlich *Raub*, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 211 f.

stößt. Das erfordert, wie oben dargelegt, eine Zustimmung der Mitgesellschafter zur Vollmachtserteilung. Liegt diese vor, so handelt der Bevollmächtigte namens des Vollmachtgebers als Mitgesellschafter und übt **dessen Gesellschafterrechte** aus. Er vertritt nicht die Mitgesellschafter oder die Gesellschaft selbst.<sup>63</sup>

Davon zu trennen ist die Frage, ob die Mitgesellschafter ihre gesellschaftsrechtliche **Zustimmung zur Vollmachtserteilung** widerrufen können.

Hierzu wird vertreten,<sup>64</sup> dass analog zur Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis aus wichtigem Grund (§ 117 HGB) auch ein Widerrufsrecht für die Mitgesellschafter bei Vorliegen eines wichtigen Grundes bestehe, wobei eine gerichtliche Entscheidung bei Personenhandelsgesellschaften, anders als bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, **nicht** erforderlich sei.<sup>65</sup>

Abgesehen davon, dass dies ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit mit sich brächte (Überlagert der gesellschaftsrechtliche Widerruf den Rechtsschein der bis zur Rückgabe der Vollmachturkunde oder deren Kraftloserklärung fortbestehenden Vollmacht? Wie wird der Fortbestand der erteilten Zustimmung nachgewiesen, wenn sie widerruflich ist?), wird hier m. E. eine Vermischung getrennt zu beurteilender Regelungskreise vorgenommen.

Auf **Gesellschaftsebene** hat sich der Gesellschafter als Vollmachtgeber das Handeln des Bevollmächtigten zurechnen zu lassen. Rechtfertigt dieses Handeln gesellschaftsrechtliche Sanktionen (z. B. die Entziehung der Vertretungsmacht bis hin zum Ausschluss), so treffen diese den Gesellschafter. Bedarf jener hierbei eines **gesetzlichen** Vertreters, so ist ein Betreuer zu bestellen.

Im Verhältnis zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigtem gelten die allgemeinen Widerrufsregeln. In letzter Konsequenz wird dann ein (Kontroll-)Betreuer die Vollmacht zu widerrufen haben.

Demnach ist m. E. ein Widerruf der Zustimmung zur Vollmachtserteilung seitens der Mitgesellschafter nicht zulässig.

## D. Korrespondierende Regelungen im Gesellschaftsvertrag

### I. Möglichkeit der Vertretung durch einen Vorsorgebevollmächtigten

Jeder Gesellschaftsvertrag sollte Regelungen zur Vertretung durch einen Vorsorgebevollmächtigten enthalten.

Bei Gründung einer Gesellschaft empfiehlt es sich daher, entsprechende Bestimmungen vorzusehen.

Bestehende Gesellschaftsverträge sind anlässlich der Errichtung einer Vorsorgevollmacht auf ihre Kompatibilität und ihren Ergänzungsbedarf hin zu überprüfen.

Im Gesellschaftsvertrag ist die Grundlage für die Unternehmer-Vorsorgevollmacht zu schaffen. Für eine weitestmögliche Vertretung durch den Bevollmächtigten sollte daher – am besten in einem separaten Abschnitt – die Ausübung des Stimmrechts und der weiteren Gesellschafterrechte, soweit rechtlich möglich, durch einen Bevollmächtigten zugelassen werden. Es empfiehlt sich ferner, vorzusehen, dass nur durch eine **notariell beur-**

**kundete oder beglaubigte** Vollmacht legitimierte Personen jene Rechte wahrnehmen können, damit alle Probleme, die mit nur in Textform erteilten Vollmachten verbunden sind (Legitimation, Beweissicherheit usw.), minimiert werden.

Der als Bevollmächtigte zugelassene Personenkreis kann und sollte beschränkt werden. Es bietet sich an, ihn auf diejenigen zu beschränken, die nachfolgeberechtigt sind bzw. auf die der Geschäfts-/Gesellschaftsanteil ohne Zustimmung der Mitgesellschafter bzw. der Gesellschaft übertragen werden kann. Zusätzlich könnten noch die üblichen zur Berufsverschwiegenheit verpflichteten Angehörigen der rechts- und steuerberatenden Berufe zugelassen werden.

Die bei Personengesellschaften erforderliche Zustimmung der Gesellschafter sollte ausdrücklich in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden; sie ist m. E. nicht konkludent in der „Öffnungsklausel“ enthalten, denn es wäre auch denkbar, dass sich die Gesellschafter im konkreten Fall nochmals ein besonderes Zustimmungserfordernis zur Person des Bevollmächtigten vorbehalten wollen.

Ein solcher Vorbehalt sollte die Ausnahme bleiben, denn er bringt weitere Unwägbarkeiten mit sich, die dieser Vorsorge-schwerpunkt nicht verträgt. Wann kann die Zustimmung verweigert werden? Wenn nur aus wichtigem Grund: Wie wird das Vorliegen eines solchen festgestellt? Muss bis zur Klärung dann doch ein Betreuer bestellt werden, um eine Vertretung des betroffenen Gesellschafters sicherzustellen?

Insbesondere bei bestehenden Gesellschaftsverträgen ist darauf zu achten, dass die allgemeinen Regelungen zur Stimmrechtsausübung durch Bevollmächtigte mit der Spezialregelung **nicht konkurrieren**.

## II. Zwang zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht im Gesellschaftsvertrag

Fraglos liegt die Erteilung einer Vorsorgevollmacht anstelle der mit der Bestellung eines Betreuers verbundenen Komplikationen im Interesse jedes Gesellschafters.

Es liegt also nahe, auch auf Gesellschafterebene sicherzustellen, dass sich jeder Gesellschafter mit der Problematik auseinandersetzt und rechtzeitig Vorsorge für seine Handlungsunfähigkeit trifft.<sup>66</sup>

Die Motivlage ist mit den mittlerweile zum Standard gewordenen Regelungen vergleichbar, mit denen jeder Gesellschafter verpflichtet wird, durch Ehe- oder Partnerschaftsvertrag die Beteiligung vom Zugewinnausgleich auszunehmen und durch (gegenständlich beschränkten) Pflichtteilsverzichtsvertrag auch darauf bezogene Pflichtteilsansprüche des Ehegatten oder Lebenspartners auszuschließen.

Demnach sollte im Gesellschaftsvertrag eine **Pflicht** jedes (volljährigen) Gesellschafters vorgesehen werden, eine Vorsorgevollmacht in der Weise zu erteilen, dass es nicht zu einer Bestellung eines Betreuers kommt (ausgenommen eines Kontrollbetreuers), zu dessen Aufgabenkreis die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten gehört.

Ein Verstoß hiergegen, der in der Nichterteilung einer Vollmacht, aber auch in der Erteilung einer zu stark eingegrenzten Vollmacht bestehen kann, ist dann konsequent mit der Sanktion des möglichen Verlusts der Beteiligung durch Einziehung oder Zwangsabtretung<sup>67</sup> zu belegen, ohne Stimmrecht des Betroffe-

<sup>63</sup> Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 212.

<sup>64</sup> MüKo-BGB/Ulmer/Schäfer, 6. Aufl. 2013, § 705, Rn 124c.

<sup>65</sup> Raub, Vorsorgevollmachten im Personengesellschaftsrecht, 2013, S. 219.

<sup>66</sup> Heckschen, NZG 2012, 16.

<sup>67</sup> Heckschen/Heidinger, Die GmbH, 2. Aufl. 2009, Rn 84.

nen bei der diesbezüglichen Entscheidung. Mit einem lediglich angeordneten Ruhen des Stimmrechts<sup>68</sup> ist es in diesen Fällen nicht getan.

## E. Formulierungsvorschläge

Jeder Fall ist anders. Das ist eine banale Feststellung, aber gerade im Bereich der Unternehmer-Vorsorgevollmacht besonders zu betonen. Die diesbezügliche Beratung muss den Erfordernissen des Einzelfalls gerecht werden<sup>69</sup> und erfordert sorgfältige Aufklärung des Sachverhalts. Demnach sind die folgenden Vorschläge lediglich als Anstöße und „Checklisten“ zu verstehen.<sup>70</sup>

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### I. Unternehmer-Vorsorgevollmacht:

Ich erteile

a) Herrn/Frau ...

b) Herrn/Frau ...

- je einzeln -

**Vollmacht**, mich im rechtlich weitestmöglichen Umfang in allen Angelegenheiten, die meine Inhaberschaft von einzelkaufmännischen Unternehmen und/oder meine Beteiligung als Gesellschafter an Gesellschaften aller Art (mit Ausnahme von Gesellschaften, deren Gegenstand ausschließlich die Verwaltung eigenen Vermögens ist) in jeder Hinsicht uneingeschränkt zu vertreten.

Insbesondere, aber nicht abschließend, umfasst die Vollmacht

- die Entgegennahme von Zustellungen aller Art seitens der Gesellschaft und deren Organen, insbesondere der Ladung zu Gesellschafterversammlungen;
- die Ausübung des Stimmrechts;
- die Bestellung von Vertretungsorganen von Gesellschaften und Unternehmen; dabei kann auch die Bestellung eines oder mehrerer der Bevollmächtigten selbst zu Vertretungsorganen erfolgen;
- Mitwirkung an Änderungen des Gesellschaftsvertrags jeglicher Art, einschließlich der Auflösung und Liquidation des Unternehmens;
- die Entgegennahme eines Liquidationserlöses oder eines Abfindungsentgelts;
- die Ausübung von Kontroll- und Einsichtsrechten;
- die Mitwirkung an allen umwandlungsrechtlichen Vorgängen einschließlich der Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Unternehmens aus meinem Vermögen;
- die ganze oder teilweise Verfügung über die Beteiligung oder das Unternehmen als solche. Dies schließt den Abschluss des zugehörigen Grundgeschäfts zu beliebigen Bedingungen ein;
- die Vertretung in allen registerrechtlichen Verfahren.

Jeder Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB in der Weise befreit, dass er zugleich in meinem Namen und als Vertreter eines Dritten handeln kann.

Jeder Bevollmächtigte ist berechtigt, für den Einzelfall Untervollmacht in der Weise zu erteilen, dass die Untervollmacht nicht vom Bestand der Hauptvollmacht abhängig ist.

Mit dieser Vollmacht möchte ich die Bestellung eines Betreuers für den Aufgabenkreis, den ich den Bevollmächtigten zugewiesen habe, soweit irgend möglich vermeiden.

Ich habe bei der Erteilung der Vollmacht insbesondere bedacht, dass der Aufgabenkreis der Bevollmächtigten mit besonderen Schwierigkeiten und Anforderungen verbunden sein kann. Ich wünsche daher die Bestellung eines Kontrollbetreuers allein wegen dieser Kriterien zur Überwachung der Bevollmächtigten nicht.

Sollte gleichwohl die Bestellung eines Kontrollbetreuers erforderlich sein, so wünsche ich, dass

Herr/Frau ...

zum Kontrollbetreuer bestellt wird.

Die vorstehende Vollmacht ist stets widerruflich. Sie erlischt nicht mit meinem Tod oder dem Eintritt meiner Geschäftsunfähigkeit.

Ein Widerruf durch einen der vorstehend Bevollmächtigten ist nicht zulässig.

Von dieser Urkunde ist den Bevollmächtigten jeweils eine Ausfertigung, **zu meinen Händen**, zu erteilen.

Die Vollmacht ist im Außenverhältnis nicht beschränkt und durch nichts bedingt. Eine von mir zur Regelung des Innenverhältnisses getroffene Handlungsanweisung für die Bevollmächtigten und auch die vorstehende Regelung zur Aushändigung der Vollmächtausfertigungen haben keine Auswirkungen auf die Wirksamkeit der Vollmacht nach Außen.

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### II. Handlungsanweisung/Auftrag:

Ich habe am ... (Urkundenrolle Nr. ... der Notarin/des Notars ...)

a) Herrn/Frau

b) Herrn/Frau

Vorsorgevollmacht in Bezug auf meine unternehmerischen Beteiligungen erteilt.

Hierzu erteile ich den Bevollmächtigten folgende/n Handlungsanweisung/Auftrag:

1. Die Bevollmächtigten sollen von der ihnen erteilten Vollmacht nur Gebrauch machen, wenn ich wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen nicht mehr in der Lage bin, die vom Aufgabenkreis der Vollmacht umfassten Angelegenheiten in vollem Umfang selbst zu regeln und zu überwachen („Vertretungsfall“).

Die Feststellung, ob und wann ein solcher Fall eingetreten ist, obliegt den Bevollmächtigten nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen. Sie sollen sich dabei möglichst auf eine ärztliche Bescheinigung, aus der sich zumindest Zweifel an meiner Geschäftsfähigkeit ergeben, stützen.

Die Wirksamkeit der Vollmacht im Außenverhältnis ist dadurch nicht beschränkt.

2. Die Bevollmächtigten sollen ihre Entscheidungen einvernehmlich treffen und ihre Vertretungshandlungen miteinander absprechen. Sie können einzelne Aufgabenbereiche im Sinne einer Geschäftsverteilung auch einem Bevollmächtigten allein zur Entscheidung und Vertretung zuweisen.

Die Bevollmächtigten sind einander gleichwohl auskunfts- und rechenschaftspflichtig.

3. Ich wünsche, dass die Bevollmächtigten im Einvernehmen mit den weiteren Gesellschaftern im Vertretungsfall nach billigem Ermessen über das weitere Vorgehen entscheiden. Dabei liegt meine Priorität auf der Fortführung/der Umwandlung/der Liquidation des Unternehmens ...

<sup>68</sup> Heckschen/Heidinger, Die GmbH, 2. Aufl. 2009, Rn 83.

<sup>69</sup> Reymann, ZEV 2005, 463.

<sup>70</sup> Sie finden alle Formulierungsvorschläge zum Download auf der Homepage des Deutschen Notarvereins (www.dnotv.de/leserservice, Benutzername: webnotar, Passwort: notarverein).

4. Die Bevollmächtigten sind ausdrücklich berechtigt, meine Beteiligung/mein Unternehmen auf einen oder mehrere Nachfolger, unter Beachtung der Regelungen des betreffenden Gesellschaftsvertrags, zu übertragen, wenn nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen eine Wiederaufnahme meiner Gesellschafterrechte/meiner unternehmerischen Tätigkeit, im Umfang wie unmittelbar vor dem Vertretungsfall, ausgeschlossen erscheint.

Soweit eine Übertragung an Familienangehörige demnach rechtlich zulässig ist und einer oder mehrere meiner nachfolgeberechtigten Angehörigen nach dem pflichtgemäßen Ermessen der Bevollmächtigten dafür geeignet sind, ist die Übertragung auf jene einer Übertragung auf Mitgesellschafter oder sonstige Dritte vorzuziehen.

Im Fall der Übertragung auf Angehörige kann diese auch unentgeltlich erfolgen.

5. Die Bevollmächtigten haben denjenigen Personen, denen ich daneben eine allgemeine Vorsorgevollmacht erteilt habe, einmal jährlich über ihre Handlungen zu berichten und Rechenschaft zu leisten. In Angelegenheiten, die über die gewöhnliche Geschäftstätigkeit des Unternehmens/der Gesellschaft hinausgehen, haben die Bevollmächtigten jene Personen auch außerhalb ihrer periodischen Berichtspflicht unverzüglich zu informieren.

6. Die Bevollmächtigten erhalten jeweils beginnend mit dem Vertretungsfall eine Vergütung wie folgt: \*\*\* sowie Ersatz ihrer Aufwendungen, ggf. jeweils zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer.

Sie haben ferner Anspruch auf Ersatz der Beiträge für eine von Ihnen abgeschlossene, angemessene Haftpflichtversicherung für in der Ausübung der Vollmacht und der Handlungsanweisung entstehende Haftpflichtschäden.

7. Die Bevollmächtigten haben Anspruch auf Ersatz derjenigen Schäden, die ihnen in ordnungsgemäßer Ausführung gegenwärtiger Handlungsanweisung bzw. Ausübung der Vollmacht entstehen und deren Entstehung sie nicht zu vertreten haben.

8. Die Bevollmächtigten haften nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

9. Gegenwärtige Handlungsanweisung erlischt, wenn die Vollmacht erlischt, auf die sie sich bezieht.

10. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Regelungen der §§ 662 ff. BGB.

sende Vollmacht zur Vertretung in jenen Angelegenheiten erteilt hat (Vorsorgebevollmächtigte), ist zulässig.

Einer solchen Vertretung wird hiermit durch alle Gesellschafter zugestimmt. Die Zustimmung ist nicht widerruflich.

Die Regelungen in §§ ... dieses Gesellschaftsvertrags zum Ausschluss eines Gesellschafters (zur Einziehung dessen Geschäftsanteils) sowie über die Verpflichtung zur Übertragung des Geschäftsanteils (Geschäftsanteils) sind anwendbar, wenn in der Person des Bevollmächtigten ein rechtfertigender Grund vorliegt und die Vollmacht nicht innerhalb von ... Wochen nach schriftlicher Aufforderung durch die Gesellschaft durch den Vollmachtgeber oder seinen gesetzlichen Vertreter widerrufen wird.

Als Vorsorgebevollmächtigte können nur Mitgesellschafter oder zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Angehörige der rechts- und steuerberatenden Berufe sowie ... benannt werden.

Der Bevollmächtigte kann Gesellschafterrechte erst ausüben, wenn er sich in schriftlicher Form zur Einhaltung der gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten verpflichtet hat.

Das Recht, sich gemäß § ... dieses Gesellschaftsvertrags bei Gesellschafterversammlungen vertreten zu lassen, bleibt unberührt.

## 2. Verpflichtung zur Erteilung einer Vorsorgevollmacht:

Jeder Gesellschafter ist verpflichtet, einem oder mehreren Vorsorgebevollmächtigten gemäß vorstehend Abschnitt 1. entsprechende Vollmacht in der Weise zu erteilen, dass der Vorsorgebevollmächtigte im Fall der Geschäfts- und/oder Handlungsunfähigkeit des betreffenden Gesellschafters diesen bei Wahrnehmung und Ausübung seiner Gesellschafterrechte soweit rechtlich möglich vertreten kann.

Auf jederzeitiges Verlangen eines jeden der übrigen Gesellschafter sind die Erteilung und der Bestand einer solchen Vollmacht gegenüber der Gesellschaft nachzuweisen. Kommt der betreffende Gesellschafter dieser Verpflichtung nicht innerhalb einer Frist von ... Wochen nach, so liegt darin ein seine Ausschließung aus der Gesellschaft (die Einziehung seines Geschäftsanteils) oder die Verpflichtung zur Übertragung seines Geschäftsanteils/Geschäftsanteils rechtfertigender Grund im Sinne der §§ ... dieses Gesellschaftsvertrags, die auf jenen Fall entsprechend anwendbar sind.

## FORMULIERUNGSVORSCHLAG

### III. Korrespondierende Regelungen im Gesellschaftsvertrag

#### 1. Vertretung durch Vorsorgebevollmächtigte:

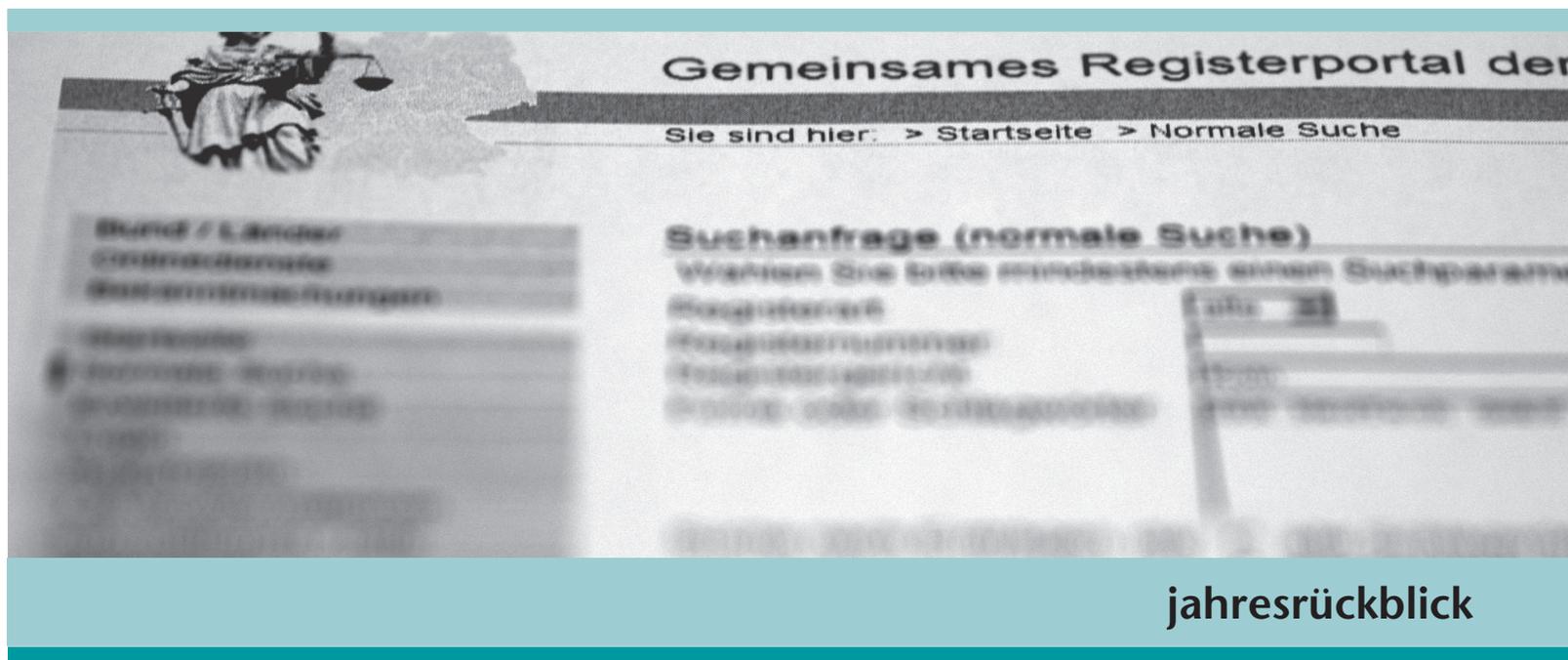
Die Vertretung von Gesellschaftern bei der Ausübung und Wahrnehmung ihrer Gesellschafterrechte durch einen oder mehrere Bevollmächtigte, denen der betreffende Gesellschafter eine umfas-



Martin Jocher

ist Notar in Stuttgart.

E-Mail: [Martin.Jocher@Notare-EJB.de](mailto:Martin.Jocher@Notare-EJB.de)



## jahresrückblick

Thomas Kilian

# Registerrecht

## Aktuelle Entwicklungen

Im Berichtszeitraum erging neue Rechtsprechung in den klassischen Schwerpunktbereichen des Registerrechts. Außerdem haben sich Änderungen durch das Gesetz zur Einführung einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung, das Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts und die Aufgabenübertragung auf Notare ergeben.

### A. Rechtsprechung

#### I. Löschung des Widerspruchs gegen eine Gesellschafterliste

Das KG<sup>1</sup> entschied in einem Verfahren über die Zulässigkeit der Löschung des Widerspruchs gegen eine Gesellschafterliste aufgrund Bewilligung desjenigen, der den Widerspruch hatte eintragen lassen, dahingehend, dass dies als „*actus contrarius*“ zur Zuordnungsmöglichkeit des § 16 Abs. 3 S. 4 GmbHG zulässig ist. Es folgte nicht der These des Registergerichts, wonach die Löschung nur im Wege der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste möglich sei.

Es handelt sich um eine begrüßenswerte Entscheidung, die Klarheit für die Praxis schafft. Die **Heranziehung der Grundsätze des § 19 GBO** durch das Gericht überzeugt, weil der Wortlaut der § 16 Abs. 3 S. 4, 5 GmbHG dem des § 899 Abs. 2 BGB nachgebildet ist und auch der Grundbuchwiderspruch aufgrund Bewilligung desjenigen, der ihn erwirkt hatte, gelöscht werden kann.<sup>2</sup>

#### II. Eintragung einer Zweigniederlassung als Kommanditistin

Nach einer Entscheidung des OLG Bremen<sup>3</sup> kann die deutsche Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens unter

ihrer Firma als Kommanditistin im Handelsregister eingetragen werden. Für die Anmeldung zum Handelsregister sei die Vollmacht durch den ständigen Vertreter der deutschen Zweigniederlassung ausreichend, ohne dass es noch der Unterzeichnung durch die Geschäftsführer der ausländischen Hauptniederlassung in vertretungsberechtigter Zahl bedarf.

Der Beschluss ist für die Praxis bedeutsam, weil sich das Gericht darin ausdrücklich von einer früheren Entscheidung des OLG Celle betreffend die Parallelproblematik bei Zweigniederlassungen inländischer Gesellschaften distanziert. Das OLG Celle hatte entschieden, dass eine Kommanditgesellschaft, die unter der Firma ihrer Zweigniederlassung eine Kommanditbeteiligung an einer anderen Gesellschaft erwirbt, nicht unter ihrer Zweigniederlassung in das Handelsregister eingetragen werden kann, da eine solche Eintragung den Eindruck entstehen lassen könnte, dass die Haftung des Kommanditisten auf das Vermögen der Zweigniederlassung beschränkt ist, obwohl aufgrund der Unselbständigkeit der Zweigniederlassung gegebenenfalls der Unternehmensträger mit seinem gesamten Vermögen haftet.<sup>4</sup>

Diesen, auch im vorliegenden Fall vom Registergericht erhobenen Bedenken, folgte das OLG Bremen nicht. Eine **Gefahr der Irreführung**, so das Gericht, **besteht nicht**, weil in den beteiligten Verkehrskreisen allgemein bekannt sei, dass es sich bei einer Zweigniederlassung um einen unselbständigen Unternehmensteil handle, dessen Verbindlichkeiten solche des Gesamtunternehmens sind. Ebenso bestehe in diesen Verkehrskreisen kein Zweifel über die Tatsache, dass nicht die Zweigniederlassung, sondern die Gesellschaft als Unternehmensträgerin die Rechtsinhaberin der Beteiligung ist, so das OLG Bremen. Da die Zweigniederlassung bei ihrer Eintragung als Gesellschafterin auch unter ihrer Registernummer bezeichnet ist, sei es zudem unschwer möglich, sich Gewissheit über ihre Identität zu verschaffen.

<sup>1</sup> KG, Beschl. v. 17.5.2013 – 12 W 30/12, *notar* 2013, 305.

<sup>2</sup> Zu demselben Ergebnis kommen Scholz/*Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 16 Rn 97; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 16 Rn 75.

<sup>3</sup> OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2012 – 2 W 97/12, *notar* 2013, 95.

<sup>4</sup> OLG Celle, Beschl. v. 7.6.1999 – 9 W 56/99, NZG 2000, 248.

Was die Frage der **Anmeldebefugnis** angeht, überrascht die Entscheidung ebenfalls. Die weitestmögliche Auslegung des § 13e Abs. 2 S. 5 Nr. 3 HGB mag zwar den Bedürfnissen der Praxis entsprechen. Hier wären jedoch tiefer gehende Ausführungen dazu wünschenswert gewesen, ob die Vertretungsbefugnis in solchen Fällen immer unabhängig davon anzunehmen ist, ob die Limited nach ihrem Heimatrecht und ihrer Satzung das angemeldete Geschäft (hier: Übernahme einer Kommanditbeteiligung) überhaupt tätigen darf oder ob diesen Fragen wegen § 15 Abs. 4 i. V. m. Abs. 1 HGB nicht nachgegangen zu werden braucht.<sup>5</sup>

### III. Eintragungsfähigkeit des Firmenbestandteils „Gruppe“

Im Berichtszeitraum erging eine Entscheidung betreffend die häufig gewünschte Benutzung des Begriffs „Gruppe“ in der Gesellschaftsfiliale.

Die einzutragende Gesellschaft hatte vier Gesellschafter, diese waren zwar an 16 weiteren Unternehmen beteiligt, die Gesellschaft selbst aber war kein Zusammenschluss mehrerer Unternehmen.

Das OLG Jena<sup>6</sup> entschied, dass die Verwendung des Begriffs „Gruppe“ in diesem Fall gegen § 18 Abs. 2 S. 1 HGB verstößt, da der durchschnittlich informierte, aufmerksame und verständige Durchschnittsverbraucher mit diesem Begriff eine Vereinigung bzw. einen Zusammenschluss mehrerer Unternehmen verbinde. Er erwartet kein Einzelunternehmen, sondern den **Zusammenschluss mehrerer regelmäßig selbständiger Unternehmen** (Mitglieder) zur Wahrung gemeinsamer Interessen. Bei Anwendung dieses Maßstabs auf den konkreten Fall war die Verwendung des Begriffs „Gruppe“ in der Firma der Gesellschaft unzulässig.

### IV. Firmenunterscheidbarkeit durch aufsteigende Ziffernfolge

Im Fall des OLG Hamm<sup>7</sup> ging es um die Sitzverlegung einer GmbH & Co. KG in einen anderen Registerbezirk. Das Registergericht hatte die Anmeldung mit dem Argument zurückgewiesen, dass die Firma der Gesellschaft im Handelsregister nicht mehr frei ist. Es sei festgestellt worden, dass eine Firma „J I-GmbH & Co. KG“ bereits eingetragen ist und sich die Firmierung der beiden Gesellschaften lediglich durch eine andere **römische Ziffer** unterscheidet.

Das OLG sah hingegen die deutliche Unterscheidbarkeit im Sinne des § 30 Abs. 1 HGB gegeben. Die hier verwendete römische Ziffer „II“ innerhalb des Firmennamens genüge den Anforderungen der Norm, so dass eine ernstliche Verwechslungsgefahr ausgeschlossen ist. Die Zahl werde wie Worte der Umgangssprache verwendet, allerdings in einem ungewöhnlichen und auffallenden Zusammenhang. Der ansonsten aus Worten bestehende Firmenname werde klar und hervorgehoben unterbrochen, auch wenn die Zahl relativ weit nach hinten gestellt worden war und – isoliert betrachtet – die ersten drei Worte beider Firmen identisch waren.

Gegen eine restriktive Gesetzesanwendung führte das OLG Hamm vor allem das Handelsrechtsreformgesetz<sup>8</sup> an. Es hat zwar nicht zu einer Änderung des § 30 Abs. 1 HGB geführt, aber die §§ 18 ff. HGB a. F. verändert und zu einer **Liberalisierung des Firmen- und Firmenbezeichnungsrechts** geführt. Dementsprechend sei die Verwendung von Ordinalzahlen zur

Dokumentation einer „Gruppenzugehörigkeit“ im Wirtschaftsleben bereits weit verbreitet.

### V. Vorlageverfahren zur Klärung der Verfassungsmäßigkeit des § 59a Abs. 1 BRAO

Im Berichtszeitraum leitete der BGH<sup>9</sup> eines der seltenen Vorlageverfahren gemäß Art. 100 Abs. 1 GG zur Klärung der Verfassungsmäßigkeit einer Norm ein. Anlass gab die **Gründung einer interprofessionellen Partnerschaftsgesellschaft durch einen Rechtsanwalt und eine Ärztin**, die zugleich Apothekerin ist. Sie meldeten diese Gesellschaft zusammen mit dem Namen „Dr. iur. W. W. H., Rechtsanwalt, Prof. Dr. med. Dr. rer. nat. M. V. A. Ärztin und Apothekerin, interprofessionelle Partnerschaft für das Recht des Arztes und des Apothekers“ beim Amtsgericht zur Eintragung ins Partnerschaftsregister an. Zum Gegenstand nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 PartGG hieß es in der Anmeldung:

*Gegenstand der Partnerschaft ist die Ausübung des selbständigen Berufes des Rechtsanwalts durch den Partner Dr. W. W. H. und der Ärztin und Apothekerin durch die Partnerin Dr. Dr. M. V. A. Die Partnerin Dr. Dr. M. V. A. wird jedoch nur gutachterlich und beratend tätig; sie übt in der Partnerschaft weder die Heilkunde am Menschen aus, noch betreibt sie in der Partnerschaft eine Apotheke.*

Das Register- und Beschwerdegericht<sup>10</sup> hatten die Anmeldung unter Bezugnahme auf die abschließende Regelung des § 1 Abs. 3 PartGG i. V. m. § 59a BRAO zurückgewiesen, weil der Beruf des Arztes und des Apothekers in der BRAO nicht aufgeführt sei. Eine erweiternde Auslegung komme nicht in Betracht; eine Lockerung sei dem Gesetzgeber vorbehalten. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen diese Vorschrift bestünden nicht. Als Berufsausübungsregelung verstoße sie nicht gegen Art. 3, 9 oder Art. 12 Abs. 1 GG weil die Einschränkung der Sozietätsfähigkeit durch vernünftige Gemeinwohlgründe gerechtfertigt und in Ausmaß und Auswirkungen zumutbar sowie verhältnismäßig sei. Wegen der **besonderen Pflichten eines Rechtsanwalts** als Organ der Rechtspflege, insbesondere im Hinblick auf das **Verbot der Vertretung widerstreitender Interessen**, seiner **besonderen Verschwiegenheitsverpflichtung** und der besonderen Regelungen zum **Abhörschutz** sei die **Beschränkung der Sozietätsfähigkeit gerechtfertigt**. Eine Zusammenarbeit sei nicht vollständig ausgeschlossen, denn es bestehe die **Möglichkeit einer Kooperation** nach der Berufsordnung für Rechtsanwälte (BORA). Die Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie der Europäischen Union<sup>11</sup> auf den vorliegenden Sachverhalt erscheine bereits fraglich. Unabhängig davon finde deren Anwendbarkeit ihre Grenzen in der Auslegungsfähigkeit und Ergänzungsfähigkeit des nationalen Rechts und könne nicht zu einer Auslegung contra legem führen.

Der BGH vertrat hingegen die **Auffassung**, dass die abschließende Regelung in **§ 59a Abs. 1 BRAO** insofern **mit Art. 12 Abs. 1 GG, Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar** ist, als sie die berufliche Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung von Rechtsanwälten mit Ärzten und mit Apothekern – im Gegensatz zu einer solchen mit Mitgliedern einer Rechtsanwaltskammer und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern – nicht zulässt und legte die Frage dem BVerfG zur Entscheidung vor.

<sup>5</sup> In diesem Sinne *Cranshaw*, jurisPR-HaGesR 1/2013, Anm. 6.

<sup>6</sup> Beschl. v. 14.10.2013 – 6 W 375/12, BeckRS 2013, 17781.

<sup>7</sup> Beschl. v. 11.7.2013 – 27 W 52/13, NZG 2013, 997.

<sup>8</sup> HRefG v. 22.6.1998, BGBl I, S. 1474.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 16.5.2013 – II ZB 7/11, NJW 2013, 2674–2683.

<sup>10</sup> OLG Bamberg ZIP 2011, 1413.

<sup>11</sup> Richtlinie 2006/123 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12.12.2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt, ABl L 376 v. 27.12.2006, S. 36 – Dienstleistungsrichtlinie.

## VI. Anfechtbarkeit einer formlosen Mitteilung von Eintragungshindernissen durch das Registergericht

Das OLG Düsseldorf<sup>12</sup> hatte sich im Berichtszeitraum mit der Frage zu befassen, wann ein registergerichtliches Beanstandungsschreiben eine gemäß § 382 Abs. 4 FamFG mit der Beschwerde **anfechtbare Zwischenverfügung** und nicht nur eine formlose Mitteilung darstellt. Es machte dies vor allem am äußeren Erscheinungsbild der Beanstandung fest, d. h. an der **Bezeichnung** als „Beschluss“, der Setzung einer **Frist** für die Beseitigung des Eintragungshindernisses und des Vorhandenseins einer **Rechtsmittelbelehrung**. Zudem führte das Gericht aus, dass es einem Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung am Rechtsschutzbedürfnis fehlt, wenn die beantragte Eintragung bei dessen Einlegung bereits endgültig abgelehnt worden sei. In diesen Fällen der verfahrensrechtlichen Überholung muss daher der Zurückweisungsbeschluss selbst angegriffen werden.

## VII. Rücknahme einer Registeranmeldung in Papierform

Erwähnt werden muss noch eine Entscheidung des OLG Frankfurt/Main,<sup>13</sup> wonach die Rücknahme einer Handelsregisteranmeldung durch den Notar in Papierform unter Beachtung von § 24 Abs. 3 S. 2 BNotO **wirksam** ist. Bei dieser Antragsrücknahme handelt es sich um **kein zwingend elektronisch einzureichendes „Dokument“** im Sinne von § 12 Abs. 2 HGB, da zum Zeitpunkt der Rücknahme die elektronische Registerakte in Hessen noch nicht eingeführt war.

## VIII. Zum Rechtsschutzbedürfnis bei erneuter inhaltsgleicher Stellung eines zuvor zurückgenommenen Eintragungsantrags zum Handelsregister

In einer aktuellen Entscheidung befasste sich der BGH am Rande mit der Praxis der Registergerichte, vor Eintragung der Sonderrechtsnachfolge die Abgabe einer **„negativen Abfindungsversicherung“** zu verlangen. Die Nichtbeachtung dieser bereits vom Reichsgericht<sup>14</sup> eingeführten Vorgabe führt in der notariellen Praxis nicht selten zu Verzögerungen im Eintragungsverfahren. Durch die „negative Abfindungsversicherung“ wird sichergestellt, dass das Registergericht das für eine Sonderrechtsnachfolge wesentliche, sich von dem bloßen gleichzeitigen Austritt eines bisherigen und dem Eintritt eines neuen Kommanditisten unterscheidende, tatbestandliche Merkmal feststellen kann. Das Erfordernis einer Abfindungsversicherung, die nach außen deutlich macht, dass es sich um eine Übertragung der Mitgliedschaft ohne jegliche Bestandsänderung gehandelt hat, ist deshalb rechtmäßig. Solange die Eintragung des Nachfolgevermerks die Haftungsverhältnisse des Anteilsveräußerers verändern kann, besteht auch ein Bedürfnis an der Abfindungsversicherung.<sup>15</sup>

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Negative Abfindungsversicherung:

*Der persönlich haftende Gesellschafter und der ausscheidende Kommanditist versichern, dass dem ausscheidenden Kommanditisten von Seiten der Gesellschaft keinerlei Abfindung für die von ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen worden ist.*

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 25.10.2013 – 3 Wx 183/13, BeckRS 2013, 18751.

<sup>13</sup> Beschl. v. 22.2.2013 – 20 W 550/11, NZG 2013, 626 f.

<sup>14</sup> DNotZ 1944, 195.

<sup>15</sup> Näher dazu *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rn 750.

## B. Gesetzgebung

### I. Partnerschaftsgesellschaft mbB

Im Berichtszeitraum trat das Gesetz zur Einführung einer **Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung** und zur Änderung des Berufsrechts der Rechtsanwälte, Patentanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer (PartG mbB) in Kraft.<sup>16</sup>

Aus notarieller Sicht ist zu beachten, dass die neue Unterform der Partnerschaftsgesellschaft derzeit **nur den vorgenannten Berufsträgern offensteht**. Bis zu einer etwaigen Anpassung des Berufsrechts der anderen freien Berufe steht deren Angehörigen die Möglichkeit der Haftungsbeschränkung auf das Vermögen der Partnerschaft nicht zur Verfügung.<sup>17</sup>

Voraussetzung für die Erlangung der Haftungsbeschränkung ist der Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung durch die Partnerschaft. Nach § 4 Abs. 3 PartGG muss der **Anmeldung** einer PartG mbB eine **Bescheinigung der Versicherung** über das Bestehen einer solchen Versicherung **beigefügt**, d. h. als Anlage zum Registergericht mit eingereicht werden. Die Vorgaben zur Mindestversicherungssumme sind im jeweiligen Berufsrecht verankert. Bei **interprofessionellen Sozietäten** gelten nach allgemeinen Grundsätzen im Fall divergierender berufsrechtlicher Anforderungen die jeweils strengsten Vorgaben.<sup>18</sup>

Firmenrechtlich ist zu beachten, dass die Partnerschaft einen die **Haftungsbeschränkung** auf das Gesellschaftsvermögen **offenbarenden Zusatz** im Namen führen muss (z. B. **mbB**). Anders als noch im Regierungsentwurf des Gesetzes vorgesehen, ist die **korrekte Eintragung des Namenszusatzes** aber keine rechtliche Bedingung für die Erlangung der zivilrechtlichen Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen.<sup>19</sup>

### II. Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts

Im Jahr 2006 hatte das OLG München<sup>20</sup> entschieden, dass die **Abkürzung „gGmbH“ für gemeinnützige GmbH** keine zulässige Angabe der Gesellschaftsform darstellt und daher nicht im Handelsregister eingetragen werden kann. Das Gericht hatte dies insbesondere damit begründet, dass die Abkürzung gegen die zwingenden gesetzlichen Vorgaben des § 4 GmbHG verstoße. Dieser ließ in der damals geltenden Fassung als Abkürzung nur eine solche für die Bezeichnung „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ zu. Die Aufnahme weiterer Kürzel für zusätzliche Angaben, hier zum Gesellschaftszweck, kam bisher deshalb nicht in Betracht.<sup>21</sup>

Dieser Auffassung ist der Gesetzgeber nun entgegengetreten und hat mit dem Gesetz zur Stärkung des Ehrenamts<sup>22</sup> dem § 4 GmbHG **einen zweiten Satz angefügt**, wonach GmbH, die steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der §§ 51 ff. AO verfolgen, ihre **Firma unter Verwendung des Kürzels „gGmbH“ bilden können**. Dem Argument des OLG München, wonach die Hinzufügung weiterer Bestandteile zu der allgemein verständlichen Abkürzung „GmbH“ die Gefahr berge, dass die Gesellschaft im Rechtsverkehr als Sonderform der GmbH angesehen wird und Unklarheit darüber entsteht, ob und in welchem Umfang sie den für die GmbH geltenden Regelungen, insbesondere über die Haftung, unterliegt, vermochte der Gesetzgeber nicht zu folgen.

<sup>16</sup> BGBl I, S. 2386.

<sup>17</sup> BT-Drucks 17/13944, S. 1.

<sup>18</sup> BT-Drucks 17/13944, S. 21, *Uwer/Roeding*, AnwBl. 2013, 483.

<sup>19</sup> BT-Drucks 17/13944, S. 21.

<sup>20</sup> Beschl. v. 13.12.2006 – 31 Wx 84/06, DNotZ 2007, 148 f.

<sup>21</sup> So auch *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl., Rn 229 a. E.

<sup>22</sup> BGBl I 2013, S. 556 ff.

Die **Reform ist zu begrüßen, da sie** für die zahlreichen bereits mit dem Kürzel eingetragenen GmbH **Rechtssicherheit schafft** und der weiten Verbreitung der Abkürzung „gmbH“ in der Fachliteratur und den Medien Rechnung trägt.

Der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens eingebrachte Vorschlag des Bundesrats zur Ermöglichung der Beglaubigung von Vereinsregisteranmeldungen durch die Amtsgerichte im Wege einer Länderöffnungsklausel ist hingegen nicht Gesetz geworden. Im Hinblick auf die bestehende flächendeckende Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen konnte sich dieser Vorstoß nicht durchsetzen.

### III. Gesetz zur Übertragung von Aufgaben auf die Notare

Seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur **Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare**<sup>23</sup> am 1.9.2013 sind die Notare **nicht nur für die Erteilung von Registerbescheinigungen gemäß § 21 Abs. 1, 2 BNotO**, sondern auch für die Erteilung von **Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht** zuständig.

**Für den Bereich des Handelsregisters wird mit dem neuen § 21 Abs. 3 BNotO** eine seit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Registergerichten **bereits geübte Praxis kodifiziert**. Als das Register noch in Papierform geführt wurde, wurde die Vorlage der Originalurkunde bzw. einer Ausfertigung derselben verlangt. Da es eine elektronische Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde (derzeit) rechtlich nicht gibt und auch die Vorlage des Originals im elektronischen Rechtsverkehr ausscheidet, mussten insoweit neue Wege beschritten werden. Dies ist insbesondere bei solchen Urkunden von hoher Bedeutung, bei denen nur deren Besitz die tatsächliche Wirksamkeit beweisen kann. Darunter fällt z. B. die Vorsorge- und die Handelsregister-vollmacht.

Die vorstehende Problematik stellt sich vor allem, wenn eine Anmeldung für eine Publikumspersonengesellschaft aufgrund zahlloser Registervollmachten vorgenommen werden soll. Diese Vollmachten wurden bisher im Original eingereicht und vom Registergericht in dessen Akten verwahrt, so dass sich die Frage der Fortexistenz der Vertretungsmacht nicht stellen konnte. Nunmehr liegen dem Gericht nur noch Abschriften der Vollmachten in elektronisch beglaubigter Form vor. Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze wäre es daher bei jeder neuen Anmeldung erforderlich, sämtliche vom Anmeldenden im Original oder in Ausfertigung vorgelegten Vollmachten erneut elektronisch zu beglaubigen und elektronisch mit einzureichen.

Hier hat sich die Praxis bisher damit beholfen, dass der **Notar die Vollmachten für die Gesellschaft im Original in Papierform in Verwahrung nimmt**. Dann kann er in einer der Registeranmeldung beizufügenden Eigenurkunde bescheinigen, dass ihm die schon eingereichten Vollmachten noch im Original oder in Ausfertigung vorliegen. Auf diese Weise kann die einmal erstellte und dem Registergericht übermittelte elektronisch beglaubigte Abschrift der Vollmachtsurkunde für alle künftigen Anmeldungen der Gesellschaft verwendet werden. Ein **erneutes Signieren und Übermitteln aller Vollmachten ist dann nicht**

**mehr erforderlich**. Folgerichtig wurde durch das Gesetz zur Aufgabenübertragung auf die Notare dem § 12 Abs. 1 HGB ein neuer Satz 2 angefügt, wonach anstelle der Vollmachtsurkunde eine notarielle Bescheinigung zum Nachweis der Vertretungsmacht genügt.

#### Beispiel:

*Der Unterzeichner der Handelsregisteranmeldung handelt zugleich für alle bereits eingetragenen Kommanditisten, deren Vollmachten dem Registergericht in Urschrift, Ausfertigung oder elektronisch beglaubigter Abschrift vorliegen. Der die Anmeldung elektronisch signierende Notar bescheinigt, dass ihm die bereits zum Handelsregister in elektronisch beglaubigter Form eingereichten Vollmachten immer noch in der für die Eintragung erforderlichen Form vorliegen bzw. am Tag der Unterschriftsbeglaubigung vorgelegt wurden.*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Registerbescheinigung:

*Der die Anmeldung elektronisch signierende Notar bescheinigt, dass ihm die bereits zum Handelsregister in elektronisch beglaubigter Form eingereichten Vollmachtsurkunden immer noch in der für die Eintragung erforderlichen Form, d. h. in Urschrift/Ausfertigung, vorliegen bzw. am Tag der Unterschriftsbeglaubigung zu seiner Einsichtnahme vorgelegt wurden.*

Die Schaffung der neuen Befugnis ist sehr zu begrüßen. Sie **erleichtert den Registerverkehr** und entlastet die Gerichte von der Prüfung umfangreicher Vollmachtenketten und erlaubt, das anfallende Archivgut bzw. Datenvolumen zu reduzieren.

So sehr die vorstehenden Reformbestrebungen zu begrüßen sind, sollte der Gesetzgeber an dieser Stelle nicht stehen bleiben. Wie die jüngst aufgetretenen Probleme beim Nachweis der Rechtsinhaberschaft bezüglich eines von einer umwandlungsrechtlichen Ausgliederung erfassten Grundpfandrechts gegenüber dem Grundbuchamt ergeben haben,<sup>24</sup> wäre ein weiterer Ausbau des § 21 BNotO wünschenswert. So könnte der die Ausgliederung beurkundende Notar gesetzlich ermächtigt werden, eine **Ausgliederungsbescheinigung** hinsichtlich des **vom Ausgliederungsvertrag erfassten Grundbesitzes oder der erfassten Grundschulden** mit Beweiswirkung im Sinne der §§ 29, 32 GBO **zu erstellen**. Die Schaffung einer solchen Befugnis würde den Grundbuchverkehr erleichtern, die Grundbuchrechtspflege von der Prüfung umfangreicher Umwandlungsverträge entlasten und auch in diesen Fällen das anfallende Archivgut in den Grundbuchämtern reduzieren.



**Dr. Thomas Kilian**

ist Notar in Aichach, Lehrbeauftragter der Ludwig-Maximilians-Universität München und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für das Registerrecht.

E-Mail: [Dr.Kilian@notare-aichach.de](mailto:Dr.Kilian@notare-aichach.de)

<sup>23</sup> BGBl I 2013, S. 1800.

<sup>24</sup> OLG Frankfurt, Beschl. v. 27.12.2011 – 20 W 308/11, NZG 2013, 143; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.4.2010 – 3 Wx 88/10, FGPrax 2010, 225 f., *Ising*, ZfIR 2010, 821 ff.



## rechtsprechung

BGH

### Behandlung von Salzabbaugerechtigkeiten im Grundbuch

**Die Teilung einer Salzabbaugerechtigkeit kann in das Grundbuch eingetragen werden, wenn der abzuschreibende Teil der Gerechtigkeit durch einen Markscheider in einem Lage- riss, der die bei der Bestellung der Gerechtigkeit maßgebliche Flurkarte fortschreibt und zur Übernahme in Berechtsams- buch und -karte gemäß § 75 BBergG geeignet ist, dargestellt und mit einer besonderen Nummer bezeichnet wird.**

BGH, Beschl. v. 13.12.2012 – V ZB 49/12

GBO § 2 Abs. 3; Nds. FGG Art. 20a

#### Prolog:

Nachfolgend geht es um Salzabbaugerechtigkeiten (im Folgen- den auch SAG) und deren Teilung.

Da solche Rechte nur in Teilen der Bundesrepublik Deutschland zu finden sind (konkret im Einflussbereich der Königlich-Preußi- schen Gesetze), sollen sie eine kurze Erläuterung zum besseren Verständnis erfahren:

Grundlegend ist § 1 des preußischen Gesetzes über die Bestel- lung von Salzabbaugerechtigkeiten in der Provinz Hannover vom 4.8.1904 (SalzabbauGerG). Dieses Gesetz bestimmt, dass das Recht zur Gewinnung von Stein- und Kalisalzen von dem Eigentum an dem Grundstück, in welchem die genannten Mineralien anstehen, abgetrennt und als selbständige Gerech- tigkeit bestellt werden kann (die sog. Salzabbaugerechtigkeit). Die Salzabbaugerechtigkeit ist damit eine vom Eigentum am Grundstück abgespaltene selbständige Gerechtigkeit mit grundstücksgleichem Charakter. Das SalzabbauGerG ist zwar mit Inkrafttreten des Bundesberggesetzes (BBergG) gemäß § 176 Abs. 1 Nr. 50b BBergG außer Kraft getreten. Jedoch ist in § 149 Nr. 5b BBergG bestimmt, dass bestehende SAG unter bestimmten Voraussetzungen aufrechterhalten und von der zuständigen Bergbehörde bestätigt werden können. Gemäß § 156 BBergG bleiben bestätigte SAG mit ihrem bisherigen Inhalt bestehen. Zu erwähnen ist noch § 20a des Nds. FGG.

Darin wird angeordnet, dass die für Grundstücke geltenden Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechend anzuwen- den seien, sofern das Nds. Ausführungsgesetz zum FGG nichts anderes bestimmt. In der Praxis gibt es deshalb in den Regio- nen, wo das preußische Gesetz galt, eigene „Salzgrundbücher“, in denen die altrechtlich eingetragenen SAG wie Grundstücke unter Verwendung der bei Eintragung existierenden Flurstücks- bezeichnung eingetragen wurden. Diese Grundbücher werden unter eigenständigen Blattnummern geführt und im Rechts- verkehr wie „normale“ Grundbücher behandelt.

Wie eigenständig diese Salzgrundbücher waren, zeigte sich etwa auch in dem dem nachfolgenden Fall zugrundeliegenden Bezirk: Dort war bereits vor Inkrafttreten des BBergG die Salzrechtsnut- zung zum Kavernenbau erfolgt, die Salzrechte hatten dort einen erheblichen Wert. Der davon betroffene Grundbuchbezirk war jedoch extrem kleinteilig parzelliert, so dass eine Flurneuord- nung unumgänglich war. Diese Flurneuordnung wurde dann durchgeführt, allerdings blieben die ursprünglichen kleinteiligen Parzellen in den Salzgrundbüchern davon unberührt. So wurde hier die rechtliche Selbständigkeit der SAG besonders deutlich: Flurnummer, Flurstücksnummer und Eigentümer waren nicht mehr identisch mit den neu geordneten Grundstücken.

Die Landesvermessungsämter sind für die SAG nicht zuständig, ihre Daten geben nur die Grundstücke an der Oberfläche wieder. Die alten Grundstücksdaten, die noch bei den SAG maßgeblich sind, werden dort nicht mehr (fort-)geführt. Für die Salzrechte sind die Bergämter zuständig, die Bergrechte grundsätzlich in sogenannten „Berechtsamskarten“ und „Berechtsamsbüchern“ dokumentieren.

#### Entscheidung:

Die Beschwerdeführerin, ein Bergbauunternehmen, ist Eigentü- merin von bestätigten Salzabbaugerechtigkeiten in eben diesem vorbeschriebenen neu geordneten Bezirk.

Sie hatte diese SAG erworben, um dort Kavernen zu bauen.

Hierbei gab es eine Vielzahl von „Salzparzellen“, die sich durch mehrere Kavernen ziehen, was bei unterschiedlichen Belastungs- und Eigentumsverhältnissen natürlich sehr störend ist.

Das Bergbauunternehmen entschloss sich daher, Salzabbaugerechtigkeiten zu teilen. Deshalb wurde von einem für Bergbauangelegenheiten zugelassenen Vermessungsingenieur (Marscheider) die zeichnerische Darstellung der Teilung der betroffenen SAG in der vom Bergbauunternehmen selbst fortgeführten Karte vorgenommen und den neuen Teilflächen neue Flurstücksnummern nach der für Grundstücke verwendeten Methodik vergeben. Vom zuständigen Katasteramt ließ sich das Unternehmen bestätigen, dass der vom Marscheider erstellte Lageriss (entsprechend einer Liegenschaftskarte in der Oberfläche) den vermessungstechnischen Anforderungen an die Katastervorschriften entspricht. Vom Landesamt für Bergbau, Energie und Geologie wurde der beabsichtigten SAG-Teilung zugestimmt und zugleich bestätigt, dass auf Grundlage dieses Lagerisses nach erfolgter Teilung im Grundbuch diese Teilung auch im Berechtsamsbuch entsprechend aufgenommen werde.

Diese Unterlagen reichte das Bergunternehmen dem Amtsgericht mit einem notariellen Antrag auf Teilung der Salzabbaugerechtigkeit ein.

Das Grundbuchamt prüfte die Unterlagen und weigerte sich schließlich, die Teilung vorzunehmen. Es vertrat in zwei Zwischenverfügungen die Ansicht, die Teilung der Salzabbaugerechtigkeiten könne nicht in das Grundbuch eingetragen werden, weil es nach dortiger Auffassung an einer Verfahrensvorschrift für die Teilung von Salzabbaugerechtigkeiten fehle. Artikel 20b Nds. FGG sehe nur eine Vereinigung von SAG vor. Da es sich bei den SAG um grundstücksgleiche Rechte handele, sei eine Teilung nur möglich, wenn entweder die flurstücksmäßige Bezeichnung mit der Bezeichnung der Grundstücksoberflächen übereinstimmt (was hier aufgrund der Flurneuordnung nicht mehr der Fall war) oder ein Fortführungsnachweis des Landesamts für Geoinformation und Landentwicklung Niedersachsen vorgelegt werde. § 2 Abs. 3 GBO verlange, dass entsprechende Unterlagen vorliegen. Aufgrund des (auch dem Amtsgericht) bekannten Umstands, dass das Katasteramt für die SAG nicht zuständig ist und auch die entsprechenden Daten nicht mehr führt, wurde aufgrund der nicht erfüllten Voraussetzungen des § 2 Abs. 3 GBO die Eintragung abgelehnt.

Das Bergbauunternehmen legte daraufhin Beschwerde beim OLG Oldenburg ein. Das Beschwerdegericht wies die Beschwerde mit der Begründung zurück, die Teilung der Salzabbaugerechtigkeit alten Rechts sei zwar materiell-rechtlich möglich, könne aber nur in das Grundbuch eingetragen werden, wenn der abzuschreibende Teil der Gerechtigkeit in dem amtlichen Verzeichnis der Grundstücke dargestellt und mit einer besonderen Nummer versehen sei. Grundlage hierfür könnten nur die Katasterangaben sein, die bei der Bestellung der Gerechtigkeit maßgeblich gewesen seien. Dass diese nicht fortgeschrieben werden könnten, weil sich die Gerechtigkeit mit ihrer Eintragung in das Grundbuch rechtlich von dem Grundstück löse und von der Veränderung des Grundstücks nicht mehr berührt werde, und deshalb die an sich materiell-rechtlich mögliche Teilung letztlich nicht im Grundbuch vollzogen werden könne, habe der Inhaber der Gerechtigkeit hinzunehmen.

Auf die zugelassene Rechtsbeschwerde hat der BGH die Entscheidung abgeändert und das Grundbuchamt angewiesen, die Anträge der Beteiligten auf Teilung der Salzabbaugerechtigkeiten und auf Eintragung einer Eigentümergrundsschuld an einer Teilsalzabbau-

gerechtigkeit nicht aus den in der Zwischenverfügung und dem Nichtabhilfebefehl angegebenen Gründen zurückzuweisen.

Der BGH bestätigt zunächst die Feststellungen des Beschwerdegerichts dahingehend, dass die Salzabbaugerechtigkeiten des Bergbauunternehmens nach wie vor Bestand haben und dass ihre Teilung materiell-rechtlich möglich ist, aber erst mit Eintragung in das Grundbuch wirksam werde. Denn nach § 2 SalzabbauGerG begründete Salzabbaugerechtigkeiten könnten wie Grundstücke geteilt werden. Sie gelten nach § 156 Abs. 1 BBergG mit ihrem bisherigen Inhalt fort. Nach dem dann maßgeblichen § 3 Abs. 1 SalzabbauGerG gelten für sie „die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches, soweit nichts anderes bestimmt ist“. Dazu gehören mangels abweichender Regelungen in dem genannten Gesetz auch die Vorschriften der §§ 903 und 873 BGB, wobei sich aus der erstgenannten Vorschrift die Befugnis des Eigentümers ergebe, sein Grundstück real zu teilen, und aus der zweiten, dass die Teilung als Verfügung über das Grundstück erst mit Eintragung in das Grundbuch wirksam werde. Beides gelte deshalb auch für Salzabbaugerechtigkeiten, die nach früherem niedersächsischem Landesrecht begründet wurden.

Der BGH bestätigt schließlich auch die Feststellung des Oberlandesgerichts, dass die Eintragung der Teilung einer Salzabbaugerechtigkeit in das Grundbuch voraussetze, dass der abzuschreibende Teil in einem Verzeichnis dargestellt und mit einer besonderen Nummer versehen ist. Die Notwendigkeit einer solchen Darstellung folge aus der Regelung in § 2 Abs. 3 GBO, die nach Art. 20a Abs. 1 Nds. FGG auf altrechtliche Salzabbaugerechtigkeiten anzuwenden ist. Dieses Erfordernis diene der Einhaltung zweier wesentlicher Sachen und grundbuchrechtlicher Prinzipien, nämlich des Bestimmtheitsgrundsatzes und des Verbots der Doppelbuchung.

Anders als das Beschwerdegericht stellt der BGH jedoch das materielle Recht über das Verfahrensrecht und kommt zu dem Ergebnis, dass für die Dokumentation des abzuschreibenden Teils der Salzabbaugerechtigkeit an die Stelle des Liegenschaftskatasters ein anderes Dokument mit vergleichbarer Bedeutung treten könne, nämlich der für die Eintragung der Teilungen im Berechtsamsbuch und in der Berechtsamskarte gemäß § 75 BBergG erforderliche Lageriss, der die frühere Flurkarte für das Bergamt fortschreibt.

Zur Begründung führt der Senat aus, der Gesetzgeber habe mit der Formulierung, § 2 Abs. 3 GBO „sei auf Salzabbaugerechtigkeiten entsprechend“ anwendbar, dem Umstand Rechnung tragen wollen, dass sich die auf Grundstücke zugeschnittenen Vorschriften der GBO nicht uneingeschränkt auf solche Gerechtigkeiten übertragen lassen. Deshalb sei bei der Anwendung der Vorschriften den Besonderheiten der Rechte Rechnung zu tragen. Insoweit verwies das Gericht auf Entscheidungen zum Erbbaurecht. Die Wirksamkeit von Verfügungen über SAG (und damit auch von deren Teilung) hänge wegen der in § 3 Abs. 1 SalzabbauGerG angeordneten Anwendung des Grundstücksrechts des BGB und damit auch von § 873 BGB von der Eintragung in das Grundbuch ab. Die Eintragung solle durch Anwendung der Vorschriften der GBO in rechtsklarer Form ermöglicht werden; die Verfahrensvorschrift diene aber nicht der Verhinderung von Einträgen. Deshalb entspreche es der dienenden Funktion des Grundbuchverfahrensrechts, dass rechtlich mögliche Verfügungen über Grundstücke auch ermöglicht und nicht verhindert werden.

Im Rahmen einer so verstandenen entsprechenden Anwendung sei unter dem amtlichen Verzeichnis in § 2 Abs. 3 GBO weder das aktuelle noch das bei Bestellung der Salzabbaugerechtigkeit maß-

gebliche amtliche Verzeichnis der Grundstücke zu verstehen. SAG könnten weder in das eine noch in das andere Verzeichnis eingetragen werden, weil sie keine Grundstücke sind. Die damalige Bestellung führte nach § 1 SalzabbauGerG dazu, dass das Salzgewinnungsrecht vom Grundstückseigentum abgetrennt und zu einer eigenständigen Gerechtigkeit verselbständigt wurde, die damit auch ein eigenes rechtliches Schicksal erfährt und vom Bestand des Grundstücks unabhängig ist. Dies verdeutlichte besonders das Flurbereinigungsverfahren, das eine völlige Auflösung der Struktur der Oberflächengrundstücke von der Struktur der Salzabbaugerechtigkeiten in dem betroffenen Gebiet mit sich brachte.

Der BGH verknüpfte in seiner Entscheidung sodann das in § 2 Abs. 3 GBO angesprochene amtliche Verzeichnis mit dem Lageriss eines Markscheiders, in welchem die Teilung eines Bergwerkeigentums nach §§ 28, 25, 64 BBergG nachzuweisen sei. Die Teilung einer Salzabbaugerechtigkeit müsse in einem vergleichbaren Risswerk nachgewiesen werden, weil sie auf dessen Grundlage in die Berechtsamkarte zu übernehmen sei. Das das seinerzeit maßgebliche Liegenschaftskataster fortschreibende Risswerk eines Markscheiders entspreche funktional dem amtlichen Verzeichnis der Grundstücke. In diesem Sinne sei § 2 Abs. 3 GBO bei entsprechender Anwendung auf SAG zu verstehen.

Der BGH stellte schließlich fest, dass diesen Anforderungen das von den Beteiligten vorgelegte Risswerk genüge. Dass es von einem Markscheider stamme und das seinerzeit maßgebliche Liegenschaftskataster in einer Form fortschreibe, die von der Bergbehörde zur Übernahme in die Berechtsamkarte als geeignet bestätigt werde, sei aus dem Lageriss der abzuschreibenden Teile der Gerechtigkeit hinreichend eindeutig zu entnehmen.

#### Anmerkung:

Zu begrüßen ist zunächst die grundsätzliche und allgemeingültige Aussage des BGH, das Verfahrensrecht diene dem materiellen Recht und nicht seiner Verhinderung. Dieser Grundsatz möge losgelöst von dem hier entschiedenen Verfahren auch in der Praxis gelebt werden. Zuzugeben ist natürlich, dass in Anbetracht der Bedeutung des Verfahrensrechts gerade im Bereich der GBO auch hohe Anforderungen an die Rechtssicherheit zu stellen sind. Deshalb wurde das Beschwerdeverfahren bewusst in Abstimmung mit dem Grundbuchamt geführt, um eine höchstrichterliche Entscheidung zur Möglichkeit einer entsprechenden Rechtsanwendung zu erhalten. Die Verfahrensvorschriften der Grundbuchordnung, die bei wortgenauer Anwendung letztlich Eigentümerbefugnisse aushebeln würden, können nunmehr auf der Grundlage der Entscheidung des BGH mit der vom betroffenen Grundbuchamt gewünschten Anwendungssicherheit an die konkreten Rahmenbedingungen der SAG angepasst werden.

Für viele Bergbauunternehmen, die insbesondere im Bereich des Salzkavernenbaus tätig sind, hat der BGH in rechtsfortbildender Weise eine Brücke geschlagen, mit der die in vielen Bereichen notwendige Teilung von Salzabbaugerechtigkeiten jetzt auch praktisch möglich wird.

Wenn der vom BGH bestätigte Weg eingehalten wird, also ein Lageriss von einem zugelassenen Markscheider erstellt und dessen Übernahmefähigkeit in die Berechtsamkarte vom zuständigen Bergbauamt bestätigt wird, kann eine Übernahme in das Grundbuch erfolgen.

So ist es zwischenzeitlich auch praktisch geschehen; die vom BGH aufgezeigte Rechtsanwendung wurde in einem weiteren Vorgang erfolgreich umgesetzt.

Adrian Albrecht, Wittmund

#### LSG Darmstadt

### Einhaltung der Verwaltungsanordnungen im Behindertentestament

**Gibt der aufgrund eines sogenannten Behindertentestaments eingesetzte Testamentsvollstrecker Vermögen durch Überweisung auf das Konto des behinderten Menschen frei, kann der nach § 19 Abs. 3 SGB XII leistungspflichtige Sozialhilfeträger in den Grenzen des § 90 SGB XII hierauf zugreifen. (redaktioneller Leitsatz)**

LSG Darmstadt, Urt. v. 26.6.2013 – L 6 SO 165/120

SGB XII §§ 19 Abs. 3, 90 Abs. 1, 2 Nr. 9; BGB §§ 2214, 2217 Abs. 1

#### Entscheidung:

Ein aufgrund eines typischen Behindertentestaments als Testamentsvollstrecker eingesetzter Rechtsanwalt hat im Sommer 2005 Geldbeträge in Höhe von € 1.800 und € 5.000 aus dem Nachlass auf ein „Taschengeldkonto“ des behinderten Vorerben überwiesen. Dieses Taschengeldkonto wird vom Heim, in dem der Vorerbe wohnt, auf dessen Namen geführt. Verfügungsberechtigt ist rechtlich der Erbe selbst, so dass aufgrund dessen Geschäftsunfähigkeit ausschließlich sein Betreuer auf das Konto zugreifen konnte.

Die überwiesenen Beträge waren wohl ursprünglich für eine neue Zimmereinrichtung und allgemeine Kosten des Behinderten gedacht, wobei dies weder in der Überweisung selbst zum Ausdruck kam noch eine entsprechende Verwendung in den folgenden Monaten erfolgte. Nachdem der Sozialhilfeträger Anfang 2006 die Kontenstände überprüft hat, forderte er den Betreuer auf, den Geldbetrag, der die allgemeine Vermögensfreigrenze des § 90 SGB XII überstieg, als eigenes Vermögen des Behinderten gemäß § 19 Abs. 3 SGB XII für diesen einzusetzen.

Das Landessozialgericht bestätigte diesen Bescheid, da sich die Überweisung auf das Konto des Vorerben als Freigabe des Testamentsvollstreckers darstelle und daher dessen Verwaltungsbefugnisse – und damit die Schutzwirkung des Behindertentestaments – nach § 2217 Abs. 1 S. 2 BGB erloschen sei. Dem könne auch nicht die Begründung des Testamentsvollstreckers entgegengehalten werden, dass die zusammengefassten Zahlungen in Abstimmung mit dem Betreuer lediglich aus „Verwaltungsvereinfachung“ erfolgten und vom Erben selbst aufgrund fehlender Geschäftsunfähigkeit nicht selbst verwendet werden konnten. Da keine unmittelbare Zweckbindung für die überwiesenen Gelder nachweisbar war, genüge für die Pflicht zum Vermögenseinsatz nach SGB XII die abstrakte eigene Verfügungsmöglichkeit des Erben.

#### Anmerkung:

Zunächst bestätigt das Urteil erneut die mittlerweile einhellige Auffassung aller Gerichtszweige, dass ein typisches Behindertentestament grundsätzlich „sozialhilfefest“ ist. Dazu enthält das Urteil aber auch ein interessantes Detail im Sachverhalt: Der Notar, der das Behindertentestament formulierte, hat dem Testamentsvollstrecker ein sehr weites Ermessen in der Verwendung der Nachlasserträge eingeräumt. Dabei erwähnte er als Beispiele für eine Verwendung zu Gunsten des Behinderten auch Leistungen, die zweckidentisch mit Teilen der Sozialhilfe sind (insbesondere die Bekleidung des Erben). Der Sozialhilfeträger hatte daher in einem früheren (wohl auch umstrittenen) Bescheid die Hilfe zum Lebensunterhalt um den sogenannten Barbetrag und die Bekleidungsbeihilfe gekürzt. Das Urteil erinnert daher daran, dass rechtlicher Kern jedes Behindertentestaments die Verwaltungsanweisung an den Testamentsvollstre-

cker ist, auf deren Formulierung erhöhte Aufmerksamkeit zu verwenden ist, um nicht versehentlich Teile der Sozialleistungen zu verlieren.

Auch in seinem eigentlichen Tenor ist das Urteil sicherlich nachvollziehbar. Da der ursprüngliche Zweck der Überweisung, d. h. die Anschaffung einer neuen Zimmereinrichtung wohl nicht nachweisbar war bzw. in der Zwischenzeit nicht mehr weiter verfolgt wurde, hat der Vorerbe als Sozialleistungsempfänger die Verfügungsbefugnis über die Gelder erhalten. Dies allein genügt dafür, dass der maßgebliche Freibetrag des SGB XII überschritten wurde.

Für den tatsächlichen Schutz des Nachlasses vor dem Zugriff des Sozialhilfeträgers ist damit nicht nur die rechtlich korrekte Formulierung des Behindertentestaments erforderlich, sondern den Beteiligten muss bewusst sein, dass auch die tatsächliche Durchführung im Erbfall streng im Rahmen der testamentarischen Vorgaben erfolgen muss. Unter anderem sollte der Testamentsvollstrecker Zahlungen im Rahmen der Verwaltungsanordnung immer nur unmittelbar an die entsprechenden Gläubiger/Empfänger erbringen und nicht indirekt über Konten des Vorerben oder Betreuers leiten.

„Schlampigkeiten“ in diesem Bereich können aber nicht nur dem Erben schaden, sondern auch eine Pflichtverletzung seitens des Testamentsvollstreckers bezüglich der aus § 2216 BGB resultierenden Pflicht zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung begründen. Wurde diese Pflicht schuldhaft verletzt, haftet der Testamentsvollstrecker für den eingetretenen Schaden (§ 2219 BGB). Im vorliegenden Fall könnte sich also durchaus der Anspruch des Vorerben, vertreten durch den Betreuer, oder der als Nacherbe eingesetzten gemeinnützigen Institution gegen den Testamentsvollstrecker ergeben, dass dieser die freigegebenen Gelder dem Nachlassvermögen erstatten muss.

Dr. Felix Odersky, Dachau

## BGH

### Erbnachweis gegenüber Banken

**Die dem Muster von Nr. 5 Abs. 1 AGB-Sparkassen nachgebildete Klausel einer Sparkasse**

„Nach dem Tode des Kunden kann die Sparkasse zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung die Vorlegung eines Erbscheins, eines Testamentsvollstreckerzeugnisses oder ähnlicher gerichtlicher Zeugnisse verlangen; fremdsprachige Urkunden sind auf Verlangen der Sparkasse mit deutscher Übersetzung vorzulegen. Die Sparkasse kann auf die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses verzichten, wenn ihr eine Ausfertigung oder eine beglaubigte Abschrift vom Testament oder Erbvertrag des Kunden sowie der Niederschrift über die zugehörige Eröffnungsverhandlung vorgelegt wird.“

**ist im Verkehr mit Verbrauchern nach § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. (amtlicher Leitsatz)**

BGH, Urt. v. 8.10.2013 – XI ZR 401/12  
BGB § 307

#### Entscheidung:

Die im Leitsatz zitierte AGB-Klausel einer Sparkasse war Gegenstand einer Unterlassungsklage eines Verbraucherschutzverbandes. Von der bisherigen herrschenden Meinung wurden

vergleichbare Klauseln als wirksam angesehen,<sup>1</sup> wobei man aber davon ausging, dass die Banken eine nach § 315 BGB gebundene Entscheidung darüber zu treffen haben, ob im Einzelfall auf einen Erbschein verzichtet werden kann.

Der BGH bestätigte dagegen die Vorinstanzen, dass die Klausel von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung abweiche und damit den Kunden unangemessen benachteilige (§ 307 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB). Er bezieht sich dabei zunächst auf seine ältere Rechtsprechung, dass ein Nachlassschuldner ohne ausdrückliche vertragliche Vereinbarung nicht berechtigt ist, seine Leistung generell von der Vorlage eines Erbscheins abhängig zu machen. Vielmehr gehe das Gesetz davon aus, dass der Erbe sein Recht auch auf andere Weise nachweisen könne.

Dagegen sei Satz 1 der verwendeten AGB-Klausel von einem Verbraucher so zu verstehen, dass die Sparkasse in jedem Fall die Vorlage eines Erbscheins verlangen könne. Allein die Formulierung „kann ... zur Klärung der rechtsgeschäftlichen Berechtigung ... verlangen“ reiche nicht als ausreichend erkennbare Einschränkung aus, dass die Bank den Erbschein nur bei Zweifelsfällen der Verfügungsberechtigung verlangen dürfe. Die Klausel stelle damit sogar höhere Anforderungen als dies § 35 Abs. 1 GBO für den besonders sensiblen Bereich des Grundbuchrechts verlange.

Die unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 S. 1 BGB wird durch diesen Verstoß gegen wesentliche Grundgedanken der Rechtsordnung indiziert. Auch wenn man der Sparkasse ein berechtigtes Interesse zubillige, in den Genuss der Gutgläubenswirkungen des § 2367 BGB zu kommen, kann dies nach Ansicht des BGH nicht die Interessen des Erben – der im Wege der Universalsukzession in die Stellung des Erblassers als Vertragspartner der Sparkasse einrückt – an einer kostengünstigeren und einfacheren Nachweismöglichkeit aufwiegen.

#### Anmerkung:

Das Urteil des BGH bezieht sich zwar formal nur auf die zu pauschal formulierte AGB-Klauseln der Sparkassen, wird aber darüber hinaus in der Bankenpraxis zu einer deutlichen „Verschiebung“ der Nachweisanforderungen führen, was auch im großen Widerhall der Entscheidung in der allgemeinen Tagespresse zum Ausdruck kam: Nachdem der Kunde bisher wohl häufig nichts von seinem Anspruch wusste, dass die Bank im Einzelfall eine sachgerechte Entscheidung zu treffen hat bzw. übervorsichtige Bankmitarbeiter (nicht selten in unpersönlichen Zentralabteilungen) diesen Anspruch faktisch abblockten, wird künftig – auch im Hinblick des Drucks der Verbraucherschutzverbände und der Internetforen, die das Urteil weiter kommunizieren werden – der Erbschein die absolute Ausnahme bleiben, wenn zumindest ein notarielles Testament oder ein Erbvertrag vorliegt.

Die Entscheidung beinhaltet aber keine konkrete Aussage, welche Nachweise im Spannungsverhältnis zwischen „normalem Erbnachweis“ und Gutgläubensschutz für den Nachlassschuldner im Einzelfall verlangt werden können. Der BGH spricht nur vage von beglaubigten Abschriften oder Ausfertigungen der letztwilligen Verfügung samt Eröffnungsniederschrift (wobei diese Formulierung nun auch in die ersten Banken-AGB wie z. B. bei der ING-DiBa AG übernommen wurde). Insbesondere durch den ausdrücklichen Vergleich mit § 35 GBO umfasst dies aber zumindest immer notarielle Testamente, sofern nicht ausnahms-

<sup>1</sup> Vgl. z. B. OLG Celle, Urt. v. 26.4.1995 – 3 U 113/94, 8 U 345/11; MüKo/Mayer, § 2353 BGB Rn 185 f.

weise tatsächliche Zweifel bezüglich deren Inhalts bestehen, so dass der Notar bei Errichtung einer letztwilligen Verfügung auch in Zukunft auf deren erscheinersetzende Wirkung verweisen kann. Die bloße gesetzliche Erbfolge wird dagegen die Banken auch weiterhin zur Anforderung eines Erbscheins berechtigen, da in diesem Fall kein tauglicher Nachweis über die gerichtliche Nachlassakte (mittels Eröffnungsniederschrift o. Ä.) geführt werden kann, dass tatsächlich keine abweichenden letztwilligen Verfügungen errichtet wurden.

Die Aussage, dass man mit einem notariellen Testament oder Erbvertrag keinen Erbschein benötigt, wird daher in Zukunft nicht nur für das Grundbuch, sondern für die Abwicklung des ganzen Erbfalls mit gutem Gewissen gegeben werden können.

Dr. Felix Odersky, Dachau

### OLG Schleswig

#### Pauschale Erhöhung der Erbquote des Ehegatten bei ausländischem Erbstatut

**1. § 1371 Abs. 1 BGB ist zugunsten der überlebenden Ehefrau anzuwenden, wenn im Erbfall österreichisches Erbstatut und deutsches Güterrechtsstatut gelten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass § 1371 Abs. 1 BGB international privatrechtlich als güterrechtliche Norm zu qualifizieren ist.**

**2. Die Anwendung von § 1371 Abs. 1 BGB steht nicht im Widerspruch zur erbrechtlichen Quote für den überlebenden Ehegatten von  $\frac{1}{3}$  nach § 757 ABGB, denn diese Norm des österreichischen gesetzlichen Erbrechts will nicht auch die Abwicklung der güterrechtlichen Beteiligung des überlebenden Ehegatten regeln. Durch Angleichung ist allerdings dafür zu sorgen, dass dem überlebenden Ehegatten nur das zukommt, was ihm nach jedem Recht höchstens zusteht. (amtl. Leitsätze)**

OLG Schleswig, Beschl. v. 19.8.2013 – 3 Wx 60/13  
EGBGB Art. 15, 25; ABGB § 757; BGB § 1371 Abs. 1

#### Entscheidung:

Das schleswig-holsteinische OLG hatte im Rahmen eines Erbscheinsverfahrens wieder einmal über den „klassischen“ Streitfall des deutschen IPR zu entscheiden, bei dem ausländisches Erbstatut mit deutschem Güterrecht zusammentrifft: Der Erblasser war österreichischer Staatsangehöriger, so dass nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB österreichisches Erbrecht zur Anwendung kommt. Da seine Ehefrau deutsche Staatsangehörige ist und die Ehegatten bei Heirat ihren Aufenthalt in Deutschland hatten, lebten sie aber im Güterstand der deutschen Zugewinnsgemeinschaft. Dem Nachlassgericht stellte sich also die Frage, ob der Ehegattenerbteil des österreichischen Rechts, der nach § 757a ABGB nur ein Drittel beträgt, durch § 1371 Abs. 1 BGB erhöht wird, was es abgelehnt hat.

Das OLG folgt dagegen bei seiner Entscheidung der herrschenden Literatur, indem es zunächst § 1371 Abs. 1 BGB ausschließlich güterrechtlich qualifiziert und damit dem deutschen Recht unterstellt. Im zweiten Schritt, der sogenannten Substitution, stellt das Gericht fest, dass das österreichische Ehegattenerbrecht keinen spezifischen güterrechtlichen Ausgleich beinhaltet, da es vom österreichischen Regelfall der Gütertrennung geprägt ist. Daher könne auch die nach ausländischem Erbrecht gebildete Erbquote durch den pauschalierten deutschen Zugewinnausgleich des § 1371 Abs. 1 BGB erhöht werden. Da aber der überlebende

Ehegatte mit der Summe der österreichischen Erbquote von  $\frac{1}{3}$  und der deutschen Zugewinnquote von  $\frac{1}{4}$  insgesamt mehr erhalten würde, als ihm nach jedem der beteiligten Rechte isoliert zustehen würde, ist das Ergebnis im dritten Schritt an die beiden Erbrechte anzupassen, so dass die Ehefrau nicht mehr als nach der für sie günstigeren Rechtsordnung erhält, hier dem deutschen Recht. Der Ehefrau musste damit ein Erbschein erteilt werden, der sie als  $\frac{1}{2}$ -Miterbe ausweist.

Das OLG Schleswig grenzt sich mit dieser Rechtsprechung von den jüngeren Entscheidungen des OLG Stuttgart vom 8.3.2005,<sup>1</sup> des OLG Frankfurt vom 20.10.2009<sup>2</sup> und des OLG Köln vom 5.8.2011<sup>3</sup> ab. Diese Gerichte hatten eine Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB bei ausländischem Erbstatut abgelehnt, da die Erbquoten nach dem ausländischen Erbrecht abschließend gebildet seien und nicht durch das deutsche Recht geändert werden dürften. Das OLG Schleswig kehrt dagegen – wie das OLG München in einer nur kurz begründeten Entscheidung vom 16.4.2012<sup>4</sup> – zur traditionell herrschenden Meinung in der Literatur zurück, dass das ausländische Erbrecht dem vorrangig anzuwendenden güterrechtlichen Ausgleich offensteht, wenn es nicht bereits selbst den Zweck verfolgt, den Zugewinn im Erbrecht pauschal auszugleichen. Die Gegenmeinung übersehe, dass die Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB lediglich ein rechtstechnischer Weg sei, um den in jedem Fall durchzuführenden güterrechtlichen Ausgleich zu erreichen, so dass damit kein unzulässiger Eingriff in das ausländische Erbstatut verbunden ist.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Schleswig ist lehrbuchhaft entsprechend der traditionellen Literatur zum „§ 1371 Abs. 1 BGB-Problem“ in drei Stufen aufgebaut: „Qualifikation“ der Norm, „Substitution“ deren Wortlauts und schließlich „Angleichung“ der Normenhäufung. Auch wenn der alte Diskussionsstand zur Qualifikation ausführlich dargelegt wird, gibt es auf dieser ersten Stufe heute keine nennenswert unterschiedlichen Meinungen mehr. Auch die im Ergebnis abweichenden Oberlandesgerichte gingen einhellig von der rein güterrechtlichen Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB aus.

Umstritten ist mittlerweile jedoch die zweite Stufe, d. h. die Substitution, da sich hier die Auffassungen wie eine Art „Glaubenskrieg“ entgegenstehen. Die im Urteil zitierten Entscheidungen der Oberlandesgerichte Stuttgart, Frankfurt und Köln gehen – teils aus reinen Praktikabilitätsgründen – davon aus, dass sich die Formulierung „der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten“ in § 1371 Abs. 1 BGB nur auf das deutsche Erbrecht beziehen könne, da die Erbquoten abschließend durch das ausländische Erbrecht gebildet werden. Nach dieser Auffassung müsste der Zugewinn außerhalb des Erbrechts ausgeglichen werden, wobei noch keine obergerichtliche Entscheidung zu der Frage vorliegt, in welcher Weise dies konkret erfolgen kann. Im Raum stehen dabei der konkret zu berechnende schuldrechtliche Zugewinnausgleich oder ein Zugewinnausgleich in Geld in Höhe des pauschalierten Viertels des § 1371 Abs. 1 BGB.

<sup>1</sup> OLG Stuttgart, Beschl. v. 8.3.2005 – 8 W 96/04, ebenfalls zu einem deutsch/österreichischen Erbfall.

<sup>2</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 20.10.2009 – 20 W 80/07, zu einem deutsch/schwedischen Erbfall.

<sup>3</sup> OLG Köln, Beschl. v. 5.8.2011 – 2 Wx 115/11, zu einem deutsch/türkischen Erbfall.

<sup>4</sup> OLG München, Beschl. v. 16.4.2012 – 31 Wx 45/12, zu einem deutsch/iranischen Erbfall.

Das OLG Schleswig stützt dagegen mit dem OLG München die herrschende Literatur, nach der es keinen Unterschied machen soll, welches Erbrecht zur Anwendung kommt. Im Rahmen der Substitution sei lediglich der Einzelfall daraufhin zu überprüfen, ob das ausländische materielle Erbrecht bereits einen güterrechtlichen Ausgleich in seiner Ehegattenerbquote beinhalte oder das Erbrecht unabhängig vom Güterrecht ausgestalte.

Ob diese Auffassung, wie das OLG Schleswig gleich zweimal betont, tatsächlich praktikabler ist, mag dahinstehen. Denn als Folge müsste jede denkbare Länderkombination gesondert nach dem Charakter seines Erbrechts (ob mit oder ohne güterrechtlichen Ausgleich) untersucht und zudem häufig eine Angleichung vorgenommen werden. Und wenn im Erbfall nicht nur die nationale Sichtweise des deutschen Gerichts zählt, weil Vermögen vor allem in dem Land liegt, dessen Erbrecht zur Anwendung kommt, wird die deutsche Rechenweise kaum im Ausland anerkannt werden. Dem internationalen Entscheidungseinklang dient eher die Auffassung der anderen Oberlandesgerichte, auch wenn dann eine Hilfskonstruktion für den deutschen Zugewinn gefunden werden muss.

Es bleibt damit zu hoffen, dass letztlich der BGH im Rahmen der nun schon mehrfach eröffneten Rechtsbeschwerde eine einheitliche Lösung findet. Bis zu einer solchen Lösung muss der Praktiker damit leben, dass bei Erbscheinsanträgen jede Sichtweise durch obergerichtliche Entscheidungen gestützt werden kann,

was nur bei Einigkeit aller Erben gegenüber dem Nachlassgericht zu einer schnellen und unkomplizierten Lösung führen wird.

Zugleich stellt sich die Frage, welches „Haltbarkeitsdatum“ diese Rechtsprechung hat, wenn 2015 die EU-Erbrechtsverordnung in Kraft tritt. Zunächst wird dann die europarechtlich autonom zu treffende Qualifikationsentscheidung anstehen, welchen Charakter die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB hat. Wenn sich hier die deutsche Sichtweise fortsetzt,<sup>5</sup> stellt sich die Folgefrage, ob ein nach der Erbrechtsverordnung zur Anwendung kommendes ausländisches Erbrecht durch die nationale Zugewinnregel verändert werden kann. Daran dürften erhebliche Zweifel bestehen, weil sonst zwangsläufig die Erbquote, die im europäischen Nachlasszeugnis ausgewiesen wird, von der Erbquote abweicht, die ein deutsches Gericht im deutschen Erbschein feststellt. Und wenn der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Ausland lag, würde eine dort erhobene Feststellungsklage sicherlich zu einer niedrigeren Ehegatten-Erbquote führen, was in Deutschland ohne weitere Überprüfung anzuerkennen wäre. Es bleibt daher zu hoffen, dass der Gesetzgeber dieses Problem im Ausführungsgesetz zur EU-Erbrechtsverordnung löst und entweder eine vom deutschen Güterrecht unabhängige Ehegattenerbquote einführt oder klarstellt, dass in solchen Kollisionsfällen der Zugewinnausgleich schuldrechtlich durchzuführen ist.

Dr. Felix Odersky, Dachau

<sup>5</sup> Aus französischer Sicht wird aber z. B. § 1371 Abs. 1 BGB derzeit eher erbrechtlich qualifiziert.



Peter Becker

## Zur Erforderlichkeit eines Wechselprotests

**Der Wechsel ist wie der Scheck ein Wertpapier des Zahlungsverkehrs. Jedoch hat der Wechsel stark an Bedeutung verloren, so dass auch der Wechselprotest immer seltener vorkommt. Der nachfolgende Beitrag beleuchtet ausgewählte Punkte des Protests, die es zu beachten gilt.**

### A. Einleitung

Das Wertpapierrecht spielt in der notariellen Praxis nur eine sehr untergeordnete Rolle.<sup>1</sup> Umso ungewohnter (und fehleranfälliger<sup>2</sup>) ist deshalb die Bearbeitung wechselrechtlicher Fragestellungen, insbesondere die (Tatsachen-)Beurkundung von Wechselprotesten (Art. 44 ff., 79 ff. WG;<sup>3</sup> §§ 36 ff. BeurkG).<sup>4</sup> Da eine Protesterhebung jedoch nicht Voraussetzung für den Erhalt aller wechselrechtlichen Ansprüche (z. B. Art. 28 Abs. 1 WG bzw. Art. 89 WG) ist,<sup>5</sup> sollte sich der mit der Beurkundung eines Wechselprotests beauftragte Notar zunächst stets Klarheit über die Erforderlichkeit eines solchen Wechselprotests auch im konkreten Einzelfall verschaffen. Hierzu wollen die nachstehenden Zeilen eine kleine Hilfestellung geben.

### B. Typische Anspruchsgrundlagen des Wechselrechts und Wechselprotest

Das Wechselrecht kennt eine Reihe verschiedener, über die ganze Länge des Gesetzes verteilter Anspruchsgrundlagen:

Gemäß Art. 9 Abs. 1 WG haftet etwa der Aussteller des Wechsels grundsätzlich für die Annahme (Ausnahme: Art. 9 Abs. 2 HS 1

WG) und die Zahlung des Wechsels. Nach Art. 15 Abs. 1 WG haftet der Indossant<sup>6</sup> regelmäßig für die Annahme und Zahlung des Wechsels. Art. 28 Abs. 1 WG begründet die Verpflichtung des Akzeptanten des Wechsels zur Zahlung bei Verfall. Wurde eine Wechselbürgschaft abgegeben, regelt Art. 32 WG die Haftung des Wechselbürgen. Für die Haftung des Ehrenannehmers ist Art. 58 WG einschlägig. Der besondere wechselrechtliche Bereicherungsanspruch ist wiederum in Art. 89 WG geregelt.

Diese typischen wechselrechtlichen Anspruchsgrundlagen setzen aber nicht alle auch eine Protesterhebung voraus. Die Protesterhebung (v. a. mangels Zahlung oder mangels Annahme)<sup>7</sup> ist in der Systematik des Wechselgesetzes vielmehr stets formelle<sup>8</sup> Rückgriffsvoraussetzung (Art. 43 ff. WG),<sup>9</sup> erhält das Rückgriffsrecht des Wechselinhabers (arg. e Art. 53 f. WG; sog. „Präjudizierung des Wechsels“) und betrifft daher nur die Haftung des Ausstellers,<sup>10</sup> des Indossanten und gegebenenfalls des oder der Wechselbürgen bzw. des oder der Ehrenannehmer(s) als „andere Wechselverpflichtete“ im Sinne von Art. 43 Abs. 1 WG.<sup>11</sup> Die Inanspruchnahme des Akzeptanten des Wechsels als primärem Wechselschuldner setzt dagegen gerade keinen Protest voraus.<sup>12</sup> Sie ist unabhängig von den Voraussetzungen der Art. 43 ff. WG. Alle Wechselschuldner, also auch der Akzeptant, haften dem Inhaber aber als Gesamtschuldner (Art. 47 WG).<sup>13</sup>

<sup>1</sup> Der Titel des Aufsatzes ist an den der Monographie von Schwenn, Über die Notwendigkeit des Wechselprotestes, 1906, angelehnt. Eine allgemeine Einführung in das Wertpapierrecht bieten z. B. Annuß/Becker, JA 2003, 337 ff.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu etwa die Übersicht der Westfälischen Notarkammer zur Fehlerhaftigkeit von Wechselprotesten im Kammerreport 1-1997. Zu finden im Internet unter: <http://www.westfaelische-notarkammer.de> (letzter Zugriff: 7.9.2013). Die Links zu den in diesem Beitrag genannten Dokumenten finden Sie im Leserservice der Zeitschrift *notar* unter [www.dnotv.de](http://www.dnotv.de) (Benutzername: webnotar, Passwort: notarverein).

<sup>3</sup> Für Gerichtsvollzieher als Protestpersonen („Gerichtsbeamte“) gem. Art. 79 Abs. 1 Fall 2 WG sind die Art. 79 ff. WG in den §§ 219 ff. GVGA „erläutert“. Postbeamte sind heutzutage nicht mehr zur Aufnahme von Wechselprotesten befugt (vgl. aber Art. 79 Abs. 2 WG a. F. i. V. m. § 40 PostO a. F.).

<sup>4</sup> Eine Formularsammlung von Protestmustern findet sich etwa bei Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 17, S. 177 ff. m. w. N. Für die Ausgabe 5/2014 der Zeitschrift *notar* ist ein umfangreicher Beitrag zum Wechsel- und Scheckprotest geplant.

<sup>5</sup> Vgl. auch § 605 Abs. 1 HS 1 ZPO und die einschlägigen Kommentierungen hierzu etwa bei: BeckOK/Kratz, § 605 ZPO Rn 1, Stand: 15.7.2013, Edition: 10 m. w. N.

<sup>6</sup> Das Indossament ist in den Art. 11 ff. WG geregelt. Es wird üblicherweise durch den Wechselberechtigten auf die Rückseite des Wechsels gesetzt und erklärt, dass die Leistung nunmehr an eine andere Person, den Indossator, erfolgen soll (z. B.: „für mich an die Order des N.N.“).

<sup>7</sup> Zu den anderen Protestarten s. z. B. Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Aufl. 1987, S. 110 f.

<sup>8</sup> Zur prozessualen Beweisfunktion s. §§ 592 S. 1, 602 ff. ZPO.

<sup>9</sup> Man sagt: „Ohne Protest, kein Regreß“. Vgl. Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Aufl. 1987, S. 110; Richardi, Wertpapierrecht, 1987, S. 178.

<sup>10</sup> Beim gezogenen Wechsel. Beim eigenen Wechsel (Art. 75 ff. WG) ist dagegen ein Protest nicht nötig. Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 17, S. 177, Rn 1.

<sup>11</sup> Eine grds. ähnliche Systematik weist das Scheckrecht auf, wobei das Scheckrecht keinen Akzeptanten und keinen Ehrenannehmer kennt (Art. 4 ScheckG). Typische Anspruchsgrundlagen sind dort Art. 12 ScheckG (Haftung des Ausstellers), Art. 18 ScheckG (Haftung des Indossanten), Art. 27 ScheckG (Haftung des Scheckbürgen) und Art. 58 ScheckG (scheckrechtlicher Bereicherungsanspruch). Scheckproteste gem. Art. 40 ff. ScheckG spielen in der notariellen Praxis jedoch grds. deshalb keine Rolle, weil die Verweigerung der Zahlung nicht notwendig durch öffentliche Urkunde (Protest) festgestellt werden muss (s. Art. 40 Nr. 2 und 3 ScheckG).

<sup>12</sup> Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Aufl. 1987, S. 114; Richardi, Wertpapierrecht, 14. Aufl. 1987, S. 177, 182 f.

<sup>13</sup> Im Innenverhältnis der Gesamtschuldner („Einlösungsrückgriff/Remboursregress“) sind die Besonderheiten des Wechselrechts zu beachten. Dazu etwa: Zöllner, Wertpapierrecht, 14. Aufl. 1987, S. 112 f.

Der wechselrechtliche Bereicherungsanspruch gemäß Art. 89 WG knüpft an den Rechtsverlust bei Protestfristversäumung (Art. 53 WG) an und kann daher ebenfalls ohne Protesterhebung geltend gemacht werden.<sup>14</sup>

Zu diesen wechselrechtsimmanenten Ausnahmen vom Erfordernis einer Protesterhebung normiert das Wechselgesetz noch ausdrückliche Ausnahmen, nämlich in den Art. 44 Abs. 6 (Eröffnung des Insolvenzverfahrens<sup>15</sup>) und Art. 46 WG (Protesterlass).

### C. Zusammenfassung (mit Übersicht und Formulierungsbeispielen)

Die mitunter für den Notar zeitaufwendige und mühsame Protesterhebung ist also nicht stets notwendige Anspruchsvoraussetzung im Wechselrecht. Daher sollte bei diesbezüglichen Anfragen von Mandanten bzw. der durch sie beauftragen (Prozess-)Anwälte/Anwältinnen<sup>16</sup> stets nachgefragt werden, welcher Wechselverpflichtete aufgrund welcher wechselrechtlichen Anspruchsgrundlage in Anspruch genommen werden soll. Nur dann kann überprüft werden, ob für dessen Inanspruchnahme wirklich eine Protesterhebung nötig ist oder nicht. Dies kann dem beurkundenden Notar im Einzelfall den mitunter nicht unerheblichen Zeit- und Fahrtaufwand ersparen.

**Abbildung:** Übersicht zur Erforderlichkeit eines Wechselprotesses nach wechselrechtlichen Anspruchsgrundlagen

Anspruchsgrundlage	Gläubiger	Schuldner	Protest für die Inanspruchnahme nötig?
Art. 28 Abs. 1 WG	Inhaber <sup>17</sup> des Wechsels	Akzeptant	Nein.
Art. 43 f., 9 Abs. 1 WG	Inhaber des Wechsels	Aussteller	Ja. Ausnahme: Art. 44 Abs. 6; 46 WG.
Art. 43 f., 15 Abs. 1 WG	Inhaber des Wechsels	Indossant(en)	Ja. Ausnahme: Art. 44 Abs. 6; 46 WG.
Art. 32 WG	Inhaber des Wechsels	Wechselbürge	Wenn zur Inanspruchnahme desjenigen, für den sich verbürgt wurde, eine Protesterhebung nötig ist.
Art. 58 WG	u. a. Inhaber des Wechsels	Ehrenannehmer	Wenn zur Inanspruchnahme desjenigen, zu dessen Ehren angenommen wurde, eine Protesterhebung nötig ist.
Art. 89 WG	Inhaber des Wechsels	Akzeptant und Aussteller	Nein

<sup>14</sup> Hierzu etwa: *Richardi*, Wertpapierrecht, 1987, S. 189, 208 ff. m. w. N.  
<sup>15</sup> Bzw. die Ablehnung der Eröffnung des Insolvenzverfahrens mangels Masse. Hierzu: OLG Frankfurt WM 1987, 868 ff.  
<sup>16</sup> Zum Wechsel- bzw. Scheckprozess s. §§ 602 ff. ZPO.  
<sup>17</sup> Unter „Inhaber des Wechsels“ wird im Folgenden immer der materiell rechtmäßige Inhaber des Wechsels verstanden. Dabei knüpft das Gesetz in Art. 16 Abs. 1 WG an den Besitz des Wechsels die Vermutung der Rechtmäßigkeit der Inhaberschaft. Hierzu: *Richardi*, Wertpapierrecht, 1987, S. 178.

Ist danach ein Wechselprotest für die Inanspruchnahme des jeweiligen Wechselverpflichteten erforderlich, so kann dieser im Fall eines Protestes mangels Zahlung gegen den Bezogenen etwa wie folgt<sup>18</sup> lauten.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

**Wechselprotest mangels Zahlung gegen den (angetroffenen) Bezogenen:**  
*Für Manfred Mustermann (Wechselinhaber),<sup>19</sup> geb. am ..., wohnhaft ..., habe ich ..., Notar mit Amtssitz in Musterstadt, Musterstraße,<sup>20</sup> am heutigen Tag<sup>21</sup> um ... Uhr (Uhrzeit)<sup>22</sup> diesen Wechsel dem Berthold Bez. (Bezogener),<sup>23</sup> geschäftsansässig ... in seinen genannten Geschäftsräumen<sup>24</sup> vorgelegt und ihn ohne Erfolg zur Zahlung (wechselrechtliche Leistung)<sup>25</sup> aufgefordert.*

Musterstadt, den ...

\_\_\_\_\_  
 (Unterschrift Notar)<sup>26</sup>  
 Siegel

Im Fall eines Wechselprotesses mangels Annahme gegen den Bezogenen kann wie folgt<sup>27</sup> formuliert werden:

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

**Wechselprotest mangels Annahme gegen den (angetroffenen) Bezogenen:**  
*Für Manfred Mustermann, geb. am ..., wohnhaft ..., habe ich ..., Notar mit Amtssitz in Musterstadt, Musterstraße, am heutigen Tag um ... Uhr diesen Wechsel dem Berthold Bez., geschäftsansässig ... in seinen genannten Geschäftsräumen zur Annahme vorgelegt und ihn ohne Erfolg zur Annahme aufgefordert.*

Musterstadt, den ...

\_\_\_\_\_  
 (Unterschrift Notar)  
 Siegel

#### PRAXISTIPP

**Die Abwicklung der Protesturkunde:**  
 Die Protesturkunde ist dabei gemäß Art. 81 Abs. 1 WG auf den Wechsel (Rückseite) oder auf ein mit dem Wechsel zu verbindendes Blatt zu setzen,<sup>28</sup> vom Notar zu unterschreiben und zu siegeln.



Notarvertreter Dr. Peter Becker,  
 Mediator (CVM), Tauberbischofsheim  
 E-Mail: petpetb@googlemail.com

<sup>18</sup> Kersten/Bühling/Terner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 17, S. 181, Rn 19 M.  
<sup>19</sup> Art. 80 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 WG.  
<sup>20</sup> Art. 79 Abs. 1 Fall 1 WG.  
<sup>21</sup> Art. 80 Abs. 1 Nr. 3 Fall 2 WG.  
<sup>22</sup> Art. 86 WG.  
<sup>23</sup> Art. 80 Abs. 1 Nr. 1 Fall 2 WG.  
<sup>24</sup> Art. 80 Abs. 1 Nr. 3 Fall 1, 87 WG.  
<sup>25</sup> Art. 80 Abs. 1 Nr. 2 Fall 1 WG.  
<sup>26</sup> Art. 80 Abs. 3 WG.  
<sup>27</sup> Kersten/Bühling/Terner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 17, S. 187, Rn 51 M.  
<sup>28</sup> Zur Aktenbehandlung von Protesturkunden: Kersten/Bühling/Terner, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 17, S. 181.



## neues aus der kostenlaube

Andreas Schmitz-Vornmoor

### Halber oder ganzer Wert?

Ein Vorschlag zum praktischen Umgang mit § 98 GNotKG

#### Ausgangsfall:

Notarin Müller hat einen Kaufvertrag beurkundet. Der vollmachtlos vertretene Verkäufer soll den Vertrag bei einem Notar bei sich vor Ort nachgenehmigen. Notarin Müller entwirft eine Genehmigungserklärung. Wie auch bisher in der Praxis üblich, enthält der Entwurfstext eine Wertangabe, nämlich „Wert: € 100.000“.

Mit dem Entwurf sucht der Käufer Notar Meyer auf. Dieser fragt sich nun, ob es sich bei der Wertangabe um den Wert des Kaufvertrages handelt oder bereits um den nach § 98 GNotKG ermittelten halbierten Wert. Diese Frage lässt sich aus dem Entwurf der Genehmigungserklärung allein nicht ableiten, so dass zusätzliche Ermittlungen des beglaubigenden Notars erforderlich sind.

Häufig wird das Bezugsgeschäft als Abschrift vorliegen oder der Klient Auskunft geben können. In manchen Fällen muss jedoch bei dem Notar nachgefragt werden, der das Bezugsgeschäft beurkundet hat. Insgesamt bedeutet das einen zusätzlichen Zeitaufwand, der allein daraus resultiert, dass die Angabe im Entwurfstext nicht eindeutig ist.

Nach Beobachtung des Verfassers wird die Wertangabe derzeit von den Notariaten unterschiedlich gehandhabt. Teilweise wird der Wert des Bezugsgeschäfts angegeben, teilweise der nach § 98 GNotKG ermittelte Wert.

#### Lösungsvorschlag für die Praxis:

Um Missverständnisse und zusätzliche Ermittlungen zu vermeiden, sollte der das Hauptgeschäft beurkundende Notar den

nach § 98 GNotKG maßgeblichen Wert ermitteln und auf seinem Entwurf wie folgt angeben:

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

**Wertangabe nach § 98 GNotKG:**

Wert nach § 98 GNotKG: € ...

Der das Hauptgeschäft beurkundende Notar hat alle für die Wertermittlung erforderlichen Informationen, so dass für ihn die Wertangabe ohne Zusatzaufwand möglich ist.

Die ausdrückliche Nennung des GNotKG bei der Wertangabe signalisiert dem beglaubigenden Notar, dass § 98 GNotKG bei der Wertermittlung berücksichtigt worden ist. Nachfragen erübrigen sich dann.

Der das Hauptgeschäft beurkundende Notar darf die Erstellung des Entwurfs übrigens nach dem GNotKG nicht mehr gesondert abrechnen. Diese Entwurfstätigkeit ist vielmehr durch die Vollzugsgebühr mit abgegolten, wie sich aus der Vorbemerkung 2.2 Abs. 2 KV bzw. aus der Vorbemerkung 2.4.1 Abs. 1 S. 2 ergibt.<sup>1</sup> Auch wenn eine gesonderte Abrechnung ausscheidet, sollte der Entwurf auch in Zukunft schon aus Beschleunigungs- und Haftungsgründen<sup>2</sup> regelmäßig vom Notar des Hauptgeschäfts erstellt werden.

Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

<sup>1</sup> Vgl. auch *Fackelmann/Heinemann-Macht*, GNotKG, KV Vorbem. 2.2 Rn 14 ff.

<sup>2</sup> Die Belehrungspflichten des entwerfenden Notars sind deutlich anspruchsvoller als die des „nur“ beglaubigenden Notars.

Oliver Vossius

### Ehevertrag

#### Sachverhalt:

Im Terminkalender von Notarin N steht „9:00 Uhr: Eheleute E – Bspr. Scheidung“.

Im Termin stellt sich heraus: F, österreichische Staatsangehörige, aber in Deutschland geboren und seither hier wohnhaft, will den deutschen Staatsangehörigen M, ebenfalls seit Geburt

hier wohnhaft, heiraten. F soll Anteile am väterlichen Betrieb bekommen. Die Eltern der Braut wollen natürlich, dass im Fall einer Scheidung dem Unternehmen nichts passiert. Die Eheleute wollen in Deutschland wohnen bleiben, weder sie noch ihre jeweiligen Eltern besitzen das in gewissen Kreisen obligate Haus in Kitzbühel (Österreich). Von Scheidung kann daher keine Rede sein.

Im Beratungsgespräch kristallisieren sich folgende Lösungen heraus:

- a) Gütertrennung;
- b) Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Scheidungsfall insgesamt, Ausschluss des § 1365 BGB;
- c) Ausschluss des Zugewinnausgleichs und des § 1365 BGB bezogen auf Wertsteigerungen des Vermögens der F im Sinne von § 1374 Abs. 2 BGB;
- d) Ausschluss des Zugewinnausgleichs und des § 1365 BGB, bezogen auf die Anteile am konkret bezeichneten väterlichen Betrieb;
- e) vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung hinsichtlich dieses Betriebs sowie Ausschluss des § 1365 BGB insoweit.

Nunmehr fragen F und M, was der Vertrag einschließlich einer eventuellen rein klarstellenden Rechtswahl kosten wird (ohne Dokumentenpauschale und Auslagen). Die Vermögensverhältnisse sind derzeit (noch) wie folgt:

Ehepartner	Aktiva (€)	Passiva (€)
Ehemann	50.000	50.000 (Autokredit)
Ehefrau	30.000	
Summe	80.000	50.000

Die Anteile am väterlichen Betrieb, die an F übertragen werden sollen, haben einen Wert von € 500.000. Wann (und ob) diese Übertragung vorgenommen werden soll, steht noch nicht fest.

## Lösung:

### 1. Geschäftswert

Maßgeblich für den Geschäftswert von Eheverträgen ist § 100.<sup>1</sup> Auszugehen ist nach § 100 Abs. 1 von der Summe der Aktiva beider Ehegatten, vermindert um die Verbindlichkeiten. Diese werden jedoch nur bis zur Hälfte des Aktivvermögens abgezogen.

### 2. Gebühren in einzelnen Gestaltungsvarianten

#### a) Gütertrennung

Das bedeutet: Das Vermögen des M wird mit € 25.000 angesetzt, das der F mit € 30.000.

Die Gütertrennung betrifft das Vermögen beider Ehegatten, § 100 Abs. 1 S. 1. Anzusetzen sind somit € 25.000 + € 30.000 = € 55.000. Eine güterrechtliche Rechtswahl nach Art. 14, 15 EGBGB würde nach § 104 Abs. 1 zu einer Erhöhung dieses Wertes um 30 % führen, also auf € 71.500.

Fraglich ist jedoch, ob hier eine Rechtswahl überhaupt sachgerecht ist. Sowohl nach deutschem als auch nach österreichischem Recht ist deutsches Ehegüterrecht anwendbar. Es ist davon auszugehen, dass die Eheleute auch bei Inkrafttreten der EU-Güterrechtsverordnung in Deutschland wohnhaft sein werden. Dem sowohl sichersten als auch kostengünstigsten Weg dürfte es daher entsprechen, eine Rechtswahl allenfalls deklaratorisch zu treffen (Etwa: „Die Parteien gehen übereinstimmend davon aus, dass auf ihre künftige Ehe deutsches materielles Ehegüterrecht anwendbar ist.“).

<sup>1</sup> §§ ohne Gesetzesangabe sind solche des GNotKG.

Es bleibt daher hier beim Geschäftswert von € 55.000 und einer 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 hieraus in Höhe von € 384.<sup>2</sup>

#### b) Kompletter Ausschluss des Zugewinns und des § 1365 BGB

Ausgangspunkt ist ebenfalls das nach § 100 Abs. 1 ermittelte Vermögen beider Ehegatten. Eine Herabsetzung nach § 100 Abs. 2 kommt nicht in Betracht, da das Vermögen insgesamt von der Modifikation des Zugewinnausgleichs betroffen ist. Aber auch § 100 Abs. 3 ist hier nicht anwendbar, da sich der Ehevertrag nicht auf künftige konkret bezeichnete Vermögensgegenstände bezieht.<sup>3</sup> Anzusetzen ist somit ebenfalls das beiderseitige Vermögen nach § 100 Abs. 1, also € 55.000.

Der Ausschluss des § 1365 BGB ist ein anderer Gegenstand, §§ 86 Abs. 2, 111 Nr. 2. Er ist nach §§ 51 Abs. 2, 100, 36 Abs. 1 mit 30 % des „Wertes des betroffenen Gegenstands“ anzusetzen, wobei Umstände des Einzelfalls nach § 51 Abs. 3 erhöhend oder mindernd berücksichtigt werden können. Da solche nicht erkennbar sind, kommt auch insoweit ein Betrag von € 16.500 in Betracht.

Beide Werte sind nach § 94 Abs. 1 zu addieren. Es fällt somit eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 aus dem Gesamtgeschäftswert von € 71.500 an, also ein Betrag von € 438.

#### c) Ausschluss des Zugewinns und des § 1365 BGB hinsichtlich des nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Vermögens der F

Ausgangspunkt ist hier nur das Vermögen (im Sinne des § 100 Abs. 1) der F in Höhe von € 30.000. Hier kommt eine Herabsetzung nach §§ 100 Abs. 2, Abs. 3, 36 Abs. 1 und 3 in Betracht, da „nur“ bestimmte Vermögenswerte der Ehefrau betroffen sind.<sup>4</sup> Fraglich ist, inwieweit hier auch künftiges privilegiertes Vermögen mit anzusetzen ist. Das hängt davon ab, ob man § 100 Abs. 3 als Ausnahmenvorschrift oder als Höchstgrenze für den anzusetzenden Wert künftigen Vermögens auslegt. Der Wortlaut des § 100 Abs. 2, der sich auf das gegenwärtige Vermögen der Ehegatten bezieht, spricht eher für Ersteres. Auch das Anliegen des GNotKG einer größeren Transparenz des Gebührenrechts spricht gegen eine Verallgemeinerung des § 100 Abs. 3. Das muss auch dann gelten, wenn der Abschluss des Ehevertrags der Beurkundung einer vorweggenommenen Erbfolge unmittelbar vorausgeht. Auch im Kostenrecht wird, von § 100 Abs. 3 abgesehen, das Fell des Bären erst dann verteilt, wenn der Bär geschossen worden ist.

Auszugehen ist daher vom jetzt vorhandenen privilegierten Vermögen der F. Mangels anderer Anhaltspunkte im Sachverhalt (etwa bei bereits vorhandenem privilegierten Vermögen) ist dessen Wert mit € 5.000 anzunehmen.

Gleiches gilt für den Geschäftswert für den Ausschluss des § 1365 BGB. Aus dem zusammengerechneten Geschäftswert von € 10.000 entsteht somit eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 in Höhe von € 150.

#### d) Ausschluss des Zugewinns und des § 1365 BGB hinsichtlich des konkret zu übertragenden Vermögens

Hier gelangt § 100 Abs. 3 ohne Rücksicht auf einen zeitlichen Zusammenhang mit einer vorweggenommenen Erbfolge zur Anwendung. Als Geschäftswert für die güterrechtliche Vereinbarung

<sup>2</sup> Neben den üblichen Auslagen fallen auch (umsatzsteuerfrei) € 30,00 für die Eintragung in das Zentrale Testamentsregister an, KV-Nr. 32015.

<sup>3</sup> Renner/Otto/Heinze/Reetz/Riss, Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar, 2013, § 100 GNotKG Rn 22.

<sup>4</sup> Renner/Otto/Heinze/Reetz/Riss, Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar, 2013, § 100 GNotKG Rn 37–41.

und für den Ausschluss des § 1365 BGB sind somit jeweils € 150.000 anzusetzen. Aus der Summe beider Werte ergibt sich eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 in Höhe von € 1.270.

#### PRAXISTIPP

##### Vermögen vom Zugewinnausgleich ausschließen:

Im Kosteninteresse sollte daher, wenn Vermögen vom Zugewinnausgleich ausgenommen werden soll, das im Wege der vorweggenommenen Erbfolge übertragen wird (z. B. Geschäfts- oder Hofübergabe), eher ein allgemeiner Ausschluss der Wertsteigerung des nach § 1374 Abs. 2 BGB privilegierten Vermögens vorgenommen werden. Gerade bei gestreckten Übergaben empfiehlt sich eine allgemeinere Formulierung anstelle der konkreten Bezeichnung des Vermögens ohnedies. Auch bei einer Konkretisierung im Rahmen einer beispielhaften Aufzählung („insbesondere ...“) ist bis zu einer gerichtlichen Klärung Vorsicht geboten.<sup>5</sup>

Die dem Vernehmen nach derzeit gegebenen Empfehlungen des Bauernverbandes, in den Eheverträgen der Hofübernehmer den Zugewinnausgleich im Scheidungsfall komplett auszuschließen anstatt den Ausschluss auf den konkret zu übergebenden Hof zu beziehen, dürfen nach diesen Ausführungen mit einem Fragezeichen versehen werden. Unabhängig davon, ob eine derartige Schlechterstellung des auf einen Hof einheiratenden Ehepartners überhaupt „fair“ ist,<sup>6</sup> ist der allgemeine Ausschluss der Wert-

steigerung privilegierten, nicht konkret bezeichneten Vermögens die kostenrechtlich günstigere Lösung.

#### e) Vollstreckungsbeschränkung und Ausschluss des § 1365 BGB in Bezug auf den konkreten Anteil

Die vollstreckungsbeschränkende Vereinbarung ist kein Ehevertrag im Sinne des § 100 i. V. m. § 1408 BGB. Ihr Geschäftswert bestimmt sich nach §§ 97 Abs. 1, 36 Abs. 1, in den der Rechtsgedanke des § 100 hineinzulesen ist. Wird eine solche Vereinbarung im Rahmen einer Modifizierung des Zugewinnausgleichs oder einer vertraglichen Unterhaltsregelung getroffen, ist sie gegenstandsgleich nach § 109 Abs. 1 S. 2 und daher nicht gesondert zu bewerten. Ansonsten erscheint der Ansatz des Regelgeschäftswerts von € 5.000 nach § 36 Abs. 3 angebracht. Anderes kann nach § 36 Abs. 1 dann gelten, wenn eine solche Abrede im Zusammenhang mit einer Scheidungsfolgenvereinbarung steht.

Für den Ausschluss des § 1365 BGB gelten die oben dargestellten Grundsätze. Wird der Betrieb konkret bezeichnet, beträgt der Geschäftswert hierfür daher € 150.000. Der oben gegebene Praxistipp gilt somit auch hier.

In diesem Fall entsteht somit aus einem Gesamtgeschäftswert von € 155.000 eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 in Höhe von € 708.

Notar Dr. Oliver Vossius, München

<sup>5</sup> Nach Renner/Otto/Heinze/Reetz/Riss, Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar, 2013, § 100 GNotKG Rn 38, reicht Bestimmbarkeit für die Anwendung von § 100 Abs. 3 bereits aus.

<sup>6</sup> Die beiderseitige Überzeugung der Eheleute, sich aufgrund ihrer vom gesetzlich vorausgesetzten Normalfall abweichenden Verhältnisse durch einen Ehevertrag fairer zu behandeln als ohne einen solchen, sollte die „Geschäftsgrundlage“ für den Vertragsschluss sein.



## nachrichten

### Nachrichten

#### Notar a. D. Dr. Franz Zilken – ein Nachruf

Es war nur eine kurze Notiz im Heft 12 der RNotZ:

*Notar a. D. Dr. Franz Zilken* in Köln ist am 27.11.2013 verstorben.

*Zilken* wurde am 5.11.1914 in Köln geboren. Von 1932 bis 1936 studierte er Jura in Köln und Bonn. Ein zweijähriger Militärdienst unterbrach seine Ausbildung. 1940 promovierte er in Köln über § 831 BGB. Nach Assessorexamen und Wehrmacht (1941–1942) trat er – wegen Verwundung nicht mehr kriegstauglich – zum 1.10.1942 in den Notardienst und wurde 1943 letzter Geschäftsführer der Reichsnotarkammer in Berlin. Ab Februar 1946 war er Geschäftsführer der Rheinischen Notarkammer in ihrer Stunde Null. Von der Gründung der Gemeinschaft des Deutschen Notariats (GDN) 1949 bis zu ihrer Überführung in die Bundesnotarkammer 1961 war er deren Geschäftsführer und war bis Ende 1961 auch als Schriftleiter der Deutschen Notarzeitschrift tätig. Sein Nachfolger – als Schriftleiter wie als Geschäftsführer – war *Helmut Schippel*. Während dieser Zeit – heutzutage ist diese Doppelbelastung kaum mehr vorstellbar – wurde er zum 7.2.1950 zum Notar in Köln bestellt und amtierte dort bis zum 28.2.1990.

Mit *Zilken* ist der Letzte von uns gegangen, der sowohl die Reichsnotarkammer als auch die Anfänge der GDN miterlebt und mitgestaltet hat. Dass er dies nicht aus einer Führungsposition im Berufsstand heraus tat, schmälert seine Leistung nicht. *Schippel* (DNotZ 1986, Sonderheft, S. 27 f., bei Fußnote 22) schreibt ihm zum Beispiel das Verdienst zu, das Vermögen der Reichsnotarkammer (ehemals das Vermögen des gleichgeschalteten Deutschen Notarvereins) erhalten und in die Bundesnotarkammer überführt zu haben. Dieses Vermögen ist zwar heute weitgehend nicht mehr vorhanden. Allein diese Episode zeigt jedoch die Bedeutung von Kolleginnen und Kollegen, die sich „aus der

zweiten Reihe heraus“ ehrenamtlich für den Berufsstand einsetzen. Sie bewirken möglicherweise mehr als die Exponenten des Standes. Auch wer wie ich *Zilken* leider nicht mehr persönlich kennengelernt hat, kann sich vor seiner Lebensleistung nur verneigen. Namens des Deutschen Notarvereins sage ich: Danke, Herr Kollege!

Notar *Dr. Oliver Vossius*, München

#### Richter- und Staatsanwaltstag

Der nächste Richter- und Staatsanwaltstag findet vom 2. bis zum 4.4.2014 in Weimar statt. Weitere Informationen finden Sie auf der Homepage des Richter- und Staatsanwaltstags unter [www.rista-tag.de](http://www.rista-tag.de).

#### Die Große Koalition

In der Geschichte der Bundesrepublik Deutschland hat keine Regierungsbildung so lang gedauert wie diese. Fast auf den Tag genau drei Monate nach der Bundestagswahl wurden die Ressorts und vor allem die künftigen Amtsinhaber und -inhaberinnen vorgestellt. Die Bundeskanzlerin, *Dr. Angela Merkel*, wurde am 17.12.2013 wiedergewählt. *Sigmar Gabriel* wurde zum Vizekanzler gewählt und übernimmt das Wirtschafts- und Energieministerium. Soweit gab es keine Überraschungen. *Dr. Ursula von der Leyen* an der Spitze des Verteidigungsministeriums zu sehen, war allerdings eher nicht vorherzusehen; ebenso wenig wie die Nominierung des neuen Justizministers *Heiko Maas*. *Ronald Pofalla* wird dem neuen Kabinett nicht mehr angehören, neuer Kanzleramtsminister wird *Peter Altmeier*. *Dr. Frank-Walter Steinmeier* hatte schon in der Großen Koalition von 2005 das Amt des Außenministers inne, dieses Ressort übernimmt er nun in dieser Regierung erneut. *Andrea Nahles* gibt ihren Posten als Generalsekretärin auf und wird Ministerin für Arbeit und Soziales.

*Brigitte Zypries*, Bundesministerin der Justiz a. D., wird Staatssekretärin im Ministerium für Wirtschaft und Energie.

#### Heiko Maas wird Minister der Justiz und für Verbraucherschutz

Das um den Bereich Verbraucherschutz erweiterte Ministerium der Justiz über-

nimmt *Heiko Maas*, bisher Minister für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr sowie stellvertretender Ministerpräsident im Saarland.



Der neue Minister der Justiz und für Verbraucherschutz: *Heiko Maas*

*Maas*, geb. am 19.9.1966 in Saarlouis, studierte Rechtswissenschaften an der Universität des Saarlandes, wo er auch sein 1. und 2. Staatsexamen ablegte. Er ist seit 1989 Mitglied der SPD, und gehörte von 1994 bis 1996 und seit 1999 dem saarländischen Landtag an, seit dem Jahr 2000 ist er Vorsitzender der SPD Saar und seit 2001 Mitglied des SPD-Parteivorstands.

#### Staatssekretäre im Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz

Die neuen parlamentarischen Staatssekretäre im Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz heißen *Ulrich Kelber* und *Christian Lange*.



*Ulrich Kelber*, neuer parlamentarischer Staatssekretär

*Kelber*, geb. am 29.3.1968 in Bamberg, studierte Informatik und Biologie. Er ist seit 1985 SPD-Mitglied und seit dem 1.9.2000 Mitglied des Bundestages.

Im Jahr 2005 übernahm er den stellvertretenden Vorsitz der SPD-Bundestagsfraktion. Die Zeitschrift „Politik und Kommunikation“ zeichnete ihn im Jahr 2007 als „transparentesten Bundestagsabgeordneten“ aus.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Auf seiner Homepage deckt er unter dem Navigationspunkt „Gläserner Abgeordneter“ seine Einkommensverhältnisse auf, s. <http://www.ulrich-kelber.de/glaesernermdb/index.html>.



Christian Lange, neuer parlamentarischer Staatssekretär

Lange, geb. am 27.2.1964 in Saarlouis, studierte Rechtswissenschaften in Tübingen, wo er auch sein 1. juristisches Staatsexamen ablegte. Nach seinem Zivildienst absolvierte er von

1991 bis 1993 in Stuttgart und Brüssel sein Referendariat, in Stuttgart legte er auch das 2. Juristische Staatsexamen ab. SPD-Mitglied ist er seit 1982, seit 2002 Vorsitzender der SPD-Landesgruppe Baden-Württemberg und seit Oktober 2007 war er Parlamentarischer Geschäftsführer der SPD-Bundestagsfraktion.

Beamteter Staatssekretär im BMJ wird Gerd Billen, geb. am 13.3.1955. Billen studierte von 1973 bis 1979 Sozial-, Ernährungs- und Haushaltswissenschaften an der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn.



Gerd Billen, neuer beamteter Staatssekretär

Billen ist ausgewiesener Verbraucher- und Verbraucherschutzexperte: Sein erklärtes Ziel ist es, eine gute Verbraucherpolitik für Deutschland durchzusetzen. Billen war von 1983 bis

1985 Pressesprecher des Bundesverbands Bürgerinitiativen Umweltschutz, ferner war er einer der Gründer der Verbraucher Initiative e. V. und von 1985 bis 1992 deren Bundesvorsitzender. Er war Mitbegründer und von 1989 bis 1991 Bundesvorsitzender von Neuland-Fleisch, von 1993 bis 2005 war er Bundesgeschäftsführer des Naturschutzbunds Deutschland. Seit 2007 ist Billen Vorstand des Verbraucherzentrale Bundesverbandes. Er arbeitet im Nationalkomitee der UN-Dekade „Bildung für nachhaltige Entwicklung 2005–2014“ mit und beteiligt sich an der Initiative „Wirtschaftsfaktor Alter“, einer Kooperation des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend gemeinsam mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie.

### Notarkollege wird parlamentarischer Staatssekretär im Verteidigungsministerium

Bezirksnotar Markus Grübel, geb. am 15.10.1959, ist einer der beiden parlamentarischen Staatssekretäre beim Bundesministerium der Verteidigung. Grübel studierte von 1979 bis 1984 an der Notarakademie Baden-Württemberg. Seit 1998 ist er Notar in Stuttgart-Obertürkheim, allerdings ruht seine Notartätigkeit derzeit. Grübel trat 1984 in die Junge Union ein und ist seit 1986 Mitglied der CDU. Seit 2002 ist Grübel direkt gewählter Bundestagsabgeordneter des Wahlkreises Esslingen.



Markus Grübel, Staatssekretär im Bundesministerium der Verteidigung

### Verdienstorden des Landes NRW für Prof. Dr. Schmitz-Valckenberg

Die Ministerpräsidentin des Landes Nordrhein-Westfalen zeichnete Notar a. D. Prof. Dr. Walter Schmitz-Valckenberg, Ehrenvorsitzender der Rheinischen Notarkammer, am 7.11.2013 mit dem Verdienstorden des Landes Nordrhein-Westfalen aus.



Ministerin Sylvia Löhrmann überreichte in Vertretung von Ministerpräsidentin Hannelore Kraft Notar a. D. Prof. Dr. Schmitz-Valckenberg den Verdienstorden.

### 9. Tagung Berufspolitik – Vorankündigung

Die 9. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins wird am 16. und 17.1.2015 in Hamburg stattfinden. Bitte merken Sie den Termin schon einmal vor. Weitere Informationen finden Sie im Frühsommer 2014 in der Zeitschrift *notar*.

## Personen

### Hamburgische Notarkammer Ernennung zum Notarassessor

Dr. Stephan Sünner, LL. M., zum 2.12.2013

Bernd von Schwander, zum 2.1.2014

### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar Frank Neubauer, zum 31.10.2013

### Landesnotarkammer Bayern

#### Amtssitzverlegung

Notarin Nicola Struck, nach Pfaffenhofen a. d. Ilm, zum 1.1.2014

### Notarkammer Braunschweig

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Rechtsanwältin und Notarin Helga Eichel-Seesen, zum 30.11.2013

### Notarkammer Pfalz

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar Ludwig Draxel-Fischer, Ludwigs-hafen, zum 1.2.2014

### Rheinische Notarkammer

#### Ernennung zum Notar

Rechtsanwalt Jens Kassen, Oberhausen, zum 24.10.2013

Rechtsanwalt Oliver Paust, Dinslaken, zum 24.10.2013

Rechtsanwältin Silke Terlinden, Oberhausen, zum 5.11.2013

Rechtsanwalt Martin Johannes Schmillig, Wesel, zum 15.11.2013

## Termine

### Das holographische Testament – Erleichterung oder Hindernis für den Laien?

Zeit: 31.1.2014

Ort: Stucksaal im Poppelsdorfer Schloss, Meckenheimer Allee 169, 53115 Bonn

Referenten: Prof. Dr. Anne Röthel, Hamburg, Prof. Dr. Hans-Georg Hermann, München, Prof. Dr. Rainer Zaczyk, Bonn, Prof. Dr. Karl August Prinz von Sachsen Gessaphe, Hagen.

Kontakt: Rheinisches Institut für Notarrecht der Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, Tel.: 0228/73-4432, Fax: 0228/73-4041, E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de, www.jura.uni-bonn.de/notarrecht.

**Fragen des Kapital- und Gesellschaftsrechts an den Schnittstellen zum Familien- und Erbrecht**  
**Neuntes Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena**  
 Zeit: 25.4.2014

**Ort:** Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

**Referenten:** Die Referenten standen bei Redaktionsschluss leider noch nicht fest.

**Kontakt:** Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-

Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/942510, Fax: 03641/942512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de, www.rewi.uni-jena.de

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
 Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
 Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
 Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe  
 Notar Dr. Oliver Vossius, München

### Schriftleiter

Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
 Notar Andreas Schmitz-Vormoor, Remscheid (ASV)

### Redaktion

Carola Vonhof-Stolz

### Bildnachweis

Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe außer S. 26), Die Gartenlaube Illustriertes Familienblatt (Titelblatt von 1894) (Rubrikkopf S. 26); Staatskanzlei Nordrhein-Westfalen: Ralph Sondermann (S. 30); Markus Grübel: dpa, Wolfgang Kumm (S. 30); Gerd Billen: vzbv, Dominik Butzmann (S. 30); Heiko Maas: Ministerium für Wirtschaft, Arbeit, Energie und Verkehr (S. 29); Ulrich Kelber: SPD (S. 29); Christian Lange: SPD (S. 30).

### Fachredakteure

Handelsregister  
 Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht  
 Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bauträgerrecht  
 Notarassessor Christian Scheibengruber, Memmingen

Gesellschaftsrecht  
 Notar Dr. Simon Weiler, München

Wohnungseigentum  
 Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht  
 Notarin Sonja Pelikan, Waldsassen

Erbrecht  
 Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Grundbuch  
 Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten  
 Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf  
 Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

Immobilienzuwendung  
 Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht  
 Notarvertreterin Franziska Beller, Stuttgart

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: schriftleitungnotar@notarverlag.de

### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

Deutscher Notarverlag GmbH  
 Karin Schwettmann  
 Wachsbleiche 7, 53111 Bonn  
 Tel. 0 228 - 9 19 11 41  
 Fax 0 228 - 9 19 11 23  
 E-Mail: schwettmann@notarverlag.de

### Bezugspreis

Jahresabonnement: 139 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)  
 Einzelheft: 14,50 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

### Verlag

Deutscher Notarverlag  
 Wachsbleiche 7, 53111 Bonn  
 Tel. 0 800 - 66 82 78 31  
 Fax 0 800 - 66 82 78 39  
 E-Mail: eschbach@notarverlag.de

### Koordination im Verlag

Beate Eschbach

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.

Das neue Gebührenrecht  
für Notare  
Einführung, Synopse, Erläuterungen.

BeurkG  
DONot  
Kommentar

Urkundenabwicklung  
von A-Z  
Mitarbeiterleitfaden

literatur

## Werk zur Testamentsgestaltung bei Geschiedenen und Patchworkfamilien neu aufgelegt

**Enzensberger, Testamente für Geschiedene und Patchworkfamilien**, 3. Aufl. 2013, 273 Seiten, zerb-Verlag, € 49,00, ISBN 978-3-941586-72-7.

Inzwischen wird fast jede zweite Ehe in Deutschland geschieden. In rund der Hälfte der Fälle sind Kinder betroffen. Oft heiraten die geschiedenen Partner später erneut. Dabei entstehen dann sogenannte Patchworkfamilien, in die einer oder beide Partner Kinder aus früheren Beziehungen mitbringen. Hinzu kommen nicht selten weitere gemeinsame Kinder.

Bei der Nachlassplanung ist es vielfach der Wunsch, zwischen „meinen Kindern“, „deinen Kindern“ und „unseren Kindern“ zu differenzieren. Gleichzeitig soll sichergestellt werden, dass der geschiedene Ehegatte vom Nachlass ausgeschlossen wird.

Welche testamentarischen Gestaltungsinstrumente stehen in diesen Fällen zur Verfügung? Welche Vor- und Nachteile haben sie? Testamente von Geschiedenen und Partnern in Patchworkfamilien stellen den beurkundenden Notar stets vor besondere Herausforderungen.

*Florian Enzensberger* behandelt zunächst unter „Allgemeine Vorfragen“ wichtige Aspekte bei der Sachverhaltsaufklärung, die Belehrungspflichten des Notars sowie Haftungsfragen. Anschließend stellt er die Gestaltungsvarianten beim Geschiedenenentestament vor.

An erster Stelle erörtert er die Vor- und Nacherbschaft, erklärt die rechtlichen Regelungen und streut dabei viele Literatur- und Rechtsprechungshinweise ein. Er gibt „Praxishinweise“ und „Formulierungsbeispiele“. So rät er beispielsweise sowohl bei der Einsetzung des Vorerben als auch bei der Einsetzung des Nacherben, darauf zu achten, dass der Erblasser eine ausdrückliche Ersatzerbenbestim-

mung trifft. Als „Praxishinweis“ appelliert er an den Leser, darauf zu achten, dass die letztwillige Verfügung klar zum Ausdruck bringt, ob der Nacherbe tatsächlich Ersatzerbe des Vorerben sein soll. Andernfalls drohe ein „Konkurrenzkampf“ zwischen § 2102 Abs. 1 BGB und den Vermutungsregelungen des § 2069 BGB.

Sehr ausführlich geht er auch auf die Bestimmung des Nacherben ein. Er stellt klar, dass es dem Erblasser selbstverständlich freisteht, diesen in seiner testamentarischen Verfügung selbst zu bestimmen. Dies kann aber problematisch sein, wenn der Vorerbe die Nacherbeneinsetzung später nicht mehr abändern kann. Ist beispielsweise ein eingesetzter Nacherbe drogenabhängig, hätte der Erblasser ihn bei Kenntnis über solche Umstände sicher nicht eingesetzt. Gleichwohl sind dem Vorerben die Hände gebunden, die Einsetzung des Nacherben später zu ändern. Grund ist das gesetzliche Verbot, das Bestimmungsrecht des Erben in die Hand eines Dritten zu legen. Dem Risiko nachteiliger Veränderungen in der Person des Nacherben kann nur mit der „Dieterle-Klausel“ begegnet werden. Dabei kann der Erblasser in eingeschränkter Weise die Nacherbeneinsetzung in die Hand des Vorerben legen.

Zwar hält die wohl herrschende Auffassung die „Dieterle-Klausel“ für zulässig. Allerdings steht eine höchstrichterliche Entscheidung dazu bisher noch aus. Als „Praxishinweis“ empfiehlt *Enzensberger* daher, lieber den sichersten Weg zu gehen und die „Dieterle-Klausel“ möglichst zu vermeiden.

Nach der abschließenden Bewertung der Vor- und Nacherbschaft behandelt *Enzensberger* als Alternativgestaltung die Vermächtnislösung. Diese gewinnt seiner Einschätzung nach in der Praxis zunehmend

an Bedeutung. Er rät, die Regelungen sehr sorgfältig auszuarbeiten, da das Gesetz für die Vermächtnislösung nur wenige Regelungen bereithält. Ebenso wie in dem Kapitel über Vor- und Nacherbschaft referiert *Enzensberger* zunächst ausführlich die Rechtslage. Anschließend geht er ebenso ausführlich auf die Auswahl des Vermächtnisnehmers ein. Diese kann durch den Erblasser persönlich oder durch den beschwerten Erben erfolgen. Allerdings muss auch in diesem Fall der Erblasser den Personenkreis bestimmen, aus dem der Bedachte ausgewählt werden soll.

Zum Schluss folgen eine abschließende Bewertung der Vermächtnislösung sowie ein Vergleich mit dem Gestaltungsinstrument der Vor- und Nacherbschaft. Wer sich zunächst einen Überblick über die beiden Varianten verschaffen will, kann sich an dieser Stelle gut orientieren.

Im zweiten Teil des Fachratgebers behandelt *Enzensberger* typische Gestaltungsprobleme und -ziele für Patchworkfamilien. Dabei macht er zwei Gruppen von Erblassern aus: die einen, die eine Gleichbehandlung aller Kinder wünschen, die anderen, die nur ihre eigenen Kinder bedenken wollen. Nach einem rechtlichen Überblick über die gesetzlichen Regelungen rund um die Kinder behandelt er ausführlich das Pflichtteilsrecht, Pflichtteilsverzichtserklärungen und Strafklauseln in testamentarischen Verfügungen. Auch hierbei streut er – wie im ersten Teil des Ratgebers – viele „Praxishinweise“ und „Formulierungsbeispiele“ ein.

Ein eigenes Kapitel widmet *Enzensberger* schließlich der Bindungswirkung und dem Änderungsvorbehalt bei Ehegatten-testamenten und Erbverträgen. Auch an dieser Stelle liefert er viele Musterbeispiele, mit denen sich sicherstellen lässt, dass der zweitversterbende Ehegatte die Ver-

fügung von Todes wegen nicht zum Nachteil der Kinder des Erstversterbenden ändert.

Hilfreich für den beurkundenden Notar sind auch seine Abhandlungen über das Nießbrauchs- und Wohnungsrechtsvermächtnis. Damit lässt sich der Wunsch des Erblassers verwirklichen, den überlebenden Ehegatten für den Fall des Vorversterbens abzusichern und gleichzeitig sicherzustellen, dass das Vermögen an seine Kinder geht.

Schließlich behandelt *Enzensberger* ausführlich die Gestaltungsmöglichkeiten

zur Vermeidung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen. Auch hier kann sich der Nutzer des Werkes einen raschen Überblick über die verschiedenen Gestaltungsvarianten verschaffen und nützliche Formulierungshilfen finden. Das Kapitel „Musterformulierungen“ am Ende des Buches bietet schließlich hilfreiche Unterstützung für die gängigen Fallgestaltungen.

*Enzensbergers* Werk ist eine nützliche Hilfe für Notare, die tagtäglich letztwillige Verfügungen von Geschiedenen und Paaren vorbereiten müssen, die in

einer Patchworkkehe leben. Wer vertiefende Literaturhinweise zu bestimmten Praxisproblemen sucht, wird nicht enttäuscht. Aber auch der eilige Nutzer, der sich einen raschen Überblick über die gängigen Gestaltungsmöglichkeiten verschaffen will, wird zufriedengestellt. Schließlich runden zahlreiche Formulierungsbeispiele und Praxishinweise die Informationen anschaulich ab. Das Buch ist fundiert, praxisnah, anschaulich geschrieben und daher für jeden Notar empfehlenswert.

Ruth Bohnenkamp, Düren

## Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis: Ein Berater in jeder Situation

Münch (Hrsg.), *Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis*, 1. Auflage 2013, 1381 Seiten, € 199,00, Verlag C. H. Beck, ISBN: 978-3-406-63788-9.

Der bereits mit vielen etablierten Standardwerken ausgestattete Markt im Familienrecht wird nunmehr durch dieses neue Werk sinnvoll ergänzt. Es besticht durch seine umfassende Darstellung wirklich aller relevanten Fragestellungen der notariellen Praxis im Familienrecht. Besonders positiv hervorzuheben ist, dass es sowohl als griffbereites Handbuch im Beurkundungszimmer als auch als Nachschlagewerk in der Bibliothek gleichermaßen geeignet ist.

Das Werk hat einen instruktiven Aufbau, der die verschiedenen Teilbereiche der notariellen Praxis im Familienrecht in je-

weils einzelnen Kapiteln schlüssig und erschöpfend behandelt. Dies ermöglicht zum einen die schnelle Information zur kurzfristigen Lösung von Herausforderungen in der Beurkundung, zum anderen die gezielte Lektüre eines jeden familienrechtlichen Problemfelds.

Neben den klassischen familienrechtlichen Bereichen wie Eheverträgen und Trennungs- bzw. Scheidungsfolgenvereinbarungen möchte ich Ihnen insbesondere die Ausführungen von *Renner* zur Vorsorgevollmacht ans Herz legen. Vorsorgevollmachten, die durch den demographischen Wandel und den medizinischen Fortschritt in der notariellen Praxis immer weiter zunehmen werden, bergen eine Vielzahl rechtlicher Herausforderun-

gen für den gestaltenden Notar. Erfreulicherweise lässt *Renner* nicht eine dieser Herausforderungen aus und gibt für jede mögliche Schwierigkeit eine adäquate Lösung an.

Zusammenfassend wird jedem im Familienrecht gestalterisch tätigen Rechtsanwender, insbesondere jedem Notar – auch wenn er schon über umfangreiche familienrechtliche Literatur verfügt – dieses Handbuch zur Abrundung seiner Bibliothek empfohlen. Es ist vielseitig, ermöglicht schnelle, aber auch tiefgehende Information und geht in seiner umfassenden Darstellung über den üblichen Inhalt eines Handbuchs weit hinaus.

Notarassessor Jon Meyer, Berlin



## schlussvermerk

Peter Becker

### Hotelreservierung, Käseglocke, Regenschirm oder ...?

In einer losen Folge von Beiträgen haben Sie begleitend zur Imagekampagne „Beratung inklusive. Der Notar.“ Gelegenheit, das Image des Notars und seiner Tätigkeit im Büroalltag positiv zu prägen. Zu diesem Zweck möchten wir Ihnen Bilder, Geschichten und Anekdoten vorstellen, die jenseits juristischer Fachtermini Beruf und Tätigkeit des Notars oder aber juristische Sachverhalte erläutern. Die Teile 1 und 2 der Serie wurden 2009, 323 und 418, Teil 3 2010, 313 und Teil 4 2011, 383 f. veröffentlicht. Wir wünschen Ihnen viel Freude beim Ausprobieren in der eigenen Notariatspraxis.

#### A. Einleitung

Wer sich jetzt fragt, was eine Hotelreservierung, eine Käseglocke und ein Regenschirm gemeinsam haben, dem kann man antworten: wahrscheinlich nur eines. Es handelt sich bei allem um laienorientierte Erklärungsversuche ein und desselben juristischen Instituts, nämlich der Vormerkung (§§ 883 ff. BGB). *Andreas Schmitz-Vornmoor* hat im Jahr 2011 die Hotelreservierung und die Käseglocke als

Erklärungsversuche vorgestellt.<sup>1</sup> Dem soll heute – etwas verspätet – ein weiterer Erklärungsversuch zur Seite gestellt werden: der nachstehende „Regenschirm-Vorschlag“.

#### B. Der „Regenschirm-Vorschlag“

Dieser basiert auf der Grundannahme, dass in vielen Fällen der Abwicklung eines Immobilienerwerbs, die Wirkungen der Vormerkung<sup>2</sup> – wie Sicherungs-, Rang- und Vollwirkung in Zwangsversteigerung bzw. Insolvenz<sup>3</sup> – nicht zum Tragen kommen, weil kein Störfall eintritt, der diese auslösen würde. Dass die Vormerkung nicht in Erscheinung tritt, lässt sich m. E. gut durch die aus dem Alltag bekannte Situation der Mitnahme eines Regenschirms bei Schlechtwetterprognose zum Ausdruck bringen. Aus notarieller Sicht besteht bei jeder Immobilientransaktion ein Störfallrisiko bzw. im Beispiel eine gewisse „Niederschlagswahrscheinlichkeit“. Bestätigt sich die Prognose nicht, hat man

die Vormerkung bzw. im Beispiel den „Regenschirm“ mitgetragen, ohne dass es auf diesen und seine Wirkungen ankam. Bestätigt sich dagegen die Vorhersage, dann kann die Vormerkung zum Einsatz gebracht bzw. im Beispiel der Regenschirm „aufgespannt“ werden.

Dieser Vorschlag betont wie die „Käseglocke“ von *Schmitz-Vornmoor* v. a. die Sicherungswirkung der Vormerkung, ergänzt diesen aber um das Element der Einsatzwahrscheinlichkeit.

#### C. Fazit

Sicherlich gibt es in der Praxis noch weitere Erklärungsversuche. Diese laienorientierte Aufbereitung und Darstellung gehört nicht nur zu den sogenannten „soft skills“, sondern ist nach § 17 Abs. 1 BeurkG Amtspflicht. Ich bin jedenfalls auf weitere Beispiele und Erklärungsversuche von Kolleginnen und Kollegen gespannt.

Notarvertreter Dr. Peter Becker, Mediator (CVM), Tauberbischofsheim

<sup>1</sup> *Schmitz-Vornmoor*, *notar* 2011, 383 f.

<sup>2</sup> Mal von dem Rangrücktritt der Vormerkung hinter das Finanzierungsgrundpfandrecht (sog. „Ranglösung“) abgesehen. Zur sog. „Wirksamkeitslösung“ s. aktuell OLG Celle, Beschl. v. 22.5.2013 – 4 W 75/13.

<sup>3</sup> Hierzu z. B. *Soergel/Stürmer*, BGB, Bd. 14, 13. Aufl. 2002, § 883 BGB Rn 27 ff. m. w. N.



## Vorratsgesellschaften schnell und sicher

Wir haben die richtige GmbH oder GmbH & Co. KG für Sie und Ihre Mandanten:

- ✓ Die Gesellschaft steht in der Regel zur sofortigen Verfügung.
- ✓ Die Gesellschaft ist ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragen.
- ✓ Das Stammkapital ist nur um die Gründungskosten gemindert.
- ✓ Die Gesellschaft hat keine Tätigkeit nach Gründung entfaltet.
- ✓ Reservierung heute, Beurkundung morgen bei einem Notar Ihrer Wahl.

## Der Kauf einer Vorratsgesellschaft ist Vertrauenssache

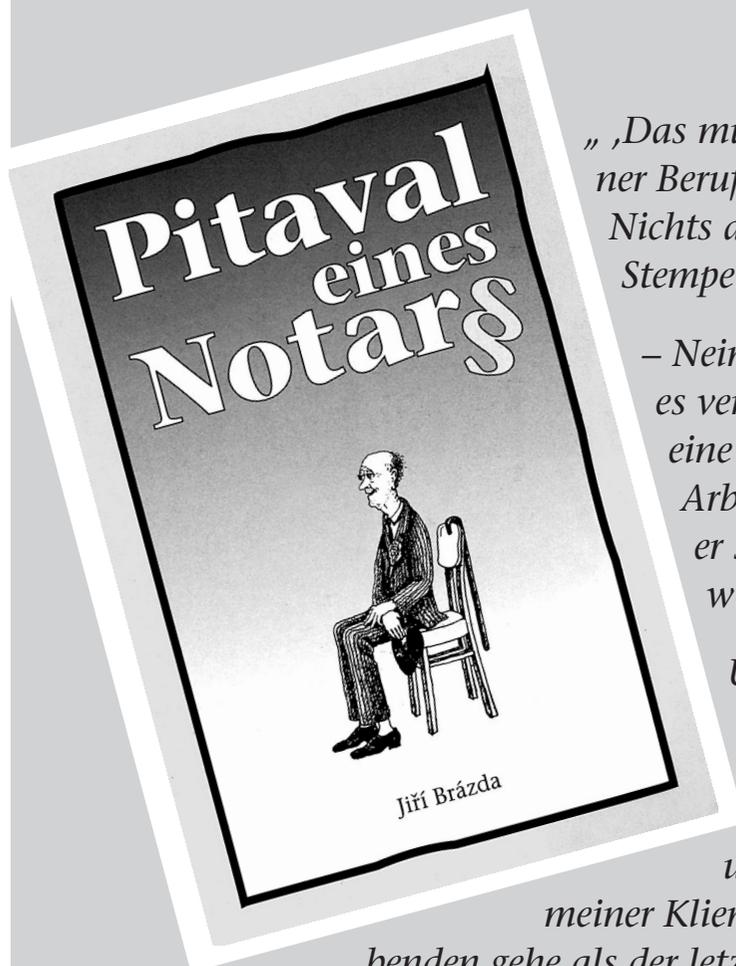
Dafür garantieren wir:

Die DNotV GmbH, das Serviceunternehmen des Deutschen Notarvereins.

Bitte wenden Sie sich an:

**DNotV GmbH**  
**Kronenstraße 73/74 · 10117 Berlin**  
**Tel.: 030/20 61 57 40 · Fax: 030/20 61 57 50**  
**E-Mail: kontakt@dnotv.de · www.dnotv.de**

Musterkaufvertrag, Fragebogen etc. werden auf Anfrage umgehend übersandt oder per E-Mail übermittelt. Einen ausführlichen Leitfaden und alle sonstigen Unterlagen finden Sie auch unter [www.dnotv.de](http://www.dnotv.de).



*„Das muss ein einförmiger und trockener Beruf sein, dieses Notariatswesen! Nichts als Akten, Gebührenmarken, Stempel und Paragrafen ...“*

*– Nein, ich war nicht verletzt, aber es verblüffte mich schon, dass er eine solche Vorstellung von der Arbeit eines Notars hatte. Dass er so wenig über meine Arbeit wissen kann.*

*Und so begann ich zu erzählen, was alles auf meinem Tisch landet, welche Probleme ich dabei verhandele und kläre und wie ich zum Beichtvater*

*meiner Klienten werde. Wie ich oft zu Ster-*

*benden gehe als der letzte Besuch aus dieser Welt und*

*wie ich andererseits zum Ersten werde, der sich der Angelegenheiten des Verstorbenen annimmt. Wie der Notar die Kompliziertheit und das Seltsame des menschlichen Lebens kennen lernt, das gewöhnlich im Verborgenen bleibt. Dass der Lebensinhalt eines Notars nicht nur die Ordner sind, sondern das Leben selbst. Zur Illustration erzählte ich ihm einige lustige und traurige Begebenheiten aus meiner Praxis ...“*

Empfehlung: unbedingt lesens- und schmunzelnswert, sogar zum Vorlesen bei schwierigen Beurkundungen geeignet.

Notar  
Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Regen  
in: DNotZ 1998, S. 847

## Pitaval eines Notars

von JUDr. Jiří Brázda,  
Ehrenpräsident der Notarkammer  
der tschechischen Republik

1998, 220 Seiten, kartoniert,  
12,- €, zzgl. Versandkosten

Zu beziehen nur über:

**DNotV GmbH**  
Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin  
Tel. (030) 20 61 57 40, Fax (030) 20 61 57 50  
E-Mail: kontakt@dnotv.de