

## Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen

Notarassessor Dr. Sebastian Barry, LL.M. (Cantab.), Düsseldorf

### Gliederung

- A. Einleitung
- B. Interessenlage, Erscheinungsformen
  - I. Vorbehaltsnießbrauch
  - II. Zuwendungsnießbrauch
  - III. Vermächtnisnießbrauch
- C. Gestaltungsalternativen
  - I. Nießbrauch am Gewinnstammrecht
  - II. Treuhand
  - III. Unterbeteiligung, stille Beteiligung
  - IV. Vermögensübertragung gegen Vorsorgeleistungen
  - V. Disquotales Gewinnbezugsrecht
  - VI. Vor- und Nacherbschaft
  - VII. Stiftungen
- D. Zivilrechtliche Betrachtung
  - I. Zulässigkeit
    - 1. Quotennießbrauch
    - 2. Bruchteilsnießbrauch
  - II. Formerfordernisse
  - III. Vinkulierung
  - IV. Anzeige des Nießbrauchs gegenüber der Gesellschaft
  - V. Nießbrauchsbestellung zugunsten Minderjähriger
  - VI. Gutgläubiger Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG
  - VII. Übertragbarkeit, Ausübungsüberlassung
  - VIII. Beendigung
  - IX. Inhalt und Umfang der Nießbrauchsberechtigung
    - 1. Vermögensrechte
      - a) Ausgangslage
      - b) Gestaltungshinweise
    - 2. Mitverwaltungsrechte
      - a) Stimmrecht
      - b) Sonstige Mitverwaltungsrechte
      - c) Gestaltungshinweise
        - aa) Stimmrechtsvollmacht
        - bb) Stimmrechtsübertragung
        - cc) Weisungsrechte, Zustimmungsvorbehalte etc.
        - dd) Sonstiges
    - 3. Zustimmungsvorbehalt gemäß § 1071 BGB
      - a) Zustimmungsbefürdigte Rechtsgeschäfte
      - b) Rechtsfolgen der fehlenden Zustimmung
      - c) Gestaltungshinweise
    - 4. Surrogationsfälle
      - a) Kapitalerhöhung
        - aa) Kapitalerhöhung gegen Einlagen
        - bb) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln
      - b) Umwandlungsmaßnahmen
      - c) Gestaltungshinweise
- E. Steuerrechtliche Betrachtung
  - I. Einkommensteuerrecht
    - 1. Einkünfteerzielung durch den Nießbraucher
      - a) Vorbehalts- und Vermächtnisnießbrauch
      - b) Zuwendungsnießbrauch
        - aa) Auffassung von Rechtsprechung und Finanzverwaltung
        - bb) Kritik im Schrifttum
    - 2. Nießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer
    - 3. Folgen für die notarielle Praxis
  - II. Erbschaft- bzw. Schenkungsteuerrecht
    - 1. Zuwendungs- bzw. Vermächtnisnießbrauch
    - 2. Vorbehaltsnießbrauch
  - III. Anzeigepflichten des Notars
- F. Fazit

### A. Einleitung

Der Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen stellt eine für die notarielle Praxis relevante Gestaltungsform im Rahmen von Unternehmensnachfolgeregelungen dar.<sup>1</sup> Von praktischer Bedeutung sind dabei vor allem der Vorbehaltsnießbrauch zugunsten des Unternehmers im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge sowie der Vermächtnisnießbrauch zwecks Versorgung eines Angehörigen des Unternehmers – etwa dessen Ehepartner –, welcher nicht als Unternehmensnachfolger bedacht wird.

Rechtlich komplexe Fragestellungen<sup>2</sup> ergeben sich für den damit befassten Notar vor allem aus zwei Ge-

<sup>1</sup> Für Formulierungsbeispiele vgl. etwa Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Pfisterer, 2010, Abschnitt D. IV.; Formularbuch Recht und Steuern/Streck/Schwedhelm, 7. Aufl. 2011, A. 6.40 (Vorbehalts- und Zuwendungsnießbrauch); Götz/Hülsmann, Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht, 9. Aufl. 2013, S. 290 ff. (Vorbehaltsnießbrauch); Krauß, Vermögensnachfolge in der notariellen Praxis, 3. Aufl. 2012, Rn. 1261 ff.; Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 2. Aufl. 2010, § 14 Rn. 86 ff. (Vorbehaltsnießbrauch); meines Erachtens sehr instruktiv auch: Wachter, NotBZ 2000, 33 ff. (Teil I – Vorbehaltsnießbrauch), 78 ff. (Teil II – Zuwendungs- und Vermächtnisnießbrauch).

<sup>2</sup> „Jeder (. . .), der sich mit dem Nießbrauch an Geschäftsanteilen vertieft beschäftigt hat, weiß, dass es kaum etwas Komplizierteres gibt.“ (Wälzholz, MittBayNot 2009, 129).

sichtspunkten: Zum einen handelt es sich bei dem Nießbrauch an Geschäftsanteilen um eine Rechtsmaterie, die auf der Schnittstelle zwischen dem betreffenden gesellschaftsrechtlichen Regelungsregime und dem Sachenrecht, namentlich den §§ 1068 ff. BGB (Nießbrauch an Rechten), liegt. Zum anderen bedarf eine auf Geschäftsanteile bezogene notarielle Nießbrauchsgestaltung auch einer gewissen steuerrechtlichen Durchdringung dieses Themenkomplexes, da derartige Nießbrauchsmodelle einerseits häufig durch steuerrechtliche Erwägungen getrieben sind, andererseits auch ungeachtet dessen der sorgsam steuerrechtlichen Gestaltung bedürfen, um insbesondere die zahlreichen einkommens- und erbschaft- bzw. schenkungsteuerlichen Klippen zu umschiffen. Die nach wie vor bestehenden erheblichen Rechtsunsicherheiten bei der Nießbrauchsbestellung an Geschäftsanteilen führen dazu, dass für die notarielle Gestaltungspraxis zu einer umfassenden vertraglichen Regelung aller Detailprobleme des Nießbrauchs geraten wird.<sup>3</sup>

Der vorliegende Beitrag beschäftigt sich speziell mit dem Nießbrauch an Geschäftsanteilen einer GmbH als für die notarielle Praxis wichtigste Kapitalgesellschaftsform.<sup>4</sup> Denn auch wenn die sachenrechtliche Prägung des Nießbrauchs an Geschäftsanteilen regelmäßig gesellschaftsformübergreifende Lösungsansätze liefert, führen gesellschaftsrechtlich bedingte Differenzierungen zu einigen Unterschieden in der rechtlichen Behandlung des Nießbrauchs an Geschäftsanteilen. Zudem geht die steuerrechtliche Betrachtung von Nießbrauchsbestellungen an Geschäftsanteilen gerade in der Differenzierung zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften völlig eigene Wege, sodass sich die hier gewählte Themeneingrenzung auch insoweit niederschlägt.

## B. Interessenlage, Erscheinungsformen

Die mit der Nießbrauchsbestellung an GmbH-Geschäftsanteilen in Form des Vorbehalts-, Zuwendungs- oder Vermächtnisnießbrauch verfolgten Gestaltungsziele können im Einzelfall sehr vielschichtig sein. Grundmotiv der Nießbrauchsbestellung am Geschäftsanteil ist jedoch regelmäßig eine flexible Zuweisung von Vermögenssubstanz auf der einen und den daraus fließenden Erträgen auf der anderen Seite.<sup>5</sup> Hintergrund kann dabei unter anderem sein

- durch die Verlagerung von Einkünften auf Familienangehörige mit geringeren anderweitigen Einkünften Progressionsvorteile (sowie Freibeträge) abzuschöpfen,<sup>6</sup>
- Wertzuwächse bei dem nießbrauchsbelasteten Vermögensgegenstand der Erbschaftsteuer zu entziehen,
- Schenkungsteuerfreibeträge mehrmals auszunutzen,
- den Ehegatten oder eine Generation bei der Erbfolge zu überspringen, die Übersprungenen aber gleichzeitig vermögensmäßig abzusichern,

- eine lebzeitige Vermögensübergabe unter Vorbehalt von Einflussmöglichkeiten auf die Unternehmensführung zu vollziehen.<sup>7</sup>

## I. Vorbehaltsnießbrauch

Ziel des Vorbehaltsnießbrauches ist es regelmäßig – im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge – einen Geschäftsanteil zum Zwecke der Unternehmensnachfolge auf einen Dritten überzuleiten, sich gleichzeitig aber die Nutzungen des Geschäftsanteils und ggf. auch bestimmte weitere Mitgliedschaftsrechte durch Bestellung eines entsprechenden Nießbrauchs vorzubehalten. Dies soll regelmäßig zur Folge haben, dass die Vermögenssubstanz mit sofortiger schenkungsteuerlicher Wirkung für Freibeträge und Zusammenrechnungstatbestände (§ 14 ErbStG) auf den Erwerber übergeht, andererseits die wirtschaftliche Versorgung des Übergebers durch die ihm vorbehaltenen Erträge des Vermögens gewährleistet bleibt.<sup>8</sup> Rechtstechnisch vollzieht sich die Anteilübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt in der Weise, dass in einer Urkunde die (schenkweise) Übertragung der Geschäftsanteile und sogleich eine Nießbrauchbestellung durch den Übertragungsempfänger zugunsten des Übertragenden vorgesehen wird.<sup>9</sup> Soll nach dem Tod des Übertragenden weiterhin die Versorgung seines Ehepartners aus den Erträgen des Unternehmens sichergestellt sein, kann sich die Bestellung eines inhaltsgleichen Vorbehaltsnießbrauchs zugunsten des Ehepartners aufschiebend bedingt auf den Tod des Übertragenden anbieten.<sup>10</sup>

## II. Zuwendungsnießbrauch

Umgekehrt ist der Zuwendungsnießbrauch darauf gerichtet, die Gesellschafterstellung des Unternehmers im Rahmen von Unternehmensnachfolgeregelungen (zunächst) zu erhalten, gleichzeitig den aus der Gesellschafterstellung fließenden Ertrag jedoch einem Dritten zuzuweisen.

## III. Vermächtnisnießbrauch

Wird die Unternehmensnachfolge nicht bereits im Wege der vorweggenommenen Erbfolge geregelt, kann es sich zur lebzeitigen Versorgung eines Angehörigen, etwa des Unternehmerehegatten, anbieten, die GmbH-

3 Hannes/Onderka, Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, 2011, A. 2.22 Rn. 11; Münch. Hdb. GesR III/Kraus, 4. Aufl. 2012, § 26 Rn. 78 („... wenn nicht sogar von einer Nießbrauchbestellung an Geschäftsanteilen abzusehen ...“); Münch-Komm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 22.

4 Zum Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen (allerdings allein in der zivilrechtlichen Betrachtung) vgl. bereits Viola, RNotZ 2002, 69; Schüller, MittRhNotK 1980, 97.

5 Janßen/Nickel, Unternehmensnießbrauch, 1997, S. 21.

6 Zur erschwerten Realisierung dieses Gestaltungsziels seit Einführung der einheitlichen Kapitalertragsteuer in Höhe von 25 % vgl.: Hottmann/Zimmermann/Vogl/Jäger/Meermann/Schaeberle/Kiebele, Die GmbH im Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Abschn. G. Rn. 64 (dort zur gleichgelagerten Problematik bei der stillen Beteiligung).

7 Janßen/Nickel, a.a.O. (Fn. 5); Münch. Hdb. GesR/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 3.

8 Geck, DStR 2009, 1005.

9 Formularbuch Recht und Steuern/Streck/Schwedhelm, 7. Aufl. 2011, Formular A. 6.40.

10 Hermanns, MittRhNotK 1997, 149, 155.

Geschäftsanteile an den designierten Unternehmensnachfolger zu vererben, dem Ehegatten aber gleichzeitig den Nießbrauch an den Geschäftsanteilen im Vermächtniswege zuzuwenden.

Die Zuwendung des Nießbrauchs im Vermächtnisweg erfordert insoweit besondere Umsicht bei der notariellen Gestaltung, als die später vermächtnisweise geschuldete Nießbrauchsbestellung in der letztwilligen Verfügung bereits möglichst weitgehend konkretisiert sein sollte, um Anlass für Streitigkeiten zwischen dem Erben und dem designierten Nießbraucher über die konkrete Ausgestaltung des Nießbrauchs zu minimieren. Insoweit wird im einschlägigen Schrifttum zutreffend die Auffassung vertreten, die letztwillige Verfügung, welche auch die Nießbrauchsbestellung an einem Gesellschaftsanteil im Vermächtniswege zum Gegenstand hat, solle idealerweise bereits einen Entwurf des späteren Nießbrauchsvertrags (als Anlage) enthalten.<sup>11</sup>

### C. Gestaltungsalternativen

Neben den vorbenannten Nießbrauchsgestaltungen kommen in der Praxis auch zahlreiche andere Gestaltungsinstrumente zur Regelung der Unternehmensnachfolge bei Familiengesellschaften zum Einsatz. Welchem Gestaltungsinstrument im konkreten Einzelfall der Vorzug gebührt, richtet sich in der Regel nach vielschichtigen steuerlichen Erwägungen, für die der beurkundende Notar die Beteiligten regelmäßig auf einen versierten Steuerrechtler verweisen wird, seltener auch nach gesellschaftsrechtlichen Gegebenheiten. Ein grundlegendes Verständnis der verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten sowie deren wichtigster Unterscheidungsmerkmale, worauf die nachfolgende Zusammenschau abzielt, ist in jedem Fall auch für die notarielle Beratungspraxis von erheblicher Bedeutung.

#### I. Nießbrauch am Gewinnstammrecht

Bevor die rechtliche Zulässigkeit von Nießbrauchsbestellungen an Gesellschaftsanteilen in Rechtsprechung und Literatur einer abschließenden Klärung zugeführt war, versuchte sich die Gestaltungspraxis einstweilen mit der Nießbrauchsbestellung am sog. Gewinnstammrecht des Gesellschafters ohne Erfassung der Mitgliedschaft im Übrigen zu behelfen.<sup>12</sup> War dieser rechtliche Kunstgriff schon seinerzeit aufgrund der abgesonderten Behandlung des Gewinnbezugsrechts des Gesellschafters gegenüber seiner sonstigen Mitgliedschaft unter dem Blickwinkel des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbotens dogmatisch fragwürdig (kein Fall von § 717 S. 2 BGB), ist seine Relevanz für die Gestaltungspraxis jedenfalls mit der rechtlichen Anerkennung des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen gänzlich entfallen.<sup>13</sup>

#### II. Treuhand

Grundsätzlich denkbar ist auch, die mit einem Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen verfolgten Gestaltungsziele alternativ im Wege einer Treuhandkonstellation zu verwirklichen. In diesem Fall erhält der

vermeintliche „Nießbraucher“ kein Recht an der Mitgliedschaft, sondern diese selbst, die dann unter umgekehrtem Vorzeichen durch nießbrauchsähnliche schuldrechtliche Abreden zwischen Treuhänder und Treugeber zu flankieren ist.<sup>14</sup> Diese „Simulation eines Nießbrauchs“ stammt ebenfalls aus der Zeit vor der zweifelsfreien rechtlichen Anerkennung des Nießbrauchs am Gesellschaftsanteil und hat seine praktische Bedeutung seither weitgehend verloren.<sup>15</sup> Die Nießbrauchs-Treuhand kann allerdings nach wie vor von praktischer Bedeutung sein, wenn dem Nießbraucher-Treuhänder Mitverwaltungsrechte mit dinglicher Wirkung zugeordnet werden sollen (insb. Stimmrechte) und dieses Ziel mit einer Nießbrauchsgestaltung gemäß den §§ 1068 ff. BGB nicht mit der gewünschten Rechtssicherheit gestaltet werden kann.<sup>16</sup>

Angemerkt sei, dass einkommensteuerrechtlich auch eine Treuhandkonstellation als Alternative zum Zuwendungsnießbrauch grundsätzlich keine ggf. gewünschte Verlagerung der Einkommenszurechnung auf den Treuhänder zu bewirken vermag, da der GmbH-Anteil gemäß § 39 AO im Regelfall weiterhin dem Treugeber zuzuordnen sein wird.<sup>17</sup>

### III. Unterbeteiligung, stille Beteiligung

Bei der Unterbeteiligung handelt es sich um eine stille Beteiligung an einem Gesellschaftsanteil. Zwischen dem Hauptbeteiligten und dem Unterbeteiligten besteht nach herrschender Auffassung im Schrifttum insoweit eine Innengesellschaft in Form der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, auf welche neben den §§ 705 ff. BGB ggf. auch gewisse Bestimmungen der §§ 230 ff. HGB Anwendung finden (z. B. Informationsrecht gemäß § 233 Abs. 1 HGB),<sup>18</sup> während der Unterbeteiligte zu der GmbH selbst in keinerlei Rechtsbeziehung steht. Bei der typischen Unterbeteiligung wird dem Unterbeteiligten nur ein Teil der Gewinnquote des Hauptbeteiligten überlassen, während im Rahmen einer atypischen Unterbeteiligung eine Beteiligung des Unterbeteiligten an den stillen Reserven der Gesellschaft eingeräumt werden kann und der Unterbeteiligte insofern wirtschaftlich so gestellt wird, als wäre er Gesellschafter der GmbH.<sup>19</sup>

11 Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 402; vgl. auch Kölner Formularbuch Erbrecht/Forst, 2011, Muster 144 M (S. 160).

12 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 29.

13 Zum Nießbrauch an den Gewinnansprüchen des Gesellschafters, der im Kontext unternehmerischer Nachfolgegestaltungen meines Erachtens ebenfalls nicht (mehr) relevant ist, vgl. etwa MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 28; Hermanns, MittRhNotK 1997, 149, 153 f. (differenzierend Kölner Formularbuch Erbrecht/Dickhuth-Harrach, 2011, 11. Kapitel Rn. 105 ff., 133 (S. 773 ff., 781).

14 Vgl. zum Ganzen MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 30; Soergel/Stürner, 13. Aufl. 2001, § 1068 BGB Rn. 7 d; Staudinger/Frank, Neubearbeitung 2009, Anh. zu §§ 1068 f. BGB Rn. 56; K. Schmidt, ZGR 1999, 601, 611.

15 Wälzholz, DStR 2010, 1786.

16 Vgl. auch MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 30 sowie unten Abschnitt D. IX. 2 c) bb).

17 Vgl. Hottmann/Zimmermann/Vogl/Jäger/Meermann/Schaeberle/Kiebele, Die GmbH im Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Abschn. G. Rn. 58; vgl. aber unten in Abschnitt E. I. 2. die Erwägungen zur neueren Entscheidung des BFH vom 24. 1. 2012.

18 Hannes/Dietrich, Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, 2011, A. 1.11 Rn. 14; Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 132 (m. w. N.).

19 Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 135.

Von der stillen Gesellschaft unterscheidet sich die Unterbeteiligung durch den Gegenstand der Beteiligung (Hauptbeteiligung statt Unternehmen).<sup>20</sup> Im Unterschied zur Treuhand hält der Unterbeteiligte seinen Anteil an der Hauptbeteiligung für eigene und nicht für fremde Rechnung.<sup>21</sup>

Die Einräumung einer Unterbeteiligung als Alternative zur Nießbrauchsbestellung kann sich aus gesellschaftsrechtlicher Sicht anbieten, wenn die Nießbrauchsbelastung des betreffenden Geschäftsanteils gesellschaftsvertraglich ausgeschlossen ist oder von einer nicht zu erlangenden Zustimmung der Mitgesellschafter abhängt.<sup>22</sup> Denn gesellschaftsvertragliche Abtretungsbeschränkungen im Sinne von § 15 Abs. 5 GmbHG finden auf die Einräumung einer (rein obligatorisch wirkenden) Unterbeteiligung dem Grunde nach keine Anwendung.<sup>23</sup>

Zudem kann die Einräumung einer Unterbeteiligung dann zweckmäßig sein, wenn der Unterbeteiligte nicht nach außen in Erscheinung treten will.<sup>24</sup>

Steuerrechtlich kann der Einräumung einer Unterbeteiligung der Vorzug gegenüber einem Zuwendungsnießbrauch gebühren, da die Einkünfteaufteilung zwischen Hauptgesellschafter und Unterbeteiligtem einkommensteuerrechtlich jedenfalls bei der atypisch stillen Beteiligung im Grundsatz anerkennungsfähig ist.<sup>25</sup>

Im Einzelfall – etwa dann, wenn sich ohnehin alle Geschäftsanteile in Familienhand befinden – kann sich auch die Einräumung einer stillen Beteiligung direkt an der GmbH als Trägerin des Handelsgewerbes (vgl. § 230 Abs. 1 HGB) anbieten. Auch durch die Begründung einer stillen Gesellschaft kann im Grundsatz das Ziel erreicht werden, die nächste Generation bereits am Ertrag der Beteiligung partizipieren zu lassen, ohne dass es einer Übertragung der Geschäftsanteile bedarf.<sup>26</sup> In Form der atypisch stillen Gesellschaft können dem stillen Gesellschafter im Zuge dessen auch in bestimmtem Umfang bereits eine Geschäftsführungsbeteiligung sowie Widerspruchsrechte, Zustimmungsvorbehalte oder Weisungsrechte eingeräumt werden.<sup>27</sup>

#### IV. Vermögensübertragung gegen Vorsorgeleistungen

Als Gestaltungsvariante zur Anteilsübertragung unter Vorbehaltsnießbrauch kann sich zum Zwecke der vorweggenommenen Erbfolge unter nahen Angehörigen eine Anteilsübertragung gegen Gewährung von Vorsorgeleistungen anbieten. Die steuerrechtliche Grundlage dieses Gestaltungsmittels bildet § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG, dessen Anwendungsbereich mit Wirkung zum 1. 1. 2008 allerdings eine nachhaltige Einschränkung erfahren hat. § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG setzt in seiner aktuellen Fassung voraus, dass – regelmäßig zwischen Angehörigen –<sup>28</sup> eine Vermögensübertragung unter Lebenden<sup>29</sup> mit Rücksicht auf die künftige Erbfolge erfolgt und der Übertragende sich einen Teil der Vermögenserträge<sup>30</sup> in Form von lebenslangen und wiederkehrenden Versorgungsleistungen vorbehält. Bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen gegen Gewährung von Vorsorgeleistungen setzt § 10 Abs. 1 Nr. 1a lit c) EStG zudem einschränkend voraus, dass eine Übertragung

von mindestens 50 % des Stammkapitals erfolgt, der Übergeber als Geschäftsführer der Gesellschaft tätig war und der Übernehmer die Tätigkeit als Geschäftsführer nach erfolgter Übertragung übernimmt.

Ertragsteuerlich führt die Anwendbarkeit von § 10 Abs. 1 Nr. 1a lit c) EStG dazu, dass beim Übertragenden kein Veräußerungsgewinn und beim Übernehmer keine Anschaffungskosten entstehen. Der Empfänger der als unentgeltlich gewerteten Anteilsübertragung kann die Versorgungsleistungen als Sonderausgaben vollständig abziehen, der Übergeber hat sie nach § 22 Nr. 1 b EStG zu versteuern.<sup>31</sup>

Anders als beim Nießbrauch, der zum Gewinnbezug berechtigt, ermöglicht die Vereinbarung einer Vorsorgeleistung eine vom wirtschaftlichen Erfolg – und damit auch vom wirtschaftlichen Risiko – der übertragenen Unternehmensbeteiligung losgelöste Versorgung des Übergebers.

#### V. Disquotales Gewinnbezugsrecht

Eine Alternative zur Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter Nießbrauchsvorbehalt kann auch die (teilweise) Anteilsübertragung unter Einräumung eines überquotalen Gewinnbezugsrechts zugunsten des Übertragenden darstellen. Die Vorzugswürdigkeit des einen oder anderen Gestaltungsmittels richtet sich auch hier in aller Regel nach vielschichtigen steuerlichen Erwägungen, für deren Darstellung an dieser Stelle auf die einschlägige steuerliche Spezialliteratur verwiesen

20 MünchKomm/K. Schmidt, 3. Aufl. 2012, § 230 HGB Rn. 199.

21 Hannes/Dietrich, Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, 2011, A. 1.11 Rn. 16.

22 Hannes/Dietrich, a.a.O., Rn. 2; Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 134.

23 Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 139; MünchKomm/Reichert/Weller, 2010, § 15 GmbHG Rn. 366 (jeweils mit Verweis auf die Rückausnahme, wenn die (atypische) Unterbeteiligung einem (verdeckten) Treuhandverhältnis gleichkommt); vgl. demgegenüber Abschnitt D. III. zum Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen; untersagt die GmbH-Satzung ausdrücklich auch die Einräumung von Unterbeteiligungen kann eine solche zwar zivilrechtlich wirksam begründet werden (§ 137 BGB), stellt dann aber freilich einen Verstoß gegen die entsprechende Satzungsbestimmung dar.

24 Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 139; vgl. zur Anzeige des Nießbrauchs gegenüber der Gesellschaft aber unten Abschnitt D. IV.

25 GmbH HdB/Neu, Loseblatt, Stand: 10/2012, Rn. 3520 ff.; Stollenberg, GmbH-StB 2000, 335, 337, 339; zur sehr umstrittenen Rechtslage beim Zuwendungsnießbrauch vgl. unten Abschnitt E. I. 1. b), 2.

26 Hottmann/Zimmermann/Vogl/Jäger/Meermann/Schaeberle/Kiebele, Die GmbH im Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Abschn. G. Rn. 64; Sudhoff, Unternehmensnachfolge, 5. Aufl. 2005, § 43 Rn. 2.

27 Sudhoff, a.a.O., Rn. 22.

28 Ausnahmsweise aber auch nahe stehende Dritte (z. B. Schwiegerkinder, Neffen und Nichten etc.) oder familienfremde Dritte, vgl. BFH BStBl. 1998 II, 718.

29 Allerdings kann eine Vermögensübertragung im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 1 a EStG ihren Rechtsgrund auch in einer Verfügung von Todes wegen haben, wenn sie im Wege der vorweggenommenen Erbfolge zu Lebzeiten des Erblassers ebenfalls begünstigt wäre (BFH BStBl. 2008 II, 123; BMF BStBl. I 2010, 227 Rn. 2 m. w. N.; Schmidt/Heinicke, EStG, 33. Aufl. 2014, § 10 Rn. 65).

30 Die Erträge des zugewendeten Vermögens müssen ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen zu finanzieren, vgl. BMF BStBl. I 2010, 227 Rn. 26 ff.

31 Schmidt/Heinicke, EStG, 33. Aufl. 2014, § 10 Rn. 58.

sei.<sup>32</sup> Seit der ersatzlosen Streichung von § 25 a. F. ErbStG und der damit verbundenen vollen Abzugsfähigkeit des Vorbehaltsnießbrauchs bei der Ermittlung des schenkungsteuerpflichtigen Vermögensanfalls bei der Anteilsübertragung unter Vorbehalt des Nießbrauchs hat die Anteilsübertragung unter Einräumung überquotaler Gewinnbezugsrechte zugunsten des Schenkers im Vergleich zum Vorbehaltsnießbrauch aus schenkungsteuerlicher Sicht jedoch an Attraktivität verloren.<sup>33</sup>

## VI. Vor- und Nacherbschaft

Das mit der Anordnung eines Vermächtnisnießbrauchs üblicherweise verfolgte Regelungsziel, dem Vermächtnisnießbraucher die Erträge aus dem Geschäftsanteil zur Versorgung zukommen zu lassen und gleichzeitig dem Erben die Nachlasssubstanz zu erhalten, kann im Grundsatz auch durch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft (§§ 2100 ff. BGB) erreicht werden.<sup>34</sup> Für die Nießbrauchsgestaltung kann jedoch sprechen, dass der Nießbraucher, anders als der Vorerbe (§ 2112 BGB), der den Nachlass nur wertmäßig zu erhalten hat, nicht zu Verfügungen über Nachlassgegenstände befugt ist, wengleich die Verfügungsbefugnis des Vorerben nach Maßgabe der §§ 2113 bis 2115 BGB erheblich eingeschränkt ist.<sup>35</sup> Speziell im Hinblick auf Nachfolgegestaltungen bei GmbH-Anteilen ist die Beschränkung des Vorerben in seiner Verfügungsbefugnis auch insoweit problematisch, als dass Verfügungen über Geschäftsanteile einer Kapitalgesellschaft nicht unter das Verfügungsverbot des § 2113 Abs. 1 BGB fallen, und dies selbst dann nicht, wenn das Gesellschaftsvermögen überwiegend oder ganz aus Grundstücken besteht.<sup>36</sup> Ist eine weitergehende Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers umgekehrt gerade gewünscht, kommt eine Vor- und Nacherbschaft aus sonstigen Erwägungen jedoch nicht in Betracht, kann die Verfügungsbefugnis des Nießbrauchers dadurch der eines Vorerben angenähert werden, dass der Nießbraucher zusätzlich zum Dauertestamentsvollstrecker eingesetzt wird. Dadurch wird dem Nießbraucher-Testamentsvollstrecker die volle Verfügungsbefugnis über die Nachlassgegenstände gemäß § 2205 S. 2 BGB im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 BGB) – mit Ausnahme von unentgeltlichen Verfügungen (§ 2205 S. 3 BGB) – eingeräumt.<sup>37</sup>

Erbschaftsteuerrechtlich ist das Nießbrauchsvermächtnis regelmäßig günstiger als die Anordnung von Vor- und Nacherbschaft, weil es durch letztere zu einer doppelten Substanzbesteuerung kommt (§ 6 ErbStG).<sup>38</sup>

## VII. Stiftungen

Im weitesten Sinn ist auch die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen auf eine Familienstiftung als Alternative zur Unternehmensnachfolgeregelung in Form einer Nießbrauchsgestaltung zu nennen.<sup>39</sup> Denn auch hier kann es darum gehen, die Versorgung der Angehörigen sicherzustellen, gleichzeitig aber die Unternehmensleitung in bestimmte (andere) Hände zu legen. Durch derartige Gestaltungen, insbesondere in Form der Doppelstiftung, kann es schließlich auch – wie-

derum aus steuerlichen Gründen – zu einer Inkongruenz zwischen Ertragszuweisung und Anteilsverhältnissen an der Familiengesellschaft kommen. Letztlich liegen den zahlreichen stiftungsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten jedoch verschiedenste Motivlagen zugrunde (u. a. Sicherung unternehmerischen Einflusses über den Tod hinaus, Schutz des Familienunternehmens vor Liquiditätsabflüssen, Realisierung gemeinnütziger (Neben-)Zwecke), welche mit dem Ziel einer einfachen Nießbrauchsgestaltung, d. h. in erster Linie mit einer von der Vermögenssubstanz losgelösten Ertragszuweisung, im Regelfall nur noch wenig gemein haben.

## D. Zivilrechtliche Betrachtung

### I. Zulässigkeit

Die grundsätzliche rechtliche Zulässigkeit einer Nießbrauchsbestellung an Geschäftsanteilen ist in Rechtsprechung und Literatur inzwischen allgemein anerkannt.<sup>40</sup> Dies gilt nach ganz herrschender Meinung auch vor dem Hintergrund des gesellschaftsrechtlichen Abspaltungsverbots, da der Nießbraucher als dinglich an der Mitgliedschaft Berechtigter kein gesellschaftsfremder Dritter ist.<sup>41</sup> Aus § 1069 Abs. 2 BGB folgt allerdings, dass eine Nießbrauchsbestellung im Zweifel dann ausscheidet, wenn die betreffende GmbH-Satzung eine Vinkulierungsklausel enthält, wonach Geschäftsanteile – entgegen § 15 Abs. 1 GmbHG – an der Gesellschaft schlechterdings nicht übertragbar sind.<sup>42</sup>

### 1. Quotennießbrauch

Rechtlich zulässig ist neben dem klassischen Vollrechtsnießbrauch auch die Bestellung eines Quotennießbrauchs an einem GmbH-Geschäftsanteil, bei dem zwar ein einheitlicher Nießbrauch auf dem gesamten Geschäftsanteil lastet, der Nießbraucher daraus jedoch nur zu Nutzungen gemäß einer bestimmten Quote berechtigt ist.<sup>43</sup>

32 Dazu eingehend Werz/Sager, ErbStB 2010, 73 ff., 101 ff. (allerdings am Beispiel eines Familienunternehmens in der Rechtsform der GmbH & Co. KG).

33 Vgl. dazu auch unten Abschnitt E. II 2.

34 Eingehend zu den Vor- und Nachteilen der beiden Gestaltungsinstrumente Schlieper, MittRhNotK 1995, 249 ff.

35 Scherer/Wachter, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 17 Rn. 3 a.

36 MünchKomm/Grunsky, 6. Aufl. 2013, § 2013 BGB Rn. 6.

37 Schlieper, MittRhNotK 1995, 249, 252 f.

38 Schlieper, a.a.O., 251.

39 Vgl. zum Ganzen etwa Kölner Formularbuch Erbrecht/Eickelberg, 2011, 13. Kapitel Rn. 51 ff.; Freundl, DStR 2004, 1509 ff.

40 BGH DNotZ 1999, 607 f.; OLG Düsseldorf DNotZ 1999, 440, 442; Michalski/Ebbing, 2. Aufl. 2010, § 15 GmbHG Rn. 192; MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 23. MünchKomm/Reichert/Weller, 1. Aufl. 2010, § 15 GmbHG Rn. 323; Frank, MittBayNot 2010, 96.

41 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 25.

42 OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 476, 477; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 212.

43 MünchKomm/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1030 BGB Rn. 35 (allgemein zum Quotennießbrauch), § 1068 BGB, Rn. 23 (speziell zum Quotennießbrauch an Geschäftsanteilen).

## 2. Bruchteilsnießbrauch

Gemeinhin für zulässig erachtet wird ferner, trotz des Gebots der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft, die Bestellung eines Bruchteilsnießbrauchs an einem ideellen Bruchteil eines GmbH-Geschäftsanteils, d. h. ohne Erfordernis einer Realteilung durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 46 Nr. 4 GmbHG.<sup>44</sup> Die Bestellung eines Bruchteilsnießbrauchs scheidet richtigerweise nur dann aus, wenn die Geschäftsanteile aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelung nicht geteilt werden können, da es in diesem Fall auch keine ideellen Teile eines Geschäftsanteils geben kann.<sup>45</sup>

Von praktischer Bedeutung ist die Differenzierung zwischen Quoten- und Bruchteilsnießbrauch im Fall einer Teilung und anschließenden (Teil-)Veräußerung von unbelasteten Geschäftsanteilen, da dieses Vorgehen bei einem – auf dem gesamten (ungeteilten) Geschäftsanteil lastenden – Quotennießbrauch anders als beim Bruchteilsnießbrauch denknotwendig ausgeschlossen ist. Möchte sich der Nießbrauchsbesteller eine spätere Teilung und Veräußerung unbelasteter (Teil-)Geschäftsanteile vorbehalten, empfiehlt sich daher entweder die Bestellung eines Bruchteilsnießbrauchs oder die Teilung des betreffenden Geschäftsanteils vor der Nießbrauchsbestellung und der anschließenden Nießbrauchsbestellung nur auf einem Teil der neu aufgeteilten Geschäftsanteile.

## II. Formerfordernisse

Für die Bestellung des Nießbrauchs gelten die für die Übertragung des betreffenden Geschäftsanteils geltenden Vorschriften (§§ 1068, 1069 BGB). Zu beachten ist daher das notarielle Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG. Das auf eine Nießbrauchsbestellung zielende Verpflichtungsgeschäft ist hingegen – sofern kein anderweitiges Formerfordernis, etwa aus § 518 BGB folgt – formfrei möglich, da § 1069 BGB zur Formbedürftigkeit des zugrundeliegenden Kausalgeschäfts keine Regelung trifft und es insoweit nicht zu einer Inbezugnahme von § 15 Abs. 4 GmbHG kommt. Handelt es sich bei den betreffenden GmbH-Anteilen um das wesentliche Vermögen des Nießbrauchsbestellers, so ergibt sich die Formbedürftigkeit des Kausalgeschäfts auch nicht etwa aus § 311 b Abs. 4 BGB, da dieser nach ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum nur die Verpflichtung zur Nießbrauchsbestellung am Vermögen bzw. Vermögensbruchteilen des Nießbrauchsbestellers erfasst, nicht jedoch die Nießbrauchsbestellung an vertraglich bezeichneten Vermögensgegenständen, selbst wenn diese das (wesentliche) Vermögen des Nießbrauchsbestellers ausmachen.<sup>46</sup>

## III. Vinkulierung

Von zentraler praktischer Bedeutung ist ferner der Umstand, dass satzungsmäßige Übertragungsbeschränkungen im Sinne von § 15 Abs. 5 GmbHG über die Verweisung in § 1069 BGB ebenfalls zur Anwendung gelangen. Beinhaltet die betreffende Satzung eine Vinkulierungsklausel, so ist zu prüfen, ob diese nur auf die reine Übertragung oder – was regelmäßig der Fall sein

dürfte – auch auf jede dingliche Belastung von Geschäftsanteilen Anwendung findet. In letzterem Fall bedarf auch die Nießbrauchsbestellung der satzungsgemäßen Zustimmung des benannten Gesellschaftsorgans bzw. der übrigen Gesellschafter.

Knüpft die Vinkulierungsklausel an „jede Verfügung über Geschäftsanteile“ an, so ist davon auch eine Nießbrauchsbestellung erfasst.

Fraglich ist hingegen, ob Vinkulierungsklauseln, welche lediglich auf die „Abtretung bzw. Übertragung“ von Geschäftsanteilen Bezug nehmen, auch die Nießbrauchsbestellung am GmbH-Geschäftsanteil erfassen. In Rechtsprechung und Schrifttum wird diese Frage fast einhellig bejaht.<sup>47</sup> Ganz grundsätzlich wird für den Fall, dass die Reichweite der Vinkulierungsklausel unklar ist, jedoch mitunter vertreten, dass im Zweifel die Auslegungsvariante zu wählen sei, welche die grundsätzlich unbeschränkte Verfügungsbefugnis der Gesellschafter am wenigsten belastet,<sup>48</sup> während andererseits speziell für die Frage nach der Anwendbarkeit einer Vinkulierungsklausel auf die Nießbrauchsbestellung vertreten wird, dass diese im Zweifel in den Anwendungsbereich der Klausel fallen müsse, da die Nießbrauchsbestellung anders als die Abtretung von Geschäftsanteilen die dingliche Berechtigung auf mehrere Personen verteile und die Mitgesellschafter daher im Zweifel stärker belastet als eine Anteilsabtretung.<sup>49</sup> Meines Erachtens sollte hier der wortlautgetreuen Auslegung der Vinkulierungsklausel der Vorrang gebühren, sodass die Nießbrauchsbestellung nicht von einer auf „die Abtretung/Übertragung von Geschäftsanteilen“ lautende Vinkulierungsklausel erfasst wird.<sup>50</sup> In der Praxis wird man, der fast einhelligen Gegenmeinung in Rechtsprechung und Schrifttum folgend, in jedem Fall gehalten sein, die gemäß Vinkulierungsklausel erforderlichen Zustimmung(en) einzuholen.

## IV. Anzeige des Nießbrauchs gegenüber der Gesellschaft

Die Wirksamkeit der Nießbrauchsbestellung hängt schließlich nicht von einer Anmeldung des Nießbrauchs gegenüber der Gesellschaft ab. Allerdings ist die Ge-

44 MünchKomm/Reichert/Weller, 2010, § 15 GmbHG Rn. 328; MünchKomm/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1030 BGB Rn. 32 (allgemein zum Bruchteilsnießbrauch), § 1068 BGB, Rn. 23 (zur Zulässigkeit eines Bruchteilsnießbrauchs an Geschäftsanteilen aussprechend); wohl auch Michalski/Ebbing, 2. Aufl. 2010, § 15 GmbHG Rn. 192 (insoweit aber missverständlicherweise von einem „Quotennießbrauch“ sprechend); a. A. Sandhaus, Der Nießbrauch an Geschäftsanteilen bei Verschmelzung, Spaltung und Formwechsel, 2007, S. 109 f. (Erforderlichkeit einer Realteilung).

45 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 23.

46 MünchKomm/Kanzleiter, 6. Aufl. 2012, § 311 b BGB Rn. 103; kritisch: Hüren, RNotZ 2014, 77, 95 (m. w. N.).

47 OLG Koblenz NJW 1992, 2163, 2164; Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Pfisterer, 2010, Abschnitt D. IV. Anm. 8; MünchKomm/Reichert/Weller, 2010, § 15 GmbHG Rn. 327; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, 5. Aufl. 2013, § 15 GmbHG Rn. 195; Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 86; Krauß, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1259 (erfasst im Zweifel auch Nießbrauchsbestellung); nicht eindeutig: Lutter/Hommelhoff/Bayer, 18. Aufl. 2012, § 15 GmbHG Rn. 64.

48 Blasche, RNotZ 2013, 515, 517 (unter Verweis auf BGH NJW 1967, 2159, 2160).

49 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 36.

50 So auch Blasche, RNotZ 2013, 515, 516.

sellschaft gemäß § 407 BGB geschützt, wenn ihr der Nießbrauch nicht bekannt ist. Der Nießbraucher muss daher eine Gewinnauszahlung an den Nießbrauchsbesteller gegen sich gelten lassen, wenn eine Anzeige des Nießbrauchs gegenüber der Gesellschaft unterblieben ist. Dies folgt unmittelbar aus §§ 1070 Abs. 1, 407 BGB,<sup>51</sup> sodass es einer Inbezugnahme des „Rechtsgedankens“ von § 407 BGB meines Erachtens nicht bedarf.<sup>52</sup>

Vor diesem Hintergrund ist anzuraten, in die Nießbrauchsbestellungsurkunde entweder die Belehrung aufzunehmen, dass die Nießbrauchsbestellung der Gesellschaft aus vorgenannten Gründen angezeigt werden sollte, alternativ die Weisung an den beurkundenden Notar, die Nießbrauchsbestellung der Gesellschaft durch Übersendung einer beglaubigten Abschrift der Urkunde unmittelbar anzuzeigen.<sup>53</sup>

Nicht überzeugen kann meines Erachtens die Auffassung, wonach die Ausübung der Nießbrauchsrechte gegenüber der Gesellschaft entsprechend § 16 Abs. 1 GmbH nunmehr eine Eintragung des Nießbrauchs in die Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG erfordert. Denn zum einen erscheint es nach Maßgabe der aktuellen BGH-Rechtsprechung zu fakultativen Einträgen in die Gesellschafterliste ohnehin äußerst zweifelhaft, ob der Nießbrauch an einem GmbH-Geschäftsanteil überhaupt in die Gesellschafterliste eingetragen werden kann.<sup>54</sup> Zum anderen würde durch die vorgenannte Auffassung eine faktische Eintragungspflicht begründen, welche nach geltender Rechtslage unstreitig nicht besteht.<sup>55</sup>

## V. Nießbrauchsbestellung zugunsten Minderjähriger

Die Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten Minderjähriger an GmbH-Geschäftsanteilen ihrer Eltern bedarf gemäß §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 2, 1909 Abs. 1 BGB der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers. Denn bereits das durch die Nießbrauchsbestellung entstehende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher begründet auch Pflichten des Nießbrauchers, sodass die Nießbrauchsbestellung für den Minderjährigen kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft darstellt. Einer familiengerichtlichen Genehmigung bedarf es bei einer unentgeltlichen Nießbrauchsbestellung zugunsten eines minderjährigen Kindes hingegen regelmäßig nicht, es sei denn, das Genehmigungserfordernis ergibt sich aus anderen Gründen, etwa einer Schuldübernahme anlässlich der Nießbrauchsbestellung (§ 1822 Nr. 10 BGB).<sup>56</sup>

Im wohl selten relevanten Fall einer entgeltlichen Nießbrauchsbestellung zugunsten des minderjährigen Kindes kann sich das Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung im Einzelfall aus den für die Anteilsübertragung zu § 1822 Nr. 3 BGB aufgestellten Rechtsprechungsgrundsätzen ergeben.<sup>57</sup>

Werden Geschäftsanteile unter Vorbehalt des Nießbrauchs unentgeltlich von den Eltern auf minderjährige Kinder übertragen, ist in jedem Fall die Bestellung eines Ergänzungspflegers geboten, da die Frage, ob der unentgeltliche Geschäftsanteilerwerb für den Minder-

jährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, in Schrifttum und Rechtsprechung nach wie vor keiner abschließenden Klärung zugeführt wurde.<sup>58</sup> Die mit dem Anteils-erwerb verbundenen Haftungsrisiken (§§ 16 Abs. 3, 31 Abs. 3, 24 GmbHG) sprechen jedenfalls dafür, diese Frage zu verneinen.<sup>59</sup> Das Erfordernis einer familienrechtlichen Genehmigung kann im Fall der unentgeltlichen Anteilsübertragung im Einzelfall wiederum gemäß § 1822 Nr. 10 BGB dann bestehen, wenn der Minderjährige im Zuge des Anteilserwerbs Verbindlichkeiten übernimmt, etwa weil Geschäftsanteile der Gesellschaft noch nicht voll eingezahlt wurden.<sup>60</sup>

## VI. Gutgläubiger Erwerb gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG

Da § 16 Abs. 3 GmbHG ausdrücklich auch die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs eines Rechts am Gesellschaftsanteil unter den dort genannten weiteren Voraussetzungen vorsieht, ist demnach grundsätzlich auch der gutgläubige Erwerb eines Nießbrauchs am GmbH-Geschäftsanteil von dem in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter möglich.<sup>61</sup>

Belastungen bzw. die Lastenfreiheit eines GmbH-Geschäftsanteils werden ihrerseits gleichwohl nicht vom Gutglaubensschutz des § 16 Abs. 3 GmbHG erfasst, da ein solcher vom Wortlaut der Norm nicht gedeckt ist und die Tatbestandsvoraussetzungen einer Analogie angesichts der im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zum MoMiG intensiv geführten Debatte zu diesem Themenkreis mangels planwidriger Regelungslücke nicht gegeben sind.<sup>62</sup> Folgerichtig scheidet ein gutgläubig lastenfreier Erwerb eines nießbrauchbelasteten Geschäftsanteils ebenso aus<sup>63</sup> wie der gutgläubige Zweiterwerb eines Nießbrauchs am GmbH-Geschäftsanteil.<sup>64</sup> Letzteres gilt auch unabhängig von der Frage, ob der Nießbrauch an einem GmbH-Geschäftsanteil überhaupt in die Gesellschafterliste eingetragen werden kann.<sup>65</sup> Denn durch § 16 Abs. 3 GmbHG soll der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen nur insoweit ermöglicht werden, als der Erwerber darauf vertrauen darf, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist.<sup>66</sup> Speziell im Fall des Nießbrauchs am GmbH-Geschäftsanteil kommt der

51 So auch Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 213.

52 So aber Michalski/Ebbing, 2. Aufl. 2010, § 15 GmbHG Rn. 193; Frank, MittBayNot 2010, 96, 98.

53 Zu entsprechender Weisung an den Notar vgl. Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Pfisterer, 2010, Abschnitt D. IV. § 4, 5.

54 Vgl. unten Abschnitt D. XII.

55 So aber Reymann, GmbHR 2009, 343, 347; ders., WM 2008, 2097; wie hier Wälzholz, MittBayNot 2010, 73, 74.

56 Wachter, NotBZ 2000, 33, 36.

57 MünchKomm/Reichert/Weller, § 15 GmbHG Rn. 502; a. A. Wachter, NotBZ 2000, 33, 34.

58 Vgl. Bürger, RNotZ 2006, 156, 161 ff.

59 Bürger, a.a.O., 162.

60 Bürger, a.a.O., 163 ff.

61 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 16 GmbHG Rn. 30.

62 BGH DNotZ 2011, 943, 946 f.; Scholz/Seibt, 11. Aufl. 2012, § 16 GmbHG Rn. 73 m. w. N.

63 Link, RNotZ 2009, 193, 204; Wälzholz, MittBayNot 2010, 73 f.; Tebben, RNotZ 2008, 441, 457.

64 BGH DNotZ 2011, 943, 946; jeweils a. A. Reymann, WM 2008, 2095, 2098 ff., 2106 (§ 16 GmbHG Abs. 3 analog).

65 Siehe unten Abschnitt D. XII.

66 BGH DNotZ 2011, 943, 946; Link, RNotZ 2009, 193, 204.

Möglichkeit eines gutgläubigen Zweiterwerbs jedoch ohnehin nur eine untergeordnete Bedeutung zu, da der Zweiterwerb – vom Spezialfall des §§ 1068 Abs. 2, 1059 a BGB abgesehen – ohnehin ausscheidet.

## VII. Übertragbarkeit, Ausübungsüberlassung

Der Nießbrauch ist grundsätzlich nicht übertragbar, kann einem Dritten aber zur Ausübung überlassen werden (§§ 1068 Abs. 2, 1059 BGB). Eine „Abtretung“ kann ggf. in eine solche Ausübungsüberlassung umgedeutet werden.<sup>67</sup> Das Abtretungsverbot gemäß §§ 1068 Abs. 2, 1059 BGB erfasst auch die Abtretung eines Anspruchs auf Nießbrauchsbestellung.<sup>68</sup>

Gewisse Ausnahmen von diesem Grundsatz gelten gemäß § 1059 a BGB lediglich für den Nießbrauch zugunsten juristischer Personen oder rechtsfähiger Personengesellschaften (§§ 1068 Abs. 2, 1059 a BGB) in Fällen der Gesamtrechtsnachfolge (§ 1059 a Abs. 1 Nr. 1 BGB) – und zwar auch durch natürliche Personen –<sup>69</sup> sowie in Fällen der (auch teilweisen) Unternehmensübertragung (§ 1059 a Abs. 1 Nr. 2 BGB).

§ 1059 a Abs. 1 Nr. 1 BGB eröffnet insoweit Raum für die notarielle Gestaltungspraxis, als der unter den dort genannten Tatbestandsvoraussetzungen erfolgende Nießbrauchsübergang ebenfalls ausgeschlossen werden kann (§ 1059 a Abs. 1 Nr. 1 letzter Halbsatz BGB).

Den Nießbrauch an einem GmbH-Geschäftsanteil einem Dritten zur Ausübung zu überlassen kann dann rechtlich problematisch sein, wenn die Nießbrauchsbestellung selbst in den Anwendungsbereich einer Vinkulierungsklausel fällt. Denn dann könnte die demnach erforderliche Zustimmungserteilung nach einmaliger Nießbrauchsbestellung durch Ausübungsüberlassungen an fremde Dritte unterlaufen werden.<sup>70</sup> Meines Erachtens kann die Auslegung der Vinkulierungsklausel in einem solchen Fall dazu führen, dass auch die Ausübungsunterlassung der Vinkulierung (mit schuldrechtlicher Wirkung) unterfällt.

Oftmals wird die unbeschränkte Möglichkeit der Ausübungsüberlassung an beliebige Dritte ohnehin nicht im Interesse des Nießbrauchsbestellers liegen. Insoweit kann es sich anbieten, die Möglichkeit der Ausübungsüberlassung generell auszuschließen oder zumindest auf einen bestimmten Personenkreis zu beschränken.<sup>71</sup>

## VIII. Beendigung

Der Nießbrauch erlischt, sofern er nicht auf eine bestimmte Zeit befristet ist, mit dem Tod bzw. – sofern es sich beim Nießbraucher um eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt – mit dem Erlöschen des Nießbrauchers (§§ 1068 Abs. 2, 1061 BGB), anderenfalls durch (formlose) Aufhebungsvereinbarung, einseitige (formlose) Aufhebungserklärung des Nießbrauchers (§§ 1064, 1072 BGB) oder durch Konfusion (§§ 1063 Abs. 1, 1072 BGB).

Da für eine Aufhebungsvereinbarung oder eine einseitige Aufhebungserklärung des Nießbrauchers kraft Gesetzes keine besonderen Formerfordernisse vorge-

sehen sind, empfiehlt es sich für derartige Erklärungen ein Schriftformerfordernis zu vereinbaren.

## IX. Inhalt und Umfang der Nießbrauchs-berechtigung

Konzeptionell ist bei der Frage nach Inhalt und Reichweite des Nießbrauchs an Gesellschaftsanteilen zwischen dem „Vollrechtsnießbrauch“ und dem „Ertragsnießbrauch“<sup>72</sup> zu unterscheiden. Während Gegenstand des Ertragsnießbrauchs die Übertragung der mit dem GmbH-Anteil verbundenen Vermögensrechte ist, beinhaltet die Einräumung eines Vollrechtsnießbrauchs den Übergang weiterer Gesellschafterrechte – insbesondere Mitverwaltungsrechte – auf den Nießbraucher.

### 1. Vermögensrechte

#### a) Ausgangslage

Dem Nießbraucher gebühren die aus dem Geschäftsanteil zu ziehenden Nutzungen, d. h. alle daraus resultierenden Früchte und Gebrauchsvorteile (§§ 1068 Abs. 2, 1030 Abs. 1, 99 ff. BGB) als eigener Anspruch direkt gegenüber der Gesellschaft. Dies betrifft in erster Linie den auf den betreffenden Geschäftsanteil entfallenden Gewinnanteil. Beginnt oder endet der Nießbrauch im Laufe eines Geschäftsjahres, gebührt dem Nießbraucher – soweit zwischen den Beteiligten nichts Abweichendes vereinbart ist – der zeitanteilige Gewinn (§ 101 BGB).<sup>73</sup> Auch gewinnähnliche, nicht auf einer besonderen Gegenleistung beruhende Vermögenszuwendungen, wie etwa Sachleistungen oder die Möglichkeit zur Nutzung von Gesellschaftseinrichtungen stehen dem Nießbraucher zu.<sup>74</sup> Nicht zu den dem Nießbraucher gebührenden Nutzungen zählen hingegen Vergütungen für besondere Leistungen des Nießbrauchsbestellers, z. B. für eine Geschäftsführertätigkeit.<sup>75</sup>

Der Nießbraucher hat nach ganz herrschender Meinung nur Anspruch auf den anteiligen, gemäß Gewinnverwendungsbeschluss auszuschüttenden Gewinn (§§ 29, 46 Nr. 1 GmbHG).<sup>76</sup>

Stille Reserven oder in die Rücklage eingestellte Gewinne, deren Ausschüttung erst nach Nießbrauchsende erfolgt, stehen dem Nießbraucher nach ganz überwiegender Auffassung im Schrifttum nicht mehr zu.<sup>77</sup> Kommt es während der Dauer des Nießbrauchs hinge-

67 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 220.

68 allgM, vgl. nur MünchKomm/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1059 BGB Rn. 3; Staudinger/Frank, Neubearbeitung 2009, § 1059 BGB Rn. 4; a. A. nur OLG Bamberg OLGE 1, 18.

69 MünchKomm/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1059 BGB Rn. 4.

70 Vgl. dazu auch Wälzholz, DStR 2010, 1786, 1788 (zum Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen).

71 Krauß, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1137.

72 Wobei die Begrifflichkeiten im Schrifttum nicht einheitlich verwendet werden. So wird beispielsweise mit dem Begriff des „Ertragsnießbrauchs“ oftmals der Nießbrauch am Gewinnstammrecht bzw. an den Gewinnansprüchen des Gesellschafters (vgl. oben Abschnitt C. I. und Fn. 13) bezeichnet; wie hier MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 27.

73 Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 90.

74 MünchKomm/Reichert/Weller, 2010, § 15 GmbHG Rn. 330.

75 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 214.

76 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 62.

77 Vgl. nur Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 214; Frank, MittBayNot 2010, 96, 101; a. A. Fricke, GmbHR 2008, 739, 742 f.



gen zur Ausschüttung solcher Posten an die Gesellschafter, so steht der anteilige Gewinnanspruch grundsätzlich dem Nießbraucher zu, und dies unabhängig davon, wann diese Positionen aufgebaut wurden.<sup>78</sup>

Nach überwiegender Auffassung im Schrifttum gilt dies jedoch nicht für Gewinnausschüttungen mit substanzmindernder Wirkung, d. h. insbesondere für die Auflösung stiller Reserven durch die Veräußerung von Anlagevermögen. Derartige Erträge sollen entweder unmittelbar dem Gesellschafter zustehen, da es sich bei diesen um keinen bestimmungsgemäßen Ertrag und daher nicht um Rechtsfrüchte im Sinne des § 99 Abs. 2 BGB handele,<sup>79</sup> alternativ sei der Nießbraucher gemäß §§ 1068 Abs. 2, 1039 Abs. 1 S. 2 BGB zumindest verpflichtet, diese nach Beendigung des Nießbrauchs an den Nießbrauchsbesteller auszukehren.<sup>80</sup> Soweit diese außerordentlichen Erträge unmittelbar dem Gesellschafter zufließen, setzt sich der Nießbrauch jedoch wiederum unter entsprechender Anwendung der §§ 1077 ff. BGB an diesen Erträgen fort,<sup>81</sup> zumindest besteht aber ein schuldrechtlicher Anspruch auf Nießbrauchsbestellung an den Erträgen.<sup>82</sup>

Speziell im Fall eines Vermächtnisnießbrauchs hat der Erbe auch die von ihm bis zur Nießbrauchsbestellung eingezogenen Gewinne an den Nießbraucher auszukehren (§ 2184 BGB). Dies ist auch sachgerecht, da der Erbe sonst durch eine verzögerte Nießbrauchsbestellung Unternehmensgewinne für sich selbst verbuchen könnte. Sollte im Einzelfall eine abweichende Regelung gewünscht sein, ist dies aufgrund des dispositiven Charakters von § 2184 BGB<sup>83</sup> durchaus möglich.

## b) Gestaltungshinweise

Angesichts der Möglichkeit, während des Bestehens des Nießbrauchs systematisch anstelle von Gewinnausschüttungen Anlagevermögen zu bilden oder Gewinne zu thesaurieren,<sup>84</sup> erscheint die herrschende Meinung im Schrifttum, welche für die Gewinnberechtigung des Nießbrauchers allein auf den jeweiligen Gewinnverwendungsbeschluss abstellt, trotz ihrer dogmatisch zutreffenden Fundierung insoweit problematisch, als den Gesellschaftern dadurch Wege eröffnet werden, das Nutzungsrecht des Nießbrauchers auszuhöhlen. Die im Schrifttum vor diesem Hintergrund vereinzelt vertretene Auffassung,<sup>85</sup> wonach die Gewinnberechtigung des Nießbrauchers nicht auf den laut Gewinnverwendungsbeschluss entnahmefähigen Gewinn beschränkt sei, hat sich trotz ihres in der Sache nachvollziehbaren Anliegens, eine derartige Aushöhlung des Nießbrauchs auf der Gewinnverwendungsebene zu verhindern, dennoch zu Recht nicht durchgesetzt, da sie einer mittelbaren Verlagerung von Mitverwaltungsrechten auf den Nießbraucher gleichkäme, die dem gesetzlichen Grundkonzept des Ertragsnießbrauchs, d. h. dem Verbleib der Mitverwaltungsrechte beim Nießbrauchsbesteller, widerspräche, sodass die Verfolgung dieses Anliegens letztlich der individualvertraglichen Gestaltung vorbehalten bleibt.

Denn in Ermangelung weitergehender vertraglicher Gestaltung kann dem Nießbrauchsbesteller bei einem Vorgehen der vorbezeichneten Art zwecks Aushöhlung

des Nutzungsrechts des Nießbrauchers letztlich nur die ihm qua verbandsrechtlicher Treuebindung obliegende, aber wenig trennscharfe Pflicht entgegengehalten werden, seine Gesellschafterrechte nicht dazu zu missbrauchen, den Gewinnanspruch des Nießbrauchers gezielt zu mindern oder zu vereiteln.<sup>86</sup> Diese Pflichtenbindung des Nießbrauchsbestellers individualvertraglich konkreter auszugestalten, ohne die Handlungsspielräume des Nießbrauchsbestellers zu weitreichend einzuschränken, fällt letztlich schwer. Zweckdienlicher erscheint es insoweit, dem Nießbraucher selbst durch die Vereinbarung von Zustimmungsvorbehalten, Weisungsrechten oder einer entsprechenden Stimmrechtsvollmacht Einfluss auf den Gewinnverwendungsbeschluss einzuräumen.<sup>87</sup> Denkbar ist auch, eine betragsmäßige Untergrenze für die an den Nießbraucher auszuschüttenden Gewinne mit der Folge zu vereinbaren, dass der Nießbrauchsbesteller den Differenzbetrag durch eine entsprechende Direktzuwendung an den Nießbraucher ausgleicht.<sup>88</sup> Im Fall des Vermächtnisnießbrauchs können die Erben mit einer entsprechenden Auflage beschwert werden.<sup>89</sup> Schließlich besteht auch die Möglichkeit, dem Nießbraucher vertraglich einen Anspruch auf anteilige Auskehrung solcher Gewinne einzuräumen, welche während der Bestelldauer des Nießbrauchs thesauriert wurden.<sup>90</sup>

## 2. Mitverwaltungsrechte

### a) Stimmrecht

Nach ganz überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum verbleibt das Stimmrecht beim Nießbrauchsbesteller, da es keine aus der Sache zu ziehende Nutzung im Sinne von § 100 BGB darstellt.<sup>91</sup> Vereinzelt vertretene Gegenmeinungen, wonach es zu einer alleinigen Stimmrechtsberechtigung des Nießbrauchers<sup>92</sup> oder einer gemeinsamen Stimmrechtsberechtigung von Nießbraucher und Gesellschafter<sup>93</sup> komme, haben in Schrifttum und Rechtsprechung zu

78 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 59, 62; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 214; Frank, MittBayNot 2010, 96, 101; Fricke, GmbHR 2008, 739, 742.

79 BFH DStR 1992, 711, 712; MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 53, 62; Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 81.

80 Jansen/Nickel, a.a.O. (Fn. 5), S. 44 ff.; Schön ZHR 158 (1994), 229, 245.

81 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 55; Petzoldt, DStR 1992, 1171, 1176.

82 Zu dieser Differenzierung bei Surrogationsfällen und der damit verbundenen grundsätzlichen Streitfrage vgl. unten Abschnitt D. IX. 4.

83 MünchKomm/Rudy, 6. Aufl. 2013, § 2084 BGB Rn. 1.

84 Dazu auch Jansen/Nickel, a.a.O. (Fn. 5), S. 44.

85 So etwa Sudhoff, NJW 1971, 481, 483 (für Personengesellschaften); Schön, ZHR 158 (1994), 229, 240 ff. (Ausgleichsanspruch gemäß § 1049 Abs. 1 BGB analog).

86 Vgl. dazu auch unten Abschnitt D. XI.

87 Vgl. dazu unten Abschnitt D. IX. 2. c).

88 Hermanns, MittRhNotK 1997, 149, 155; Wachter, NotBZ 2000, 78, 83 (nach selbigem Prinzip ist dem Grunde nach auch die Vereinbarung einer Höchstgrenze für die an den Nießbraucher auszuschüttenden Gewinne denkbar, vgl. ebenfalls: Wachter, a.a.O., 83).

89 Wachter, a.a.O., 78, 83.

90 Vgl. Wälzholz, DStR 2010, 1786, 1789 (zur Personengesellschaft, mit Formulierungsvorschlag).

91 OLG Koblenz NJW 1999, 2163 ff.; MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 69, 72; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217.

92 Petzoldt, GmbHR 1987, 381, 387 f.; Sudhoff, NJW 1974, 2205, 2207 f.

93 Schön, ZHR 158 (1994), 229, 261 f.

Recht keinen vermehrten Anklang gefunden. Die gemeinsame Stimmrechtsausübung erscheint aufgrund der oftmals gegensätzlichen Interessen von Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller wenig praktikabel.<sup>94</sup> Die ebenfalls vertretene Stimmrechtsaufspaltung zwischen Nießbraucher und Gesellschafter (Nutzungs- im Gegensatz zu Substanzverwaltung)<sup>95</sup> wird zu Recht aufgrund der in der Praxis bestehenden erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten als nicht praktikabel erachtet<sup>96</sup> sowie mit Verweis auf die erschwerte Vereinbarkeit mit § 717 BGB<sup>97</sup> abgelehnt.

Der Bundesgerichtshof hat entschieden, dass jedenfalls die Berechtigung des Nießbrauchsbestellers zur Stimmrechtsausübung bei Grundlagenbeschlüssen der Gesellschaft von einer Nießbrauchsbestellung unberührt bleibt, die Frage im Übrigen aber offengelassen.<sup>98</sup> Die zum Nießbrauch an Wohnungseigentum ergangene Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs deutet darauf hin, dass dieser sowohl einer gemeinschaftlichen Ausübung von Stimmrechten als auch einer Stimmrechtsaufspaltung zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller grundsätzlich ablehnend gegenübersteht.<sup>99</sup>

Speziell für die GmbH folgt eine gemeinsame Stimmrechtsausübung durch Nießbraucher und Gesellschafter nach zutreffender Auffassung auch nicht aus § 18 Abs. 1 GmbHG, da dieser allein die gleichstufige dingliche Berechtigungspluralität in Form von Bruchteils- und Gesamthandsgemeinschaften im Blick hat.<sup>100</sup> Soweit als Argument für die (Mit-)Berechtigung des Nießbrauchers in Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Mitverwaltungsrechte vereinzelt auf die Verwaltungsbefugnis des Nießbrauchers beim Nießbrauch an Sachen (insb. § 1066 BGB – Nießbrauch am Miteigentumsanteil) verwiesen wird, ist dem entgegenzuhalten, dass die Mitverwaltungsrechte an der Gesellschaft nicht den Geschäftsanteil als Nießbrauchsgegenstand zum Objekt haben, sondern sich aus diesem ergebene Mitgliedschaftsrechte in einem Personenverband darstellen;<sup>101</sup> dies zumal die von § 1066 BGB in den Blick genommene Sachverwaltung mit der ungleich vielschichtigeren Wahrnehmung von verbandsrechtlichen Mitverwaltungsrechten kaum vergleichbar ist.<sup>102</sup> Ebenso kann auch die Befugnis des Nießbrauchers zur „Bewirtschaftung“ im Sinne von §§ 1068 Abs. 2, 1036 Abs. 2 BGB letztlich nicht für die Herleitung einer (Mit-)Berechtigung des Nießbrauchers in Bezug auf die gesellschaftsrechtlichen Mitverwaltungsrechte fruchtbar gemacht werden. Denn anders als bei einer Sache werden die Erträge nicht vom Nießbraucher sondern von den Gesellschaftsorganen erwirtschaftet, während sich die „Bewirtschaftung“ des Geschäftsanteils auf das Einziehen der Gewinne beschränkt.<sup>103</sup>

Bei der Wahrnehmung seiner Stimmrechte ist der Nießbrauchsbesteller im Innenverhältnis zum Nießbraucher jedoch verpflichtet, nach Möglichkeit auf die Interessen des Nießbrauchers Rücksicht zu nehmen.<sup>104</sup> Sind im Einzelfall durch einen zur Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung anstehenden Sachverhalt ausschließlich die Interessen des Nießbrauchers berührt, kann sich insoweit auch die Pflicht des Nießbrauchsbestellers ergeben, das Stimmrecht nach Weisung des Nießbrauchers auszuüben.<sup>105</sup> Bei der für den

Nießbraucher zentralen Frage der Gewinnverwendung ist dies meines Erachtens grundsätzlich nicht der Fall, da etwa die Frage nach der Bildung angemessener Gewinnrücklagen für die mittel- und langfristige Finanzplanung der Gesellschaft und damit auch für den Nießbrauchsbesteller von erheblicher Bedeutung sein kann. Eine Verletzung der Pflicht des Nießbrauchsbestellers, bei der Wahrnehmung seines Stimmrechts auf die berechtigten Belange des Nießbrauchers angemessene Rücksicht zu nehmen, kann bei der Fassung von Gewinnverwendungsbeschlüssen meines Erachtens aber jedenfalls dann gegeben sein, wenn der Nießbrauchsbesteller systematisch für die Thesaurierung von Gewinnen stimmt und dadurch das Nutzungsrecht des Nießbrauchers auszuhöhlen versucht.

## b) Sonstige Mitverwaltungsrechte

Fehlen gesonderte vertragliche Regelungen dazu, verbleiben auch die übrigen Mitverwaltungsrechte (Recht zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, Anfechtungsrechte, Informations- und Kontrollrechte gemäß § 51 a GmbHG, eine mit dem Anteilsrecht verbundene Geschäftsführungsbefugnis) nach den vorstehenden Grundsätzen beim Gesellschafter.<sup>106</sup> Allerdings steht dem Nießbraucher nach herrschender Meinung in Bezug auf die aus dem Geschäftsanteil fließenden Nutzungen ein eigenes Informationsrecht aus § 242 BGB zu, das sich auch unmittelbar gegen die Gesellschaft richtet.<sup>107</sup>

## c) Gestaltungshinweise

Zum einen empfiehlt es sich schon aufgrund der nach wie vor sehr unsicheren Rechtslage hinsichtlich der Verteilung von Mitverwaltungsrechten zwischen Nießbraucher und Gesellschafter die Zuordnung von Mitverwaltungsrechten zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller einer detaillierten vertraglichen Ausgestaltung zuzuführen. Zum anderen besteht in der Gestaltungspraxis auch aus anderen Gründen oftmals das Bedürfnis, dem Nießbraucher abweichend von der gesetzlichen Ausgangslage in verschiedenem Umfang Mitverwaltungsrechte, insbesondere Stimmrechte, zu-

94 Frank, MittBayNot 2010, 96, 99 („Risiko des Leerlaufs der Stimme“); Fricke, GmbHR 2008, 739, 744 („praktisch undurchführbar“); K. Schmidt, ZGR 1999, 601, 609 (auch kritisch bzgl. des „Stimmverfalls“ bei fehlendem Konsens der Beteiligten).

95 LG Aachen RNotZ 2003, 398, 399; Baumbach/Hopt/Roth, 36. Aufl. 2014, § 105 HGB, Rn. 46, Fleck, 1979, Stimmrechtsabspaltung in der GmbH?, FS R. Fischer, S. 107, 125 f.

96 Frank, a.a.O., 99; Fricke, a.a.O., 744; Hermanns, a.a.O., 238; Schön a.a.O., 261.

97 Soergel/Stürner, 13. Aufl. 2001, § 1068 BGB Rn. 7 f.

98 BGH DNotZ 1999, 607 (für Gesellschaft bürgerlichen Rechts).

99 BGH DNotI-Report 2002, 79 ff.

100 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 18 GmbHG Rn. 2; MünchKomm/Reichert/Weller, 2010, § 18 GmbHG Rn. 10.

101 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217; Teichmann, Ausstrahlungswirkung des Umwandlungsgesetzes auf den Nießbrauch am Unternehmen und an Geschäftsanteilen, FS Lutter, S. 1261, 1270 f.

102 OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276, 277.

103 Teichmann, a.a.O., 1274 f.

104 OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276, 277.

105 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 15 GmbHG Rn. 53; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217.

106 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217.

107 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217.

zuweisen. Denkbar ist zum einen, dass sich der Vorbehaltsnießbraucher neben den zukünftigen Erträgen auch weiterhin Einfluss auf das Unternehmen sichern möchte. Andererseits kann aus steuerlicher Sicht das Bedürfnis bestehen, dem Nießbraucher durch die Zuweisung von Mitverwaltungsrechten die Ausübung unternehmerischen Einflusses zu ermöglichen.<sup>108</sup> In der Regel empfiehlt es sich ohnehin, dem Nießbraucher einen gewissen Einfluss auf das Abstimmungsverhalten des Nießbrauchsbestellers bei der Fassung von Gewinnverwendungsbeschlüssen vertraglich zuzubilligen, um die Gefahr einer Aushöhlung seines Gewinnbezugsrechts zu minimieren.<sup>109</sup>

### aa) Stimmrechtsvollmacht

Unproblematisch möglich ist es zunächst, dem Nießbraucher eine nicht verdrängende Stimmrechtsvollmacht einzuräumen, sofern die Satzung eine Vertretung bei der Stimmrechtsausübung nicht ausschließt.<sup>110</sup> Insofern erscheint es auch folgerichtig, mit den allgemeinen Grundsätzen davon auszugehen, dass auch die Einräumung einer unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht jedenfalls dann zulässig ist, wenn ausdrücklich festgehalten wird, dass der Widerruf aus wichtigem Grunde jederzeit möglich bleibt und die Vollmacht gleichzeitig mit Beendigung des zugrundeliegenden Nießbrauchs (§ 168 BGB) erlischt.<sup>111</sup> Eine ohne diese Einschränkungen als unwiderruflich vereinbarte Stimmrechtsvollmacht kann allerdings in eine widerrufliche umgedeutet werden.<sup>112</sup>

Unzulässig kann eine Vereinbarung zur Stimmrechtsausübung darüber hinaus auch dann sein, wenn sie verdrängende Wirkung entfaltet und damit einer Stimmrechtsabspaltung funktional gleichsteht. Unwirksam ist deshalb eine das Stimmrecht des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung „verdrängende“ Vollmacht.<sup>113</sup> Mit dem Abspaltungsverbot vereinbar ist jedoch die neben die Stimmrechtsvollmacht tretende, rein schuldrechtlich wirkende Verpflichtung des Nießbrauchsbestellers, sein Stimmrecht nicht auszuüben.<sup>114</sup> Auch insoweit besteht die Möglichkeit zur Umdeutung eines „Stimmrechtsverzichts“.<sup>115</sup> Richtigerweise beschränkt sich die schuldrechtliche Wirkung des Stimmrechtsverzichts jedoch auf außerhalb des Kernbereichs der Mitgliedschaft liegende Beschlussgegenstände.<sup>116</sup>

Angemerkt sei noch, dass bei Einräumung einer umfassenden Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Nießbrauchers einer etwaigen Vinkulierungsklausel auch dann Beachtung geschenkt werden sollte, wenn diese durch die reine Nießbrauchsbestellung nicht ausgelöst würde. Denn die Einräumung einer Stimmrechtsvollmacht, welche dem daraus Berechtigten erheblichen Einfluss auf den betroffenen Geschäftsanteil verschafft, kann nach gewichtigen Stimmen im Schrifttum ihrerseits der Vinkulierungsklausel unterfallen.<sup>117</sup> Auch wenn die Nießbrauchsbestellung als solche bereits von einer Vinkulierungsklausel erfasst ist, empfiehlt es sich, die erforderliche Zustimmung ausdrücklich auch auf die etwaige Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht zu erstrecken.<sup>118</sup>

Probleme können bei der Erteilung einer Stimmrechtsvollmacht zugunsten des Nießbrauchers schließlich

auch solche Satzungsbestimmungen bereiten, denen gemäß als Stimmrechtsvertreter beispielsweise nur Mitgesellschafter oder zur Berufsverschwiegenheit verpflichtete Personen wie z. B. Rechtsanwälte oder Steuerberater zugelassen sind.<sup>119</sup> Allerdings wäre hier meines Erachtens zu erwägen, ob der Nießbraucher in ergänzender Auslegung derartiger Klauseln aufgrund seiner Stellung als an der Mitgliedschaft dinglich Berechtigter im Gegensatz zu einem gesellschaftsfremden Dritten einem Mitgesellschafter funktional gleichzustellen sein könnte.<sup>120</sup>

### bb) Stimmrechtsübertragung

Streitig ist, ob statt einer Stimmrechtsvollmacht auch eine tatsächliche Übertragung von Mitverwaltungsrechten auf den Nießbraucher zulässig ist,<sup>121</sup> dies allerdings nur unter der Voraussetzung, dass eine solche Übertragung in der Satzung ausdrücklich vorgesehen ist oder die übrigen Gesellschafter der Stimmrechtsübertragung im konkreten Einzelfall zugestimmt haben.<sup>122</sup>

Für die Zulässigkeit einer solchen Übertragung von Mitverwaltungsrechten spricht, dass der Nießbraucher als dinglich Berechtigter an der Mitgliedschaft kein außenstehender Dritter im Sinne des Abspaltungsverbots<sup>123</sup> ist und der Bestimmtheitsgrundsatz sowie die Kernbereichslehre taugliche dogmatische Abgrenzungskriterien bieten, um eine zu weitgehende Hingabe von Gesellschafterrechten zu unterbinden (insbeson-

108 Vgl. unten Abschnitt E. 1. b), 2.

109 Vgl. oben Abschnitt D. IX. 1. b).

110 OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276 ff.; Ulmer/Habersack/Winter/Löbke, 2005, § 15 GmbHG Rn. 181.

111 Vgl. dazu im Allgemeinen nur Michalski/Römermann, 2. Aufl. 2010, § 47 GmbHG Rn. 434; speziell zum Nießbrauch: Lutter/Hommelhoff/Bayer, 18. Aufl. 2012, § 15 GmbHG Rn. 102; Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), § 26 Rn. 95; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217; a. A. wohl OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276, 278; MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 90.

112 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 90; Scholz/K. Schmidt, 11. Aufl. 2014, § 47 GmbHG Rn. 83.

113 BGH DNotZ 1977, 372, 375; BGH OLG Hamburg NJW 1989, 1865, 1867; OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276, 278; MünchKomm/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 167 BGB Rn. 114 (m. w. N.).

114 BGH DNotZ 1977, 372, 375; Baumbach/Hueck/Zöllner, 20. Aufl. 2013, § 47 GmbHG Rn. 50; Münch. Hdb. GesR III/Wolff, 4. Aufl. 2012, § 38 Rn. 13 (m. w. N.); unklar Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 17.

115 Scholz/K. Schmidt, 11. Aufl. 2014, § 47 GmbHG Rn. 83.

116 Scholz/K. Schmidt, 11. Aufl. 2014, § 47 GmbHG Rn. 82; weitergehend Baumbach/Hueck/Zöllner, 20. Aufl. 2013, § 47 GmbHG Rn. 50.

117 So Lutter/Hommelhoff/Bayer, 18. Aufl. 2012, § 15 GmbHG Rn. 80; MünchKomm/Reichert/Weller, 2010, § 15 GmbHG Rn. 365; Lieb-scher, ZIP 2003, 825, 826; Lutter/Grunewald, AG 1989, 109, 111 ff.

118 Wachter, NotBZ 2000, 33, 39.

119 Wachter, a.a.O.

120 Vgl. auch Beck'sches Notar-Handbuch/Jerschke, 5. Aufl. 2009, Kapitel A V Rn. 133 (m. w. N.) zur gleichgelagerten Problematik beim Nießbrauch an Wohnungs- oder Teileigentum.

121 Für die Zulässigkeit: MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 90; K. Schmidt ZGR 1999, 601, 611; Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 73, 102; dagegen: OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276, 277 f.; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217; dies ausdrücklich offenlassend: BGH DNotZ 1999, 607, 608.

122 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 90 m. w. N.; anders: Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), 95 (Stimmrechtsvereinbarungen unter Beachtung der für Anteilsübertragungen geltenden Satzungsbestimmungen zulässig).

123 A. A. OLG Koblenz MittRhNotK 1992, 276, 277 f.

dere kein Verzicht des Gesellschafters auf Informations- und Anfechtungsrechte, Stimmrechte bzgl. Grundlagen- und Strukturentscheidungen).<sup>124</sup> Bis zu einer Klärung dieser Frage durch die höchstrichterliche Rechtsprechung empfiehlt es sich für den vorsichtigen Vertragsgestalter, einstweilen auf das Gestaltungsinstrument der Stimmrechtsvollmacht (unter konkreter Benennung der davon abgedeckten Beschlussgegenstände) zurückzugreifen.

Erachtet man die Stimmrechtsübertragung auf den Nießbraucher für unzulässig, muss selbiges auch für die Legitimationszession gelten, d. h. den Übergang nur der Berechtigung zur Ausübung des Stimmrechts im eigenen Namen auf den Nießbraucher, da die Legitimationszession der Stimmrechtsübertragung wertungsmäßig gleichsteht.<sup>125</sup>

Ist ein tatsächlicher Übergang des Stimmrechts auf den Nießbraucher im Einzelfall ausdrücklich gewünscht, ist aufgrund vorstehender Erwägungen der Vereinbarung einer Nießbrauchstreuhand der Vorzug zu geben.<sup>126</sup>

### cc) Weisungsrechte, Zustimmungsvorbehalte etc.

Die Wahrnehmung der Stimmrechte allein durch den Nießbrauchsbesteller kann zugunsten des Nießbrauchers dahingehend modifiziert werden, dass ihm (in Bezug auf bestimmte Beschlussgegenstände) im Innenverhältnis zum Nießbrauchsbesteller gewisse Zustimmungsvorbehalte, Vetorechte oder Weisungsrechte eingeräumt werden.<sup>127</sup> Die Beschränkung auf das Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Gesellschafter hat – um den Preis der rein schuldrechtlichen Aufwertung der Mitspracherechte des Nießbrauchers – dabei den Vorzug einer klaren Kompetenzabgrenzung im Verhältnis zur Gesellschaft bzw. den Mitgesellschaftern, da das Stimmrecht nach außen hin dem Gesellschafter zugeordnet bleibt.<sup>128</sup>

### dd) Sonstiges

Damit der Nießbraucher nicht auf seine eingeschränkten Informationsrechte aus § 242 BGB verwiesen ist,<sup>129</sup> erscheint es grundsätzlich empfehlenswert, dem Nießbrauchsbesteller umfassende vertragliche Informationspflichten gegenüber dem Nießbraucher hinsichtlich aller gesellschaftsinternen Vorgänge aufzuerlegen, welche für die Rechte des Nießbrauchers von Belang sind.<sup>130</sup> Insoweit kann es sich, wenn möglich, auch empfehlen, einen solchen Informationsanspruch unmittelbar zwischen Nießbraucher und Gesellschaft zu begründen.<sup>131</sup>

Da selbst eine Stimmrechtsvollmacht den Nießbraucher nur insoweit zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen berechtigt, als der Nießbrauchsbesteller seine Stimmrechte im Einzelfall nicht persönlich ausübt,<sup>132</sup> kann außerdem erwogen werden, den Nießbraucher durch eine entsprechende Satzungsbestimmung auch neben dem Nießbrauchsbesteller zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen der Gesellschaft zu berechtigen.

## 3. Zustimmungsvorbehalt gemäß § 1071 BGB

### a) Zustimmungspflichtige Rechtsgeschäfte

Mitwirkungsrechte des Nießbrauchers ergeben sich in beschränktem Umfang auch aus § 1071 BGB. Demnach kann eine Aufhebung (Abs. 1) oder Änderung (Abs. 2) des nießbrauchsbelasteten Rechts nur mit Zustimmung des Nießbrauchers erfolgen, nicht jedoch die Übertragung oder Belastung des Rechts, durch welche der Nießbraucher als dinglich Berechtigter aufgrund des Fortbestandes des Nießbrauchs am Geschäftsanteil nicht beeinträchtigt wird.<sup>133</sup> Praktisch relevant wird § 1071 BGB im Fall eines Nießbrauchs an GmbH-Geschäftsanteilen etwa bei der ordentlichen Kündigung der Gesellschaft durch den Nießbrauchsbesteller (nicht: gegenüber dem Gesellschafter<sup>134</sup>), der Rechtsstellung des Nießbrauchers beeinträchtigenden Satzungsänderungen, einer Zustimmung zur Auflösung der Gesellschaft oder dem Verfallenlassen oder Verzicht auf Bezugsrechte bei Kapitalerhöhungen (nicht: Ausübung des Bezugsrechts).<sup>135</sup>

§ 1071 BGB ist auch dann anwendbar, wenn der Nießbrauch durch eine Umwandlungsmaßnahme zum Erlöschen gebracht wird, weil etwa auf die Gewährung von Anteilen am übernehmenden Rechtsträger verzichtet wird, nicht jedoch bei Fortbestand des Nießbrauchs an den Anteilen des aufnehmenden Rechtsträgers (§§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 131 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 UmwG).<sup>136</sup> Zustimmungspflichtig ist dann die entsprechende Verzichtserklärung.<sup>137</sup> Gleiches muss letztlich gemäß § 1071 Abs. 2 BGB auch für die unmittelbare Beeinträchtigung des Nießbrauchs durch eine Umwandlungsmaßnahme gelten, etwa für den Zustimmungsbeschluss zu einer nicht verhältnismäßigen Umwandlungsmaßnahme, durch welche der Nießbrauch partiell oder auch vollumfänglich („Spaltung zu Null“)<sup>138</sup> zum Wegfall gebracht wird.<sup>139</sup>

<sup>124</sup> Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 73, 102.

<sup>125</sup> Vgl. allgemein zur Legitimationszession Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 17 (m. w. N.).

<sup>126</sup> K. Schmidt, ZGR 1999, 601, 611.

<sup>127</sup> Allgemein zur Zulässigkeit einer Stimmbindung vgl. MünchKomm/Schäfer, 6. Aufl. 2013, § 717 BGB Rn. 26.

<sup>128</sup> Dazu auch Frank, MittRhNotK 1997, 149, 155 (nur durch schuldrechtliche Vereinbarung mit der Gesellschaft); Reichert/Schlitt/Düll

<sup>129</sup> Siehe oben Abschnitt D. IX. 2. b).

<sup>130</sup> Formulierungsbeispiel bei Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Pfisterer, 2010, Abschnitt D. IV. § 2 Ziff. 4.

<sup>131</sup> Hermanns, MittRhNotK 1997, 149, 155 (nur durch schuldrechtliche Vereinbarung mit der Gesellschaft); Reichert/Schlitt/Düll GmbHR 1998, 565, 575 (nur durch entsprechende Satzungsbestimmung).

<sup>132</sup> Scholz/K. Schmidt/Seibt, 11. Aufl. 2012, § 48 GmbHG Rn. 27.

<sup>133</sup> MünchKomm/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1071 BGB Rn. 3.

<sup>134</sup> MünchKomm/Pohlmann, a.a.O.

<sup>135</sup> MünchKomm/Pohlmann, a.a.O., Rn. 4, 7; vgl. auch Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 113 (zum Bezugsrecht auf neue Aktien); ob dies auch für eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen gilt, bei der keine wertmäßige Anteilsverwässerung erfolgt, weil die Einlageleistung dem tatsächlichen Wert der neuen Geschäftsanteile entspricht, erscheint meines Erachtens allerdings fraglich. Denn in diesem Fall sind Vermögensinteressen des Nießbrauchers grundsätzlich nicht tangiert (vgl. dazu auch unten Abschnitt D. IX. 4. a) (aa)).

<sup>136</sup> KölnKomm/Simon, 2009, § 13 UmwG Rn. 70; vgl. zum Ganzen auch unten Abschnitt D. IX. 4. b).

<sup>137</sup> Dazu auch KölnKomm/Simon/Nießen, 2009, § 54 UmwG Rn. 47.

<sup>138</sup> Dazu aktuell auch OLG München RNotZ 2013, 509.

<sup>139</sup> Zwischen Ertrags- und Vollrechtsnießbrauch differenzierend MünchKomm/Pohlmann, 6. Aufl. 2013, § 1071 BGB Rn. 3, Sandhaus, a.a.O. (Fn. 44), S. 302.

Keine Zustimmungsbedürftigkeit gemäß § 1071 BGB besteht hingegen bei der Ausübung eines (unabhängbaren) Kündigungsrechts aus wichtigem Grund, der Erhebung einer Auflösungsklage (§ 61 GmbHG) oder einem umwandlungsbedingten Austritt aus der Gesellschaft nach §§ 29, 125 S. 1, 207 UmwG, da § 1071 BGB insoweit hinter den Grenzen der Privatautonomie des Nießbrauchsbestellers zurücktritt.<sup>140</sup>

Da § 1071 BGB bei Gesellschafterbeschlüssen trotz des insoweit nicht eindeutigen Wortlautes nur die Stimmgabe durch den Gesellschafter betrifft, räumt die Norm dem Nießbraucher kein Vetorecht ein, sodass er mit der erforderlichen Mehrheit zustande gekommene Gesellschafterbeschlüsse genauso gegen sich gelten lassen muss wie der Nießbrauchsbesteller.<sup>141</sup>

#### b) Rechtsfolgen der fehlenden Zustimmung

Speziell in Bezug auf den Nießbrauch an Geschäftsanteilen herrscht im einschlägigen Schrifttum Uneinigkeit, ob die Zustimmung des Nießbrauchers gemäß § 1071 BGB Wirksamkeitsvoraussetzung für die zustimmungsbedürftige Maßnahme ist,<sup>142</sup> oder ob sich das Fehlen der gemäß § 1071 BGB erforderlichen Zustimmung nur dergestalt auf das Innenverhältnis zwischen Nießbrauchsbesteller und Nießbraucher auswirkt, dass der Nießbraucher ggf. zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen berechtigt ist.<sup>143</sup> Vorzugswürdig erscheint letztere Auffassung, da die absolute Unwirksamkeit der Rechtshandlung des Gesellschafters und die damit ggf. verbundene Unwirksamkeit oder Anfechtbarkeit einer gesellschaftsrechtlichen Grundlagenentscheidung eine übermäßige Belastung für die Gesellschaft darstellen würde, dies auch angesichts des Umstandes, dass die Gesellschaft bzw. die Mitgesellschafter nicht zwingend überhaupt Kenntnis von dem Bestehen eines Nießbrauchs haben.<sup>144</sup>

#### c) Gestaltungshinweise

Zur Vermeidung von rechtlichen Unsicherheiten empfiehlt es sich, den Katalog zustimmungsbedürftiger Rechtsakte zwischen Nießbraucher und Gesellschafter vertraglich zu konkretisieren.<sup>145</sup> Da von § 1071 BGB nicht erfasst, empfiehlt sich in diesem Sachzusammenhang regelmäßig auch eine ausdrückliche Regelung zur der Frage, ob oder ggf. mit welchen Einschränkungen der Gesellschafter ohne Zustimmung des Nießbrauchers über den nießbrauchsbelasteten Geschäftsanteil verfügen darf.

Nicht behandelt wird im Schrifttum – soweit ersichtlich –, inwieweit die Streitfrage um die Rechtswirkungen von Maßnahmen, die unter Verstoß gegen das Zustimmungserfordernis des Nießbrauchers aus § 1071 BGB zustande gekommen sind, durch eine entsprechende vertragliche Klarstellung entschärft werden kann. Eine ausdrückliche vertragliche Regelung, dass ein Verstoß des Nießbrauchsbestellers gegen § 1071 BGB keine Außenwirkung hat, sondern allein zu Schadenersatzansprüchen des Nießbrauchers führt, ist meines Erachtens grundsätzlich empfehlenswert und auch rechtlich zulässig, da dadurch Rechtspositionen Dritter nicht beeinträchtigt werden.<sup>146</sup>

#### 4. Surrogationsfälle

Der Nießbrauch setzt sich an Surrogaten des Geschäftsanteils nach zutreffender Auffassung im Wege der dinglichen Surrogation *ipso iure* fort, soweit diese Gegenstand eines Nießbrauchs sein können. Für die Annahme einer dinglichen Surrogation spricht, dass sich dies mit einer Analogie zu § 1075 BGB dogmatisch hinreichend fundieren lässt und zugleich dem Schutzbedürfnis des Nießbrauchers besser Rechnung trägt.<sup>147</sup> Nach der Gegenauffassung besteht zumindest ein schuldrechtlicher Anspruch des Nießbrauchers auf Nießbrauchsbestellung am Surrogat. Zu den Surrogaten des Geschäftsanteils gehören insbesondere:

- Einziehungsentgelte (§ 34 GmbHG)
- Liquidationserlöse (§ 72 GmbHG)<sup>148</sup>
- Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters
- Überschüsse aus dem Verkauf abandonnierter Geschäftsanteile (§ 27 Abs. 2 S. 3 GmbHG)
- Barabfindungen bei Umwandlungen (§ 29 ff., 125, 207 ff. UmwG)
- Rückerstattungen von Nachschüssen (§ 30 Abs. 2 GmbHG)
- Teilerstattungen von Einlagen (§ 58 Abs. 2 GmbHG).<sup>149</sup>

Kapitaleistungen erfolgen dann an Nießbraucher und Gesellschafter gemeinschaftlich (§ 1077 BGB analog), gezahlte Beträge sind nach Wahl des Nießbrauchers mündelsicher anzulegen (§ 1079 BGB analog).<sup>150</sup>

Im Kaduzierungsfall gemäß § 21 GmbHG kommt es hingegen zu einem ersatzlosen Untergang des Nießbrauchs.<sup>151</sup> Ebenfalls keinen Surrogationsfall stellt die Anteilsübertragung dar. Die Abtretung lässt den darauf lastenden Nießbrauch unberührt. Im Rahmen von Anteilsübertragungen erzielte Veräußerungsgewinne ste-

140 Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 101; Fricke, GmbHR 2008, 739, 745.

141 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O., Rn. 10; Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 76.

142 So Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 76, 101 (jedenfalls, wenn Gesellschaft Kenntnis von Nießbrauch hat).

143 So OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 619, 620; MünchKomm/Pohlmann, a.a.O., Rn. 13; Palandt/Bassenge, 73. Aufl. 2014, § 1071 BGB Rn. 1; Reichert/Schlitt/Düll GmbHR 1998, 565, 570.

144 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O., Rn. 13.

145 Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 99; Mohr/Jainta, GmbH-StB 2010, 269, 273.

146 Zu den Grenzen rechtsgeschäftlicher Gestaltung beim Nießbrauch vgl. auch Formularbuch Erbrecht/Dickhuth-Harrach, 2011, 11. Kapitel Rn. 125 (S. 779).

147 MünchKomm/Reichert/Weller, 2010, § 15 GmbHG Rn. 345, 349.

148 a. A. Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 139 (Aufteilung des anteiligen Liquidationserlöses zwischen Nießbraucher und Gesellschafter).

149 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 15 GmbHG Rn. 54; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 215; a. A. Fricke, GmbHR 2008, 739, 743 f. (nur schuldrechtlicher Anspruch auf Neubestellung).

150 Reichert/Schlitt/Düll GmbHR 1998, 565, 568.

151 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 21 GmbHG Rn. 13; MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 41.

hen allein dem (Alt-)Gesellschafter zu, da sie keine Nutzung des Geschäftsanteils darstellen.<sup>152</sup>

### a) Kapitalerhöhung

Nuanciertere Rechtsfragen ergeben sich in Bezug auf die Fortsetzung des Nießbrauchs an im Wege der Kapitalerhöhung aufgestockten bzw. neu ausgegebenen Geschäftsanteilen. Unstreitig ist zunächst, dass weder das Bezugsrecht noch die im Wege der Kapitalerhöhung neu geschaffenen Geschäftsanteile dem Nießbraucher zustehen. Die Frage, inwieweit sich der Nießbrauch an aufgestockten bzw. neuen geschaffenen Geschäftsanteilen fortsetzt oder zumindest ein schuldrechtlicher Anspruch auf eine solche Erstreckung besteht, hängt von der Art der Finanzierung der Kapitalerhöhung ab.<sup>153</sup>

Veräußert der Nießbrauchsbesteller sein Bezugsrecht, kann sich der Nießbrauch nach denselben Grundsätzen, d. h. wiederum in Abhängigkeit von der Art der Finanzierung der Kapitalerhöhung, im Wege dinglicher Surrogation auch am Veräußerungserlös fortsetzen.<sup>154</sup>

#### aa) Kapitalerhöhung gegen Einlagen

Handelt es sich um eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen, erstreckt sich der Nießbrauch grundsätzlich nicht auf die neuen Geschäftsanteile.

Erfolgt die Kapitalerhöhung gegen Einlagen im Wege der Aufstockung bestehender Geschäftsanteile, entsteht dadurch – soweit die zu leistenden Einlagen dem realen Wert der Kapitalerhöhung entsprechen – ein Quotennießbrauch in dem entsprechendem Wertverhältnis zwischen ursprünglichem Nenn- und Aufstockungsbetrag.<sup>155</sup> Entsprechen sich Real- und Nominalwert der Kapitalerhöhung hingegen nicht, richtet sich die Nießbrauchquote richtigerweise nach dem Verhältnis zwischen dem Wert des ursprünglichen Geschäftsanteils und dem im Zuge der Kapitalerhöhung geleisteten Einlagebetrag.<sup>156</sup> Eine solche Festlegung der Nießbrauchquote verhindert bereits *ipso iure* eine anderenfalls, d. h. bei einer ausschließlich an der Relation zwischen ursprünglichem Nenn- und Aufstockungsbetrag orientierten Quotenbildung, eintretende Verwässerung des Nießbrauchs infolge der Kapitalerhöhung.

Werden gegen Gewährung von Einlagen neue Geschäftsanteile ausgegeben, scheidet eine sich *ipso iure* vollziehende Ausgleichung der in Bezug auf den Nießbrauch an den alten Geschäftsanteilen eintretende Wertminderung aus, da sich der Nießbrauch unstreitig nicht an den neu ausgegebenen Geschäftsanteilen fortsetzt. Allerdings steht dem Nießbraucher hier ein Anspruch auf anteilige (Quoten-)Nießbrauchsbestellung an den neu ausgegebenen Geschäftsanteilen zu, soweit die bisherige Rechtsstellung des Nießbrauchers durch die Kapitalerhöhung eine Werteinbuße erlitten hat.<sup>157</sup>

#### bb) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

Andere Grundsätze gelten, wenn die Kapitalerhöhung mit Gesellschaftsmitteln finanziert wird (§ 57 j GmbHG). In diesem Fall handelt es sich um eine reine Umschichtung von Bilanzpositionen, etwa von der freien Rücklage in das Stammkapital der Gesellschaft, sodass sich

der Nießbrauch auch auf die neu ausgegebenen Geschäftsanteile des betreffenden Gesellschafters erstreckt.<sup>158</sup> Bei den neu ausgegebenen Geschäftsanteilen handelt es sich zwar im eigentlichen Sinn nicht um ein Surrogat der bisherigen Mitgliedschaft, sie sind einem solchen Surrogat bei der Frage nach der Fortgeltung der Nießbrauchsbelastung aber funktional gleichgestellt. Streitig ist allerdings wiederum, ob diese Fortgeltung bereits *ipso iure* im Wege der dinglichen Surrogation erfolgt, wie dies vom überwiegenden Teil des Schrifttums vertreten wird, oder ob dem Nießbraucher vielmehr nur ein Anspruch auf entsprechende Nießbrauchsbestellung zusteht.<sup>159</sup>

### b) Umwandlungsmaßnahmen

Rechte Dritter an den Geschäftsanteilen des übertragenden Rechtsträgers setzen sich bei Verschmelzung und Spaltung grundsätzlich im Wege der dinglichen Surrogation an den an ihre Stelle tretenden Anteilen an dem übernehmenden Rechtsträger fort (§§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 2, 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 UmwG). Selbiges gilt gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 2 UmwG für den Formwechsel. Die Streitfrage, ob sich der Nießbrauch im Wege der dinglichen Surrogation *ipso iure* an den neuen Geschäftsanteilen fortsetzt, oder ob nur ein schuldrechtlicher Anspruch auf Neubestellung des Nießbrauchs besteht, erübrigt sich in diesem Kontext aufgrund der eindeutigen Anordnung des Gesetzgebers. Meines Erachtens wird man trotz des Fehlens einer dahingehenden ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung auch davon auszugehen haben, dass sich der Nießbrauch ebenfalls auf sonstige umwandlungsrechtliche Surrogate (bare Zuzahlungen (§§ 5 Abs. 1 Nr. 3, 126 Abs. 1 Nr. 3, 196 UmwG), Barabfindungen (§§ 29, 125 S. 1, 207 UmwG)), erstreckt.<sup>160</sup> Keine Rolle spielt die Frage der dinglichen Surrogation (gemäß 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 UmwG) hingegen bei der Ausgliederung, da die Anteilsinhaber des übertragenden Rechtsträgers keine Anteile an dem übernehmenden Rechtsträger erhalten.<sup>161</sup>

Rechtliche Probleme bereiten allerdings solche Fälle, in denen die dingliche Surrogation mangels Anteilsgewährung ausscheidet. Dies betrifft die Fälle der §§ 20 Abs. 1 Nr. 3 S. 1, 131 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 UmwG (insb.

152 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 64; insoweit missverständlich: Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 91 („Der Nießbrauch erstreckt sich auch auf die Surrogate des Geschäftsanteils wie (. . .) den Kaufpreis“).

153 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 15 GmbHG Rn. 54.

154 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 216.

155 Frank, MittBayNot 2010, 96, 101.

156 BGH GmbHR 1983, 148, 149 (zur Kommanditgesellschaft).

157 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 15 GmbHG Rn. 54; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 216; Lutter/Hommelhoff, 18. Aufl. 2012, § 15 GmbHG Rn. 101; Fricke, GmbHR 2008, 739, 743; Ulmer/Habersack/Winter/Löbke, 2005, § 15 GmbHG Rn. 176 (zumindest schuldrechtlicher Anspruch).

158 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 44; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 216; Soergel/Stürner, 13. Aufl. 2001, § 1068 BGB Rn. 9 b.

159 Vgl. zum Meinungsstand Staudinger/Frank, a.a.O. (Fn. 14), Rn. 105; Fricke, GmbHR 2008, 739, 743.

160 Kallmayer/Meister/Klöcker, 5. Aufl. 2013, § 202 UmwG Rn. 4; Lutter/Decher, 4. Aufl. 2009, § 202 UmwG Rn. 21; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 215.

161 Kallmayer/Sickinger, 5. Aufl. 2013, § 131 UmwG Rn. 26.

Mutter-Tochter-Verschmelzungen/Spaltungen), andererseits solche Fälle, in denen auf die Gewährung von Anteilen an dem übernehmenden/neuen Rechtsträger verzichtet wird (§§ 54 Abs. 1 S. 3, 68 Abs. 1 S. 3 UmwG, 125 S. 1 UmwG) oder in denen die Umwandlungsmaßnahme nicht verhältnismäßig erfolgt. Soweit für die alten Geschäftsanteile keine neuen ausgegeben werden, erlischt der Nießbrauch an den alten Geschäftsanteilen ersatzlos.<sup>162</sup> Im einschlägigen Schrifttum werden für diese Fälle Ansprüche des Nießbrauchers aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB (Eingriffskondition) gegen den übernehmenden Rechtsträger bzw. gegen den Rechtsträger neuer Rechtsform sowie gegen den Nießbrauchsbesteller, andererseits auch Schadensersatzansprüche des Nießbrauchers gegen den Nießbrauchsbesteller diskutiert.<sup>163</sup> Kondiktionsansprüche scheiden allerdings richtigerweise schon mangels Eintritts einer Bereicherung aus.<sup>164</sup> Denkbar bleiben Schadensersatzansprüche gegen den Nießbrauchsbesteller aus der Verletzung des dem Nießbrauch zugrundeliegenden gesetzlichen Schuldverhältnisses, insbesondere wegen Verstoßes gegen das Zustimmungserfordernis aus § 1071 BGB, bzw. der vertraglichen Ausgestaltung des Nießbrauchs.<sup>165</sup> Ist maßgeblicher Anknüpfungspunkt das Abstimmungsverhalten bei einem entsprechenden Zustimmungsbeschluss scheidet ein solcher Schadensersatzanspruch jedoch auf Kausalitätsebene aus, wenn das Zustandekommen des Zustimmungsbeschlusses nicht vom Abstimmungsverhalten des Nießbrauchsbestellers abhing.

### c) Gestaltungshinweise

Auch hinsichtlich der Fortsetzung des Nießbrauchs an Surrogaten des Geschäftsanteils ist eine dezidierte vertragliche Ausgestaltung geboten. Regelungsbedürftig erscheint zwecks Vermeidung der anderenfalls bestehenden rechtlichen Unsicherheiten insbesondere die Frage, ob sich der Nießbrauch *ipso iure* am Surrogat fortsetzt oder ob dem Nießbraucher lediglich ein schuldrechtlicher Anspruch auf Nießbrauchsbestellung am Surrogat zusteht. Empfehlenswert erscheint es insoweit, eine Erstreckung des Nießbrauchs auf das Surrogat ohne weiteres Zutun der Parteien vertraglich ausdrücklich anzuordnen, verbunden mit der Verpflichtung des Nießbrauchsbestellers, für den Fall der rechtlichen Unwirksamkeit einer solchen automatischen Erstreckung eine erneute Nießbrauchsbestellung am Surrogat vorzunehmen.<sup>166</sup> Besteht ein Surrogat in einem Geldbetrag (z. B. ein Liquidationserlös) kann es sich anbieten, bereits vertragliche Regelungen dazu zu treffen, wie ein solcher Geldbetrag nach erfolgter Auszahlung anzulegen ist.<sup>167</sup> Erwägenswert erscheint schließlich noch ein klarstellender Hinweis, dass bei der Fortsetzung des Nießbrauchs am Surrogat bzw. nach Erfüllung eines etwaigen Anspruchs auf Nießbrauchsbestellung am Surrogat auch alle schuldrechtlichen Abreden im Nießbrauchsvertrag *mutatis mutandis* fortgelten.<sup>168</sup>

Weitergehender Regelungsbedarf besteht für Kapitalerhöhungsfälle. Zunächst sollte die vorstehend erörterte Rechtsfolgendifferenzierung zwischen einer Kapitalerhöhung gegen Einlagen und einer solchen aus Gesellschaftermitteln im Detail klarstellend festgeschrieben

werden. Für den Fall, dass der Gesellschafter sein Bezugsrecht nicht selbst ausüben kann bzw. möchte, kann eine Regelung vorgesehen werden, wonach sich der Gesellschafter in diesem Fall zur Abtretung seines Bezugsrechts an den Nießbraucher verpflichtet oder – soweit die Abtretung des Bezugsrechts nach der Satzung der Gesellschaft nicht zulässig ist – der Gesellschafter dennoch zur Bezugsrechtsausübung verpflichtet ist, wenn ihm der Nießbraucher die erforderlichen Mittel (unverzinslich) zur Verfügung stellt.<sup>169</sup> Für den Fall, dass eine Kapitalerhöhung gegen Einlagen erfolgt, die geleisteten Einlagen den inneren Wert der Kapitalerhöhung aber unterschreiten, kann es sich anbieten, die Grundsätze der Anteilsbewertung, die dann für die Bestimmung der Rechte des Nießbrauchers an den aufgestockten bzw. neu ausgegebenen Geschäftsanteilen erforderlich werden kann, sowie einen Streitschlichtungsmechanismus für den Konfliktfall aufzunehmen.<sup>170</sup>

## X. Verbandsrechtliche Pflichtenbindung des Nießbrauchers

Verbandsrechtliche Pflichten aus dem Geschäftsanteil verbleiben weiterhin beim Nießbrauchsbesteller. Auch ständig wiederkehrende Nebenleistungen, die im Zusammenhang mit den Nutzungen des Geschäftsanteils stehen, schuldet der Nießbrauchsbesteller. Im Innenverhältnis zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller hat solche Lasten aber ggf. der Nießbraucher entsprechend §§ 1068 Abs. 2, 1047 BGB zu tragen.<sup>171</sup> Gleichsam dürfte den Nießbraucher mangels Übergangs von Mitverwaltungsrechten auch keine gesellschaftsrechtliche Treuepflicht treffen. Anderes hat richtigerweise aber dann zu gelten, wenn der Nießbraucher durch die vertragliche Übertragung von Mitverwaltungsrechten in die Entscheidungsprozesse der Gesellschaft tatsächlich eingebunden wird.<sup>172</sup>

Allerdings unterliegt der Nießbraucher den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG (analog),<sup>173</sup> dies nach vorzugswürdiger Auffassung auch unabhängig davon, ob ihm im Einzelfall Mitverwaltungsrechte eingeräumt sind. Denn in Bezug auf die Kapitalerhaltungspflichten rückt er schon aufgrund seines Gewinnbezugsrechts in die Gesellschafterstellung ein.<sup>174</sup> Jedenfalls wenn der Nießbraucher auch unternehmerischen Einfluss auf die Gesellschaft ausübt, etwa ver-

162 Lutter/Grunewald, 4. Aufl. 2009, § 20 UmwG Rn. 65.

163 Lutter/Grunewald, 4. Aufl. 2009, § 20 UmwG Rn. 65; Semler/Stengel/Kübler, 3. Aufl. 2012, § 20 UmwG Rn. 80.

164 Lutter/Grunewald, 4. Aufl. 2009, § 20 UmwG Rn. 65; sehr ausführlich auch Sandhaus, a.a.O. (Fn. 44), S. 185 ff.

165 A. A. Sandhaus, a.a.O. (Fn. 44), S. 190 ff.

166 Formulierungsbeispiel bei Krauß, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1261.

167 Reichert/Schlitt/Düll GmbHHR 1998, 565, 575.

168 Vgl. im umwandlungsrechtlichen Kontext: Teichmann, a.a.O. (Fn. 101), 1276.

169 Formulierungsbeispiel bei Krauß, a.a.O. (Fn. 1) Rn. 1261; für Abtretungspflicht auch bei Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Pfisterer, 2010, Abschnitt D. IV. § 2 Ziff. 2.

170 Reichert/Schlitt/Düll, GmbHHR 1998, 565, 575.

171 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 218 m. w. N.

172 Vgl. dazu auch MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 82.

173 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 30 GmbHG Rn. 28; Scholz/Verse, 11. Aufl. 2012, § 30 GmbHG Rn. 51; Münch. Hdb. GesR III/Fronhöfer, 4. Aufl. 2012, § 51 Rn. 44.

174 A. A. aber Fricke, GmbHHR 2008, 739, 744; MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 67.

mittels übertragener Mitverwaltungsrechte oder in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer, kann es gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO (analog) richtigerweise zur nachrangigen Bedienung von Darlehensrückgewähransprüchen des Nießbrauchers in der Insolvenz der Gesellschaft kommen.<sup>175</sup>

### XI. Pflichtenbindung des Gesellschafters gegenüber dem Nießbraucher

Zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller besteht ein gesetzliches Schuldverhältnis, vermöge dessen der Nießbrauchsbesteller die berechtigten Interessen des Nießbrauchers zu wahren hat. Virulent wird diese Pflichtenbindung insbesondere in Hinblick auf die Mitwirkung des Nießbrauchsbestellers an Gewinnverwendungsbeschlüssen der Gesellschaft.<sup>176</sup> Denn betrifft ein Gesellschafterbeschluss die Interessen des Nießbrauchers, folgt aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht des Nießbrauchsbestellers grundsätzlich die Pflicht, die Interessen des Nießbrauchers beim Abstimmungsverhalten zu berücksichtigen oder in Ausnahmefällen sogar dessen Weisungen in Bezug auf die Stimmrechtsausübung zu befolgen.<sup>177</sup> Insbesondere ist es dem Gesellschafter zwar gestattet, bei der Beschlussfassung über die Gewinnverwendung der Bildung angemessener Rücklagen und Rückstellungen zuzustimmen, andererseits darf er sein Stimmrecht nicht dazu missbrauchen, den Gewinnanspruch des Nießbrauchers willkürlich zu mindern oder zu vereiteln.<sup>178</sup>

### XII. Eintragung des Nießbrauchs in die GmbH-Gesellschafterliste

Nach wie vor nicht endgültig geklärt ist die Frage, ob der Nießbrauch an einem GmbH-Geschäftsanteil in die Gesellschafterliste eingetragen werden kann. In der Praxis erfolgt eine solche Eintragung üblicherweise in einer separaten Veränderungs- bzw. Bemerkungsspalte. Eine Pflicht zur Eintragung des Nießbrauchs besteht aufgrund des insoweit eindeutigen Wortlautes von § 16 Abs. 1 GmbHG („Inhaber eines Geschäftsanteils“) unstreitig nicht.<sup>179</sup> Bei einer streng am Wortlaut des § 16 Abs. 1 GmbHG orientierten Normauslegung wäre demnach auch die Frage nach der fakultativen Eintragung zu verneinen.<sup>180</sup> Für die Eintragungsfähigkeit wird in Literatur und Rechtsprechung gleichwohl mit einiger Berechtigung das Argument ins Feld geführt, dass die Gesellschafterliste im Rahmen des MoMiG bewusst zu einer allgemeinen Legitimations- und Rechtsscheingrundlage aufgewertet wurde. Deshalb habe einerseits der Nießbraucher als dinglich Berechtigter am Geschäftsanteil in vergleichbarer Weise wie ein Gesellschafter ein anerkanntes Interesse, sich gegenüber der Gesellschaft auf die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste berufen zu können. Andererseits bestehe auch ein legitimes Interesse des Rechtsverkehrs, durch die Aufnahme des Nießbrauchs in die Gesellschafterliste entsprechende Beteiligungstransparenz zu schaffen.<sup>181</sup>

Genau entgegengesetzt wird im Schrifttum teilweise vorgetragen, für die Eintragung dinglicher Belastungen

in die Gesellschafterliste bestehe kein praktisches Bedürfnis, da dem Nießbraucher regelmäßig keine Mitwirkungsrechte in der Gesellschaft zustünden und § 16 Abs. 3 GmbHG auf dingliche Belastungen eines Geschäftsanteils gerade keine Anwendung finde.<sup>182</sup> Andererseits lässt gerade der Umstand, dass ein gutgläubig lastenfreier Erwerb nicht möglich ist, einen Hinweis auf die bestehende Belastung in der Gesellschafterliste zweckdienlich erscheinen.<sup>183</sup> Diesem Einwand wird wiederum entgegengehalten, dass die Möglichkeit zur Eintragung von Belastungen in die Gesellschafterliste dann, wenn die Gesellschafterliste im Einzelfall keine Belastung ausweise, den ggf. unzutreffenden Eindruck entstehen lassen könne, der betreffende Geschäftsanteil sei lastenfrei.<sup>184</sup>

Interessanterweise bejaht die wohl herrschende Meinung zu der im aktienrechtlichen Schrifttum geführten Paralleldiskussion, ob dingliche Belastungen der Aktie mit der Legitimationswirkung des § 67 Abs. 2 AktG in das Aktionärsregister eingetragen werden können, die Eintragungsfähigkeit mit dem Argument, dem Nießbraucher (oder Pfandgläubiger) solle zum einen die Legitimationswirkung der Eintragung zugutekommen, zum anderen solle für die Gesellschaft Klarheit geschaffen werden, an wen Dividendenzahlungen zu erfolgen haben.<sup>185</sup> Diese Argumente ließen sich dem Grunde nach auch auf die Eintragung des Nießbrauchers in die GmbH-Gesellschafterliste übertragen.<sup>186</sup>

Jedoch hat der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 20. 9. 2011 betreffend die Eintragung einer aufschiebend bedingten Anteilsübertragung in die Veränderungsspalte einer Gesellschafterliste zwischenzeitlich geurteilt, dass es nicht im Belieben der Beteiligten stehe, die Gesellschafterliste um gesetzlich nicht vorgesehene Angaben zu ergänzen und dem Grundsatz der Registerklarheit insoweit der Vorrang gebühre.<sup>187</sup> Diese Ausführungen legen den Schluss nahe, dass der Bundesgerichtshof Belastungen von GmbH-Ge-

175 BGH ZNotP 2011, 349 ff. (zu § 32 a Abs. 3 S. 1 GmbHG a.F. (m. w. N. zum Meinungsspektrum)); Krauß, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1260; Michalski/Ebbing, 2. Aufl. 2010, Anh. II §§ 32 a, 32 b a.F. GmbHG Rn. 12; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 218.

176 Fricke, GmbHR 2008, 739, 742, 744.

177 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 15 GmbHG Rn. 53; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 217.

178 Soergel/Stürner, 13. Aufl. 2001, § 1068 BGB Rn. 7 g; Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 98.

179 MünchKomm/Pohlmann, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 84, Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 40 GmbHG Rn. 15 b.

180 Baumbach/Hueck/Fastrich, 20. Aufl. 2013, § 16 GmbHG Rn. 9; Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 15 f. (aber analoge Anwendung von § 16 Abs. 1 GmbHG „rechtspolitisch wünschenswert“); Münch. Hdb. GesR III/Kraus, a.a.O. (Fn. 3), Rn. 87; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 408; Hasselmann, NZG 2009, 409, 412 Fn. 50; ders., NZG 2009, 449, 451.

181 LG Aachen RNotZ 2009, 409, 410; Mohr/Jainta, GmbH-StB 2010, 269, 270; ebenfalls befürwortend Heckschen/Heidinger, 2009, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, § 13 Rn. 288; Wälzholz, MittBayNot 2010, 73 f.; Reymann, GmbHR 2009, 343, 347.

182 Frank, MittBayNot 2010, 96, 98.

183 In diese Richtung auch Heckschen/Heidinger, a.a.O.

184 Hasselmann, NZG 2009 449, 451.

185 Vgl. nur Spindler/Stilz/Cahn, 2. Aufl. 2010, § 67 AktG Rn. 24.

186 So Reymann, WM 2008, 2095, 2102.

187 BGH DNotZ 2011, 943, 944; vgl. auch OLG München RNotZ 2012, 134 ff. (Zurückweisung einer GmbH-Gesellschafterliste mit Testamentsvollstreckervermerk).



schäftsanteilen grundsätzlich für nicht eintragungsfähig erachtet.<sup>188</sup> Soweit in der Vergangenheit argumentiert wurde, die Eintragung von Belastungen in die Gesellschafterliste müsse jedenfalls bis zu einer höchstgerichtlichen Klärung der Reichweite von § 16 Abs. 3 GmbHG in Bezug auf die Möglichkeit zum gutgläubig lastenfreien Geschäftsanteilerwerb möglich sein,<sup>189</sup> ist dies durch den vorgenannten Beschluss des Bundesgerichtshofs nun ebenfalls geklärt, da der Bundesgerichtshof dem gutgläubig lastenfreien Erwerb von Geschäftsanteilen in seiner Entscheidung eine eindeutige Absage erteilt.<sup>190</sup> Auch kein praktisches Bedürfnis besteht daher mehr für die im Schrifttum in der Vergangenheit vereinzelt befürwortete Lösung, den Nießbrauch als Widerspruch im Sinne des § 16 Abs. 3 S. 3–5 GmbHG in die Gesellschafterliste einzutragen.<sup>191</sup>

Ob allerdings aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 14. 2. 2012<sup>192</sup>, in welchem das Gericht die Eintragungsfähigkeit eines eine Kommanditbeteiligung betreffenden Dauertestamentsvollstreckervermerks in das Handelsregister bejahte, wiederum gegenteilige Rückschlüsse auf die Eintragungsfähigkeit von Belastungen in die GmbH-Gesellschafterliste gezogen werden können, erscheint aufgrund der personengesellschaftsspezifischen Argumentation des Bundesgerichtshofs in den Urteilsgründen eher zweifelhaft.<sup>193</sup>

Abschließend sei noch erwähnt, dass in der Literatur in der Vergangenheit mitunter vertreten wurde, Belastungen von Geschäftsanteilen könnten jedenfalls dann in die Gesellschafterliste eingetragen werden, wenn dies im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorgesehen/angeordnet sei.<sup>194</sup> Da der Bundesgerichtshof nunmehr gegen die Eintragung von Belastungen in die Gesellschafterliste in erster Linie aufgrund des Einwandes der Registerklarheit eintritt, darf jedoch bezweifelt werden, dass die inhaltliche Gestaltung der Gesellschafterliste nach Auffassung des Bundesgerichtshofs in diesem Punkt in das Belieben der Gesellschaft(er) gestellt werden kann.

## E. Steuerrechtliche Betrachtung

In der steuerrechtlichen Betrachtung wirft die Bestellung eines Nießbrauchs an GmbH-Geschäftsanteilen einerseits die Frage auf, wem die aus der Unternehmensbeteiligung resultierenden Kapitalerträge einkommensteuerlich zuzurechnen und von wem sie damit zu versteuern sind. Andererseits ist insbesondere für die notarielle Beratungspraxis auch die erbschafts- und schenkungsteuerliche Behandlung der erörterten Nießbrauchsgestaltungen von zentraler Bedeutung.

### I. Einkommensteuerrecht

Die einkommensteuerliche Behandlung des Nießbrauchs an GmbH-Geschäftsanteilen wirft in Rechtsprechung und Schrifttum äußerst kontrovers diskutierte Rechtsfragen auf. Insbesondere hinsichtlich der Einkommenszurechnung beim Zuwendungsnießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen besteht zwischen Rechtsprechung und Finanzverwaltung auf der einen und dem

einschlägigen Schrifttum auf der anderen Seite nach wie vor große Uneinigkeit. Im Rahmen einer dogmatischen Annäherung an diesen Themenkreis gilt es zwei unterschiedliche Gesichtspunkte zu erörtern: in erster Linie die Frage nach der Verwirklichung des relevanten Einkommensteueratbestandes gemäß § 2 Abs. 1 EStG iVm § 20 EStG durch den Nießbraucher oder den Nießbrauchsbesteller, zum anderen aber auch die Frage nach der Zuordnung eines Wirtschaftsgutes, hier der nießbrauchbelasteten GmbH-Geschäftsanteile, gemäß § 39 AO.

### 1. Einkünfterzielung durch den Nießbraucher

Einkünfte sind einkommensteuerrechtlich nach § 2 Abs. 1 EStG demjenigen zuzurechnen, der sie erzielt. Das ist dem Grunde nach derjenige, der den betreffenden Steueratbestand im Sinne des § 2 Abs. 1 EStG iVm §§ 13 bis 24 EStG verwirklicht. Speziell bei der Frage nach der Zurechnung von Einkünften beim Nießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen gemäß § 2 Abs. 1 EStG iVm § 20 EStG differenzieren Rechtsprechung und Finanzverwaltung zwischen Vorbehalts- und Vermächtnisnießbrauch auf der einen und dem Zuwendungsnießbrauch auf der anderen Seite.

#### a) Vorbehalts- und Vermächtnisnießbrauch

Der Bundesfinanzhof sowie dem folgend die Finanzverwaltung gehen davon aus, dass im Falle des Vermächtnis- oder Vorbehaltsnießbrauchs für die ertragsteuerliche Betrachtung eine Zurechnung der Erträge aus dem Kapitalvermögen auf Ebene des Nießbrauchers zu erfolgen hat.<sup>195</sup> Für den Vorbehaltsnießbrauch wird dies damit begründet, dass der Vorbehaltsnießbraucher sich lediglich die ihm schon vorher als Eigentümer zustehenden Rechte vorbehalten habe,<sup>196</sup> für den Vermächtnisnießbrauch damit, dass der dem Erben anfallende Nachlass von vornherein mit der Vermächtnisverpflichtung belastet sei, was ausschließe, die Erträge des nießbrauchbelasteten Vermögens dem Erben zuzurechnen.<sup>197</sup> Für die einkommensteuerliche Betrachtung stellt die Nießbrauchsbestellung weder beim Vorbehalts- noch beim Vermächtnisnießbrauch eine Gegenleistung des Nießbrauchers für die Vermögensübertragung dar, sodass diese Vermächtnisformen stets als unentgeltlich zu gelten haben.<sup>198</sup> Soweit der Nießbraucher vertraglich zur Übernahme von Aufwendungen verpflichtet ist, kann er diese nach § 9 EStG als Werbungskosten geltend machen, während der Nießbrauchsbesteller weder steuerlich relevante Einnahmen

188 Blasche, RNotZ 2014, 34, 36.

189 Link, RNotZ 2009, 193, 204.

190 Vgl. oben Abschnitt D. VI.

191 Reymann, WM 2008, 2095, 2102 f.; ders. GmbHR 2009, 343, 347.

192 DNotZ 2012, 788 ff.; vgl. auch OLG Stuttgart RNotZ 2013, 452 (Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs am Kommanditanteil).

193 Blasche, RNotZ 2014, 34, 36.

194 Scholz/Seibt, a.a.O. (Fn. 42), Rn. 15 f.; MünchAnwHdb. GmbH-Recht/Seibt, 2. Aufl. 2009, § 2 Rn. 231 d (einschließlich Formulierungsvorschlag).

195 BFH BStBl. 1979 II S. 562, 564; BFM BStBl. 1983 I, 508, 512 (Nießbrauchserlass).

196 Vgl. Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1358.

197 BFH BStBl. II 1979, 562, 565.

198 Fricke, GmbHR 2008, 739, 745; Milatz/Sonnenborn, DStR 1999, 137, 139.

erzielt noch die Möglichkeit zum Abzug von Werbungskosten hat.<sup>199</sup>

## b) Zuwendungsnießbrauch

### aa) Auffassung von Rechtsprechung und Finanzverwaltung

Für den Zuwendungsnießbrauch gehen der Bundesfinanzhof<sup>200</sup> sowie dem folgend die Finanzverwaltung<sup>201</sup> davon aus, dass die Erträge aus nießbrauchsbelastetem Kapitalvermögen in der einkommensteuerlichen Betrachtung nicht dem Nießbraucher, sondern allein dem Nießbrauchsbesteller zuzurechnen sind. Grundlage dieser Auffassung ist der Befund, dass Einkünfte aus Kapitalvermögen im Sinne des § 20 EStG nur erziele, wer Kapital im eigenen Namen und auf eigene Rechnung gegen Entgelt zur Nutzung überlasse. Diese Voraussetzung erfülle der Nießbraucher, der die auf ihn übergegangenen Gewinnansprüche lediglich einziehe, nicht. Insoweit wird die Bestellung eines Zuwendungsnießbrauchs letztlich der Vorausabtretung künftiger Gewinnansprüche gleichgestellt, bei der der Anspruch auf Gewinnausschüttung unverändert in der Person des Gesellschafters entsteht und sich die – eine juristische Sekunde später erfolgende – Abtretung im nicht steuerbaren privaten Vermögensbereich vollzieht und deshalb die Zurechnung der Kapitaleinkünfte nicht verlagert.<sup>202</sup> Konsequenterweise führt die Einziehung der Gewinnansprüche durch den Nießbraucher nicht zu einem steuerlich relevanten Einkünftebestand auf Seiten des Nießbrauchers. Dies gilt auch unabhängig davon, ob der Zuwendungsnießbrauch entgeltlich oder unentgeltlich bestellt wurde, da der Nießbrauchsbesteller lediglich Erträge weiterleitet und damit Kapitalvermögen (wie bisher) im eigenen Namen und auf eigene Rechnung zur Einkünfterzielung an Dritte überlässt.

Allein auf Seiten des Nießbrauchsbestellers liegt der Unterschied zwischen einem entgeltlich und einem unentgeltlich bestellten Zuwendungsnießbrauch darin, dass der Nießbrauchsbesteller im Fall der entgeltlichen Nießbrauchsbestellung das Entgelt gemäß § 20 Abs. 3 EStG „an Stelle“ der Einnahmen im Sinne von § 20 Abs. 1 EStG zu versteuern hat, während der Nießbraucher auch hier lediglich eine Forderung einzieht, so dass die Kapitalerträge bei ihm nicht zu besteuern sind.<sup>203</sup>

### bb) Kritik im Schrifttum

Im Schrifttum ist diese einkommensteuerliche Behandlung des Nießbrauchs an Kapitalgesellschaftsanteilen zu Recht auf Kritik gestoßen.<sup>204</sup> § 20 Abs. 5 S. 3 EStG ist die gesetzgeberische Wertung zu entnehmen, dass der Nießbraucher Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielen kann – und zwar auch dann, wenn er nicht wirtschaftlicher Eigentümer im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO ist.<sup>205</sup> Eine Beschränkung dieser Möglichkeit auf bestimmte Nießbrauchsarten ist § 20 Abs. 5 S. 3 EStG nicht zu entnehmen.<sup>206</sup> Das Argument der einkommensteuerlichen Einstufung des Nießbrauchs an Kapitalvermögen als Vorausabtretung der künftigen Erträge verfährt nicht, da der Nießbraucher in die Rechtsstellung des Nießbrauchsbestellers einrückt und kraft dieser eigenen Rechtstellung, welche gemäß dem ge-

setzlichen Leitbild der §§ 1068 Abs. 2, 1030 ff. BGB deutlich über die rechtliche Stellung eines Zessionars hinausreicht, die künftigen Ertragsansprüche erwirbt.<sup>207</sup> Kritikwürdig erscheint auch, dass Rechtsprechung und Finanzverwaltung bei ihrer Fallgruppenbildung unterschiedliche Zuordnungskriterien zugrunde legen: Obwohl beim Vorbehaltsnießbrauch maßgeblich auf den Umstand abgestellt wird, dass dem Vorbehaltsnießbraucher die Kapitalerträge aus dem betreffenden Geschäftsanteil „gebühren“, spielt dieser Umstand beim Zuwendungsnießbraucher keine Rolle, während dort das Abstellen auf das Merkmal der Kapitalüberlassung zu dem Ergebnis führt, dass der Nießbrauchsbesteller in der ertragsteuerlichen Betrachtung Einkünfte aus Kapitalvermögen erzielt, ohne tatsächlich Anspruch auf diese Einkünfte zu haben.<sup>208</sup>

Vorzugswürdig erscheint es daher, dem Nießbraucher die Erträge auch einkommensteuerlich nach allgemeinen Grundsätzen trotz seiner fehlenden Anteilseignerstellung dann zuzurechnen, wenn seine Rechtsstellung über das bloße Einziehen der Einkünfte hinausgeht und er in der Lage ist, maßgeblichen Einfluss auf die Verwaltung des Kapitalvermögens zu nehmen.<sup>209</sup> Demnach erzielt selbst Einkünfte aus Kapitalvermögen, wer in der Lage ist, Marktchancen zu nutzen, das Vermögen zu verwalten, die Modalitäten der Kapitalanlage zu verändern oder die Leistung durch Zurückziehung des Kapitals zu verweigern.<sup>210</sup> Maßgeblich ist daher, ob der Nießbraucher durch die Ausübung oder durch Einflussnahme auf die Ausübung von Mitgliedschaftsrechten und/oder Einfluss auf die Geschäftsführung die Ertragsträchtigkeit der Beteiligung beeinflussen kann.<sup>211</sup> Vorzugswürdig erscheinen diese vom herrschenden Schrifttum vertretenen Zurechnungsgrundsätze auch deshalb, weil sie die einkommensteuerliche Situation beim Zuwendungsnießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen an die beim Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen angleichen.<sup>212</sup> Denn beim Nießbrauch an Personengesellschaftsanteilen erzielt der Nießbrau-

199 Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 140.

200 BFH BStBl. 1977 II S. 115 ff.

201 BFM BStBl. 1983 I, 508, 512 f. (Nießbraucherlass).

202 Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 140; zur steuerrechtlichen Behandlung der Vorausabtretung von Gewinnansprüchen vgl. Hottmann/Zimmermann/Vogl/Jäger/Meermann/Schaerle/Kiebele, Die GmbH im Steuerrecht, 3. Aufl. 2011, Abschn. G. Rn. 58.

203 BFM BStBl. 1983 I, 508, 513 (Nießbraucherlass); Formularbuch Recht und Steuern/Streck/Schwedhelm, 7. Aufl. 2011, A. 6.40 Rn. 16; Hermann/Heuer/Raupach/Harenberg, Loseblatt, Stand: 2013, § 20 EStG Rn. 29; Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1371; a. A. aber offenbar Kirchhof/Fischer, 10. Aufl. 2011 § 20 EStG Rn. 20 (zusätzliche Besteuerung der eingezogenen Gewinnanteile beim Nießbraucher).

204 Staudinger/Frank, Neubearbeitung 2009, vor § 1030 BGB, Rn. 129 ff. (m. w. N.); Janssen/Nickel, a.a.O. (Fn. 5), S. 87 ff.; Milatz/Sonneborn, a.a.O., 141.

205 Zu § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO vgl. unten Abschnitt E. I. 2.

206 Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1334; Frank, MittBayNot 2010, 96, 103.

207 Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1335 f.

208 Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 141.

209 FG Münster RNotZ 2004, 50, 52; Mohr/Jainta, GmbH-StB 2010, 269, 273.

210 BFH DStRE 2001, 1086, 1087.

211 Tipke/Lang, Steuerrecht, 21. Aufl. 2012, § 9 Rn. 160; Milatz/Sonneborn, a.a.O., 142 (Kriterium der „Bewirtschaftungs- und Dispositionsbefugnis“).

212 Zu diesem Kritikpunkt auch Milatz/Sonneborn, a.a.O., 141.

cher Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 15 Abs. 1 Nr. 2 EStG, wenn er in die Position eines Mitunternehmers einrückt, weil er durch die Ausübung von Verwaltungs- und Verfügungsbefugnissen in gleicher Weise wie ein Gesellschafter erfolgsabhängige Bezüge erwirtschaftet (Mitunternehmerinitiative und -risiko).<sup>213</sup>

## 2. Nießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer

Die Frage, ob der Nießbrauchsbesteller oder der Nießbraucher die auf die nießbrauchsbelasteten Geschäftsanteile entfallenden Gewinne zu versteuern hat, wird regelmäßig unter dem vorstehend erörterten Gesichtspunkt der Einkommenszurechnung im Sinne von § 2 Abs. 1 EStG iVm § 20 EStG diskutiert. Allerdings ist für die Zuordnung der Einkommensteuerpflicht zwischen Nießbraucher und Nießbrauchsbesteller gegebenenfalls auch die vorgelagerte Frage von Bedeutung, wem die nießbrauchbelasteten Geschäftsanteile als Wirtschaftsgut im Sinne von § 39 AO zuzurechnen sind.<sup>214</sup> Gemäß § 39 Abs. 1 AO sind Wirtschaftsgüter grundsätzlich dem Eigentümer im zivilrechtlichen Sinn, d. h. vorliegend dem Nießbrauchsbesteller, zuzuordnen. Die Ausnahmevorschrift des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO sieht jedoch vor, dass ein Wirtschaftsgut abweichend davon dem wirtschaftlichen Eigentümer zuzuordnen ist, d. h. demjenigen, der die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Die Erfüllung des Ausnahmetatbestandes des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO präjudiziert insoweit auch die nachgelagerte Frage der Einkommenszurechnung gemäß §§ 2 Abs. 1, 20 EStG beim wirtschaftlichen Eigentümer.

Relevant erscheint die Sonderregelung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO vor allem für den Zuwendungsnießbrauch. Denn unabhängig von der Einkünftezurechnung gemäß § 2 Abs. 1 EStG iVm § 20 EStG könnten die auf nießbrauchbelastete Geschäftsanteile entfallenden Gewinne somit ausnahmsweise dann beim Zuwendungsnießbraucher zu versteuern sein, wenn die betreffenden Geschäftsanteile im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO in seinem wirtschaftlichen Eigentum stehen. Im einschlägigen Schrifttum wurde deshalb in der Vergangenheit auch vorgeschlagen,<sup>215</sup> die gewünschte Einkünfteerzielung durch den Zuwendungsnießbraucher nicht auf der Ebene der Einkünftezurechnung, sondern durch eine Verlagerung der wirtschaftlichen Anteilseignerschaft im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zu erzielen. Ob dies, etwa durch die umfassende Verlagerung von Mitverwaltungsrechten auf den Nießbraucher, erreicht werden kann, ist bisher jedoch nicht abschließend geklärt. Denn selbst bei einem auf Lebenszeit bestellten Nießbrauch erschöpft sich der Wert des nießbrauchbelasteten Geschäftsanteils aufgrund der theoretisch ewigen Nutzungsdauer des Geschäftsanteils – von Sonderfällen abgesehen – nicht während der Dauer der Nießbrauchsbestellung („für die gewöhnliche Nutzungsdauer“).<sup>216</sup> Auch kann der Nießbraucher nicht über den Geschäftsanteil verfügen, sodass dem Nießbraucher selbst im Fall des Vollrechtsnießbrauchs, d. h. bei weitreichendster Einräumung von Mitverwaltungs-

rechten zugunsten des Nießbrauchers, dem Grunde nach nur die Nutzung (auf Zeit), nicht jedoch die für die wirtschaftliche Eigentumszurechnung maßgebliche Substanz zusteht.<sup>217</sup> Eine abweichende Bewertung läge nach diesen Grundsätzen nur nahe, wenn dem Nießbraucher auch der Erlös aus einer Anteilsveräußerung durch den Gesellschafter zustünde oder ihm eine Vollmacht zur Anteilsverwertung auf eigene Rechnung eingeräumt würde.<sup>218</sup>

Mit Urteil vom 24. Januar 2012<sup>219</sup> hat der Bundesfinanzhof nun jedoch zu § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO speziell in Bezug auf den Verbleib wirtschaftlichen Eigentums beim Vorbehaltsnießbraucher in einer Form Stellung genommen, die einen weiterreichenden Anwendungsbereich von § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO beim Nießbrauch an Geschäftsanteilen nahelegt. Der Bundesfinanzhof kam in seiner Urteilsbegründung zu dem Ergebnis, dass die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter Nießbrauchsvorbehalt keinen unentgeltlichen Erwerb im Sinne von § 17 Abs. 2 S. 5 EStG darstellt, wenn der Nießbrauch sich auf die gesamte Beteiligung erstreckt und dem Nießbraucher im konkreten Fall die Ausübung aller mit der Beteiligung verbundener wesentlicher Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte) sowie deren effektive Durchsetzung im Konfliktfall verbleibt.<sup>220</sup> Ob dies der Fall ist, sei nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu würdigen.<sup>221</sup> Grundlage für die Aufhebung der Vorinstanz und Zurückverweisung war für den Bundesfinanzhof im zur Entscheidung stehenden Fall nach Maßgabe dieser Grundsätze, dass dem Vorbehaltsnießbraucher eine unwiderrufliche Vollmacht zur Ausübung des Stimmrechts in sämtlichen Gesellschaftsangelegenheiten eingeräumt worden war und der Gesellschafter sich dazu verpflichtet hatte, von seinem eigenen Stimmrecht hinsichtlich der übertragenen Geschäftsanteile keinen Gebrauch zu machen bzw. ersatzweise nach Weisung des Nießbrauchers abzustimmen.<sup>222</sup>

Eher fraglich ist jedoch, ob diese Urteilsgründe zwanglos auf die Frage nach der Verlagerung des wirtschaftlichen Eigentums auf den Zuwendungsnießbraucher mit der Folge einer entsprechenden Einkünfteverlagerung

213 Vgl. zum Ganzen Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1201 ff.

214 Zur Differenzierung zwischen Einkünften und Wirtschaftsgütern auf Ebene des § 39 AO vgl. nur Klein/Ratschow, 11. Aufl. 2012, § 39 AO Rn. 9; speziell in Bezug auf den Nießbrauch an Geschäftsanteilen scheint diese Differenzierung im Schrifttum jedoch oftmals zu verschwimmen (vgl. etwa Schwarz, Loseblatt, Stand: 2014, § 39 AO Rn. 63; Tipke/Kruse/Drüen, Loseblatt, Stand: 2013, § 39 AO Rn. 61; klar differenzierend aber FG Münster RNotZ 2004, 51 ff.).

215 Littmann/Bitz/Pust/Schlotter, Loseblatt, Stand: Februar 2014, § 20 EStG Rn. 52, 55; Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 142.

216 FG Münster RNotZ 2004, 50, 52; Daragan, ZEV 2012, 284, 286 f. (Anm. zu BFH MittBayNot 2013, 84); diese Einschätzung deckt sich letztlich auch mit der Rechtsprechung zur Unanwendbarkeit von § 1365 BGB auf die Nießbrauchsbestellung, da durch diese nicht der gesamte Substanzwert „konsumiert“ werde (vgl. BGH FamRZ 1966, 22, 23 zum Grundstücksnießbrauch).

217 Daragan, a.a.O., 286 f.

218 Daragan, a.a.O., 287.

219 BFH MittBayNot 2013, 84 ff.

220 BFH MittBayNot 2013, 84 f.

221 BFH MittBayNot 2013, 85.

222 BFH MittBayNot 2013, 85; zur Problematik der unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht vgl. jedoch auch oben Abschnitt D. IX. 2. c) aa).

übertragen werden können.<sup>223</sup> Demnach wäre – vergleichbar den von der herrschenden Meinung im Schrifttum bereits auf der Ebene der Einkommenszurechnung vertretenen Zurechnungsprinzipien – durch eine Verlagerung des wirtschaftlichen Eigentums die Einkünfteerzielung beim Zuwendungsnießbraucher dadurch zu erzielen, dass ihm durch die Einräumung einer entsprechend ausgestalteten Stimmrechtsvollmacht bzw. umfassenden Weisungsrechten die Stimmrechte aus den betreffenden Gesellschaftsanteilen zugewiesen werden. Für diese Schlussfolgerung spricht, dass der Bundesfinanzhof in seiner Urteilsbegründung allgemeine Rechtsprechungsgrundsätze für die Zurechnung des wirtschaftlichen Eigentums am Geschäftsanteil aufstellt, sodass eine Beschränkung dieser Erwägungen speziell auf den Vorbehaltsnießbrauch weder erkennbar noch dogmatisch folgerichtig wäre. Andererseits ist zu bedenken, dass der Entscheidungskontext hier ein gänzlich anderer war: Zur Entscheidung stand allein die Frage, ob durch die seinerzeitige Anteilsübertragung unter Nießbrauchsvorbehalt bereits ein unentgeltlicher Anteilserwerb im Sinne des § 17 Abs. 2 S. 5 EStG stattgefunden hatte, da der Gesellschafter die seinerzeitigen Anschaffungskosten des Nießbrauchers (zusätzlich zu einer an den Nießbraucher gezahlten Ablöse für den Verzicht auf den Nießbrauch) in diesem Fall gemäß § 17 Abs. 2 S. 5 EStG von seinem Veräußerungserlös in Abzug hätte bringen können. Zum anderen zeigt die zur Einkommenszurechnung beim Nießbrauch an Kapitalgesellschaftsanteilen geführte Diskussion, dass Rechtsprechung und Finanzverwaltung zu einer Nießbrauchsart aufgestellte Rechtsprechungsgrundsätze gerade nicht zwingend auch auf eine andere übertragen.

### 3. Folgen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Gestaltungspraxis bleibt damit festzuhalten, dass der Vorbehalts- und Vermächtnisnießbrauch geeignete Gestaltungsmittel für eine flexible Zuweisung von Substanz und Ertrag darstellen, während eine Einkommensverlagerung auf den Nießbraucher durch die Bestellung eines Zuwendungsnießbrauchs an GmbH-Geschäftsanteilen nach derzeitigem Diskussionsstand nach wie vor mit erheblichen rechtlichen Unsicherheiten behaftet ist.

Soweit im einschlägigen Schrifttum trotz der zur Einkommenszurechnung beim Zuwendungsnießbrauch vertretenen Auffassung von Finanzverwaltung und Rechtsprechung angeregt wird, dem Nießbraucher möglichst weitreichende Mitwirkungsrechte (Stimmrechtsvollmacht, Weisungsrechte etc.) einzuräumen, um die Chancen einer Einkünftezuordnung beim Nießbraucher zu erhöhen,<sup>224</sup> ist dies mit der gebotenen Vorsicht zu behandeln, da eine letztgültige höchstrichterliche Klärung zu dieser Frage weiterhin aussteht und die vorgeschlagene Literaturauffassung – soweit ersichtlich – auch auf unterinstanzlicher Ebene bisher keinen breiten Anklang gefunden hat.<sup>225</sup> In jedem Fall erfordert ein solches Vorgehen aus notarieller Sicht eine dezidierte Abstimmung mit einem versierten Steuerrechtler sowie idealerweise auch eine vorbeugende Klärung der ertragsteuerlichen Folgen der gewählten Gestaltung durch Einholung einer verbindlichen Auskunft bei der

zuständigen Finanzbehörde.<sup>226</sup> Im Zweifel dürfte es sich darüber hinaus empfehlen, den Zuwendungsnießbrauch der Höhe nach ausdrücklich auf die Erträge nach Abzug einer möglichen Einkommensteuerbelastung beim Nießbrauchsbesteller zu begrenzen.<sup>227</sup>

Ob sich aus dem Urteil des Bundesfinanzhofs vom 24. Januar 2012 erweiterte Spielräume für die Verlagerung des wirtschaftlichen Eigentums und damit der Einkünfteerzielung auf den Zuwendungsnießbraucher ergeben, bleibt meines Erachtens abzuwarten. Möchte man die vom Bundesfinanzhof darin aufgestellten Rechtsprechungsgrundsätze für eine Einkommensverlagerung auf den Zuwendungsnießbraucher fruchtbar machen, kann es sich empfehlen, die Verlagerung von Mitverwaltungsrechten auf den Zuwendungsnießbraucher dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt möglichst dezidiert nachzubilden. Folglich sind dem Zuwendungsnießbraucher zeitlich unbegrenzt möglichst umfassende Mitverwaltungsrechte, d. h. insbesondere eine im Grundsatz unwiderrufliche Stimmrechtsvollmacht nebst (schuldrechtlichem) Stimmrechtsverzicht bzw. Weisungsrechte des Nießbrauchers zuzubilligen. Für die Unwiderruflichkeit der Stimmrechtsvollmacht sowie flankierende Stimmbindungs- bzw. Stimmrechtsverzichtsabreden sind die bereits erörterten rechtlichen Grenzen zu beachten.<sup>228</sup> Aufgrund der nach wie vor unsicheren Rechtslage erscheint auch hier in jedem Fall die Einholung einer verbindlichen Auskunft sowie – selbstredend – die dezidierte Abstimmung mit einem versierten Steuerrechtler geboten.

## II. Erbschaft- bzw. Schenkungsteuerrecht

### 1. Zuwendungs- bzw. Vermächtnisnießbrauch

Die unentgeltliche Nießbrauchsbestellung an GmbH-Geschäftsanteilen in Form eines Zuwendungs- oder Vermächtnisnießbrauchs ist als Erwerb von Todes wegen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) bzw. als Schenkung unter Lebenden (§ 7 Abs. 1 ErbStG) dem Grunde nach erbschaft- bzw. schenkungsteuerpflichtig. Eine Ausföhrung der Schenkung im Sinne von § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG ist auch dann gegeben, wenn der Schenker aufgrund eines entsprechend ausgestalteten Vorbehaltsnießbrauchs wirtschaftlicher Eigentümer der Geschäftsanteile bleibt.<sup>229</sup>

Die Bewertung des Nießbrauchs an GmbH-Geschäftsanteilen für erbschaftsteuerliche Zwecke richtet sich nach dem BewG (§ 13 Abs. 1 ErbStG), wobei das Nutzungsrecht am Geschäftsanteil und nicht der Geschäftsanteil selbst den zu bewertenden Erwerbs-

223 In diese Richtung wohl Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 671, 677.

224 Littmann/Bitz/Pust/Schlotter, Loseblatt, Stand: Februar 2014, § 20 EStG Rn. 47, 49; Scherer/von Sothen, Münchener Anwalts-handbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 36 Rn. 240 (mit ausführlichem Katalog ggf. regelungsbedürftiger Punkte); Milatz/Sonneborn, DStR 1999, 137, 142.

225 Vgl. allein FG Münster RNotZ 2004, 50 ff.

226 So auch die Empfehlung bei Milatz/Sonneborn, a.a.O., 143.

227 Milatz/Sonneborn, a.a.O., 142; Mohr/Jainta, GmbH-StB 2010, 269, 274.

228 Vgl. oben Abschnitt D. IX. 2. c) aa).

229 BFH BStBl. 1983 II S. 179; Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1566.

gegenstand darstellt. Der Nießbrauch wird insoweit mit dem Kapitalwert bewertet, der einem Vielfachen der jährlichen Nutzung (Jahreswert) entspricht, wobei der Jahreswert sich höchstens auf den nach den Bestimmungen des BewG anzusetzenden Wert des Geschäftsanteils geteilt durch 18,6 beläuft (§§ 13–16 BewG, Anlage 9 a BewG). Maßgeblich für die Ermittlung des Jahreswertes sind gemäß § 15 Abs. 3 BewG der Durchschnitt der in Zukunft voraussichtlich anfallenden Jahreserträge, was aufgrund der eingeschränkten Prognostizierbarkeit von Unternehmensgewinnen in der Praxis zu erheblichen Bewertungsschwierigkeiten führt. Ist der gemeine Wert des Nießbrauchs nachweislich geringer oder höher als der so ermittelte Kapitalwert, so ist der nachgewiesene gemeine Wert zugrunde zu legen (§ 13 Abs. 3 BewG). Der Bundesfinanzhof hat dazu allerdings einschränkend geurteilt, dass der abweichende gemeine Wert nur angesetzt werden kann, wenn es sich um eine aufgrund von Erfahrungssätzen oder Denkgesetzen zwingend erscheinende Abweichung vom Kapitalwert handelt.<sup>230</sup>

Dem Nießbraucher steht gemäß § 23 ErbStG ein Wahlrecht zu, statt des Kapitalwerts des Nießbrauchs als einmalige Zuwendung jährlich den Jahreswert des Nießbrauchs zu versteuern. Wird das Wahlrecht nicht ausgeübt, erfolgt als Regelbesteuerung die einmalige Besteuerung des Kapitalwerts. Ob die wiederkehrende Besteuerung des Jahreswertes als dauernde Last im Sinne von § 10 Abs. 1 Nr. 1a EStG von der Bemessungsgrundlage für die Einkommensteuer als Sonderausgabe in Abzug gebracht werden kann, wodurch die Besteuerung des Jahreswertes gegenüber der einmaligen Versteuerung des Kapitalwertes in der Regel deutlich günstiger würde,<sup>231</sup> ist trotz entgegenstehender Rechtsprechung des Bundesfinanzhofes seit Geltung des neu eingeführten § 35 b (S. 3) EStG wieder unklar.<sup>232</sup> Versteuert der Nießbraucher zunächst den Jahreswert, so steht ihm gemäß § 23 Abs. 2 ErbStG das Recht zu, die Jahressteuer zum jeweils nächsten Fälligkeitstermin mit ihrem Kapitalwert abzulösen. Ist der Nießbrauch auf Lebenszeit bestellt, findet eine Korrektur der Besteuerung des Kapitalwertes statt, wenn der Nießbraucher unter deutlicher Unterschreitung seiner statistischen Lebenserwartung verstirbt und der Nießbrauch daher nicht für eine bestimmte Mindestzeit bestanden hat (§ 14 Abs. 2 BewG). Umgekehrt findet jedoch keine Nachversteuerung bei Überschreitung der statistischen Lebenserwartung statt, was die Versteuerung auf Kapitalwertbasis in einem solchen Fall deutlich attraktiver machen kann als die wiederkehrende Versteuerung auf Jahreswertbasis.

Mangels Erwerbs der nießbrauchsbelasteten Geschäftsanteile als solcher finden die Begünstigungen für Betriebsvermögen (§§ 13 a, 13 b, 19 a EStG) auf den unentgeltlich bestellten Nießbrauch an GmbH-Anteilen keine Anwendung.<sup>233</sup> Dieser Umstand kann im Einzelfall dafür sprechen, statt der Einräumung eines Vermächtnisnießbrauchs der Anordnung von Vor- und Nacherbschaft den Vorzug zu geben, da sowohl der Vorerbe als auch im Nacherbfall der Nacherbe den Betriebsvermögensfreibetrag dem Grunde nach beanspruchen können.<sup>234</sup>

Erwirbt der Nießbraucher innerhalb von zehn Jahren seit der unentgeltlichen Nießbrauchsbestellung auch die nießbrauchsbelasteten GmbH-Geschäftsanteile unentgeltlich, ist für die Berechnung der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer § 14 ErbStG zu beachten. Für die Zusammenrechnung der beiden Erwerbsvorgänge (Nießbrauch und Vollrecht) gemäß § 14 ErbStG gelten im Grundsatz keine Besonderheiten, sodass die Erwerbe mit den ihnen jeweils zukommenden Werten anzusetzen und die Summe der Werte dadurch ggf. höher ausfallen kann als der Wert des unbelasteten Gegenstandes.<sup>235</sup> Wichtig ist daher für die Gestaltungspraxis, den Zeitpunkt der Substanzschenkung sorgfältig auszuwählen.<sup>236</sup>

## 2. Vorbehaltsnießbrauch

Bei einer Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter Nießbrauchsvorbehalt ist der gemäß den vorstehend erörterten Bewertungsgrundsätzen zu ermittelnde Kapitalwert des vorbehaltenen Nießbrauchs für die Ermittlung der schenkungsteuerlichen Bemessungsgrundlage mit Entfallen von § 25 ErbStG a. F. zum 1. 1. 2009 nunmehr stets voll abzugsfähig.<sup>237</sup> Nach § 25 ErbStG a. F. erfolgte die Besteuerung ohne Berücksichtigung einer Nießbrauchslast zugunsten des Schenkers oder dessen Ehepartners, wobei § 25 Abs. 1 S. 2 ErbStG a. F. gleichwohl eine zinslose Stundung der auf den Kapitalwert des Vorbehaltsnießbrauchs entfallenden Steuerlast bis zum Erlöschen des Nießbrauchs vorsah.<sup>238</sup> Durch die sofortige Abzugsfähigkeit der Nießbrauchsbelastung nach neuer Rechtslage ist der Vorbehaltsnießbrauch damit aus erbschaft- bzw. schenkungsteuerlicher Sicht – insbesondere im Vergleich zur Vermögensübergabe gegen Vorsorgeleistungen –<sup>239</sup> deutlich aufgewertet worden.<sup>240</sup> Auf Altfälle ist jedoch

230 BFH BStBl. II 2005, 259 ff.

231 Kapp/Ebeling/Eisele, Loseblatt, Stand: Mai 2012, § 23 ErbStG Rn. 29; Mohr/Jainta, GmbH-StB 2010, 269, 274.

232 Vgl. zum Diskussionsstand Schmidt/Loschelder, 33. Aufl. 2014, § 12 EStG Rn. 47; Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1496 ff.; a. A. Troll/Gebel/Jülicher, 46. Aufl. 2013; § 23 ErbStG Rn. 43 (keine Abzugsfähigkeit).

233 Troll/Gebel/Jülicher, 46. Aufl. 2013, § 13 b ErbStG Rn. 187; Scherer/von Sothen, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 36 Rn. 243; vgl. zur abweichenden Rechtslage bei Personengesellschaften aber BFH BStBl. II 2013, 210 ff.; DStR 2013, 1380 ff. (Maßgeblichkeit der Mitunternehmerstellung des Nießbrauchers).

234 Schlieper, MittRhNotK 1995, 249, 257.

235 BFH BStBl. II 1999 S. 25.

236 Troll/Gebel/Jülicher, 46. Aufl. 2013, § 14 ErbStG Rn. 27.

237 Vgl. zum Ganzen Geck, DStR 2009, 1005 ff.

238 Gleiches galt gemäß § 25 ErbStG a. F. auch für den Vermächtnisnießbrauch zugunsten des Ehegatten des Schenkers; bei der Besteuerung geerbter GmbH-Geschäftsanteile, welche mit einem Vermächtnisnießbrauch zugunsten eines sonstigen Dritten beschwert waren, sowie bei lebzeitiger unentgeltlicher Anteilsübertragung nebst gleichzeitiger Zuwendung eines Nießbrauchs an einen vom Schenker und seinem Ehepartner verschiedenen Dritten war die Nießbrauchslast auch nach alter Rechtslage bereits voll abzugsfähig.

239 Geck, DStR 2009, 1005 (hier bereits nach alter Rechtslage bereicherungsmindernder Abzug nach den Grundsätzen der gemischten Schenkung).

240 Hannes/Waclawik, Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, 2011, A. 1.32 Rn. 6; Frank, MittBayNot 2010, 96; Wertz/Sager ErbStB 2010, 73 ff., 101 ff. (dadurch auch gegenüber Übertragung von Geschäftsanteilen unter Einräumung eines überquotalen Gewinnbezugsrechts regelmäßig vorzugswürdig).

weiterhin § 25 ErbStG a. F. anzuwenden (vgl. § 37 Abs. 2 Satz 2 ErbStG).

Wird zu einem späteren Zeitpunkt unentgeltlich auf den zunächst vorbehaltenen Nießbrauch verzichtet ist insoweit zu bedenken, dass der Verzicht seinerseits einen gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ErbStG steuerpflichtigen Tatbestand begründet.

Der Vorbehaltsnießbrauch steht bei gleichzeitiger Übertragung der GmbH-Anteile auf einen Dritten der Begünstigung der Anteilsübertragung gemäß §§ 13 a, 13 b, 19 a EStG nicht entgegen, da bei der Übertragung von Kapitalgesellschaftsanteilen allein die zivilrechtliche Anteilsübertragung maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist und insoweit die Frage nach der Miteigentümergestellung des Erwerbers anders als im Rahmen von § 13 b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG (Betriebsvermögen) keine Rolle spielt.<sup>241</sup> Die §§ 13 a, 13 b, 19 a EStG können aufgrund der allein maßgeblichen zivilrechtlichen Betrachtung im Rahmen des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts zutreffenderweise selbst dann zur Anwendung kommen, wenn das wirtschaftliche Eigentum im ertragsteuerlichen Sinn (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO)<sup>242</sup> beim Vorbehaltsnießbraucher verbleibt.<sup>243</sup> Liegen die Voraussetzungen einer entsprechenden Begünstigung im Einzelfall vor, wird die Nießbrauchslast gemäß § 10 Abs. 6 S. 4 ErbStG konsequenterweise anteilig berücksichtigt, d. h. zu dem Prozentsatz, mit dem das Betriebsvermögen der Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer unterliegt.<sup>244</sup>

Im Fall des Vorbehaltsnießbrauchs kann die Regelung des § 14 Abs. 2 BewG<sup>245</sup> im Einzelfall dazu führen, dass bei frühem Versterben des Vorbehaltsnießbrauchers der Eigentümer der unter Nießbrauchsvorbehalt zugewandten GmbH-Geschäftsanteile Schenkungsteuer nachrichten muss. Auf dieses Risiko einer latenten Schenkungsteuer für den Fall des zeitnahen Versterbens des Schenkers sollte bei der Nießbrauchsbestellung hingewiesen werden.<sup>246</sup> Auf den vorzeitigen Nießbrauchsverzicht findet § 14 Abs. 2 BewG aufgrund seines insoweit eindeutigen Wortlauts hingegen keine Anwendung.<sup>247</sup>

### III. Anzeigepflichten des Notars

Die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter Vorbehalt des Nießbrauchs löst eine Anzeigepflicht gemäß § 54 EStDV gegenüber der Körperschaftsteuerstelle und – soweit Grundbesitz im Eigentum der Gesellschaft steht – auch eine Anzeigepflicht gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrEStG gegenüber der Grunderwerbsteuerstelle aus. Erfolgt die Zuwendung eines Nießbrauchs oder die Übertragung von Gesellschaftsanteilen unter Vorbehalt eines Nießbrauchs (teilweise) unentgeltlich, besteht eine Anzeigepflicht gemäß § 34

ErbStG iVm §§ 7, 8 ErbStDV gegenüber der Erbschaft- und Schenkungsteuerstelle.

Wird lediglich ein Zuwendungsnießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen bestellt, besteht mangels Rechtsträgerwechsels im Sinne von § 17 EStG bzw. § 1 Abs. 3 GrEStG weder eine Anzeigepflicht des Notars gemäß § 54 EStDV noch – soweit Grundbesitz im Eigentum der Gesellschaft steht – gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrEStG.<sup>248</sup> Eine Anzeigepflicht gemäß § 54 EStDV kann sich ausnahmsweise dann ergeben, wenn statt der Bestellung eines Nießbrauchs eine Anteilsübertragung durch Begründung einer Nießbrauchs-Treuhand erfolgt oder der Nießbraucher ermächtigt wird, auf eigene Rechnung über die belasteten Geschäftsanteile zu verfügen.<sup>249</sup>

### F. Fazit

Abschließend bleibt festzuhalten, dass es sich beim Nießbrauch an GmbH-Geschäftsanteilen um ein wichtiges Instrument zur Gestaltung der Unternehmensnachfolge handelt. Angesichts vieler offener Streitfragen und der insoweit durchweg unklaren Rechtslage besteht das zwingende Erfordernis detaillierter und weitgehend umfassender individualvertraglicher Ausgestaltung. Besonderes Augenmerk ist auch auf die steuerrechtlichen Bezüge der gewählten Nießbrauchsgestaltung zu richten. Insbesondere die Vielzahl alternativer Gestaltungsinstrumente, zwischen denen in der Praxis oftmals aufgrund steuerlicher Detailabwägungen gewählt wird, sowie die Problematik der steuerrechtlichen Anerkennung von Einkommensverlagerungen durch Nießbrauchsgestaltungen zeigen selbst dem steuerrechtlich beflissenen Notar auf, dass Nießbrauchsgestaltungen an GmbH-Geschäftsanteilen im Regelfall nicht ohne Detailabstimmung mit einem in Fragen der Unternehmensnachfolge versierten Steuerrechtler sowie der Einholung einer verbindlichen Auskunft gemäß § 89 Abs. 2 AO bei der zuständigen Finanzbehörde auskommen werden.

241 Troll/Gebel/Jülicher, 46. Aufl. 2013, § 13 b ErbStG Rn. 187; Scherer/von Sothen, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2014, § 36 Rn. 243; zur insoweit abweichenden Rechtslage bei Personengesellschaftsanteilen vgl. wiederum die Nachweise in Fn. 233.

242 Vgl. oben Abschnitt E. I 2.

243 So auch Götz, DStR 2012, 448, 450.

244 Moench/Weinemann, Loseblatt, Stand: Mai 2009, § 10 ErbStG Rn. 101; Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1527 ff.

245 Vgl. zu § 14 Abs. 2 BewG auch oben Abschnitt E. II. 1.

246 Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1613.

247 Götz/Hülsmann, a.a.O. (Fn. 1), Rn. 1586.

248 Küperkoch, RNotZ 2002, 298, 310; Wachter, NotBZ 2000, 78, 81.

249 Küperkoch, a.a.O.

# Die Hauptversammlung einer Einpersonen-Aktiengesellschaft

von Notar Dr. Steffen Ott, MBLT, Tauberbischofsheim

## 1. Vorbemerkung

Nach § 130 Abs. 1 AktG ist grundsätzlich jeder Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft durch eine über die Verhandlung notariell aufgenommene Niederschrift zu beurkunden. Eine Ausnahme hiervon macht das Gesetz im Falle von nichtbörsennotierten Gesellschaften, soweit keine Beschlüsse gefasst werden, für die das Gesetz eine Dreiviertel- oder größere Mehrheit bestimmt. Hier genügt eine vom Vorsitzenden des Aufsichtsrats zu unterzeichnende Niederschrift. Handelt es sich bei der Aktiengesellschaft um eine solche mit nur einem Aktionär, etwa wenn nur eine natürliche Person an der Gesellschaft beteiligt ist oder in Konzernsachverhalten bei hundertprozentigen Tochtergesellschaften, so gelten insoweit keine Besonderheiten. Auch über die Beschlüsse der Hauptversammlung einer Einpersonen-AG ist eine Niederschrift zu erstellen,<sup>1</sup> die mit Ausnahme der in § 130 Abs. 1 Satz 3 AktG genannten Fälle notariell beurkundet werden muss. Besonderheiten werden in Rechtsprechung und Literatur hingegen mit Blick auf die Einberufung und Durchführung der Hauptversammlung einer Einpersonen-AG im Vergleich zur Mehrpersonengesellschaft diskutiert. Auf diese Besonderheiten soll nachfolgend näher eingegangen werden.

## 2. Einberufung der Hauptversammlung

### 2.1 Formalitäten der Einberufung

Die gesetzlichen Regelungen zur Einberufung der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft finden sich in den §§ 121 bis 128 AktG. Das Aktiengesetz sieht hierin keine Sonderregelungen für Aktiengesellschaften mit nur einem Aktionär vor, so dass sich grundsätzlich auch die Einberufung einer Hauptversammlung einer Einmann-AG nach den vorgenannten Vorschriften richtet.

Eine Privilegierung mit Blick auf die Einhaltung von Form- und Fristvorschriften der Einberufung sieht das Gesetz allerdings in § 121 Abs. 6 AktG für sog. Vollversammlungen vor. Sind hiernach alle Aktionäre erschienen oder vertreten, so kann die Hauptversammlung Beschlüsse ohne Einhaltung der Bestimmungen in den §§ 121 bis 128 AktG fassen, soweit kein Aktionär der Beschlussfassung widerspricht. Der Anwendungsbereich des § 121 Abs. 6 AktG umfasst auch die Einmann-AG, denn bei Erscheinen des Alleinaktionärs bzw. dem Vertreter des Alleinaktionärs liegt naturgemäß immer eine Vollversammlung vor.<sup>2</sup> Dies trägt auch dem Umstand Rechnung, dass in der Praxis regelmäßig kein Bedarf des Alleinaktionärs an der Einhaltung der Einberufungsformalitäten besteht. Denn auch für den Fall, dass der Vorstand nicht mit dem Alleinaktionär personenidentisch ist, wird in der Praxis vor Abhaltung der Hauptversammlung ein Austausch zwischen Vorstand und Aktionär und mithin eine Unterrichtung des Letz-

teren über die Tagesordnung und somit über die in der Hauptversammlung zu beschließenden Gegenstände stattfinden.

Tatbestandlich setzt die Privilegierung des § 121 Abs. 6 AktG neben dem Erscheinen des Aktionärs bzw. dem Vertreter des Aktionärs voraus, dass eine Hauptversammlung stattfindet. Bei Mehrpersonengesellschaften dient das Tatbestandsmerkmal „Hauptversammlung“ vor allem der Abgrenzung zu anderen Formen des Zusammentreffens. So fällt insbesondere das zufällige oder mit anderen Zielsetzungen geplante Zusammentreffen (sog. Scheinversammlung) nicht unter das Vollversammlungsprivileg.<sup>3</sup> Bei der Einmann-AG stellt sich dieses Problem praktisch nicht, denn die Beteiligung eines Notars mit dem Auftrag der Errichtung einer Niederschrift über die Verhandlung impliziert bereits, dass das Erscheinen des Aktionärs bzw. dessen Vertreters dem Zweck der Abhaltung einer Hauptversammlung der Aktiengesellschaft dient. Die Privilegierung greift weiter nur dann und auch nur insoweit ein, als der Alleinaktionär der Beschlussfassung nicht widerspricht. Durch die Formulierung „insoweit“ stellt das Gesetz sicher, dass das Vollversammlungsprivileg von dem Aktionär durch seinen Widerspruch auch nur punktuell, mithin auch nur für einzelne Beschlüsse, in Anspruch genommen werden kann.<sup>4</sup> In der Praxis sollte – auch wenn dies nur deklaratorischen Charakter hat – seitens des Aktionärs bzw. dessen Vertreters ausdrücklich erklärt werden, dass kein Widerspruch gegen die Beschlussfassung(en) erhoben wird.<sup>5</sup> Der Notar wird die Erklärung entsprechend in der Niederschrift vermerken.

*Formulierungsbeispiel:* „Der Vorsitzende erläuterte, dass die Hauptversammlung, da der Alleinaktionär ordnungsgemäß vertreten sei, Beschlüsse ohne Einhaltung von Einberufungsformalitäten fassen könne, soweit der Aktionär der Beschlussfassung nicht widerspreche. Der anwesende Vertreter des Alleinaktionärs verzichtete daraufhin namens des Alleinaktionärs auf die Einhaltung der gesetzlichen und satzungsmäßigen Form- und Fristvorschriften für die Einberufung der Hauptversammlung.“<sup>6</sup>

1 Reul in Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Teil 5, Kapitel 4, Rn. 332; DNotI-Report 4/2003 S. 27.

2 Reul in Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Teil 5, Kapitel 4, Rn. 332.

3 Kubis in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 121 Rn. 96.

4 Reul in Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Teil 5, Kapitel 4, Rn. 331.

5 So auch die Empfehlung von Terbrack, RNotZ 2012, 221, 222.

6 Ein ausdrücklicher Verzicht ist nach dem Gesetz zwar nicht erforderlich, bringt jedoch unmissverständlich zum Ausdruck, dass kein Widerspruch gegen die Beschlussfassung erhoben wird. Alternativ – wenn kein ausdrücklicher Verzicht erklärt wurde – genügt auch ein Vermerk in der Niederschrift, dass „seitens des Aktionärs kein Widerspruch gegen die Beschlussfassungen in der Hauptversammlungen erhoben wurde“.

## 2.2 Unterrichtung von Vorstand und Aufsichtsrat über das Stattfinden der Hauptversammlung

Im Vorfeld der Abhaltung einer Hauptversammlung stellt sich auch die Frage, ob alle Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat – zumindest soweit keine Personenidentität mit dem Alleinaktionär besteht – über das Stattfinden der Hauptversammlung unterrichtet werden müssen. Nach § 118 Abs. 3 Satz 1 AktG sollen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats an der Hauptversammlung teilnehmen. Aufgrund des Charakters als Sollvorschrift besteht somit aus Sicht der Verwaltung grundsätzlich keine Verpflichtung zur Teilnahme an der Hauptversammlung,<sup>7</sup> allerdings gewährt die Vorschrift den Mitgliedern von Vorstand und Aufsichtsrat ein Recht auf Teilnahme. Dieses Teilnahmerecht gilt auch bei der Einmann-AG.<sup>8</sup>

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen an die Verletzung des Teilnahmerechts anknüpfen. Ein Grund, welcher zur Nichtigkeit der unter Abwesenheit der nicht unterrichteten Verwaltung gefassten Beschlüsse führen würde, liegt nach § 241 AktG jedenfalls nicht vor.<sup>9</sup> Nach §§ 243 Abs. 1, 245 Nr. 4 AktG kann jedoch ein Beschluss wegen Verletzung des Gesetzes durch den Vorstand angefochten werden. Nach einer Meinung ist kein Grund ersichtlich, die in einer Vollversammlung gefassten Beschlüsse allein deshalb für anfechtbar zu halten, weil Vorstand und/oder Aufsichtsrat von der Existenz der Hauptversammlung nichts wussten. Falls ein Aktionär auf die Anwesenheit von Vorstand oder Aufsichtsrat Wert legen sollte, bliebe ihm jederzeit die Widerspruchsmöglichkeit, um der Hauptversammlung die Qualität einer Vollversammlung zu versagen.<sup>10</sup> Nach anderer Auffassung sind Beschlüsse, welche der Alleinaktionär ohne Wissen der Verwaltung fasst, anfechtbar. Als Beispiel für die auch praktische Relevanz der Anfechtungsmöglichkeit wird die verweigerte Entlastung, zu der der Vorstand nicht gehört wurde, genannt.<sup>11</sup>

Für die Praxis ist es empfehlenswert, dass alle Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat über das Stattfinden der Hauptversammlung unter Mitteilung der Tagesordnung informiert werden.<sup>12</sup> Das Gesetz gibt dem Vorstand in § 245 Nr. 4 AktG die Befugnis zur Anfechtung eines Beschlusses der Hauptversammlung, wenn eine Verletzung des Gesetzes vorliegt (§ 243 Abs. 1 AktG). Ein solcher Gesetzesverstoß liegt zumindest dann vor, wenn eine Hauptversammlung ohne die Teilnahme von Vorstand und Aufsichtsrat stattfindet und die fehlende Teilnahme darauf zurückzuführen ist, dass die Verwaltung nicht über die Abhaltung der Hauptversammlung unterrichtet wurde. Das Gesetz geht nämlich in § 118 Abs. 3 Satz 1 AktG davon aus, dass die Hauptversammlung grundsätzlich nicht ohne Beteiligung von Vorstand und Aufsichtsrat stattfinden soll. Anders ist dies nur dann, wenn die fehlende Teilnahme auf einem Entschluss des jeweiligen Vorstands- und/oder Aufsichtsratsmitglieds beruht, mithin ein Verzicht auf die Teilnahme erklärt wurde; in diesem Fall liegt keine Rechtsverletzung vor. Der Auffassung, wonach auch bei fehlender Unterrichtung eine Anfechtungsmöglichkeit mit Verweis auf die Widerspruchsmöglichkeit des Aktionärs nicht bestehen soll, kann nicht gefolgt werden.

Die Ansicht stellt auf die Sicht des Aktionärs ab, welcher – wenn er auf die Anwesenheit von Vorstand/Aufsichtsrat Wert legen sollte – die Möglichkeit hätte, Widerspruch gegen die Beschlussfassung zu erheben. Hierbei wird verkannt, dass es nicht auf die Sicht des Aktionärs und die Verletzung seiner Rechte ankommt. Es geht vielmehr um das Recht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder auf Teilnahme an der Hauptversammlung, welches ihnen die Vorschrift des § 118 Abs. 3 Satz 1 AktG zuspricht.

Der Umstand, dass alle Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat von dem Stattfinden der Hauptversammlung unterrichtet wurden, sollte in der Hauptversammlung zu Protokoll erklärt werden.

*Formulierungsbeispiel:* „Der Vorsitzende gab an, dass sämtliche Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat über das Stattfinden der heutigen Hauptversammlung unter Angabe der Tagesordnungspunkte unterrichtet wurden.“

## 2.3 Einberufungsbelege

Nach § 130 Abs. 3 AktG sind die Belege über die Einberufung der Versammlung der Niederschrift als Anlage beizufügen, wenn sie nicht unter Angabe ihres Inhalts in der Niederschrift aufgeführt sind. Hinsichtlich der Frage, ob es einer solchen Beifügung auch bei einer Niederschrift über eine Hauptversammlung der Einmann-AG bedarf, ist zunächst danach zu unterscheiden, ob solche Einberufungsbelege überhaupt vorhanden sind oder nicht.

Im Regelfall wird in der Praxis bei einer Einmann-AG keine förmliche Einberufung unter Beachtung der Vorgaben der §§ 121 bis 128 AktG vorgenommen werden, da sich die Verwaltung und der Alleinaktionär (auch wenn keine Personenidentität bestehen sollte) im Vorfeld informell über Ort, Zeit und Beschlussgegenstände der Hauptversammlung verständigen. In diesem Fall liegen überhaupt keine Einberufungsbelege vor, welcher der Niederschrift beigefügt werden könnten. Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 130 Abs. 3 AktG („sind [ . . . ] beizufügen“) läge somit ein Verstoß gegen diese Vorschrift vor, da dort auch kein Dispens für Vollversammlungen vorgesehen ist. Auch die Vollversammlungen privilegierende Regelung des § 121 Abs. 6 AktG kann nicht direkt herangezogen werden, da hiernach nur von der Einhaltung der Bestimmungen des zweiten

<sup>7</sup> Eine Verpflichtung besteht allerdings für den Vorstand, wenn in der Hauptversammlung über Unternehmensverträge beschlossen werden soll. Nach § 293 g Abs. 2 Satz 1 AktG „hat“ der Vorstand den Unternehmensvertrag zu Beginn der Verhandlung mündlich zu erläutern.

<sup>8</sup> Heckschen in Becksches Notarhandbuch, 5. Auflage, D III, Rn. 70 b.

<sup>9</sup> Bachmann, NZG 2001, 961, 967.

<sup>10</sup> Kubis in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 121 Rn. 99, dessen Ausführungen nicht danach differenzieren, ob im Falle einer Einmann-AG, welche er ebenfalls unter den Anwendungsbereich des § 121 Abs. 6 AktG fasst, eine andere Beurteilung angezeigt sein könnte.

<sup>11</sup> Bachmann, NZG 2001, 961, 967 m. w. N.

<sup>12</sup> So auch Faßbender, RNotZ 2009, 425, 450.



Unterabschnitts (§§ 121 bis 128 AktG) befreit wird, die Regelung des § 130 Abs. 3 AktG sich jedoch im nächsten (dritten) Unterabschnitt befindet. Dogmatisch lässt sich die Befreiung von der Beifügungspflicht jedoch aus einer teleologischen Betrachtung des § 130 Abs. 3 AktG herleiten, denn die Pflicht zur Beifügung soll in erster Linie sicherstellen, dass die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung allein aus der Niederschrift und ihrer Anlage prüfbar ist. Hat der Alleinaktionär in der Hauptversammlung jedoch keinen Widerspruch gegen die Beschlussfassung(en) erhoben und somit auf die Einhaltung der Einberufungsformalitäten verzichtet, so besteht auch kein Bedarf für die Beifügung von Unterlagen, anhand derer die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung geprüft werden könnte. Eine andere Sichtweise würde auch einen offenen Widerspruch zwischen der Vorschrift des § 121 Abs. 6 AktG einerseits und der Vorschrift des § 130 Abs. 3 AktG andererseits hervorrufen. Liegen nämlich – wie vorstehend ausgeführt – im Regelfall überhaupt keine Einberufungsbelege vor, da die Hauptversammlung von vornherein unter Ausnutzung des Vollversammlungsprivilegs stattfinden sollte, so würde bei wortgenauer Zugrundelegung des § 130 Abs. 3 AktG (sozusagen durch die Hintertür) eine Pflicht zur Einhaltung der Einberufungsformalitäten und zur Erstellung von entsprechenden Belegen bestehen, da nur dann eine Beifügung im Sinne des § 130 Abs. 3 AktG erfolgen könnte. Dies wäre mit der in § 121 Abs. 6 AktG vorgesehenen Vollversammlungsprivilegierung nicht vereinbar. Im Ergebnis besteht somit – entgegen dem Wortlaut des § 130 Abs. 3 AktG – keine Pflicht zur Beifügung.<sup>13</sup>

Vom vorstehenden Sachverhalt zu unterscheiden ist die Hauptversammlung einer Einmann-AG, welcher eine förmliche Einberufung unter Beachtung der diesbezüglichen Regelungen vorausgegangen ist. In dieser Situation sind Einberufungsbelege vorhanden, welcher der Niederschrift über die Hauptversammlung als Anlage beigefügt werden können. Eine diesbezügliche Pflicht des die Niederschrift erstellenden Notars zur Beifügung der Einberufungsbelege besteht meines Erachtens jedoch nicht, wenn der Alleinaktionär in der Hauptversammlung keinen Widerspruch gegen die Beschlussfassung(en) erhoben hat. Wie bereits ausgeführt, wäre die Beifügung unter teleologischen Aspekten schlicht funktionslos. Es ist jedoch anzuraten, von einer Beifügung der Einberufungsunterlagen allenfalls dann abzusehen, wenn in der Hauptversammlung seitens des Aktionärs bzw. dessen Vertreters ausdrücklich erklärt wurde, dass kein Widerspruch gegen die Beschlussfassung(en) erhoben wird und durch den Notar eine entsprechende Dokumentation in der Niederschrift erfolgte.

### 3. Durchführung der Hauptversammlung

#### 3.1 Erforderlichkeit eines Versammlungsleiters

Das Aktiengesetz regelt in seinen Vorschriften über die Hauptversammlung (Erstes Buch, Viertes Teil, 4. Abschnitt) die Stellung und die Aufgaben des Versammlungsleiters – welcher im Gesetz auch bedeutungs-

gleich als Vorsitzender (der Versammlung) bezeichnet wird – an vier Stellen: § 118 Abs. 4 AktG (Zulassung der Bild- und Tonübertragung der Versammlung durch den Versammlungsleiter), § 122 Abs. 3 AktG (Bestimmung des Versammlungsleiters durch das Gericht), § 130 Abs. 2 AktG (Feststellung des Versammlungsleiters über die Beschlussfassung in der Hauptversammlung) und § 131 Abs. 2 AktG (Beschränkung des Frage- und Rederechts des Aktionärs durch den Versammlungsleiter). Das Gesetz geht somit davon aus, dass jede Hauptversammlung von einem Vorsitzenden geleitet wird.<sup>14</sup> Ob im Rahmen einer Hauptversammlung einer Einmann-AG ausnahmsweise von der Leitung durch einen Vorsitzenden abgesehen werden kann, hierzu schweigt das Gesetz. In Rechtsprechung und Literatur wird danach differenziert, ob die Satzung der Gesellschaft eine Leitung der Hauptversammlung durch einen Versammlungsleiter vorschreibt oder ob eine Leitung satzungsmäßig nicht vorgesehen ist.

Nach ganz überwiegender Meinung in der Literatur kann die Hauptversammlung einer Einmann-AG ohne einen Versammlungsleiter durchgeführt werden.<sup>15</sup> Nach Ansicht des OLG Köln ist jedoch auch bei einer Einmann-AG die Versammlung jedenfalls dann zwingend durch einen Versammlungsleiter zu führen, wenn die Satzung der Gesellschaft dies vorschreibt. Dies mache nach Ansicht des Gerichts auch bei einer Einpersonengesellschaft Sinn, da durch eine solche Satzungsregelung das sich aus § 118 Abs. 3 AktG ergebende Teilnahmerecht des Aufsichtsratsvorsitzenden sichergestellt werden kann.<sup>16</sup> Hiergegen wird eingewandt, dass bei einer Gesellschaft mit nur einem Aktionär eine entsprechende Satzungsregelung keine Geltung beanspruchen könne, da in derartigen Fällen eine Versammlungsleitung in der Regel nicht notwendig bzw. funktionslos sei.<sup>17</sup>

Nach hier vertretener Auffassung ist die Mitwirkung eines Versammlungsleiters bei der Durchführung einer Hauptversammlung der Einmann-AG erforderlich, wenn die Satzung der Gesellschaft dies vorschreibt. In diesem Fall kommt schließlich in der Satzung ausdrücklich der Wille zum Ausdruck, dass die Versammlung durch einen Vorsitzenden zu leiten ist. Für eine teleologische Reduktion der diesbezüglichen Satzungsbestimmung ist jedenfalls dann kein Raum, wenn die Gesellschaft bereits mit nur einem Gesellschafter gegründet wurde. Aber auch wenn die Einmann-Situation erst nachträglich entstanden sein sollte, ist die entsprechende Satzungsbestimmung keiner teleologischen Reduktion zugänglich, da eine Änderung des ursprünglichen Willens jederzeit durch eine entsprechende Satzungsänderung

13 Im Ergebnis ebenso, allerdings ohne nähere Begründung: Faßbender, RNotZ 2009, 425, 449; Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 130 Rn. 24; DNotI-Report 4/2003 S. 27; Kubis in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 130 Rn. 73.

14 Kubis in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 118 Rn. 105.

15 Kubis in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 119 Rn. 105; DNotI-Report 4/2003 S. 27; Heckschen in Becksches Notarhandbuch, 5. Auflage, D III, Rn. 70 b; Bachmann, NZG 2001, 961, 967; Terbrack, RNotZ 2012, 221, 222.

16 OLG Köln, Urteil v. 28. 2. 2008, 18 U 3/08, DNotZ 2008, 789, 790.

17 Terbrack in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 475; Wicke, in Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln v. 28. 2. 2008, DNotZ 2008, 789, 793.

zum Ausdruck gebracht werden könnte und wegen der vom Aktiengesetz hierfür vorgeschriebenen Förmlichkeiten (vgl. §§ 130 Abs. 1, 179 AktG) auch müsste.<sup>18</sup>

Sieht die Satzung der Gesellschaft hingegen keine Bestimmung über einen Leiter der Hauptversammlung vor, so sind – entgegen der herrschenden Meinung – zumindest Bedenken angezeigt, ob nicht auch in diesem Fall ein Versammlungsleiter notwendig ist. Ausgangspunkt sind zunächst die gesetzlichen Bestimmungen im Aktiengesetz, welche grundsätzlich einen Versammlungsleiter für jede Hauptversammlung voraussetzen. Eine ausdrückliche Ausnahme für Einpersonengesellschaften sieht das Gesetz nicht vor. Die Entbehrlichkeit eines Versammlungsleiters kann daher nur im Wege einer an Sinn und Zweck orientierten Betrachtung hergeleitet werden, was die herrschende Meinung auch mit dem Begriff der „Funktionslosigkeit“ eines Versammlungsleiters in der Hauptversammlung einer Einpersonen-AG umschreibt. So wird etwa vorgebracht, dass die Erklärungen des einzigen Aktionärs zur Beschlussfassung nicht wirklich in einer „Versammlung“ erfolgten, die von einem „Vorsitzenden“ geleitet wird, dessen Feststellung und Unterschrift Gewähr für ein ordnungsgemäßes Abstimmungsverfahren und korrekte Protokollierung des vorhandenen Meinungsspektrums bieten würde.<sup>19</sup> Ausgehend von der Annahme, dass es bei einer Einmann-AG keines Teilnehmerverzeichnisses bedürfe und auch keine Beschlussfeststellung durch den Vorsitzenden erforderlich sei,<sup>20</sup> entfielen die beiden einzigen Tatbestände, für die das Gesetz ausdrücklich von der Existenz eines Versammlungsleiters ausgehe. Da auch dessen ungeschriebene Funktion, für die ordnungsgemäße Erledigung der Versammlungsgegenstände zu sorgen, bei nur einem Aktionär leer laufe, sei der Versammlungsleiter bei der Hauptversammlung der Einmann-AG insgesamt entbehrlich.<sup>21</sup>

Gerade mit Blick auf die nicht kodifizierten Aufgaben eines Versammlungsleiters bei der Durchführung einer Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft erscheint es fraglich, ob dieser in jedem Fall bei einer Einmann-AG entbehrlich ist. Zu den Aufgaben des Leiters der Hauptversammlung gehört es etwa, für eine rechtmäßige und zweckmäßige Durchführung der Hauptversammlung zu sorgen, d. h. auf eine sachgerechte Willensbildung der Versammlung zu den Tagesordnungspunkten hinzuwirken und diesbezügliche Beschlüsse herbeizuführen.<sup>22</sup> In diesem Zusammenhang obliegt es dem Versammlungsleiter auch, die Vertretungsverhältnisse in der Hauptversammlung zu überprüfen.<sup>23</sup>

Für den Fall, dass es sich bei dem alleinigen Gesellschafter um eine natürliche Person handelt, welche auch noch persönlich in der Hauptversammlung anwesend ist, bedarf es zugegebenermaßen einiger Phantasie, um sich problematische Sachverhalte vorzustellen, welche das Vorhandensein eines Versammlungsleiters erfordern würden. Anders ist dies jedoch in Konzernsachverhalten. Man stelle sich etwa den Fall vor, dass es sich bei dem alleinigen Aktionär um eine ausländische Gesellschaft handelt. Hier besteht durchaus Bedarf für einen Versammlungsleiter, der in der Hauptversammlung die – nicht immer einfach festzustellende – ordnungsgemäße Vertretung des alleinigen Aktionärs über-

prüft, welche wiederum zwingende Voraussetzung für die ordnungsgemäße Beschlussfassung ist.

Wie die vorstehenden Ausführungen zeigen, sollte im Ergebnis daher nicht pauschal davon ausgegangen werden, dass ein Versammlungsleiter in der Hauptversammlung einer Einmann-AG funktionslos und somit entbehrlich ist. In der Praxis sollte das Fehlen eines Versammlungsleiters unter Berufung auf die derzeit herrschende Meinung einer ordnungsgemäßen Beschlussfassung jedoch nicht entgegen stehen, es sei denn, die Satzung der Gesellschaft erfordert eine Versammlungsleitung.

Abschließend soll im Zusammenhang mit dem hier erörterten Komplex zur Erforderlichkeit eines Versammlungsleiters noch auf die teilweise in der Literatur geäußerte Auffassung eingegangen werden, wonach eine Pflicht des Notars zur Prüfung der Inhaberschaft des alleinigen Aktionärs bestehe, wenn kein Versammlungsleiter in der Hauptversammlung vorhanden sei.<sup>24</sup> Dem ist, zumindest wenn kein hierauf gerichteter gesonderter Auftrag an den Notar vorliegt, nicht beizupflichten. Das Protokoll über die Hauptversammlung wird in der Regel als sog. Tatsachenprotokoll erstellt.<sup>25</sup> Als Tatsachenprotokoll wird die Niederschrift über die Hauptversammlung weder vom Notar vorgelesen, noch von den Versammlungsteilnehmern (sondern nur vom Notar) unterschrieben oder genehmigt. Der Notar ist auch nicht zur Prüfung der Identität der Teilnehmer, ihrer Geschäftsfähigkeit oder Vertretungsberechtigung verpflichtet.<sup>26</sup> Die für die Beurkundung von Willenserklärungen geltenden Vorschriften, insbesondere § 17 BeurkG, sind auf das Tatsachenprotokoll nicht anzuwenden. Aus diesem Grund besteht auch keine Pflicht des Notars, die Stellung des in der Hauptversammlung Anwesenden als alleiniger Aktionär der Gesellschaft zu prüfen. Eine solche Pflicht besteht nur dann, wenn der Notar einen hierauf gerichteten gesonderten Auftrag angenommen hat oder wenn die Niederschrift ausnahmsweise nach den Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG errichtet wurde. Erklärt der Teilnehmer in der Hauptversammlung, dass er der alleinige Aktionär ist, so kann und darf sich der Notar auf die Angaben des Beteiligten verlassen. Die entsprechende Erklärung des Teilnehmers ist in die Niederschrift aufzunehmen, da sich nur aus dieser Erklärung die Anwendbarkeit des Vollversammlungsprivilegs und sonstiger, speziell bei der

18 In diese Richtung auch OLG Köln, Urteil v. 28. 2. 2008, 18 U 3/08, DNotZ 2008, 789, 790.

19 Wicke, in Anmerkung zur Entscheidung des OLG Köln v. 28. 2. 2008, DNotZ 2008, 789, 793.

20 Siehe hierzu noch unten unter Gliederungsziffern 3.2 und 3.3.

21 Bachmann, NZG 2001, 961, 967.

22 Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 3. Auflage 2011, § 9 Rn. 66.

23 So auch Wicke, NZG 2007, 771, der allerdings einen Versammlungsleiter bei der Einpersonen-AG für entbehrlich hält.

24 Heckschen in Becksches Notarhandbuch, 5. Auflage, D III, Rn. 70 b; Faßbender, RNotZ 2009, 425, 450; DNotl-Report 4/2003 S. 27.

25 Ausnahmsweise ist eine Niederschrift nach §§ 8 ff. BeurkG zu errichten, wenn auch Willenserklärungen (z. B. Zustimmungserklärungen) beurkundet werden sollen.

26 Terbrack in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 407.

Hauptversammlung einer Einmann-AG geltenden, Erleichterungen ergibt.

*Formulierungsbeispiel:* „Der Anwesende gab an, dass er der alleinige Aktionär der Gesellschaft ist.“ oder (falls ein Versammlungsleiter vorhanden ist) „Der Vorsitzende stellte fest, dass der Anwesende der alleinige Aktionär der Gesellschaft ist.“

### 3.2 Feststellungen über Art und Ergebnis der Abstimmung

Nach § 130 Abs. 2 AktG sind in der Niederschrift über die Hauptversammlung auch die Art und das Ergebnis der Abstimmung und die Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung anzugeben. Die Beschlussfeststellung durch den Versammlungsleiter hat grundsätzlich konstitutive Wirkung, sie bewirkt die Wirksamkeit des Beschlusses.<sup>27</sup> Eine Ausnahme macht die ganz überwiegende Meinung im Falle der Einmann-AG. Über den Wortlaut des § 121 Abs. 6 AktG hinaus, welcher nur von den Einberufungsformalitäten der §§ 121 bis 128 AktG befreit, wird davon ausgegangen, dass eine Feststellung über Art und Ergebnis der Abstimmung in der Niederschrift über die Hauptversammlung einer Einmann-AG entbehrlich ist.<sup>28</sup>

Dem ist beizutreten. Bei der Hauptversammlung der Einmann-AG findet keine von § 130 Abs. 2 AktG verlangte „Abstimmung“ im eigentlichen Sinne statt. Vielmehr kommt es lediglich zu einer Willensäußerung des alleinigen Aktionärs oder seines Vertreters, welche den Beschluss in der Hauptversammlung konstituiert.<sup>29</sup> Mangels Notwendigkeit förmlicher Beschlussfeststellung ist auch ein sonst erforderlicher Beschlussantrag bzw. Beschlussvorschlag obsolet.<sup>30</sup> Zum Zustandekommen des Beschlusses genügt es daher, wenn der Alleinaktionär seinen Willen eindeutig zu Protokoll gibt,<sup>31</sup> wobei hinsichtlich der Terminologie darauf geachtet werden sollte, dass nicht der Alleinaktionär den Beschluss fasst, sondern die Hauptversammlung („Die Hauptversammlung fasste sodann folgenden Beschluss:“) als Organ der Aktiengesellschaft (vgl. § 119 Abs. 1 AktG).<sup>32</sup>

### 3.3 Erforderlichkeit eines Teilnehmerverzeichnis

Nach § 129 Abs. 1 Satz 2 AktG ist in der Hauptversammlung ein Verzeichnis der erschienenen oder vertretenen Aktionäre und der Vertreter von Aktionären mit Angabe ihres Namens und Wohnorts sowie bei Nennbetragsaktien des Betrages, bei Stückaktien der Zahl der von jedem vertretenen Aktien unter Angabe ihrer Gattung aufzustellen. Der Sinn und Zweck des nach dieser Vorschrift aufzustellenden Teilnehmerverzeichnisses besteht darin, die Durchführung der Hauptversammlung zu erleichtern und festzuhalten, welche Personen teilnehmen bzw. teilgenommen haben. Das Verzeichnis dient im Einzelnen vor allem (i) der Feststellung der Beschlussfähigkeit der Hauptversammlung, (ii) der Feststellung, ob an der Hauptversammlung Personen teilnehmen, deren Stimmrecht ganz oder teilweise ausgeschlossen ist und (iii) der Schaffung von Transparenz hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse bei der Gesell-

schaft und der Stimmrechtsverteilung in der Hauptversammlung.<sup>33</sup>

Ausgehend von den vorstehend aufgeführten Intentionen, welche der gesetzlichen Pflicht zur Aufstellung eines Teilnehmerverzeichnisses zugrundeliegen, kann man nicht abstreiten, dass es auch bei einer Hauptversammlung der Einmann-AG Anwendungsbereiche für die Aufstellung eines Teilnehmerverzeichnisses gibt.<sup>34</sup> So etwa zum Zwecke der Feststellung von Stimmverboten in Konzernsachverhalten, wenn über die Entlastung eines Vorstandsmitglieds Beschluss gefasst werden soll, welches zugleich als Vertreter des Alleinaktionärs in der Hauptversammlung auftritt. Allerdings können die dem Teilnehmerverzeichnis zugeordneten Zwecke genauso zuverlässig durch Angabe der Personalien der Teilnehmer und entsprechende Aufnahme in die Niederschrift über die Hauptversammlung erfüllt werden<sup>35</sup>, so dass – über den Wortlaut des § 121 Abs. 6 AktG hinaus – im Ergebnis die Aufstellung eines Teilnehmerverzeichnisses bei einer Einmann-AG entbehrlich ist.<sup>36</sup> Sollte – trotz fehlender Verpflichtung hierzu – ein Verzeichnis der Teilnehmer der Hauptversammlung aufgestellt werden, so muss das Teilnehmerverzeichnis nicht (mehr) als Anlage zur Niederschrift genommen werden.

## 4. Stimmverbote

### 4.1 Der Ausschluss des Stimmrechts nach § 136 Abs. 1 AktG

Nach § 136 Abs. 1 Satz 1 AktG kann niemand für sich oder für einen anderen das Stimmrecht ausüben, wenn darüber Beschluss gefasst wird, ob er zu entlasten oder von einer Verbindlichkeit zu befreien ist oder ob die Gesellschaft gegen ihn einen Anspruch geltend machen soll. Nach Satz 2 der Vorschrift kann darüber hinaus für Aktien, aus denen der Aktionär nach Satz 1 das Stimmrecht nicht ausüben kann, das Stimmrecht auch nicht

27 Kubis in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 130 Rn. 62.

28 DNotI-Report 4/2003 S. 27; Heckschen in Becksches Notarhandbuch, 5. Auflage, D III, Rn. 70 b; Bachmann, NZG 2001, 961, 967; Faßbender, RNotZ 2009, 425, 450; Terbrack in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 474.

29 DNotI-Report 4/2003 S. 27.

30 Schröer in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 133 Rn. 13.

31 Bachmann, NZG 2001, 961, 967; Terbrack in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 474.

32 Faßbender, RNotZ 2009, 425, 451.

33 Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 3. Auflage 2011, § 9 Rn. 41.

34 So aber Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 129 Rn. 5, der keine Pflicht zur Aufstellung eines Teilnehmerverzeichnisses bei der Einmann-AG sieht, weil Dokumentation in diesem Fall keinen vernünftigen Zweck erfüllen könnte.

35 Die Ersetzung des Teilnehmerverzeichnisses durch die Anwesenheitsfeststellung in der Niederschrift ist nur bei der Einpersonen-AG zulässig, da das Teilnehmerverzeichnis gegenüber der Niederschrift grundsätzlich von selbständiger Bedeutung ist, vgl. Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 129 Rn. 8.

36 So die h. M. Vgl. nur Bachmann, NZG 2001, 961, 967; DNotI-Report 4/2003 S. 27; Reul in Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Teil 5, Kapitel 4, Rn. 332; Heckschen in Becksches Notarhandbuch, 5. Auflage, D III, Rn. 70 b; Faßbender, RNotZ 2009, 425, 450. Kubis in MüKo zum AktG, 3. Auflage 2013, § 129 Rn. 15; Semler/Volhard/Reichert, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 3. Auflage 2011, § 9 Rn. 40 Terbrack, RNotZ 2012, 221, 222.

durch einen anderen ausgeübt werden. Die Regelungen über den Ausschluss des Stimmrechts bezwecken zuvorderst eine Neutralisierung von Sonderinteressen von Aktionären, die ihrer Art nach typischerweise dazu führen würden, dass sich die Stimmabgabe des Betroffenen nicht am Interesse der Gesellschaft, sondern am eigenen Interesse des Abstimmenden orientiert.<sup>37</sup> Tatbestandlich setzt der Ausschluss des Stimmrechts voraus, dass über einen der drei in § 136 Abs. 1 AktG genannten Sachverhalte Beschluss gefasst wird, nämlich (i) Entlastung, (ii) Befreiung von einer Verbindlichkeit gegenüber der Gesellschaft und (iii) Geltendmachung eines Anspruchs durch die Gesellschaft.

## 4.2 Stimmverbote bei der Einpersonen-AG

Soweit ersichtlich, finden sich in Rechtsprechung und Literatur nur wenige Stellungnahmen zu der Frage nach Stimmverboten in der Hauptversammlung einer Einpersonen-AG. Liegen solche vor, so wird in der Regel kurz und prägnant konstatiert, dass es bei der Einmann-AG kein Stimmverbot gibt.<sup>38</sup> In der Rechtssache HVB/Unicredit hatte die alleinige Aktionärin (Unicredit) auf einer außerordentlichen Hauptversammlung beschlossen, dass ein zuvor durch die HVB zur Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegen Unicredit bestellter besonderer Vertreter mit sofortiger Wirkung abberufen wird. Die gegen den Abberufungsbeschluss gerichtete Anfechtungsklage hatte keinen Erfolg. Der BGH führte zur Begründung aus, dass die Vorschrift des § 136 Abs. 1 AktG nur den Schutz des Gesellschaftsvermögens gegenüber einzelnen Gesellschaftern zu Gunsten der Gesamtheit der Gesellschafter, nicht aber zu Gunsten der Gesellschaftsgläubiger bezwecke. Daher scheidet ein Stimmverbot in der Einmann-AG grundsätzlich aus, weil dort ein solcher Interessengegensatz zwischen Einzelgesellschafter und Gesellschaftergesamtheit nicht bestehe.<sup>39</sup>

Auf den ersten Blick könnte die Entscheidung des BGH dahin verstanden werden, dass eine Anwendung des § 136 Abs. 1 AktG bei der Einmann-AG aufgrund teleologischer Reduktion gänzlich ausscheide. Bei näherem Hinsehen spricht das Gericht in seinen Entscheidungsgründen jedoch ausdrücklich davon, dass ein Stimmverbot bei der Einmann-AG (nur) „grundsätzlich“ ausscheide. Der BGH lässt daher ausdrücklich offen, ob es auch Fallgestaltungen bei Einpersonen-Aktiengesellschaften geben kann, in welchen das Stimmverbot aus § 136 Abs. 1 AktG Anwendung findet. Es scheint daher geboten, auch bei der Einmann-AG eine differenzierende Betrachtungsweise vorzunehmen.

### 4.2.1 (Dritt-)Gesellschaft als alleiniger Aktionär

Im Allgemeinen wird, sofern eine andere Gesellschaft an einer AG beteiligt ist, danach unterschieden, ob sich das Stimmverbot gegen die Drittgesellschaft selbst oder gegen deren Mitglieder oder Organe richtet. Im ersten Fall ist dann (auch) danach zu fragen, ob sich das gegen die Gesellschaft gerichtete Stimmverbot auf deren Mitglieder oder Organe erstreckt, die selbst keinem Stimmverbot unterliegen würden. Im zweiten Fall ist (auch) danach zu fragen, ob sich das gegen ein Mitglied oder gegen ein Organ gerichtete Stimmverbot auf die

Gesellschaft erstreckt, an der das Mitglied beteiligt ist bzw. deren Organ die dem Stimmverbot unterliegende Person ist.<sup>40</sup>

#### 4.2.1.1 Stimmverbot gegen Drittgesellschaft

Richtet sich bei einer Einmann-AG das Stimmverbot gegen die Drittgesellschaft selbst, so findet die Vorschrift des § 136 Abs. 1 AktG, zumindest was die Tatbestandsmerkmale Befreiung der Drittgesellschaft von einer Verbindlichkeit und Geltendmachung einer Forderung gegen die Drittgesellschaft betrifft, aufgrund teleologischer Reduktion keine Anwendung, da die Vorschrift nicht bezweckt, den alleinigen Aktionär vor sich selbst zu schützen.<sup>41</sup> Zur Klarstellung sei an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass die hier zu beantwortende Frage nach dem Vorliegen oder Nichtvorliegen eines Stimmverbots strikt von den Fragen etwa nach einem Gläubigerverfolgungsrecht zu trennen sind. Die Interessen der Gläubiger der AG schützt das Gesetz an anderer Stelle.<sup>42</sup> Die Situation der Entlastung (§ 136 Abs. 1 Satz 1 1. Fall AktG) scheidet bereits denknotwendig in der hier betrachteten Konstellation aus, da die Drittgesellschaft weder Vorstands- noch Aufsichtsratsmitglied sein kann.

Die im Allgemeinen im Rahmen des § 136 Abs. 1 AktG zu beantwortende Frage, ob sich ein gegen die Gesellschaft selbst gerichtetes Stimmverbot auf deren an der AG persönlich beteiligte Mitglieder erstreckt,<sup>43</sup> stellt sich bei der Einmann-AG schon deshalb nicht, weil es neben der Drittgesellschaft (als der alleinigen Aktionärin der AG) keine weiteren Aktionäre mehr gibt. Eine Erstreckung auf Organmitglieder<sup>44</sup> der Drittgesellschaft scheidet aus den gleichen Gründen bereits denknotwendig aus.

#### 4.2.1.2 Stimmverbot gegen Mitglied der Drittgesellschaft

In diesem Zusammenhang ist zunächst klarzustellen, dass es ein Verbot der Stimmausübung aus eigenen Aktien des Mitglieds der Drittgesellschaft nicht geben kann, da bei der Einmann-AG nur die Drittgesellschaft Aktionärin ist. Denkbar wäre allerdings die Situation, dass das betroffene Mitglied der Drittgesellschaft als deren Bevollmächtigter in der Hauptversammlung der AG auftreten soll, beispielsweise wenn darüber Beschluss gefasst werden soll, ob das Mitglied von einer Verbindlichkeit gegenüber der AG befreit wird. In diesem Fall scheint die Anwendung des § 136 Abs. 1 AktG geboten, da die Vorschrift bezweckt, in den im Gesetz

37 Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 136 Rn. 1.

38 Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 136 Rn. 5; Schröder in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 136 Rn. 18.

39 BGH, Beschluss v. 12. 7. 2011 – II ZR 58/10, NZG 2011, 950, 951.

40 Teilweise wird auch noch feinschichtiger differenziert, etwa zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften. Vgl. zu diesen Differenzierungen Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 136 Rn. 8ff; Schröder in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 136 Rn. 36 ff.

41 BGH, Beschluss v. 12. 7. 2011 – II ZR 58/10, NZG 2011, 950, 951; Altmeyden, NJW 2009, 3757, 3759.

42 Zu diesem Aspekt Altmeyden, NJW 2009, 3757, 3758 f.

43 Zu dieser Fallgruppe Schröder in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 136 Rn. 38.

44 Zu dieser Fallgruppe Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 136 Rn. 14.

genannten Fällen der Gefahr vorzubeugen, dass bei einem Widerstreit zwischen persönlichen Interessen des Abstimmenden und Interessen der Gesellschaft das Stimmrecht zulasten der Gesellschaft ausgeübt wird. Eine solche Gefahr ist in der vorstehend beschriebenen Situation gegeben, so dass das Mitglied in der Hauptversammlung das Stimmrecht nicht für die Drittgesellschaft ausüben kann.

Das gegen Mitglieder der Drittgesellschaft gerichtete Stimmverbot<sup>45</sup> erstreckt sich bei der Einmann-AG nicht auf die Drittgesellschaft. Dies ist zum einen damit zu begründen, dass es auch in dieser Fallgruppe nicht Sinn und Zweck der Vorschrift des § 136 Abs. 1 AktG ist, den alleinigen Aktionär vor sich selbst zu schützen. Denn diese Fallgruppe unterscheidet sich insoweit nicht von der Fallgruppe, dass sich das Stimmverbot gegen die Drittgesellschaft selbst richtet.<sup>46</sup> Zum anderen würde eine Erstreckung auf die Drittgesellschaft dazu führen, dass insoweit überhaupt keine Hauptversammlungsbeschlüsse gefasst werden könnten, da es außer der Drittgesellschaft keine weiteren Aktionäre mehr gibt. Die Bildung eines Gesellschaftswillens überhaupt zu verhindern, ist aber auch nicht von § 136 Abs. 1 AktG bezweckt.<sup>47</sup>

#### 4.2.1.3 Stimmverbot gegen Organ der Drittgesellschaft

Richtet sich das Stimmverbot gegen ein Organ der Drittgesellschaft,<sup>48</sup> so erstreckt sich das Stimmverbot im Falle der Einmann-AG – unabhängig von dem Kriterium eines maßgeblichen Einflusses<sup>49</sup> – nicht auf die Drittgesellschaft, da andernfalls insoweit Beschlussunfähigkeit die Folge wäre.<sup>50</sup>

In der Praxis stellt sich im Zusammenhang mit dieser Fallgruppe in Konzernsachverhalten nicht selten die Frage, ob ein Stimmverbot im Rahmen einer Beschlussfassung über eine Entlastung von Organen gegeben ist. So etwa, wenn ein Vorstandsmitglied entlastet werden soll, welches zugleich Vorstandsmitglied der alleinigen Aktionärin ist. Hier ist zunächst danach zu differenzieren, ob eine wie vom Aktiengesetz als Regel vorgesehene Gesamtentlastung (§ 120 Abs. 1 Satz 1 AktG) durchgeführt wird oder ob über die Entlastung gesondert abgestimmt wird (sog. Einzelentlastung, § 120 Abs. 1 Satz 2 AktG). Im Falle der Gesamtentlastung sind alle Organmitglieder, über deren Entlastung abgestimmt werden soll, von der Abstimmung ausgeschlossen. Findet hingegen eine Einzelentlastung statt,<sup>51</sup> besteht ein Stimmverbot grundsätzlich nur für dasjenige Organmitglied, über dessen Entlastung abgestimmt wird.<sup>52</sup> Der Ansicht, wonach auch die übrigen Organmitglieder vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, wenn es um die Einzelentlastung eines anderen Organmitglieds geht,<sup>53</sup> kann zumindest im Falle der Betroffenheit eines Vorstandsmitglieds der Alleinaktionärin nicht beigetreten werden, da eine solche Erstreckung des Stimmverbots auf die übrigen Organmitglieder dazu führen würde, dass die Aktionärin – da kein Vorstandsmitglied mehr für die Aktionärin handeln dürfte und eine Untervertretung, zu Recht, nach herrschender Ansicht ausscheidet –<sup>54</sup> insoweit überhaupt nicht mehr beschlussfähig wäre.

Unter Zugrundelegung eines (Konzern-)Sachverhalts, in welchem sowohl die hundertprozentige Tochtergesellschaft als auch die Muttergesellschaft jeweils drei Vorstandsmitglieder hat, welche personenidentisch sind und bei der Mutter – als auch bei der Tochtergesellschaft jeweils nur zwei Vorstandsmitglieder gemeinsam zur Vertretung berechtigt sind, ergibt sich bei einer Einzelentlastung<sup>55</sup> folgendes

#### Formulierungsbeispiel:

„Daraufhin beschloss die Hauptversammlung der [Tochtergesellschaft],

1. durch entsprechend abgegebene Erklärungen der beiden Vorstandsmitglieder der Alleinaktionärin, [Herrn/Frau A und Herrn/Frau B], dass dem Vorstandsmitglied, [Herrn/Frau C], Entlastung für das Geschäftsjahr [Jahr] erteilt werde,
2. durch entsprechend abgegebene Erklärungen der beiden Vorstandsmitglieder der Alleinaktionärin, [Herrn/Frau A und Herrn/Frau C], dass dem Vorstandsmitglied, [Herrn/Frau B], Entlastung für das Geschäftsjahr [Jahr] erteilt werde,
3. durch entsprechend abgegebene Erklärungen der beiden Vorstandsmitglieder der Alleinaktionärin, [Herrn/Frau B und Herrn/Frau C], dass dem Vorstandsmitglied, [Herrn/Frau A], Entlastung für das Geschäftsjahr [Jahr] erteilt werde.“

#### 4.2.2 Natürliche Person als alleiniger Aktionär

Ist der alleinige Aktionär eine natürliche Person und handelt er in der Hauptversammlung persönlich, so ist ein Beschluss über seine eigene Entlastung als Vorstands- oder Aufsichtsratsmitglied entbehrlich,<sup>56</sup> aber zulässig.<sup>57</sup> Was die weiteren Tatbestände des § 136 Abs. 1 AktG betrifft, mithin die Beschlussfassung über die Geltendmachung eines Anspruchs gegen den Aktionär bzw. die Befreiung des Aktionärs von einer Verbindlichkeit, besteht kein Stimmverbot des Alleinaktio-

45 Zu dieser Fallgruppe Hüffer, Aktiengesetz, 10. Auflage 2012, § 136 Rn. 10 f.

46 Siehe hierzu oben unter Gliederungsziffer 4.2.1.1.

47 DNotI-Report 23/2008 S. 177, 179.

48 Zu dieser Fallgruppe Schröder in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 136 Rn. 45.

49 Hierzu Reul in Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Teil 5, Kapitel 4, Rn. 283; Terbrack in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Kapitel Rn. 502.

50 Siehe hierzu oben unter Gliederungsziffer 4.2.1.2.

51 Das Stimmverbot bezieht sich nicht auf den Antrag zur Durchführung einer Einzelentlastung nach § 120 Abs. 1 Satz 2 AktG, vgl. OLG München, Urteil v. 17. 3. 1995 – 23 U 5930/94, NJW-RR 1996, 159.

52 Schröder in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 136 Rn. 45; Hüffer, Aktiengesetz 10. Auflage 2012, § 136 Rn. 20.

53 Nachweise zu dieser Ansicht bei Schröder in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 136 Rn. 8.

54 DNotI-Report 23/2008 S. 177, 179.

55 Zur Zulässigkeit der Einzelentlastung vgl. Kubis in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 120 Rn. 3; OLG München, Urteil v. 17. 3. 1995 – 23 U 5930/94, NJW-RR 1996, 159 (auch zur Frage der rechtsmißbräuchlichen Umgehung des Stimmverbots durch Einzelentlastung im Falle einer Mehrpersonengesellschaft).

56 Kubis in Müko zum AktG, 3. Auflage 2013, § 120 Rn. 3; DNotI-Report 23/2008 S. 177, 189; Hüffer, Aktiengesetz 10. Auflage 2012, § 136 Rn. 5; Reul in Würzburger Notarhandbuch, 2. Auflage, Teil 5, Kapitel 4, Rn. 281.

57 So auch Bachmann, NZG 2001, 961, 968.

närs, da die Vorschrift nicht bezweckt, den alleinigen Aktionär vor sich selbst zu schützen.<sup>58</sup>

Handelt der Alleinaktionär andererseits nicht persönlich, sondern lässt das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten in der Hauptversammlung ausüben, so führt ein gegen den Bevollmächtigten gerichtetes Stimmverbot (etwa, wenn über dessen Entlastung Beschluss gefasst werden soll) dazu, dass der Vertreter insoweit von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen ist.

#### 4.3 Fazit zum Stimmverbot gemäß § 136 Abs. 1 AktG

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass ein Stimmverbot gemäß § 136 Abs. 1 AktG bei der Einpersonen-AG nicht gänzlich ausscheidet. Eine Darstellung aller denkbaren Konstellationen, die insbesondere in Konzernsachverhalten auch von den jeweiligen Vertretungsverhältnissen abhängen, würde den Rahmen dieser Abhandlung sprengen. Hier sollte und konnte auch nur durch Darstellung einiger Konstellationen darauf aufmerksam gemacht werden, dass das Stimmverbot auch bei der Einpersonen-AG eine nicht zu vernachlässigende Thematik ist, die – wie die Entscheidung des BGH in der Rechtssache HVB/Unicredit zeigt – auch in der Praxis streitanfällig sein kann.

#### 5. Kosten

Bei den Kosten gibt es keine Besonderheiten bei einer Einmann-AG. Der Geschäftswert von Beschlüssen der Hauptversammlung bestimmt sich nach § 108 GNotKG und beträgt höchstens fünf Millionen Euro, auch wenn mehrere Beschlüsse mit verschiedenem Gegenstand in einem Beurkundungsverfahren zusammengefasst werden (§ 108 Abs. 5 GNotKG). Die nach der Kostenordnung geltende Höchstgebühr von 5 000,00 Euro gilt demnach nicht mehr, was sich nach neuem Recht dann auswirkt, wenn der Geschäftswert über 1 450 000 Euro liegt. Beschlüsse lösen nach KVNr. 21100 eine 2,0 Gebühr aus, die mindestens 120,00 Euro beträgt. Grundsätzlich sind mehrere Beschlüsse in einer Niederschrift verschiedene Beurkundungsgegenstände und werden addiert, außer es liegt einer der in § 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 GNotKG genannten Fälle vor.

Durch das GNotKG neu eingeführt wurde, dass auch die Beratung bei der Vorbereitung oder Durchführung einer Hauptversammlung in einem eigenen Kostentatbestand geregelt ist. Nach § 120 GNotKG bemisst sich der Geschäftswert nach der Summe der Geschäftswerte für die Beurkundung der in der Versammlung zu fassenden Beschlüsse, höchstens aber fünf Millionen Euro. Hintergrund der Regelung ist, dass den Notar bei Errichtung

eines Tatsachenprotokolls nach §§ 36 f. BeurkG grundsätzlich keine Pflichten im Sinne des § 17 BeurkG treffen, sodass sich auch nicht rechtfertigen ließe, dass Beratungstätigkeiten im Vorfeld oder bei der Durchführung einer Hauptversammlung bereits mit der Beurkundungsgebühr abgegolten sind.<sup>59</sup> Die (Rahmen-)Gebühr beträgt abhängig vom Umfang der erbrachten Beratungsleistungen 0,5 bis 2,0 (KVNr. 24203). Die Gebühr fällt auch bei mehreren Beratungsleistungen nur einmal an.<sup>60</sup>

#### 6. Zusammenfassung

Bei einer Aktiengesellschaft mit nur einem Aktionär müssen die in §§ 121 bis 128 AktG vorgesehenen Formalitäten zur Einberufung einer Hauptversammlung nicht beachtet werden, vorausgesetzt seitens des Alleinaktionärs wird kein Widerspruch gegen die Beschlussfassung(en) erhoben. Sämtliche Mitglieder von Vorstand und Aufsichtsrat sollten über das Stattfinden der Hauptversammlung unter Mitteilung der Tagesordnung informiert werden, da andernfalls ein zur Anfechtung berechtigender Verstoß gegen das Teilnahmerecht der Vorstands- und Aufsichtsratsmitglieder gegeben ist. Eine Pflicht, Belege über die Einberufung der Hauptversammlung der Niederschrift als Anlage beizufügen, besteht selbst dann nicht, wenn solche Belege vorhanden sind und kein Widerspruch gegen die Beschlussfassung(en) in der Hauptversammlung erhoben wurde. Ein Versammlungsleiter ist dann erforderlich, sollte die Satzung der Gesellschaft einen solchen verlangen. Sieht die Satzung keinen Versammlungsleiter vor, so kann nach herrschender Ansicht die Hauptversammlung auch ohne Mitwirkung eines Vorsitzenden durchgeführt werden. Feststellungen über Art und Ergebnis der Abstimmung in der Niederschrift über die Hauptversammlung sind zulässig, aber nicht erforderlich. Es genügt, wenn der Alleinaktionär seinen Willen eindeutig zu Protokoll gibt. Die Aufstellung eines Teilnehmerverzeichnisses in der Hauptversammlung einer Einmann-AG ist entbehrlich, da die hierdurch verfolgten Zwecke genauso zuverlässig durch entsprechende Dokumentation in der Niederschrift sichergestellt werden können. Stimmverbote sind bei einer Einmann-AG nicht gänzlich ausgeschlossen, sondern können – abhängig von der Konstellation im Einzelfall – durchaus zur Anwendung kommen.

58 BGH, Beschluss v. 12. 7. 2011 – II ZR 58/10, NZG 2011, 950, 951; Altmeppen, NJW 2009, 3757, 3759.

59 Bauer/Heinze in Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar (GNotKG), Auflage 2013, § 120 Rn. 1.

60 Bauer/Heinze in Leipziger Gerichts- & Notarkostenkommentar (GNotKG), Auflage 2013, § 120 Rn. 8.

## Rechtsprechung

### 1. Liegenschaftsrecht – Zur einseitigen Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum (*OLG München*, Beschluss vom 11. 11. 2013 – 34 Wx 335/13)

**BGB § 133**

**GBO § 29**

**WEG §§ 5 Abs. 4; 10 Abs. 2; 15 Abs. 1**

1. **Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum durch Änderungsvorbehalt in der Teilungserklärung.**
2. **Eine ansonsten wirksame Ermächtigung kann dennoch nicht zu einer einseitigen Umwandlung von Teileigentum in Wohneigentum führen, wenn sie dadurch bedingt ist, dass bestimmte bauliche Vorgaben eingehalten sind. In diesem Fall ist ein Nachweis der Voraussetzungen in der Form des § 29 GBO nicht möglich. Für die Annahme, eine entsprechende Verknüpfung zwischen der Einhaltung baubezogener (gesetzlicher wie technischer) Normen und der rechtlichen Befugnis habe hergestellt werden sollen, ist aber Zurückhaltung zu üben.**

#### Zur Einordnung:

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung befasst sich das OLG München mit der Auslegung einer in der Gemeinschaftsordnung enthaltenen Ermächtigung eines Eigentümers zur Umwandlung seines Teileigentums in Wohnungseigentum.

Die Bezeichnung einer Sondereigentumseinheit als Wohnungs- oder Teileigentum in der Gemeinschaftsordnung wird als Zweckbestimmung mit Vereinbarungscharakter i. S. d. § 15 Abs. 1 WEG verstanden, die allgemein die Nutzung als Wohnung oder als nicht zu Wohnzwecken dienende Räume vorgibt (h. M.; BGH NJW-RR 2012, 1036; KG RNotZ 2013, 428 f.; OLG München RNotZ 2014, 232, 233; Bärmann/Armbrüster, WEG, 12. Aufl. 2013, § 1 Rn. 27 f.). Die nachträgliche Umwandlung stellt eine Inhaltsänderung dar, die grundsätzlich einer Vereinbarung sämtlicher Eigentümer nach §§ 5 Abs. 4, 10 Abs. 2, 15 Abs. 1 WEG bedarf (OLG München RNotZ 2014, 232, 233 m. Anm. Schriftleitung; KG ZWE 2011, 84, 85 m. Anm. Schmidt; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2872 d). Da die Änderung lediglich das Gemeinschaftsverhältnis betrifft, kann das Erfordernis der Mitwirkung der übrigen Eigentümer jedoch durch eine entsprechende Regelung in der Gemeinschaftsordnung abbedungen und die Änderung dem jeweiligen Sondereigentümer vorbehalten werden (OLG München RNotZ 2014, 232, 234; KG RNotZ 2013, 428, 429 m. Anm. Rapp; Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, 5. Aufl. 2009, A. III. Rn. 110; Bärmann/Armbrüster, WEG, 12. Aufl. 2013, § 1 Rn. 42; Hügel, ZWE 2008, 120, 126 f.). Die spätere Umwandlung stellt dann keine Änderung des Inhalts des Sondereigentums dar und bedarf folglich auch nicht der Zustimmung der dinglich Berechtigten (OLG Mün-

chen RNotZ 2014, 232, 234; KG ZWE 2011, 84, 85; Schüller, RNotZ 2011, 203, 207 f.). Der Änderungsvorbehalt muss dem sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, d. h. nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein (Bärmann/Armbrüster, WEG, § 1 Rn. 43; vgl. auch BGH DNotZ 2012, 684, 685).

Oftmals enthält die Regelung über die Umwandlung der Nutzungsart auch die Erlaubnis – unter Einhaltung bestimmter baubezogener Vorgaben – bauliche Veränderungen an dem jeweiligen Sondereigentum vorzunehmen. In diesem Fall stellt sich die Frage, ob die Einhaltung der baulichen Vorgaben Bedingung für die Ausübung des Änderungsvorbehalts ist und dem GBA daher in grundbuchlicher Form nachzuweisen wäre. Das OLG München übt im Hinblick auf die Annahme einer solchen Verknüpfung Zurückhaltung. Es ist grundsätzlich nicht anzunehmen, dass eine bestehende Verpflichtung zur Einhaltung baubezogener Normen Bedingung für die wirksame Ausübung des Änderungsvorbehalts ist, da die Einhaltung im Grundbuchverfahren in praktischer Hinsicht nicht nachweisbar ist. Das Gericht bestätigt damit eine kürzlich ergangene Entscheidung, nach welcher die in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Ermächtigung eines Sondereigentümers, einen zu seinem Wohnungseigentum gehörenden Speicher „im Rahmen der baurechtlichen Bestimmungen“ zu Wohnungszwecken auszubauen und in einen eigenen Miteigentumsanteil aufzuteilen, nicht als Einschränkung der vorweggenommenen Zustimmung zur Änderung der Teilungserklärung zu verstehen ist (OLG München DNotZ 2014, 45, 47).

In praktischer Hinsicht ist die Entscheidung zu begrüßen. Kann die Einhaltung bestimmter Vorgaben nicht in grundbuchlicher Form nachgewiesen werden, ist grundsätzlich nicht anzunehmen, dass der Änderungsvorbehalt davon abhängig sein soll. Dennoch sollte die Entscheidung zum Anlass genommen werden, die Voraussetzungen für die Ausübung eines solchen Vorbehalts immer eindeutig und zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen und ihn gegebenenfalls ausdrücklich von der Einhaltung sonstiger Vorgaben zu lösen.

*Die Schriftleitung (DH)*

#### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. sind zu je 1/2 als Eigentümer von Teileigentum (Lagerraum Nr. 30) im Grundbuch eingetragen. In Abschn. V der Teilungserklärung vom 23. 1. 1989 ist bestimmt:

Die jeweiligen Eigentümer der Lagerräume 29, 30 und 31 sind ermächtigt, diese ganz oder anteilig anderen Wohnungseigentumseinheiten zuzuordnen, wobei ihnen die Wahl des ihnen rechtlich geeigneten Weges offen steht.

Durch die Zuordnung zu einer anderen Wohnung sollen sich die Miteigentumsanteile dieser anderen Wohnungen entsprechend erhöhen; erfolgt eine teilweise Zuordnung, so legt der zuordnende Eigentümer in Anlehnung an die jeweiligen Grundflächen die anteiligen Miteigentumsanteile selbst fest, wobei die Sum-

me der auf die Lagerräume entfallenden Miteigentumsanteile nicht verändert werden darf.

Die jeweiligen Eigentümer der Lagerräume 29, 30 und 31 werden schon heute ermächtigt, die Lagerräume zu verändern und entsprechend den behördlichen und baulichen Bestimmungen als zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken (Hobbyraum) dienende Räume auszubauen und in diesem Zusammenhang in gemeinschaftliches Eigentum auch in nach außen sichtbarer Weise einzugreifen. Die jeweiligen Eigentümer sind verpflichtet, den Ausbau nach den anerkannten Regeln der Baukunst unter Verwendung normgerechter Baustoffe durchzuführen. Sie haben sämtliche Kosten zu tragen, auch soweit sich die Arbeiten auf gemeinschaftliches Eigentum beziehen.

Für den Fall, dass die Nutzung als zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken dienende Räume behördlicherseits nicht genehmigt wird, sind die jeweiligen Eigentümer der Lagerräume 29, 30 und 31 berechtigt, diese in Gemeinschaftseigentum umzuwandeln unter gleichzeitiger Bestellung von Sondernutzungsrechten.

Die Ermächtigung besteht noch für den jeweiligen Eigentümer des Lagerraumes Nr. 30 (vgl. Nachtrag vom 18. 4. 1989 zur Teilungserklärung).

Mit notarieller Urkunde vom 17. 5. 2013 – nach Abschluss des Kaufvertrages vom 28. 2. 2013 über das Teileigentum und vor Eintragung als Eigentümer – wandelten die Bet. im eigenen Namen und für die übrigen Miteigentümer das Teileigentum in Wohnungseigentum um. Sie bezogen sich hierbei auf die angeführte Ermächtigung. Mit dem Antrag auf Grundbuchvollzug legten sie eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der zuständigen Behörde vom 10. 4. 2013 samt einer Bauzeichnung vor, auf der die Räume des betreffenden Sondereigentums mit Nr. 30 bezeichnet waren, sich aber zwischen dem Wohnraum und dem in Gemeinschaftseigentum befindlichen Zugang ein „Windfang“ befindet, der mit keiner Nummer bezeichnet ist. Dieser „Windfang“ ist auf dem ursprünglichen Aufteilungsplan aus dem Jahr 1988, in dem die Räume insgesamt als „Lagerraum“ bezeichnet sind, Bestandteil der Sondereigentumseinheit.

Mit Schreiben vom 24. 5. 2013 wies das GBA die Bet. unter anderem darauf hin, dass diese Ermächtigung hinfällig sei, wenn die Umgestaltung – wie hier – von der Einhaltung baulicher Vorgaben abhängt. Folglich bedürfe es der Beteiligung aller Eigentümer. Ferner sei beim Vergleich der alten und neuen Pläne aufgefallen, dass im neuen Aufteilungsplan der Windfang ohne Nummer ausgewiesen sei. Das GBA gehe deshalb davon aus, dass dieser nun Gemeinschaftseigentum sei. Damit würde die Einigung hinsichtlich des neuen, nun der Gemeinschaft gehörenden Raumes fehlen.

Im Übrigen gebe es weitere Unklarheiten hinsichtlich einer Ausbuchtung rechts, einer Freifläche in der Wand im Bad/WC, einer Fläche in der Wand des Kinderzimmers.

Die Bet. stellten zwischenzeitlich klar, dass die Außengrenze der Wohnung unverändert geblieben sei. Bei der bezeichneten Fläche handle es sich um einen nicht zur Wohnung gehörenden Lichtschacht; bei der Öffnung im Bad um ein geplantes Fenster, das entweder nie existiert habe oder verschlossen sei, und bei dem im Kinderzimmer als Fläche in der Wand eingezeichneten Bereich um ein Fenster. Zuletzt legten die Bet. erneut den Aufteilungsplan zur Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 10. 4. 2013 vor, in dem der Windfang die – handschriftlich nachgetragene – Nr. 30 trägt. Der Plan ist mit Unterschrift, Dienstsiegel und dem Vermerk: „geändert am 5. 6. 2013“ versehen.

Das GBA hat inzwischen die Anträge aus dem Kaufvertrag vom 28. 2. 2013 (Eigentumsumschreibung sowie Löschung zweier Rechte) vollzogen. Die Eintragung der Änderung der Teilungs-

erklärung hat das GBA hingegen mit Beschluss vom 1. 7. 2013 abgelehnt und dies folgendermaßen begründet:

Grundsätzlich sei zur Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer erforderlich, dies jedoch dann nicht, wenn eine entsprechende vorweggenommene Ermächtigung in der Gemeinschaftsordnung enthalten sei. Diese sei zwar im Nachtrag vom 18. 4. 1989 zur Teilungserklärung enthalten. Der jeweilige Eigentümer sei aber verpflichtet, den Ausbau nach den anerkannten Regeln der Baukunst unter Verwendung normgerechter Baustoffe durchzuführen. Ob die aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Umbauten so ausgeführt worden seien, könne aber nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, so dass nicht von einer Ermächtigung auszugehen und die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer erforderlich sei.

Zudem weise der zunächst eingereichte neue Aufteilungsplan den vor der Einheit Nr. 30 liegenden Windfang nicht als Sondereigentum aus. Erst mit der Feststellung (des Notars) vom 11. 6. 2013 sei erklärt worden, dass dieser Windfang ebenfalls Sondereigentum sei. Ein weiterer Aufteilungsplan sei beigelegt worden. Dem GBA lägen nun zwei sich unterscheidende amtliche Aufteilungspläne vor, der ursprünglich eingereichte Aufteilungsplan sei bisher nicht berichtigt worden. Da sich nun die Grenzen des Sondereigentums verschoben hätten, sei auch eine neue ergänzende Abgeschlossenheitsbescheinigung nötig. Die vorliegende Abgeschlossenheitsbescheinigung beziehe sich auf den ursprünglichen Aufteilungsplan, aus dem hervorgehe, der betroffene Windfang sei Gemeinschaftseigentum.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Bet. Sie wird damit begründet, dass keine Vollmachtsbeschränkung im Außenverhältnis vorliege, sondern eine Verpflichtung des Ausbauenden gegenüber den übrigen Miteigentümern. Das GBA sei deshalb zu einer entsprechenden Überprüfung nicht berechtigt.

Der Windfang sei schon immer Sondereigentum gewesen. Im Vergleich zwischen dem alten und dem neu eingereichten Plan sei erkennbar, dass der Windfang als Raum entstanden sei, indem Wände im Innenbereich der Wohnung einbezogen wurden. Es sei keinerlei Gemeinschaftseigentum betroffen. Der ausführende Architekt habe lediglich vergessen, diesen neuen Raum ebenfalls mit einer Nummer zu versehen. Der Mangel sei behoben worden, indem im Originalplan nachträglich die Nummer eingesetzt und dies durch die Baubehörde mit Siegel und Unterschrift bestätigt worden sei. Dem GBA lägen somit keine zwei verschiedenen Pläne, sondern ein und derselbe, um die vergessene Nummer ergänzte, Plan vor.

Das GBA hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

#### Aus den Gründen:

II. Das zulässige (§ 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

#### **Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums der übrigen Eigentümer dar, die materiell-rechtlich der Mitwirkung der übrigen Eigentümer bedarf**

1. Die Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum stellt eine Inhaltsänderung des jeweiligen Sondereigentums der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer dar (vgl. § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2, § 15 Abs. 1 WEG) und bedarf materiell-rechtlich grundsätzlich der Mitwirkung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer (§ 877 i. V. m. § 873 BGB); außerdem müssen die dinglich Berechtigten zustimmen, sofern ihre Rechtsstellung



beeinträchtigt wird (vgl. nur BayObLG NJW-RR 1997, 586; 1989, 28; BayObLGZ 1989, 28 = DNotZ 1990, 42; KG ZWE 2011, 84/85).

### **Durch entsprechende Ermächtigung in der Gemeinschaftsordnung kann die Mitwirkung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer jedoch vorweggenommen werden**

Dieses Erfordernis kann jedoch abbedungen werden. Die Wohnungs- und Teileigentümer können bereits in der Gemeinschaftsordnung ihre Mitwirkung beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen vorweg nehmen und damit eine Vereinbarung überflüssig machen (vgl. Bärmann/Armbrüster, WEG, 12. Aufl., § 1 Rn. 38 und 43). Ein solcher Änderungsvorbehalt muss dem sachen- und grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz entsprechen, d. h. nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmt sein. Als Grundbucheintragung ist die Gemeinschaftsordnung auslegungsfähig, wobei zwar § 133 BGB entsprechend gilt, jedoch zu beachten ist, dass der das Grundbuchverfahren beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz der Auslegung Grenzen setzt. Auf die Auslegung kann nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Es ist dabei, wie bei der von Grundbucheintragungen, auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt (vgl. BGHZ 92, 355; Demharter, GBO, 28. Aufl., § 19 Rn. 28 m. w. N.).

### **Ist die Ermächtigung durch die Einhaltung bestimmter baulicher Vorgaben bedingt, ist sie unbrauchbar, da ein Nachweis der Einhaltung in der Form des § 29 GBO nicht möglich ist**

Dabei kann eine ansonsten wirksame Ermächtigung dennoch nicht zu einer einseitigen Umwandlung von Teileigentum in Wohneigentum führen, wenn sie dadurch bedingt ist, dass bestimmte bauliche Vorgaben eingehalten sind. In diesem Fall ist ein Nachweis der Voraussetzungen in der Form des § 29 GBO nicht möglich (vgl. BayObLG NJW-RR 1997, 586; vgl. auch BayObLGZ 1993, 259/264 = MittRhNotK 1993, 2).

### **Bei der Annahme einer Verknüpfung zwischen der Ermächtigung zur Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum und der Pflicht zur Einhaltung baubezogener Normen ist Zurückhaltung zu üben**

Indessen ist für die Annahme, eine entsprechende Verknüpfung zwischen der Einhaltung baubezogener (gesetzlicher wie technischer) Normen und der rechtlichen Befugnis hergestellt werden sollen, Zurückhaltung zu üben (Senat vom 5. 7. 2013, 34 Wx 155/13 = FGPrax 2013, 203 = DNotZ 2014, 45; siehe schon BayObLG DNotZ 1999, 210).

Abschn. V. Abs. 4 der Teilungserklärung in der aktuellen Fassung berechtigt den Eigentümer des Sondereigentums Nr. 30, die Einheit zu verändern und entsprechend den behördlichen und baulichen Bestimmungen als zu Wohnzwecken oder nicht zu Wohnzwecken dienende Räume auszubauen. Die Ermächtigung zum Ausbau umfasst nach ihrer nächstliegenden Bedeutung auch die entsprechende Änderung der Teilungserklärung, um diese der tatsächlichen und zulässigen Nutzung anzu-

passen. Die im Grundbuch ausgewiesene Zweckbestimmung würde sonst dieser Nutzung widersprechen, weil sich Wohnräume in – entsprechend der Teilungserklärung – nicht zu Wohnräumen dienendem Teileigentum befänden.

Die entsprechende Befugnis lässt sich auch Abschn. V. Abs. 1 und 2 entnehmen. Der Eigentümer des Lager-raums ist nämlich berechtigt, diesen einer anderen Einheit zuzuordnen, wobei ihm die Wahl des ihm rechtlich geeigneten Weges offen steht. Er ist sogar (siehe Abschn. V. Abs. 5) ermächtigt, das Sondereigentum in Gemeinschaftsflächen umzuwandeln. Auch wenn nur eine scheinbare Umwandlung vorliegt, wenn mit Wohnungseigentum Nebenräume verbunden sind, die im Fall der Abtrennung als neues Teileigentum eingetragen werden müssten (vgl. Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 3. Aufl., § 7 Rn. 287), lässt sich aus dem Zusammenhang mit Abschn. V. Abs. 4 und der noch wesentlich weitergehenden Befugnis in Abschn. V. Abs. 5 auch die Befugnis ableiten, endgültig entsprechend der tatsächlichen Nutzung die Zweckbestimmung festzulegen und zur Grundbucheintragung zu bringen.

### **Es ist nicht anzunehmen, dass die der vereinfachten Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum dienende Ermächtigung von der grundbuchverfahrensrechtlich nicht nachweisbaren Einhaltung baubezogener Normen abhängig sein soll**

Abschn. V. Abs. 4 der Teilungserklärung enthält keine – grundbuchrechtlich beachtliche – Bedingung als Voraussetzung für die Umwandlung. Vielmehr will die Klausel mit ihren Hinweisen auf behördliche und bauliche Bestimmungen sowie die anerkannten Regeln der Baukunst unter Verwendung normgerechter Baustoffe den ordnungsmäßigen Gebrauch des Sondereigentums im Rahmen einer mit einem (technischen) Umbau verbundenen Umwandlung sicherstellen, dient also ersichtlich der baulichen Abwicklung der Maßnahme, ohne sie selbst davon abhängig zu machen (Senat vom 5. 7. 2013, FGPrax 2013, 203 = DNotZ 2014, 45). Sie steht gleichwertig neben der Ermächtigung. Es ist schließlich auch nicht anzunehmen, dass die Ermächtigung, die ja gerade eine Vereinfachung für den Eigentümer der Einheit schaffen sollte, vom grundbuchverfahrensrechtlich unmöglichen Nachweis der Erfüllung der genannten Verpflichtungen abhängig sein sollte. Dabei ist auch zu bedenken, dass es sich bei dem Objekt um ein großstädtisches Wohngebäude mit Läden, Werkstätte und Nebengebäude handelt, für das 31 Teileinheiten gebildet sind. Die Auslegung, die Miteigentümer hätten ihre Mitwirkung für die Umwandlung der bezeichneten Fläche vorweggenommen und dadurch das Erfordernis einer Vereinbarung abbedungen, liegt auch aus praktischen Gründen deshalb nahe (siehe BayObLGZ 1989, 28 = DNotZ 1990, 42).

2. Die Bedenken des GBA hinsichtlich der Aufteilungspläne teilt der Senat nicht.

Wie ein Vergleich mit dem ursprünglichen Aufteilungsplan ergibt, ist der jetzt als Windfang bezeichnete Raum ursprünglich bereits Bestandteil des Sondereigentums (Nr. 30) gewesen. Aus der Vorlage einer Abgeschlossenheitsbescheinigung mit einem neuen Aufteilungs-

plan konnte sich an diesem Zustand nichts ändern. Die Bet. haben nunmehr einen korrigierten Plan mit Datum, Unterschrift und Dienstsiegel ersichtlich als Bestandteil der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 10. 4. 2013 vorgelegt. Mit diesem hat die Behörde ihre damalige Bescheinigung berichtigt, wobei sich die Unrichtigkeit bzw. Unvollständigkeit hinsichtlich des Windfangs bereits aus einem Vergleich mit dem ursprünglichen Plan ergeben hat. Es ist kein Grund ersichtlich, weshalb die ausstellende Behörde die Bescheinigung nicht nachträglich – nach Beanstandung durch das GBA – berichtigen dürfte, zumal sich die Zugehörigkeit des sogenannten Windfangs zu Wohnung bzw. Teileigentum Nr. 30 bereits aus den Grundakten ergeben hätte. Von zwei sich widersprechenden Aufteilungsplänen kann keine Rede sein.

## 2. Liegenschaftsrecht – Grundbuchberichtigung bei vertauschten Wohnungen in einer Wohnanlage

(*OLG München*, Beschluss vom 12. 3. 2014 – 34 Wx 467/13, mitgeteilt von *Richterin am OLG München Edith Paintner*)

### BGB § 894

### GBO §§ 19; 22; 29; 53 Abs. 1

### WEG §§ 1 Abs. 2; 6

### ZPO §§ 848; 857 Abs. 3

1. Zur Grundbuchberichtigung bei „vertauschten“ Wohnungen in einer Wohnanlage.
2. Die Pfändung des Anspruchs auf Mitwirkung zur Berichtigung des Grundbuchs – im Weg der Hilfspfändung – zielt auf die Eintragung gerade des (nicht eingetragenen) Schuldners ab. Sie ist unbehelflich, wenn mit ihr die Berichtigung zunächst auf einen – mitwirkungsbereiten – Dritten zu bewirken ist, jedoch der Schuldner nicht mitwirkt.
3. Zum Nachweis der Sequesterbestellung.
4. An den Unrichtigkeitsnachweis sind strenge Anforderungen zu stellen. Namentlich genügt bei „vertauschten“ Wohnungen nicht, dass Miteigentumsanteile nicht mit dem Verkehrswert der Wohnung bzw. ihrer Wohn- bzw. Nutzfläche korrelieren.

#### Zur Einordnung:

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung befasst sich das OLG München mit den Anforderungen an den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs i. S. d. § 22 GBO, wenn in mehreren Kaufverträgen versehentlich der jeweils falsche Grundbesitz aufgeführt wurde.

Wird im Kaufvertrag irrtümlich der falsche Grundbesitz aufgeführt und an den Käufer aufgelassen, kommt nach dem Grundsatz *falsa demonstratio non nocet* sowohl der Verpflichtungsvertrag gemäß § 311 b Abs. 1 BGB als auch die Auflassung gemäß §§ 873, 925 BGB formgültig mit dem Inhalt zustande, von dem die Parteien übereinstimmend ausgegangen sind (BGH DNotZ 2001, 846, 848; BGH NJW 2002, 1038, 1039; OLG Frankfurt RNotZ 2008, 229, 230;

Bergermann, RNotZ 2002, 557, 564 f.). Im Rahmen des § 20 GBO sowie bei der Grundbucheintragung gilt dagegen das, was ein objektiver Dritter unter der Grundbuchverfahrensrechtlichen Erklärung bzw. der Eintragung versteht (Bergermann, RNotZ 2002, 557, 565 f., vgl. auch OLG München, FGPrax 2009, 11, 12; OLG München DNotZ 2012, 828, 830). Wird der Käufer als Eigentümer des falschen Grundbesitzes eingetragen, hat er daher – mangels Eintragung im Grundbuch des gewollten Grundbesitzes bzw. mangels wirksamer Auflassung hinsichtlich des irrtümlich bezeichneten Grundbesitzes – weder an dem einen noch dem anderen Grundbesitz wirksam Eigentum erworben (Bergermann, RNotZ 2002, 557, 566). Das Grundbuch des irrtümlich bezeichneten Grundbesitzes ist in diesem Fall unrichtig, da der Verkäufer sein Eigentum nicht verloren hat. Eine Berichtigung kann entweder durch Berichtigungsbewilligung gemäß § 19 GBO oder durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gemäß § 22 GBO erfolgen (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 360).

In dem vom OLG München zu entscheidenden Fall, in dem versehentlich drei Wohnungen „vertauscht“ worden waren, fehlte es an der Berichtigungsbewilligung eines der im falschen Grundbuch eingetragenen Käufer. Zwar kann ein Grundbuchberichtigungsanspruch nach Pfändung und Überweisung grundsätzlich auch durch den Vollstreckungsgläubiger (nicht: den Sequester) geltend gemacht werden (Staudinger/Gursky, BGB, Bearb. Juli 2013, § 894 Rn. 92; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 35. Aufl. 2014, § 857 Rn. 6). Mangels Bestehens eines auf die eigene Eintragung gerichteten Grundbuchberichtigungsanspruchs des Käufers, hilft dies Gläubigern des Käufers in Fällen „vertauschten“ Grundbesitzes jedoch nicht weiter. An den – in der Form des § 29 GBO zu führenden – Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs stellt das Gericht strenge Anforderungen und bestätigt damit die bisherige obergerichtliche Rechtsprechung (OLG Hamm Rpfleger 1984, 312; BayObLG Rpfleger 1982, 468; OLG Düsseldorf Rpfleger 1967, 13). Ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit reicht insoweit nicht aus; vielmehr sind alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegenstehen könnten (Demharter, GBO, 28. Aufl. 2013, § 22 Rn. 37). Der Umstand, dass Verkehrswert und Wohnungsgröße nicht mit der Höhe der Miteigentumsanteile korrelieren, reicht zum Nachweis einer Vertauschung grundsätzlich nicht aus.

Für die Praxis bedeutet die Entscheidung, dass im Fall „vertauschten“ Grundbesitzes die Unrichtigkeit des Grundbuchs auch zukünftig regelmäßig allein durch Berichtigungsbewilligungen korrigiert werden kann, da den Anforderungen an einen Unrichtigkeitsnachweis regelmäßig nicht zu genügen sein dürfte. Fehlt es an der Bewilligung eines Käufers, kann diese mangels Bestehens eines auf die eigene Eintragung gerichteten Grundbuchberichtigungsanspruchs des Käufers auch nicht durch dessen Gläubiger im Wege der Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs erreicht werden.

*Die Schriftleitung (DH)*

**Zum Sachverhalt:**

I. Die inzwischen liquidierte xxx GmbH, für die der Bet. zu 1) als Nachtragsliquidator bestellt ist, errichtete Ende der 80er Jahre des vergangenen Jahrhunderts als Bauträger eine Hotelanlage, bestehend aus sechs Gebäuden mit insgesamt 57 Appartement-Wohnungen, Gemeinschaftsanlagen, 19 Tiefgaragenstellplätzen sowie 38 weiteren Pkw-Stellplätzen im Freien. Dazu begründete sie am 27. 10. 1988 an dem Baugrundstück Wohnungs- und Teileigentum.

1. Die Bet. zu 2) bis 4) sind laut Wohnungsgrundbuch Eigentümer in der Anlage, und zwar von Wohnungen im Haus Nr. 16. Dem Grundbuchstand zufolge gehört

(1) dem Bet. zu 2) ein Miteigentumsanteil von 24,083/1000stel, verbunden mit der auf Bl. 4511 vorgetragenen Wohnung Nr. 14,

(2) der Bet. zu 3) ein Miteigentumsanteil von 10,247/1000stel, verbunden mit der auf Bl. 4512 vorgetragenen Wohnung Nr. 15,

(3) der Bet. zu 4) ein Miteigentumsanteil von 23,001/1000stel, verbunden mit der auf Bl. 4510 vorgetragenen Wohnung Nr. 13.

Das Wohnungseigentum Nr. 14 (Abt. III/2) ist mit einer Briefgrundschuld zu 223 800,- DM für die Bet. zu 5), ein Bankhaus, belastet. Die Bet. zu 5) hat am 31. 10. 2011 die angeblichen Ansprüche ihres Schuldners gegen die xxx GmbH sowie gegen die Bet. zu 3) und 4) gepfändet und sich zur Einziehung überweisen lassen, nämlich für den Fall, dass die Auflassung wirksam erklärt wurde, ein Anwartschaftsrecht auf den beanspruchten Grundbesitz und für den Fall, dass die Auflassung noch nicht wirksam erklärt wurde, Ansprüche gegen den Bauträger auf Besitzherausgabe und Eigentumsübertragung, ferner den Anspruch auf Mitwirkung bei der Berichtigung der Grundbücher. Für den Bet. zu 2) handelt es sich um einen Sequester.

2. Die unter dem 24. 1. 2013 zum Vollzug vorgelegte notarielle Urkunde vom 31. 10. 2012 betrifft die Grundbuchberichtigung sowie die Auflassung in Form des Tauschs von Sondereigentum. Abschnitt I. (Vorbemerkung) enthält unter Ziff. 4. folgende Erklärung:

Seit der Eigentumsumschreibung wurde zwischenzeitlich festgestellt, dass im Rahmen des Aufteilungsplanes die Wohnungsnummern vertauscht wurden. Dieser Fehler wurde nach Angabe weder bei Abschluss des jeweiligen Kaufvertrages noch bei Beurkundung der Auflassungen bemerkt. Dabei sind die Miteigentumsanteile korrekt, jedoch wurden die Wohnungsnummern wie folgt „verwechselt“:

Die Wohnung Nr. 13 im Aufteilungsplan ist tatsächlich die im Grundbuch eingetragene Nr. 14.

Die Wohnung Nr. 14 im Aufteilungsplan ist tatsächlich die im Grundbuch eingetragene Nr. 15.

Die Wohnung Nr. 15 im Aufteilungsplan ist tatsächlich die im Grundbuch eingetragene Nr. 13.

Es folgt die Beschreibung der jeweiligen Wohnungen u. a. mit Flächenangabe (Nr. 15: 62,25 m<sup>2</sup>; Nr. 13: 65,37 m<sup>2</sup>; Nr. 14: 27,81 m<sup>2</sup>), ferner die Feststellung, dass sich aufgrund der tatsächlichen Nutzung und aufgrund der jeweiligen Kaufpreise folgender richtiger Kauf ergebe:

Die Bet. zu 4) hat die im Aufteilungsplan mit Nr. 15 bezeichnete Wohnung gekauft.

Die Bet. zu 3) (als Rechtsnachfolgerin des ursprünglichen Käufers) hat die im Aufteilungsplan mit Nr. 14 bezeichnete Wohnung gekauft.

Der Bet. zu 2) hat die im Aufteilungsplan mit Nr. 13 bezeichnete Wohnung gekauft.

Die Bet. gehen deshalb von einer „falsa demonstratio“ aus und ziehen daraus den Schluss, dass der seinerzeitige Bauträger weiterhin Eigentümer der Wohnungen ist. Deshalb ordnet dieser in Abschnitt II. im Weg der Grundbuchberichtigung die bezeichneten Wohnungen neu zu. Soweit die auf Bl. 4511 eingetragene Grundschuld berührt ist, ist die Löschung von der Bet. zu 5) bewilligt und von der Bet. zu 1) beantragt. Abschnitt III. der Urkunde enthält sodann nebst Bewilligung und Antrag die Auflassung, nämlich der Wohnung Nr. 13 an den Bet. zu 2), der Wohnung Nr. 14 an die Bet. zu 3) und der Wohnung Nr. 15 an die Bet. zu 4).

Mit Urkunde vom 7. 2. 2013 hat der Bet. zu 2) durch den Sequester schließlich die Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 80 015,- € an der im Aufteilungsplan mit der Nr. 13 (anstelle Nr. 14) bezeichneten Wohnung bewilligt und beantragt.

3. Das GBA hat die Eintragungsanträge am 18. 6. 2013 zurückgewiesen. Die Berichtigung könne nicht vorgenommen werden; es fehle an der Berichtigungsbewilligung jedenfalls des Bet. zu 2). Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, an den strenge Anforderungen zu stellen seien, sei nicht geführt. Die abgegebenen Erklärungen würden die Unrichtigkeit nicht belegen. Teilungserklärung, Aufteilungsplan und Grundbucheintragungen stimmten überein. Das GBA habe von der Richtigkeit des Grundbuchs auszugehen. Für eine „Verwechslung“ von Wohnungsnummern sei nichts ersichtlich, die gegenteilige tatsächliche Nutzung nicht grundbuchmäßig nachgewiesen. Auch die jeweiligen Kaufpreise ließen keinen Schluss auf die Unrichtigkeit des Grundbuchs zu. Auf sonstige außerhalb liegende Umstände, etwa Erkenntnisse im Zug des Zwangsversteigerungsverfahrens, die Wohnung Nr. 14 betreffend, könne eine Grundbuchunrichtigkeit nicht sicher gestützt werden. Die übrigen Vollzugsanträge seien damit hinfällig, weil ihre Grundlage eben die Grundbuchunrichtigkeit sei.

Überdies sei nicht nachgewiesen, dass für den Bet. zu 2) der Sequester wirksam bestellt worden sei. Abgesehen von sonstigen Bedenken sei der handschriftliche Zusatz auf dem Pfändungs- und Überweisungsbeschluss nicht von der Unterschrift des Rechtspflegers gedeckt. Die Pfändung des angeblichen Anspruchs auf Mitwirkung bei der Grundbuchberichtigung sei nur Grundlage für eine mögliche Klage, ersetze aber nicht die notwendige Erklärung des Schuldners im Grundbuchverfahren.

Gegen die Antragszurückweisung richtet sich die Beschwerde aller Bet. Die Unrichtigkeit sei aus den seinerzeitigen Kaufverträgen sowie der Teilungserklärung ersichtlich. Denn es bestehe eine erhebliche Inkongruenz zwischen Vertragsinhalt und dem Miteigentumsanteil der jeweiligen Wohnung. Selbst wenn die Unrichtigkeit nicht ausreichend nachgewiesen sein sollte, so liege eine Berichtigungsbewilligung aller Eigentümer mit Ausnahme des Bet. zu 2) vor. Für diesen habe die Pfändungsgläubigerin eine entsprechende Bewilligung am 2. 10. 2013 vorsorglich nochmals erteilt. Schließlich seien auch die Erklärungen des wirksam bestellten Sequesters ihrerseits wirksam.

Das GBA hat nicht abgeholfen. Den Nachweis der Unrichtigkeit hält es weiterhin nicht für erbracht. An der Auffassung, der Sequester sei nicht wirksam bestellt worden, werde festgehalten. Der Bestellungsbeschluss selbst sei überdies dem Schuldner nicht zugestellt worden.

**Aus den Gründen:**

II. Die Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) gegen die Zurückweisung des Berichtigungsantrags (§ 22 GBO) bleibt ohne Erfolg.

**Soweit die zurückgewiesene Berichtigung der von Anfang an unzutreffenden Eigentümereintragung auf der Grundlage eines Unrichtigkeitsnachweises begehrt wurde, ist nur die beschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 2 GBO statthaft, da sich die Beschwerde in diesem Fall gegen die Eintragung selbst richtet**

1. Zurückgewiesen hat das GBA die mit Urkunde vom 31. 10. 2012 gestellten Anträge auf Berichtigung sowie Eigentumsumschreibung, ferner die am 7. 2. 2013 vom Sequester bewilligte und beantragte Eintragung der Sicherungshypothek für die Bet. zu 5). Statthaftes Rechtsmittel ist die unbeschränkte Grundbuchbeschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO. Für die begehrte Grundbuchberichtigung gilt das jedoch nur, soweit diese auf Berichtigungsbewilligungen gestützt wird (vgl. Demharter, GBO, 29. Aufl., § 71 Rn. 28). Dabei ist es unerheblich, dass die Grundbuchunrichtigkeit eine anfängliche sein soll. Soweit die Berichtigung der von Anfang an unzutreffenden Eigentümereintragung jedoch auf der Grundlage des geführten Unrichtigkeitsnachweises begehrt wird, ist das Rechtsmittel in Wahrheit gegen die von Anfang an unrichtige Eintragung selbst gerichtet. Gegen diese ist die Beschwerde nur in beschränktem Umfang nach § 71 Abs. 2 GBO zulässig (vgl. OLG Hamm FGPrax 2012, 54 = DNotZ 2012, 296; Demharter, § 71 Rn. 30).

Grundsätzlich legt der Senat Beschwerden, die eine entsprechende Differenzierung vermissen lassen, dahin aus, dass sie mangels entgegen stehender Ausführungen der Bet. als dann jedenfalls im beschränkten Umfang, nämlich regelmäßig auf Eintragung eines Widerspruchs nach § 53 Abs. 1 GBO gerichtet, gewollt sind. Das mit der Berichtigung hier weitergehend verfolgte Ziel der Umschreibung scheint dem zu widersprechen. Indessen spricht nichts dagegen, die Beschwerde als zumindest auf die Widerspruchseintragung gerichtet anzusehen, weil dann ein gutgläubiger Erwerb Dritter an den betroffenen Wohneinheiten verhindert werden kann. Im Übrigen ist die „namens der Bet.“ erhobene Beschwerde so zu verstehen, dass sie nur von dem jeweils Bet. – sei es als gewinnender bzw. als verlierender Teil – in dem ihn jeweils betreffenden Umfang erhoben ist.

**Die Berichtigung eines unrichtigen Grundbuchs ist durch Unrichtigkeitsnachweis oder Berichtigungsbewilligung aller Verfügungsberechtigten möglich; bei Berichtigung der Eigentümereintragung bedarf es im Fall der Bewilligung darüber hinaus wegen § 20 GBO der schlüssigen Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit**

2. Der Unrichtigkeitsbegriff des dem formellen Recht zugehörigen § 22 GBO deckt sich mit dem des materiellen Rechts in § 894 BGB (BayObLG MittBayNot 1995, 42; Hügel/Holzer, GBO, 2. Aufl., § 22 Rn. 25; Demharter, § 22 Rn. 4). Unrichtig ist hiernach das Grundbuch, wenn sein Inhalt hinsichtlich eines Rechts – etwa des Eigentums – an einem Grundstück mit der wahren, d. h. materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (BayObLG Rpfleger 1988, 254; Hügel/Holzer, a. a. O.). Berichtigt wird das Grundbuch entweder im Fall des Unrichtigkeitsnachweises oder durch Berichtigungs-

bewilligung aller Verfügungsberechtigten; bei Berichtigung der Eigentümereintragung bedarf es im Fall der Bewilligung wegen § 20 GBO zusätzlich der schlüssigen Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit (Hügel/Holzer, § 22 Rn. 71; Demharter, § 22 Rn. 31).

**Eine Grundbuchberichtigung auf Grund von Berichtigungsbewilligungen scheitert daran, dass es an der Bewilligung eines Beteiligten fehlt**

a) Eine Grundbuchberichtigung auf Grund Bewilligung der (sämtlicher) Bet. (§ 19 GBO) kann nicht stattfinden. Insoweit mag es hier auf sich beruhen, ob die im Zusammenhang mit der Berichtigungsbewilligung wegen § 20 GBO notwendige schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit ausreichend ist und das Grundbuch durch die beantragte Berichtigung hinsichtlich der betroffenen drei Wohnungen richtig wird (BayObLG Rpfleger 1994, 412; OLG Frankfurt FGPrax 1996, 8; Demharter, § 22 Rn. 31).

(1) Für die Entscheidung ist es im Ergebnis unerheblich, ob die Bestellung des Sequesters wirksam und dem GBA nachgewiesen ist. Vielmehr scheitert eine Berichtigung aufgrund Bewilligung mangels Mitwirkung des Bet. zu 2) als Betroffenen (§ 19 GBO).

**Die Pfändung des Anspruchs auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs soll dem Gläubiger lediglich die Eintragung des Schuldners ermöglichen, um gegen diesen nach vorheriger Berichtigung die Zwangsvollstreckung zu betreiben, nicht jedoch die vorherige Eintragung eines Dritten, auf dessen Grundlage die Auflassung an den Schuldner bewirkt werden soll**

aa) Der Anspruch auf Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs (§ 894 BGB) ist im Weg der Hilfspfändung (§ 857 Abs. 3 ZPO) zwar grundsätzlich pfändbar; er muss sich jedoch gerade auf die Eintragung des Schuldners, nicht eines Dritten, richten (Stein/Jonas/Brehm, ZPO, 22. Aufl., § 857 Rn. 83; siehe auch Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 34. Aufl., § 857 Rn. 6; ferner RGZ 94, 5/10). Dem Gläubiger soll es bei unrichtigem Buchstand ermöglicht werden, die Zwangsvollstreckung nach vorheriger Berichtigung, nämlich der Eintragung des Schuldners, zu betreiben (MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl., § 894 Rn. 27). Bei der Berichtigung hier geht es hingegen um die regelmäßig zunächst herbeizuführende Eintragung eines Dritten – des ehemaligen Bauträgers –, auf dessen Grundlage erst mit Hilfe des Sequesters (§ 848 Abs. 2 S. 1 ZPO) die Auflassung an den Schuldner mit der Folge des Entstehens einer Sicherungshypothek für die Forderung des Gläubigers (§ 848 Abs. 2 S. 2 ZPO) bewirkt werden soll. Insoweit hilft auch § 895 BGB nicht weiter.

**Für eine Berichtigungsbewilligung nach erfolgter Pfändung und Überweisung des Berichtigungsanspruchs ist neben dem Schuldner nicht der Sequester, sondern der Gläubiger zuständig**

bb) Für die Berichtigungsbewilligung nach erfolgter Pfändung und Überweisung ist nicht der Sequester, sondern – neben dem eingetragenen Eigentümer (Schuldner) – der Gläubiger zuständig. Dieser gilt neben dem Schuldner als ermächtigt, die Berichtigung herbei-

zuführen (Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 22 Rn. 79; Staudinger/Gursky, Bearb. Juli 2013, § 894 Rn. 92; siehe auch § 14 GBO), indessen mit dem Ziel der Eintragung gerade des Schuldners – nicht eines Dritten – (s. o. zu aa). Deshalb geht auch die Genehmigungserklärung (vorsorgliche Bewilligung) der Bet. zu 5) vom 2. 10. 2013 ins Leere.

**Die Sequesterbestellung ist ein gegenüber der Pfändung eigenständiger Akt, der den formalen Erfordernissen eines gerichtlichen Beschlusses genügen und deshalb unterschrieben sein muss**

(2) Nur ergänzend ist schließlich noch anzuführen, dass auch der Senat den Nachweis über die Bestellung des Sequesters als nicht geführt ansähe. Der Sequester kann zwar bereits, vorbehaltlich identischer gerichtlicher Zuständigkeit, zugleich mit dem Erlass des Pfändungsbeschlusses bestellt werden (allgem. Meinung; siehe Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl., § 848 Rn. 3; MünchKomm-ZPO/Smid, 4. Aufl., § 848 Rn. 4). Jedoch ist die Sequesterbestellung gegenüber der Pfändung ein eigenständiger Staatsakt und von deren Wirksamkeit unabhängig (MünchKomm/Smid, a.a.O.). Hieraus folgt, dass auch der Beschluss über die Sequesterbestellung den formalen Erfordernissen eines gerichtlichen Beschlusses (§ 329 ZPO) genügen und deshalb eine Unterschrift tragen muss (Thomas/Putzo/Reichold, § 329 Rn. 11). Die Unterschrift muss die Entscheidung selbst räumlich abdecken, d.h. sie muss hinter bzw. unter dem Text stehen (Stein/Jonas/Leipold, § 130 Rn. 21). Zwar genügt für die Wirksamkeit des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses auch eine angeheftete – nicht gesondert unterschriebene – Anlage (BGH JurBüro 2008, 606; Zöller/Stöber, § 829 Rn. 8). Für die eigenständige Entscheidung über die Sequesterbestellung kann dies jedoch nicht gelten. Im Hinblick hierauf bedarf es keiner näheren Ausführungen, ob das GBA bei Vorliegen eines Bestellungsbeschlusses zusätzlich dessen Zustellung (an den Schuldner) nachzuprüfen hat.

b) Auch ist der Unrichtigkeitsnachweis mit dem – nur zulässigen – beschränkten Ziel der Eintragung eines Widerspruchs nicht erbracht. Insoweit beurteilt dies der Senat nicht anders als das GBA. Schon deshalb braucht auch nicht weiter erörtert zu werden, ob unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften (vgl. § 53 Abs. 1 S. 1 GBO) – dafür spricht hier nichts – eingetragen worden ist.

**An den Unrichtigkeitsnachweis, der in der Form des § 29 GBO zu führen ist, sind strenge Anforderungen zu stellen; es sind alle Möglichkeiten auszusräumen die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegen stehen könnten**

(1) Der Unrichtigkeitsnachweis obliegt dem Ast., und zwar unabhängig von der Beweislast in einem etwaigen Prozess über den Anspruch aus § 894 BGB (BayObLG DNotZ 1989, 166; Demharter, § 22 Rn. 36). An diesen sind strenge Anforderungen zu stellen, weil sonst Rechte von am Eintragungsverfahren nicht beteiligten Personen beeinträchtigt werden könnten (Hügel/Holzer, § 22 Rn. 65 und st. Rspr.). Ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit genügt nicht; vielmehr sind alle Möglich-

keiten auszusräumen die der Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung entgegen stehen könnten (BayObLG Rpfleger 1992, 19; Demharter, § 22 Rn. 37). Formal ist der Nachweis gemäß § 29 GBO zu führen (BayObLG Rpfleger 1988, 525 = DNotZ 1989, 182; Demharter, § 22 Rn. 429).

(2) Hiervon ausgehend ist die vorgetragene Wohnungsvertauschung nicht nachgewiesen. Die Teilungserklärung und der Aufteilungsplan (§ 8 Abs. 1 und 2, § 7 Abs. 4 S. 1 und 2 WEG) sind widerspruchsfrei. Wohnungen und Nummern für die einzelnen Sondereigentumsrechte sind übereinstimmend zugeordnet.

**Der Umstand, dass Verkehrswert und Wohnungsgröße nicht mit der Höhe der Miteigentumsanteile korrelieren, reicht als Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs grundsätzlich nicht aus**

Das Wohnungseigentumsrecht enthält keine Bestimmung über die Größe von Miteigentumsanteilen. Notwendig ist nur die Verknüpfung von Miteigentumsanteilen mit dem Sondereigentum (§ 1 Abs. 2, § 6 WEG). In der Bemessung der Miteigentumsanteile ist der aufteilende Eigentümer grundsätzlich frei (Riecke/Schmid/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 8 Rn. 9). Insbesondere muss der Verkehrswert der einzelnen Sondereigentumseinheiten oder ihre Wohn- bzw. Nutzfläche nicht mit der Höhe der Miteigentumsanteile korrelieren (BGH NJW 1986, 2759 = DNotZ 1987, 208 = MittRhNotK 1987, 79; siehe bereits BGH NJW 1976, 1976; Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, 10. Aufl. § 3 Rn. 41; Riecke/Schmid/Elzer, WEG, § 3 Rn. 13; § 8 Rn. 9). Die mit der Eintragung befassten GBA wären auch nicht in der Lage, dies sachgerecht zu überprüfen und festzustellen. Die Größe einer Wohnung kann zwar über deren Verkehrswert etwas aussagen, dies muss aber nicht so sein. Vielmehr kommen häufig noch andere Faktoren hinzu wie etwa Lage im Gebäude und ihre Ausstattung. Demnach mag sich in Bezug auf das gegenständliche Objekt eine gewisse Wahrscheinlichkeit etwa dafür ergeben, dass die größere und zu einem höheren Preis verkaufte Wohnung auch diejenige mit dem größeren Miteigentumsanteil ist; zwingend ist dies aber nicht. Sonstige, namentlich in der Form des § 29 GBO belegte Umstände für den Ver-tausch der Wohnungen sind nicht ersichtlich.

**Die gesetzliche Vermutung des § 891 BGB ist nicht schon durch ihre Erschütterung widerlegt, sondern erst durch den vollen Beweis des Gegenteils**

(3) Erkenntnisse aus dem Zwangsversteigerungsverfahren betreffend das auf den Bet. zu 2) eingetragene Wohnungseigentum Nr. 14 führen zu keinem anderen Ergebnis. Das Vollstreckungsgericht geht in seiner Entscheidung vom 2. 1. 2009 über die einstweilige Einstellung der Zwangsversteigerung (§ 28 ZVG) davon aus, dass bei der Beurkundung der Teilungserklärung „möglicherweise eine Verwechslung geschehen ist“ und sich daraus Zweifel an der Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs (§ 891 BGB) ergeben. Es ist zweifelhaft, kann hier aber dahin stehen, ob die zitierte Rechtsgrundlage (§ 28 ZVG) die Einstellung rechtfertigt. Denn aus dem Grundbuch selbst ist ein Recht nicht ersichtlich, das der Zwangsversteigerung oder der Verfahrensfortsetzung entgegenstände. Vielmehr waren es

offenbar tatsächliche im Zusammenhang mit der Wertbegutachtung gewonnene Erkenntnisse, die die Einstellung bedingten. Die auch für das GBA geltende gesetzliche Vermutung des § 891 BGB ist zwar widerlegbar; widerlegt ist die Vermutung jedoch nicht schon durch ihre Erschütterung, sondern erst durch den vollen Beweis des Gegenteils (BGH NJW-RR 2006, 662 = DNotZ 2006, 364; Palandt/Bassenge, BGB, 73. Aufl. § 891 Rn. 8). Davon kann angesichts der beschriebenen hohen Hürden für die Nachweisführung nicht ausgegangen werden. Selbst das Vollstreckungsgericht verweist abschließend (u. a.) auf das als zur Klärung geeignete Prozessverfahren.

Weil auf der gegenwärtigen Grundlage bereits eine Berichtigung des Grundbuchs scheitert, bedarf es keines weiteren Eingehens auf die sonstigen davon i. S. v. § 16 Abs. 2 GBO abhängigen Eintragungsanträge. (. . .)

### 3. Familienrecht – Zum sittenwidrigen Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch Ehevertrag (OLG Hamm, Beschluss vom 27. 3. 2014 – 4 UF 222/13)

**BGB §§ 138; 1570  
VersAusglG §§ 6; 7; 8**

**Zur Kontrolle eines in einen Ehevertrag eingebetteten Ausschlusses des Versorgungsausgleichs nach § 8 VersAusglG.**

#### Zur Einordnung:

Der Beschluss des OLG Hamm befasst sich mit der Wirksamkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs in einem Scheidungsverfahren. Die Bet. hatten vor der Eheschließung einen notariellen Vertrag geschlossen, in dem sie Gütertrennung vereinbarten sowie gegenseitig auf Unterhalt und Versorgungsausgleich verzichteten.

Ein in einem Ehevertrag enthaltener Ausschluss des Versorgungsausgleichs muss als besondere materielle Wirksamkeitsvoraussetzung einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten (§ 8 Abs. 1 VersAusglG). Im Rahmen der Inhaltskontrolle ist zunächst jede Einzelregelung zu den Scheidungsfolgen auf ihre Wirksamkeit hin zu prüfen. Ausgangspunkt ist, dass die gesetzlichen Regelungen zu den Scheidungsfolgen grundsätzlich der Disposition der Ehegatten unterliegen (BGH FamRZ 2004, 601, 604 = RNotZ 2004, 105 = DNotZ 2004, 550; FamRZ 2007, 1309, 1310). Im Zentrum der Abwägung und der Kontrolle der Sittenwidrigkeit steht die Prüfung, ob durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgerechts abbedungen werden (BGH NJW 2013, 457, 458 = DNotZ 2013, 376). Eine vereinbarte Gütertrennung und somit der Ausschluss des Zugewinns unterliegen keinen Wirksamkeitsbedenken, da dies nicht vom Kernbereich erfasst wird (BGH FamRZ 2008, 386 = DNotZ 2008, 459). Der zum Kernbereich zuzurechnende Betreuungsunterhalt gem. § 1570 BGB ist nicht betroffen, wenn die Regelung eine an dem Altersphasenmodell orientierte Unterhaltszahlung bis zur Vollendung des

sechsten Lebensjahres eines Kindes vorsieht. Ein Ausschluss von Alters- und Krankenunterhalt gem. §§ 1571, 1572 BGB ist zulässig, falls der betroffene Ehegatte bei der Eheschließung gesund, in der Erwerbsfähigkeit nicht eingeschränkt und Anhaltspunkte für eine spätere Bedürftigkeit nicht ersichtlich sind. Ein Ausschluss des Unterhalts wegen Erwerbslosigkeit begegnet keinen Bedenken, da dieser Tatbestand nachrangig ist. Auch ein Verzicht auf Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt begründet keine Sittenwidrigkeit, da diese am ehesten verzichtbar sind (BGH NJW 2005, 1370 = DNotZ 2005, 703). Auf derselben Stufe wie der Altersunterhalt und somit zum Kernbereich gehört der Versorgungsausgleich, der als vorweggenommener Altersunterhalt einer vertraglichen Disposition nur begrenzt offen steht. Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte auf Grund des schon beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint (BGH NJW 2008, 3426 = DNotZ 2009, 62).

Weiter ist im Rahmen der Inhaltskontrolle zu prüfen, ob die Gesamtbetrachtung des Vertrages sich als sittenwidrig erweist, weil das Zusammenwirken aller Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (BGH FamRZ 2005, 691 = DNotZ 2005, 703; FamRZ 2008, 2011 = DNotZ 2009, 62; NJW 2013, 380, 382 = DNotZ 2013, 528; NJW 2013, 457, 459 = DNotZ 2013, 376). Auf die insoweit verlangte verwerfliche Gesinnung des Begünstigten ist zu schließen, falls ein unausgewogener Vertragsinhalt auf eine einseitige Dominanz hinweist und die Vertragsparität gestört ist. Dazu sind Umstände für eine subjektive Unterlegenheit, die Ausnutzung einer Zwangslage, soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit oder intellektuelle Unterlegenheit vorzutragen (BGH NJW 2013, 380, 382 = DNotZ 2013, 528; NJW 2013, 457, 460 = DNotZ 2013, 376; OLG Celle NJW-RR 2009, 1302, 1304).

Schließlich ist im Rahmen der Ausübungskontrolle zu untersuchen, ob es dem Begünstigten nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf die günstigen Regelungen zu berufen (BGH NJW 2013, 457, 460 f. = DNotZ 2013, 376). Für diese Beurteilung ist maßgeblich, ob sich aus dem vereinbarten Ausschluss eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt. Das ist insbesondere der Fall, wenn die tatsächliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen Lebensplanung grundlegend abweicht (BGH NJW 2013, 380, 383 = DNotZ 2013, 528).

Vorliegend stellt das Gericht fest, dass zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses die Vereinbarung weder in einzelnen Punkten noch in ihrer Gesamtheit offenkundig zu einer sittenwidrigen Benachteiligung eines Bet. gem. § 138 Abs. 1 BGB geführt habe. Insbesondere sei der Ausschluss des Versorgungsausgleichs wirksam, da beide Bet. davon ausgegangen waren, dass der betroffene Ehegatte sobald als möglich eine berufliche Tätigkeit ausüben und eigene Rentenanwartschaften erwerben würde. Auch die

anschließende Ausübungskontrolle, bei der zu prüfen ist, ob es einem Ehegatten nach Treu und Glauben versagt ist, sich auf den Ehevertrag zu berufen, führe zu keinem anderen Ergebnis – so das Gericht. Eine Abweichung der ehelichen Lebensverhältnisse von der Planung bei Vertragsschluss stellt der Senat vorliegend nicht fest.

Für die notarielle Praxis verdeutlicht die Entscheidung das Prüfungsschema der Wirksamkeitskontrolle von Scheidungsfolgen regelnden Eheverträgen. Ein einseitiger Nachteil führt nicht unbedingt zur Nichtigkeit nahehehlicher Vereinbarungen. Maßgeblich ist vielmehr die Gewichtigkeit der vertraglichen Abweichungen vom gesetzlichen Scheidungsfolgenrecht.

*Die Schriftleitung (AG)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. streiten im Beschwerdeverfahren allein um die Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Der Ast., der als Kraftfahrzeugmechanikermeister den elterlichen Transportgewerbebetrieb als Geschäftsführer führt, und die Ag., die gelernte Industriekauffrau ist, haben am . . . 2001 geheiratet. Aus ihrer Ehe ist der am . . . 2002 geborene Sohn F. hervorgegangen. Die Trennung erfolgte am . . . 2011, wobei der Sohn bei der Ag. verblieb.

Zwei Wochen vor der Eheschließung, nämlich am . . . 2001, schlossen die Bet. vor dem Notar Dr. S. in I. einen notariellen Ehevertrag ab. Darin haben sie für sich den gesetzlichen Güterstand ausgeschlossen und Gütertrennung vereinbart sowie wechselseitig den Ausschluss des Versorgungsausgleichs vereinbart.

Den wechselseitig erklärten umfassenden Unterhaltsverzicht haben die Bet. hinsichtlich der Ag. auflösend bedingt erklärt und zwar in der Weise, dass die Ag. Unterhalt nach der gesetzlichen Regelung u. a. solange bekommen sollte, bis das letztgeborene gemeinschaftliche Kind das sechste Lebensjahr vollendet hat.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den in Kopie mit der Antragsschrift zur Akte gereichten Notarvertrag Bezug genommen.

Zu dieser Zeit war die Ag. arbeitslos, trat aber zum 1. 10. 2001 eine Arbeitsstelle an, die sie bis Beginn des Mutterschutzes ausübte. Ab Juni 2004 war sie dann im Betrieb des Ast. als Bürokauffrau versicherungspflichtig tätig. Dieses Beschäftigungsverhältnis endete zum 30. 4. 2011. Zum gleichen Zeitpunkt endete auch eine von der Firma des Ast. für sie abgeschlossene betriebliche Altersversorgung.

Der Ast. hat die Scheidung der Ehe beantragt und die Ansicht vertreten, der Versorgungsausgleich sei aufgrund der notariellen Vereinbarung nicht durchzuführen.

Die Ag. hat der Scheidung zugestimmt und die Ansicht vertreten, die Regelung zum Versorgungsausgleich sei sittenwidrig und nichtig, weil der einseitige Ausschluss eine schwere Benachteiligung für sie darstelle. Die sich aus der Familienplanung für sie ergebenden rentenrechtlichen Nachteile seien – anders als hinsichtlich des Unterhalts – nicht kompensiert worden.

Hierzu hat sie unwidersprochen vorgetragen, dass sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch nicht schwanger gewesen sei, Kinderwunsch auf beiden Seiten aber bestanden und sie insoweit die Pille bereits abgesetzt gehabt habe.

Das Familiengericht hat mit der angegriffenen Entscheidung die Ehe der Bet. geschieden und den Versorgungsausgleich

durchgeführt. Der Durchführung des Versorgungsausgleichs stehe die notarielle Vereinbarung nicht entgegen, da diese sittenwidrig sei. Es fehle eine notwendige Kompensation hinsichtlich der durch Haushaltsführung und Kindererziehung eingetretenen Nachteile bei den Rentenanwartschaften.

Hiergegen wendet sich der Ast. mit seiner Beschwerde, mit der er weiterhin den Ausschluss des Versorgungsausgleichs verfolgt.

Der Ausgleich der Kapitalwerte sei in einer Größenordnung von rd. 7 400,- € durchzuführen, so dass kein exorbitant großer Unterschied im Bereich der Versorgung vorliege, der eine Sittenwidrigkeit rechtfertigen könne. Er habe auch keine überlegene Verhandlungsposition ausgenutzt; die zu diesem Zeitpunkt 31-jährige Ag. habe die freie Entscheidung gehabt, den Vertrag abzuschließen oder gegebenenfalls nicht zu heiraten. Die von ihr in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften bei der Deutschen Rentenversicherung Bund basierten ausschließlich auf dem Anstellungsverhältnis in der vom Ast. geführten Firma. Darüber hinaus habe die Firma bei der H. Lebensversicherungs-AG und bei der B. Lebensversicherungs-AG eine betriebliche Altersversorgung für die Ag. begründet. Letztere habe sich die Ag. nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses auszahlen lassen, was ihm nicht zum Nachteil gereichen könne.

Die Ag. verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung ihres bisherigen Vortrages.

### Aus den Gründen:

II. Die gem. den §§ 117 Abs. 1, 2. FamFG i. V. m. den in Bezug genommenen Regelungen zum Berufsrecht der ZPO zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Der Versorgungsausgleich ist aufgrund des im Ehevertrag vereinbarten Ausschlusses zwischen den Bet. nicht durchzuführen. Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs durch den Ehevertrag ist nämlich gem. den §§ 6 ff. VersAusglG sowohl formell als auch materiell wirksam.

1. Hinsichtlich des Versorgungsausgleichs haben die Bet. mit der im Ehevertrag getroffenen Regelung von der Befugnis des § 6 Abs. 1 Nr. 2 VersAusglG Gebrauch gemacht und die vorgeschriebene Form des § 7 Abs. 3 VersAusglG i. V. m. § 1410 BGB durch die notarielle Beurkundung des Ehevertrages eingehalten. Dies gilt entsprechend auch für die übrigen ausgeschlossenen Scheidungsfolgen.

### Die Vereinbarung zum Versorgungsausgleich ist materiell wirksam

2. Die Vereinbarung zum Versorgungsausgleich ist auch materiell wirksam. Sowohl die Einzelregelungen des Ehevertrages als auch die Gesamtregelung halten einer Inhalts- und Ausübungskontrolle stand.

Dabei ist zu berücksichtigen, dass nach § 8 Abs. 1 VersAusglG die Vereinbarung über den Versorgungsausgleich einer Inhalts- und Ausübungskontrolle standhalten muss, da das Gericht nur dann gem. § 6 Abs. 2 VersAusglG an die Vereinbarung gebunden ist. Zugleich ist in den Blick zu nehmen, dass die Regelung zum Versorgungsausgleich in einen Ehevertrag eingebettet ist, so dass eine Gesamtnichtigkeit des Vertrages unter dem Aspekt anderer Scheidungsfolgen ebenfalls

zur Unwirksamkeit der Versorgungsausgleichsregelung führen kann. Dementsprechend war im Rahmen der Kontrolle des vorliegenden Ehevertrages jede einzelne Regelung zu den Scheidungsfolgen und dann auch der Gesamtvertrag auf ihre Wirksamkeit hin zu überprüfen.

**Ausgangspunkt ist, dass die gesetzlichen Regelungen zu den Scheidungsfolgen grundsätzlich der Disposition der Ehegatten unterliegen**

a) Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle eines Ehevertrages ist unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des BGH (vgl. nur FamRZ 2004, 601 = RNotZ 2004, 105 = DNotZ 2004, 550; FamRZ 2009, 1041; NJW 2013, 380 = DNotZ 2013, 528; NJW 457 = DNotZ 2013, 376), zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB).

Insoweit sind im Rahmen der gebotenen Gesamtschau die Gründe und Umstände des Zustandekommens der vertraglichen Vereinbarung sowie der beabsichtigten und verwirklichten Gestaltung des ehelichen Lebens in den Blick zu nehmen. Ausgangspunkt sämtlicher Überlegungen ist dabei, dass die gesetzlichen Regelungen zu den Scheidungsfolgen, hier also zum nachehelichen Unterhalt, Zugewinn und Versorgungsausgleich, grundsätzlich der vertraglichen Disposition der Ehegatten unterliegen, da das geltende Recht einen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten eines Ehegatten nicht kennt (BGH FamRZ 2004, 601, 604 = RNotZ 2004, 105 = DNotZ 2004, 550; FamRZ 2007, 1309, 1310).

Die Grenze für die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen ist allerdings dann erreicht, wenn der Schutzzweck der gesetzlichen Regelungen durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden kann. Das ist der Fall, wenn durch die getroffene Regelung eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht gerechtfertigte Lastenverteilung entsteht, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – und bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint (BGH NJW 2013, 380, 381).

**Im Zentrum der Kontrolle der Sittenwidrigkeit steht die Prüfung, ob durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgerecht abgedungen werden**

Im Zentrum dieser Abwägung steht die von der höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelte Kernbereichslehre, wonach die Abwägung der widerstreitenden Belange der Eheleute einer umso genaueren Prüfung unterliegt, je unmittelbarer die vertragliche Abbedingung gesetzlicher Regelungen in den Kernbereich

des Scheidungsfolgenrechts eingreift (BGH NJW 2013, 457, 458 = DNotZ 2013, 376). Zu diesem Kernbereich (vgl. dazu im Einzelnen BGH NJW 2013, 380, 381 f. = DNotZ 2013, 528) gehört in erster Linie der Betreuungsunterhalt (§ 1570 BGB) sowie in zweiter Linie Alters- und Krankheitsunterhalt, denen der Vorrang vor den übrigen Unterhaltstatbeständen zukommt. Auf derselben Stufe wie der Altersunterhalt rangiert der Versorgungsausgleich. Als vorweggenommener Altersunterhalt steht er vertraglicher Disposition nur begrenzt offen. Der Zugewinnausgleich erweist sich ehevertraglicher Disposition am weitesten zugänglich (vgl. BGH NJW 2013, 457, 458 = DNotZ 2013, 376).

Bei der erforderlichen Gesamtwürdigung ist auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abzustellen, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und auf die Kinder. Subjektiv sind die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die den begünstigten Ehegatten zu seinem Verlangen nach der ehevertraglichen Gestaltung veranlasst und den benachteiligten Ehegatten bewogen haben, diesem Verlangen zu entsprechen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (vgl. BGH a.a.O.).

**Die im Ehevertrag getroffenen Einzelregelungen halten der Wirksamkeitskontrolle stand**

aa) Die von den Bet. im notariellen Ehevertrag getroffenen Einzelregelungen halten der dargestellten Wirksamkeitskontrolle stand.

(1) Die zwischen den Bet. vereinbarte Gütertrennung und der damit verbundene Ausschluss des gesetzlichen Güterstandes der Zugewinngemeinschaft unterliegen keinen Wirksamkeitsbedenken, weil die vermögensrechtlichen Folgen in weitgehendem Umfang einer vertraglichen Regelung zugänglich sind. Der Zugewinnausgleich wird vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht erfasst (vgl. etwa BGH FamRZ 2008, 386 = DNotZ 2008, 459). Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass der Ast. auch selbstständig unternehmerisch tätig ist und daher ein berechtigtes Interesse an der Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz seiner Erwerbsgrundlage hatte, die durch zugewinnausgleichsbedingte Ausgleichszahlungen im Fall des Scheiterns der Ehe gefährdet werden konnte (vgl. dazu allgemein auch BGH NJW 2007, 2851 = DNotZ 2008, 130).

(2) Der zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählende Betreuungsunterhalt gemäß § 1570 BGB ist im vorliegenden Fall nicht betroffen, da die vertragliche Regelung eine über den Regelfall der gesetzlichen Nor-



mierung hinausgehende und an das Altersphasenmodell orientierte Zahlung von Betreuungsunterhalt, nämlich bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des jüngsten Kindes, vorsieht.

(3) Im Hinblick auf das Alter der Ag. und ihren Gesundheitszustand bei Abschluss des Ehevertrages bestehen unabhängig davon, dass beiden Tatbeständen als Ausdruck der nahehelichen Solidarität besondere Bedeutung zukommt, keine Wirksamkeitsbedenken im Hinblick auf den Ausschluss des Anspruchs auf Alters- und Krankenunterhalt gemäß den §§ 1571, 1572 BGB.

Da die Ag. bei Eheschließung gesund und in ihrer Erwerbsfähigkeit nicht eingeschränkt war sowie Anhaltspunkte dafür, dass sie bedürftig werden könnte, seinerzeit nicht ersichtlich waren, war der Ausschluss zulässig. Ein solcher ist nämlich insbesondere dann möglich, wenn im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht absehbar ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten ein Ehegatte unterhaltsbedürftig werden kann (vgl. BGH NJW 2005, 1370 = DNotZ 2005, 703; NJW 2013, 380, 382 = DNotZ 2013, 528).

(4) Der Ausschluss des Unterhalts wegen Erwerbslosigkeit begegnet vorliegend ebenfalls keinen Bedenken. Denn dieser Unterhaltstatbestand ist nachrangig, da das Gesetz das Arbeitsplatzrisiko auf den Berechtigten verlagert, sobald dieser einen nachhaltig gesicherten Arbeitsplatz gefunden hat (§ 1573 Abs. 4, vgl. auch § 1573 Abs. 5 BGB). Zudem war bei Abschluss des Vertrages die berufliche Entwicklung der Ast., die zu diesem Zeitpunkt arbeitslos war, auch unter Berücksichtigung des bestehenden Kinderwunsches nicht absehbar.

(5) Auch der Verzicht auf Ansprüche auf Aufstockungs- und Billigkeitsunterhalt gemäß den §§ 1573 Abs. 2, 1576 BGB führt vorliegend nicht zu einer Sittenwidrigkeit des notariellen Vertrages. Diese Unterhaltsansprüche sind vom Gesetz am schwächsten ausgestaltet und nicht nur der Höhe, sondern auch dem Grunde nach zeitlich begrenzt. Aufgrund ihrer Bedeutung im System des Scheidungsfolgenrechts sind sie am ehesten verzichtbar (vgl. BGH NJW 2005, 1370 = DNotZ 2005, 703).

#### **Der Versorgungsausgleich gehört als vorweggenommener Altersunterhalt zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts**

(6) Die Vereinbarung zum Versorgungsausgleich hält der nach § 8 Abs. 1 VersAusglG gebotenen Kontrolle durch den Senat stand.

Die gebotene gerichtliche Kontrolle ist nach der insoweit ergangenen Rechtsprechung des BVerfG und des BGH (vgl. BT-Drucks. 16/10144, S. 52) darauf gerichtet, die ihm vorgelegte Vereinbarung daraufhin zu überprüfen, ob sich aus ihr Anhaltspunkte für Verstöße gegen die Vertragsparität ergeben. Dabei gilt für die richterliche Kontrolle das Veranlassungsprinzip (OLG Brandenburg FamRZ 2012, 1719). Dies bedeutet, dass es der Partei, die sich auf eine Verletzung der Vertragsparität beruft, obliegt, dazu im Einzelnen, insbesondere hinsichtlich subjektiver Vorstellungen und Umstände des Vertragsschlusses, die für die richterliche Kontrolle ebenfalls

bedeutsam sind, vorzutragen und ggf. Beweis anzutreten (Vgl. hierzu Johannsen/Henrich/Hahne, Familienrecht, 5. Aufl. 2010, § 8 VersAusglG Rz. 1; Wick, FPR 2009, 219, 220).

Dabei unterliegen Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich strengen Kriterien, weil der Versorgungsausgleich als vorweggenommener Altersunterhalt – wie bereits ausgeführt – zum Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts gehört. Wegen der Nähe zum Zugewinnausgleich ist eine Dispositionsfähigkeit aber nicht generell ausgeschlossen. Insoweit hat der BGH in seiner Entscheidung vom 9. 7. 2008 (NJW 2008, 3426 = DNotZ 2009, 62), auf die das Familiengericht entscheidend abgestellt hat, den Ausschluss des Versorgungsausgleichs für nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam angesehen, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte auf Grund des schon beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint. Das kann namentlich dann der Fall sein, wenn sich ein Ehegatte, wie schon beim Vertragsschluss geplant, der Betreuung der gemeinsamen Kinder gewidmet und deshalb auf eine versorgungsbegründende Erwerbstätigkeit in der Ehe verzichtet hat. Das in diesem Verzicht liegende Risiko verdrängt sich zu einem Nachteil, den der Versorgungsausgleich gerade auf beide Ehegatten gleichmäßig verteilen will und der ohne Kompensation nicht einem Ehegatten allein angelastet werden kann, wenn die Ehe scheitert (vgl. insoweit auch Senat, NJW 2005, 139 = DNotZ 2005, 226; NJW 2008, 3426, 3428 = DNotZ 2009, 62).

Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht gegeben, da erhebliche Abweichungen zu dem vom BGH entschiedenen Fall bestehen.

So war – anders als im vom BGH entschiedenen Fall – die Ag. bei Vertragsschluss noch nicht schwanger. Es war also völlig offen, ob der geplante Kinderwunsch überhaupt zu realisieren war. Hinzu kommt, dass der Vertrag – anders als in dem vom BGH entschiedenen Rechtsstreit – nicht vorsieht, dass die Ag. auf jeden Fall ihre Berufstätigkeit aufgeben und sich allein der Kinderbetreuung widmen sollte. Entsprechende Abreden werden von ihr auch nicht vorgetragen. Gegen eine solche Abrede spricht zudem, dass die Ag. bereits 3 Jahre nach der Geburt des Kindes eine rentenversicherungspflichtige Tätigkeit im Betrieb des Ast. aufgenommen hat.

Im Ergebnis gingen beide Bet. offensichtlich davon aus, dass die Ag. sobald als möglich eine berufliche Tätigkeit wieder aufnehmen und eigene Rentenanwartschaften erwerben sollte.

#### **Auch in der Gesamtbetrachtung ergibt sich keine Gesamtnunwirksamkeit der notariellen Vereinbarung**

bb) Auch in der Gesamtbetrachtung ergibt sich aus den von den Bet. getroffenen ehevertraglichen Regelungen keine Gesamtnunwirksamkeit der notariellen Vereinbarung.

Rechtfertigen die Einzelregelungen eines Ehevertrages bei jeweils gesonderter Betrachtung den Vorwurf der objektiven Sittenwidrigkeit nicht, ist weiter zu prüfen, ob

die Gesamtwürdigung des Ehevertrages sich als sittenwidrig erweist, weil das Zusammenwirken aller ehevertraglichen Einzelregelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (BGH FamRZ 2005, 691 = DNotZ 2005, 703; FamRZ 2008, 2011 = DNotZ 2009, 62; NJW 2013, 380, 382 = DNotZ 2013, 528; NJW 457, 459 = DNotZ 2013, 376).

Auf die insoweit erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten ist zu schließen, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt seine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz widerspiegelt und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität gegeben war (BGH, a.a.O.). Dabei lässt sich allein aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen keine tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit familienrechtlicher Verträge herleiten (BGH, a.a.O.). Dies bedeutet im Ergebnis, dass der Ehegatte, der sich auf die Sittenwidrigkeit des Ehevertrages beruft, zu seiner unterlegenen Verhandlungsposition vorzutragen hat. Er muss insbesondere außerhalb der Vertragsurkunde liegende Umstände darlegen, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (BGH NJW 2013, 380, 382 = DNotZ 2013, 528; NJW 457, 460 = DNotZ 2013, 376; OLG Celle NJW-RR 2009, 1302, 1304; Palandt/Brudermüller, BGB, 73. Aufl. 2014, § 1408 Rn. 10).

#### **Substanziierter Vortrag für eine subjektive Unterlegenheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegt nicht vor**

Substanziierter Vortrag der Ag. für eine derartige subjektive Unterlegenheit im Zeitpunkt des Vertragsschlusses liegt weder vor noch ist sonst ersichtlich. Insbesondere kann zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses keine soziale oder wirtschaftliche Abhängigkeit der Ag. von dem Ast. angenommen werden. Sie war zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zwar arbeitslos, hatte aber eine neue Stelle bereits sicher. Zudem befand sie sich nicht in einer Zwangssituation aufgrund bestehender Schwangerschaft mit dem gemeinsamen Sohn, da im Zeitpunkt des Vertragsschlusses diese Schwangerschaft unstreitig nicht bestand. Als gelernte Industriekauffrau ist auch nicht davon auszugehen, dass sie den Inhalt der vertraglichen Regelung nicht verstanden hat bzw. dem Ast. intellektuell unterlegen war.

#### **Im Rahmen der Ausübungskontrolle ist zu prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung des Ehevertrages zu berufen**

b) Hält ein Ehevertrag der richterlichen Wirksamkeitskontrolle stand, ist im Rahmen der Ausübungskontrolle zu prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung des Ehevertrages zu berufen (BGH NJW 2013, 457, 460 f. = DNotZ 2013, 376).

aa) Für die Beurteilung, ob ein Missbrauch der durch den Ehevertrag eingeräumten Rechtsmacht vorliegt, ist

entscheidend, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten auch bei angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede sowie bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar ist (BGH NJW 2013, 380, 383 = DNotZ 2013, 528).

Diese Voraussetzungen können insbesondere dann erfüllt sein, wenn die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht (BGH, a.a.O.).

#### **Eine solche grundlegende Änderung in der Lebensplanung, die zu einer unzumutbaren Verteilung der Lasten führt, lässt sich nicht feststellen**

bb) Eine solche grundlegende Änderung in der Lebensplanung, die zu einer unzumutbaren Verteilung der Lasten zum Nachteil der Ag. führt, lässt sich nicht feststellen.

(1) Im Hinblick auf den eigenen Vortrag der Ag. weicht die tatsächliche einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung nicht grundlegend ab, da sich mit der Geburt des gemeinsamen Sohnes die bei Vertragsschluss bestehende Planung realisiert hat.

(2) Sonstige Umstände – mit Ausnahme der Ehescheidung –, die eine Abweichung der Lebensplanung zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses im Vergleich zur tatsächlich gelebten Ehe begründen könnten, sind weder vorgetragen noch sonst ersichtlich.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 150 Abs. 1, 4 S. 1 FamFG.

Die Entscheidung ist unanfechtbar, da die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht gegeben sind.

#### **4. Erbrecht – Zur Auslegung eines Erbvertrages mit Pflichtteilsstrafklausel aber ohne Schlusserbeneinsetzung**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. 1. 2014 – I-3 Wx 64/13)

**BGB §§ 133; 2074; 2075; 2269; 2353  
FamFG § 352 Abs. 1**

**Enthält eine gemeinschaftliche letztwillige Verfügung zwar eine Pflichtteilsstrafklausel, aber keine Einsetzung von Schlusserben und ergibt sich aus der Auslegung der Klausel und aller maßgeblichen Umstände der Errichtung nicht, ob die Eheleute über den im Erbvertrag verbalisierten Regelungsgehalt hinaus den Willen zu einer Schlusserbeneinsetzung gehabt haben, so ist im Zweifel davon auszugehen, dass die Erblasser lediglich den Strafcharakter der**

### **Pflichtteilsstrafklausel als Inhalt ihrer letztwilligen Verfügung wollten, nicht jedoch eine Schlusserbeneinsetzung ihrer Kinder.**

#### **Zur Einordnung:**

Die Entscheidung befasst sich mit der Auslegungsfrage, ob in einer Pflichtteilsstrafklausel eines Erbvertrages, der keine ausdrückliche Schlusserbenbestimmung enthält, zugleich eine bindende Schlusserbeneinsetzung derjenigen liegt, die nicht den Pflichtteil verlangen. Eine derartige Pflichtteilsstrafklausel sieht üblicherweise vor, dass ein Kind, das beim Tode des Erstversterbenden den Pflichtteil verlangt, auch nach dem Tode des Letztversterbenden nur den Pflichtteil erhält.

Grundsätzlich kann eine Pflichtteilsstrafklausel in einem Erbvertrag als bindende Schlusserbeneinsetzung der Pflichtteilsberechtigten ausgelegt werden für den Fall, dass diese nicht den Pflichtteil verlangen (OLG München FGPrax 2012, 205 f.; OLG Frankfurt FGPrax 2001, 246; Jauernig/Stürner, BGB, 15. Aufl. 2014 § 2270 Rn. 3). Dies ist keine zwingende Auslegung. In der Rechtsprechung wird nicht einheitlich die Frage beantwortet, ob die Anordnung einer Pflichtteilsstrafklausel den Schluss nahe legt, dass die Pflichtteilsberechtigten, wenn sie den Pflichtteil nicht verlangen, nach dem Willen der Erblasser in jedem Fall Schlusserben nach dem Überlebenden sein sollen (bejahend: OLG Frankfurt FGPrax 2001, 246; OLG Köln NJW-RR 1994, 397; Pflichtteilsstrafklausel allein nicht ausreichend: OLG Hamm NJW-RR 2004, 1520; OLG Karlsruhe ZEV 2006, 409).

Das OLG Hamm schließt sich vorliegend der Auffassung an, dass einer Pflichtteilsstrafklausel nicht zwingend eine stillschweigende Schlusserbeneinsetzung zu entnehmen sei (OLG Hamm NJW-RR 2004, 1520; OLG Karlsruhe ZEV 2006, 409). Vielmehr müssen der Gesamtumstand oder weitere – auch außerhalb der Verfügung liegende – Umstände für eine solche Auslegung sprechen (vgl. MünchKommBGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2074 Rn. 51). Das Gericht sieht vorliegend jedoch keine solchen weiteren Hinweise oder Anknüpfungspunkte in vorangegangenen letztwilligen Verfügungen der Erblasser. Es ist somit der Auffassung, dass im Zweifel lediglich der Strafcharakter der Pflichtteilsstrafklausel als Inhalt des Erbvertrags gewollt sei und nicht eine bindende Schlusserbeneinsetzung derjenigen Abkömmlinge, die nicht ihren Pflichtteil verlangt haben.

Für die notarielle Praxis zeigt diese Entscheidung, wie wichtig es ist, in gemeinschaftlichen Verfügungen ausdrücklich festzustellen, ob eine Schlusserbeneinsetzung gewollt oder nicht gewollt ist.

*Die Schriftleitung (AG)*

#### **Zum Sachverhalt:**

I. Die am 6. 3. 2011 verstorbene Erblasserin war die Mutter der Bet.; sie war mit dem am 30. 7. 1998 vorverstorbenen P. H. M., dem Vater der Bet., verheiratet.

Die Erblasserin schloss gemeinsam mit ihrem Ehemann Erbverträge zu UR.-Nr. [...] des Notars [...] vom 27. 3. 1947 und

zu UR.-Nr. [...] des Notars [...] vom 30. 11. 1967 sowie allein ein privatschriftliches Testament vom 12. 5. 2009.

Der Bet. zu 1) hat, gestützt auf das handschriftliche Testament vom 12. 5. 2009, beantragt, ihm einen Erbschein auszustellen, der ihn als alleinigen Erben nach der Erblasserin ausweist.

Die Bet. zu 2) und 3) haben beantragt, ihnen einen gemeinschaftlichen Erbschein zu erteilen, der alle drei Bet. zu je 1/3 Anteil als Erben ausweist. Hierzu haben sie sich auf den Erbvertrag vom 30. 11. 1967 berufen, in dem es heißt:

„Hiermit setzen wir uns gegenseitig zu uneingeschränkten Alleinerben ein derart, dass der Überlebende den zuerst Versterbenden von uns allein beerbt, ohne Rücksicht darauf, dass pflichtteilsberechtigten Erben vorhanden sind oder in Zukunft noch sein werden.“

Sollte aber einer unserer Abkömmlinge aus dem Nachlass des Erst-Versterbenden von uns den Pflichtteil verlangen, so soll er nach dem Tode (des Letztlebenden) lies: des Überlebenden von uns ebenfalls nur den Pflichtteil erhalten.“

Die Bet. zu 2) und zu 3) haben geltend gemacht, in der Pflichtteilsstrafklausel liege eine Schlusserbeneinsetzung der drei Abkömmlinge. Dem gegenüber hat der Bet. zu 1) gemeint, in diesem Erbvertrag sei nur eine gegenseitige Erbeinsetzung der Eltern, aber keine Benennung von Schlusserben zu sehen.

Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 20. 2. 2013 den Antrag des Bet. zu 1) vom 27. 4. 2011 auf Erteilung eines Alleinerbscheins zurückgewiesen, die zur Begründung des Antrages der Bet. zu 2) und zu 3) vom 23. 3. 2011 in Verbindung mit dem Antrag vom 17. 7. 2012 auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und die Erteilung des beantragten Erbscheins angekündigt.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, die Erblasserin habe den Bet. zu 1) aufgrund ihres alleinigen handschriftlichen Testamentes vom 12. 5. 2009 nicht mehr zum Alleinerben bestimmen können, weil sie in ihrer Testierfreiheit durch den Erbvertrag vom 30. 11. 1967 beschränkt gewesen sei.

In der Pflichtteilsstrafklausel des angesprochenen Erbvertrages liege zugleich eine Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder, hier der drei Bet. Bereits im ersten Ehe- und Erbvertrag vom 27. 3. 1947 hätten die Erblasserin und ihr Ehemann deutlich gemacht, dass es ihnen wichtig ist, die Interessen der Kinder zu wahren. Im Erbvertrag von 1967 sei dann insoweit auch von „pflichtteilsberechtigten Erben“ die Rede. Im nächsten Satz folge die Formulierung „... einer unserer Abkömmlinge“. Damit würden die gemeinsamen Kinder hier als Erben bezeichnet. Von der Wahrung der Interessen der Kinder habe der Erbvertrag von 1967 nicht abweichen sollen. Vielmehr sei dieser Erbvertrag gegenüber dem von 1947 insoweit einschränkender.

Wenn die Ehegatten größeren Wert darauf gelegt haben sollten, dass der überlebende Ehegatte die freie Verfügung über den Nachlass eingeräumt bekommen soll, weil sie sich gegenseitig das Vertrauen entgegen brachten, der Überlebende werde eine gerechte Regelung über die Schlusserbenfolge treffen, hätten sie die Formulierung des Ehevertrages von 1947 wählen können. Dies hätten sie aber gerade nicht getan. Insofern sprächen die Umstände für den Willen der Eheleute, den Längstlebenden nicht nur vor dem Pflichtteilsverlangen eines der Abkömmlinge zu schützen, sondern gerade ihre Kinder als Schlusserben einzusetzen. Die Pflichtteilsstrafklausel ergebe im Übrigen auch nur dann Sinn, wenn die Kinder, die beim ersten Erbfall ihren Pflichtteil nicht geltend machen, jedenfalls beim zweiten Todesfall mehr als den Pflichtteil erhalten. Die

Strafklausel könne also nur dann Bedeutung haben, wenn es tatsächlich für die Abkömmlinge auch zu einer Schlusserbeneinsetzung komme. Die Formulierung „ohne Rücksicht darauf, dass pflichtteilsberechtigten Erben vorhanden oder in Zukunft noch sein werden . . .“ enthalte nur die Ermächtigung des überlebenden Ehegatten über den Nachlass unter Lebenden nicht aber auch von Todes wegen frei verfügen zu können.

Da die Erblasserin an die gemäß § 2270 Abs. 2 BGB wechselbezügliche Schlusserbenbestimmung gebunden gewesen sei, erben die Bet. gemäß § 2091 BGB zu gleichen Teilen.

Der Bet. zu 1) hat hiergegen Beschwerde eingelegt, mit der er seinen Antrag auf Erteilung eines ihn als Alleinerben nach der Erblasserin ausweisenden Erbscheins weiter verfolgt.

Er macht geltend, mit der Pflichtteilsstrafklausel habe nur eine unerwünschte Pflichtteilsforderung bereits beim ersten Erbfall verhindert werden sollen. Hieraus folge aber nicht, dass die Abkömmlinge der Erblasserin damit zu Schlusserben nach dem Tode des Letztversterbenden eingesetzt werden sollten und auch nicht die Bindung des überlebenden Ehegatten im Sinne einer Wechselbezüglichkeit in Bezug auf die letztlich zu regelnde Erbfolge. Schließlich hätten die Bet. zu 2) und 3) im Jahre 2004 an dem Erlös aus dem Verkauf einer im gemeinsamen Eigentum der Eltern stehenden Immobilie in Belgien beteiligt werden wollen, was als zumindest teilweise Geltendmachung ihres Pflichtteils anzusehen sei und jedenfalls zur Verwirkung ihres etwaigen Erbenspruchs geführt habe.

Mit weiterem Beschluss vom 15. 3. 2013 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und hat die Sache dem OLG D. zur Entscheidung vorgelegt.

Die Bet. zu 2) und 3) bitten um Zurückweisung des Rechtsmittels.

Sie verteidigen die Auslegung des Nachlassgerichts und machen geltend, dass ihnen ein Erbschein gemeinsam mit dem Bet. zu 1) zu je 1/3 Anteil zu erteilen sei, habe auch das LG M. in seiner Entscheidung vom 26. 2. 2013 festgestellt. Pflichtteilsansprüche hätten sie zu keiner Zeit geltend gemacht; der Nachlass in Belgien sei zudem nach belgischem Recht abzuwickeln gewesen.

#### Aus den Gründen:

II. 1. Die gemäß §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 64 Abs. 1 und 2; 352 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Bet. zu 1) ist begründet; sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung.

2. a) Das Nachlassgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht zu erteilen, § 2353 BGB. Der Erbschein bezeugt demnach das Erbrecht zur Zeit des Erbfalls (Palandt-Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2353 Rn. 2). Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB.

b) Mit Erfolg wendet sich der Bet. zu 1) gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts, seinen Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins zurückzuweisen und die zur Begründung des Antrages der Bet. zu 2) und zu 3) vom 23. 3. 2011 in Verbindung mit dem Antrag vom 17. 7. 2012 auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erb-

scheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt zu erachten (§ 352 Abs. 1 FamFG).

Das Nachlassgericht hat zu Unrecht angenommen, dass die Bet. zu 1), 2) und 3) gemeinschaftliche Erben zu 1/3 Anteil nach der Erblasserin aufgrund einer im Erbvertrag vom 30. 11. 1967 zu ihren Gunsten enthaltenen bindenden vertraglichen Schlusserbenregelung geworden seien.

#### Bei auslegungsbedürftigem Wortlaut der letztwilligen Verfügung ist gemäß § 133 BGB nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften

aa) (a) Bei nicht eindeutigem und daher auslegungsbedürftigem Wortlaut der letztwilligen Verfügung ist gemäß § 133 BGB nicht am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften, sondern der Wortsinn der vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten sagen wollte und ob er mit ihnen genau das unmissverständlich wiedergegeben hat, was er ausdrücken wollte (vgl. Palandt-Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2084 Rn. 1 m. N.). Diese eigentliche (erläuternde) Auslegung hat festzustellen, welchen Inhalt die Erklärung hat, während die ergänzende Auslegung den Zweck verfolgt, Lücken der rechtsgeschäftlichen Erklärung zu schließen; beides gilt auch für Erbverträge (Palandt-Ellenberger, BGB, 72. Aufl. 2013, § 157 Rn. 2 f.).

#### Im Zweifel ist davon auszugehen, dass die Erblasser lediglich den Strafcharakter der Pflichtteilsstrafklausel als Inhalt ihrer letztwilligen Verfügung wollten, nicht jedoch eine Schlusserbeneinsetzung ihrer Kinder

(b) Auslegungsprobleme ergeben sich, wenn ein gemeinschaftliches Testament – wie hier – zwar eine Pflichtteilsstrafklausel, aber keine Einsetzung von Schlusserben enthält (MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2074 BGB Rn. 51).

Einigkeit besteht darin, dass eine Sanktionsklausel gegen die pflichtteilsberechtigten gemeinschaftlichen Kinder der Ehegatten u.U. als bindende Schlusserbeneinsetzung für den Fall, dass sie nicht den Pflichtteil verlangen, auszulegen sein kann (OLG München FGPrax 2012, 205 f.; OLG Hamm FGPrax 2005, 74, 76; Frankfurt OLGR 2001, 289; Jauernig/Stürmer, BGB, 14. Aufl. 2011, § 2270 Rn. 3). Andererseits ist der Pflichtteilsstrafklausel allein nicht zwingend eine stillschweigende Schlusserbeneinsetzung zu entnehmen (OLG Hamm NJW-RR 2004, 1520; OLG Karlsruhe ZEV 2006, 409); kann nicht festgestellt werden, dass Eheleute die sich gegenseitig als Erben eingesetzt und im Hinblick auf ihre Kinder eine Pflichtteilsstrafklausel in den Erbvertrag aufgenommen haben, die Kinder als Schlusserben einsetzen wollten, so darf ein solcher Wille nicht unterstellt werden (vgl. OLG Karlsruhe, a.a.O. für das Ehegattentestament). Die Pflichtteilsstrafklausel genügt aber als Anhaltspunkt für eine solche Auslegung, wenn der Gesamtzusammenhang des Erbvertrags oder weitere Umstände (auch außerhalb der letztwilligen Verfügung) dafür sprechen (MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2074 Rn. 51; die stillschweigende

Schlusserbeneinsetzung bejahen in diesem Falle z. B. OLG Hamm FGPrax 2005, 74; OLG München ZEV 2006, 411; OLG München FGPrax 2012, 205; OLG Frankfurt DNotZ 2011, 552, 553 [Kanzleiter]). Andererseits wird dann, wenn sich aus der Auslegung der Pflichtteilsstrafklausel und aller anderen Umstände der Testamentserrichtung nicht ergibt, ob eine stillschweigende Schlusserbeneinsetzung oder nur eine „reine“ Pflichtteilsstrafklausel gewollt war, im Zweifel davon auszugehen sein, dass die Erblasser lediglich den Strafcharakter der Pflichtteilsstrafklausel als Inhalt ihrer letztwilligen Verfügung wollten, nicht jedoch eine Schlusserbeneinsetzung ihrer Kinder (Fischer, ZEV 2005, 189, 190 m. N.).

### Der Gesamtzusammenhang des Erbvertrags oder weitere Umstände sprechen nicht für eine Schlusserbeneinsetzung

bb) Dies vorausgeschickt hat das Nachlassgericht den Erbvertrag zu UR.- Nr. . . . des Notars . . . vom 30. 11. 1967 zu Unrecht dahin ausgelegt, dass die Erblasserin und ihr verstorbener Ehemann in dem Erbvertrag nicht nur einander gegenseitig zu Erben eingesetzt, sondern auch bindend eine Schlusserbeneinsetzung der Bet. zu 1) bis 3) vereinbart haben.

Der Wortlaut des Erbvertrages vom 30. 11. 1967 gibt keinen Hinweis auf einen den unmittelbaren Regelungsgehalt einer gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute in Verbindung mit der Sanktion einer Geltendmachung des Pflichtteils beim ersten Erbfall überschreitenden, auf eine Schlusserbeneinsetzung der Kinder gerichteten Willen. Anknüpfungspunkte in diese Richtung lassen sich auch nicht einer aus dem früheren Erbvertrag zu UR.- Nr. . . . des Notars . . . vom 27. 3. 1947 abgeleiteten Entwicklung des Erblasserwillens entnehmen und sind auch sonst weder aufgezeigt worden noch ersichtlich. Unverständlich erscheint in diesem Zusammenhang die Interpretation des Nachlassgerichts, wonach der Erbvertrag 1967 von der Wahrung der Interessen der Kinder nicht habe abweichen wollen; denn dem Erbvertrag von 1947 ist eine derartige „Interessenwahrung“ der Kinder nicht zu entnehmen.

Hiernach mag es sein, dass die Erblasserin und ihr Ehemann über den im Erbvertrag aus dem Jahr 1967 verbalisierten Regelungsgehalt hinaus den Willen einer Schlusserbeneinsetzung gehabt haben; ein solcher lässt sich indes nicht anhand greifbarer Tatsachen feststellen. Deshalb kann hier dahinstehen, wie sich ein solcher Wille dokumentieren müsste, ob es etwa hierzu stets einer Andeutung im Erbvertrag bedürfte (vgl. hierzu Senat FGPrax 2012, 22).

cc) Jedenfalls bleibt festzuhalten, dass sich dem Erbvertrag vom 30. 11. 1967 eine Bindung der Erblasserin durch eine Schlusserbeneinsetzung nicht entnehmen lässt, mit der Folge, dass die Erblasserin nach dem Tode ihres Ehemannes hierdurch nicht daran gehindert war, den Bet. zu 1) durch die letztwillige Verfügung vom 12. 5. 2009 zum Alleinerben einzusetzen.

Nach alledem war der angefochtene Beschluss aufzuheben.

### 5. Erbrecht – Zur Auslegung eines Vermächtnisses als Erbeinsetzung

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 30. 4. 2014 – I-3 Wx 141/13, mitgeteilt von *Richter am OLG Peter von Wnuck-Lipinski*)

**BGB §§ 1939; 2087 Abs. 2; 2253; 2254; 2255; 2353; 2359**

#### 1. Zur Abgrenzung von Erbeinsetzung und Vermächtnis bei der Zuwendung eines einzelnen Vermögensgegenstandes.

#### 2. Zum Widerruf eines Testaments im Wege der Vernichtung durch einen Dritten auf Geheiß des Erblassers.

#### Zur Einordnung:

Die Entscheidung befasst sich zum einen mit Abgrenzungsfragen von Erbeinsetzung und Vermächtnis bei der Zuwendung eines einzelnen Vermögensgegenstandes, zum anderen mit den Voraussetzungen des Widerrufs eines Testaments im Wege der Vernichtung auf Geheiß des Erblassers.

Zum ersten Punkt: Bei der Erbeinsetzung kommt es nicht allein auf den Wortlaut, sondern den sich nach Auslegung ergebenden Sinn an. Gem. § 2078 Abs. 1 BGB ist eine Erbeinsetzung dann anzunehmen, wenn dem Bedachten das Vermögen oder ein Bruchteil des Vermögens zugewandt worden ist, auch wenn der Bedachte nicht als Erbe bezeichnet ist. Ist dem Bedachten hingegen ein einzelner Gegenstand zugewandt worden, so ist gemäß § 2078 Abs. 2 BGB in der Regel ein Vermächtnis anzunehmen. Allerdings kann die Zuwendung eines Gegenstandes, oftmals eine Immobilie, eine Erbeinsetzung sein, wenn entweder der Nachlass dadurch erschöpft wird oder sein objektiver Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn offensichtlich als seinen wesentlichen Nachlass angesehen hat (Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 2087 Rn. 5). Auszugehen ist von den Vorstellungen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung über die voraussichtliche Zusammensetzung seines Nachlasses und den Wert der in diesen fallenden Gegenstände (Palandt/Weidlich, 73. Aufl. 2014, § 2087 Rn. 7 m. w. N.).

Vorliegend umfasste der Nachlass neben dem zugewendeten Hausgrundstück auch noch übriges Grundvermögen und Barvermögen, dem die Erblasserin nach Auffassung des Gerichts auch einen nicht zu vernachlässigenden Wert beimaß. Daher legt das Gericht die Zuwendung des Hausgrundstücks als Vermächtnis aus.

Zum zweiten Punkt: Gem. § 2255 S. 1 BGB kann ein Testament auch dadurch widerrufen werden, dass der Erblasser in der Absicht es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet. Der Erblasser muss die Testamentsurkunde höchstpersönlich vernichten oder verändern (vgl. § 2065 BGB). Er kann sich dabei jedoch einer anderen Person bedienen, die als unselbstständiges, nicht mit eigenem Entscheidungsspielraum ausgestattetes „Werkzeug“ in seinem Auftrag und mit seinem Willen die Handlungen vornimmt (OLG München NJW-RR 2011, 945; OLG Hamm

NJW-RR 2002, 222, 223; MünchKomm-BGB/Hagen, 6. Aufl. 2013, § 2255 Rn. 13). Jedoch löst allein ein auf Vernichtung gerichteter Wille des Erblassers die Widerrufsfolge nach § 2255 BGB nicht aus. Ob die Vernichtungshandlung des Dritten in Gegenwart des Erblassers erfolgen muss, ist umstritten (bejahend Staudinger-BGB/Baumann, Neubearb. 2012, § 2255 Rn. 23; a. A. BayObLG FamRZ 1992, 1350).

Dafür, dass die Erblasserin ihren angeblich gefassten Vernichtungswillen vorliegend umgesetzt hat, besteht nach Auffassung des Gerichts kein Anhalt, denn das Vorbringen eines der Bet. zu Umständen und Ausführung einer Vernichtungsanweisung der Erblasserin an einen ihrer Söhne erscheint uneinheitlich und widersprüchlich.

Das Urteil bestätigt in beiden Punkten die Rechtsprechung, die zu ähnlich gelagerten Fällen bereits ergangen ist.

*Die Schriftleitung (AG)*

### Zum Sachverhalt:

I. Die Bet. sind die Söhne der am 5. 2. 2010 verstorbenen Erblasserin.

Die Erblasserin verfasste ein – vollständig nur noch als Ablichtung existierendes – handschriftliches Testament vom 13. 1. 2009, das u. A. wie folgt lautet:

„... Hiermit vermache ich ... meinem Sohn P ... das alte Wohnhaus – mit Grundstück und zwei Garagen im Lageplan A unter 1 links der Punkte 1, 2, 3 im Grundbuch vom Mönchengladbach – ...“

Der Bet. zu 1) hat zu Urk.-R-Nr. ... des Notars ... vom 27. 5. 2010 einen Erbschein beantragt, wonach seine Brüder und er die Erblasserin zu je 1/3 Anteil auf der Grundlage gesetzlicher Erbfolge beerbt haben.

Der Bet. zu 3) ist dem entgegen getreten, hat Zurückweisung des Erbscheinsantrages beantragt und hat geltend gemacht, der Bet. zu 1) habe das handschriftliche Testament der Mutter vom 13. 1. 2009, von dem er eine Ablichtung vorlege, im November 2009 zusammen mit einem noch älteren Testament der Erblasserin vom 1. 3. 2007 eigenmächtig zerrissen. Gesetzliche Erbfolge sei demnach nicht eingetreten, er, der Bet. zu 3), habe vielmehr nach dem maßgeblichen Testament „einen Teil des Grundbesitzes, und zwar das alte Wohnhaus mit Grundstück und zwei Garagen allein erhalten“, mithin Erbe sein sollen.

Die Bet. zu 1) und 2) haben geltend gemacht, die Erblasserin habe im März 2009 den Entschluss gefasst, alle bis dahin getroffenen letztwilligen Verfügungen zu vernichten, es sei damals ihr Wille gewesen, dass alle Brüder zu gleichen Teilen erben sollten.

Das AG – Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 2. 1. 2013 den Erbscheinsantrag des Bet. zu 1) zurückgewiesen.

Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Antrag des Bet. zu 1) auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins zu gleichen Teilen sei abzulehnen, da die gesetzliche Erbfolge keine Anwendung finde. Die Erblasserin habe nämlich am 13. 1. 2009 ein handschriftliches Testament erstellt, nach dem der Bet. zu 3) das Hausgrundstück erhalten solle. Da das Grundstück den wesentlichen Wert des Nachlasses darstelle, sei der Bet. zu 3) nach diesem Testament Alleinerbe geworden. Das Testament sei auch nicht nach § 2254 ff. BGB, insbesondere nicht durch Vernichtung i. S. v. § 2255 BGB, wirksam widerrufen worden. Das Testament sei zwar – von wem der

Bet. könne offen bleiben – im November 2009 zerrissen worden, fest stehe aber jedenfalls, dass nicht die Erblasserin selbst das Testament vernichtet habe. Es reiche nicht aus, wenn die Erblasserin, wie die Bet. zu 1) und 2) behaupten, sich im März 2009 dahin geäußert habe, das Testament von Januar 2009 solle zerrissen werden. Entscheidend sei, dass der bei der Vernichtung tätige Dritte als Werkzeug des Erblassers handeln müsse, weil der Widerruf des Testaments auch nach § 2255 BGB eine letztwillige Verfügung darstelle, die der testierfähige Erblasser nach § 2064 BGB nur höchstpersönlich vornehmen könne. Eines Werkzeuges könne er sich zwar bedienen. Analog zur Täterschaft im Strafrecht handele aber als Werkzeug nur, wer unter der Tatherrschaft des Erblassers stehe, so dass der Erblasser die Widerrufshandlung als letztwillige Verfügung – wenn auch durch die Hand eines Dritten – selbst vornehme. Dies könne nicht der Fall sein, wenn die Vernichtungshandlung in Abwesenheit des Erblassers erfolgt, weil hier von einer Beherrschung der Testamentsvernichtung durch den Erblasser und damit von einer letztwilligen Verfügung des Erblassers nicht die Rede sein könne.

Die Voraussetzung des persönlichen Handelns der Erblasserin sei somit nicht erfüllt, weil sie zum Zeitpunkt der Vernichtung des Testaments im November 2009 nicht zugegen gewesen sei.

Ferner müsse zum Zeitpunkt der Vernichtungshandlung die Testierfähigkeit des Erblassers gegeben sein. Die Erblasserin sei indes im November 2009 bereits testierunfähig gewesen, weshalb die Vernichtung des Testaments im November 2009 somit nicht mehr vom Willen der Erblasserin im rechtlichen Sinne gedeckt sei und ein wirksamer Widerruf des Testaments nicht vorliege.

Nach dem Testament seien jedoch die Bet. nicht zu gleichen Teilen Erben geworden, vielmehr sei der Bet. zu 3) Alleinerbe des Nachlasses.

Hiergegen wendet sich die Beschwerde des Bet. zu 1), mit der er geltend macht, entgegen der Auffassung des AG sei das privatschriftliche Testament vom 13. 1. 2009 durch Vernichtung gemäß § 2255 BGB wirksam widerrufen worden. Voraussetzung hierfür sei nicht, dass dies in Gegenwart des Erblassers geschehen sei; es müsse vielmehr ausreichen, wenn das Testament aufgrund einer eindeutigen Willenserklärung des Erblassers vernichtet wird.

Der Aufhebungswille der Erblasserin ergebe sich aus folgendem Geschehensablauf:

Am 18. 11. 2009 habe er, gemeinsam mit dem Bet. zu 2), die Erblasserin im Pflegeheim aufgesucht. Dort habe sie erklärt, das Testament solle vernichtet, nicht verbrannt, sondern in drei Teile zerrissen werden. Der Bet. zu 1) solle den Bet. zu 3) aufsuchen, damit dieser das Testament in drei Teile zerreiße; anschließend solle der Bet. zu 3) jedem Bruder einen Teil aushändigen; einen Teil solle er, der Bet. zu 1), der Erblasserin ins Krankenhaus bringen und zeigen, einen weiteren Teil sollten jeweils die Bet. zu 2) und 3) erhalten.

Ein Widerruf scheide nicht deshalb aus, weil die Erblasserin am Tage der Vernichtung geschäftsunfähig gewesen sei; zu Errichtung oder Widerruf eines Testamentes sei Geschäftsfähigkeit nicht erforderlich; fehlende Geschäftsfähigkeit belege überdies nicht die Testierunfähigkeit, die sich allein nach § 2229 Abs. 4 BGB richte und nicht aus dem Umstand der Betreuung folge.

Die Vernichtungshandlung habe sich am 18. 11. 2009 vollzogen. Er habe den Bet. zu 2) nach dem Besuch bei der Erblasserin im Pflegeheim nach Hause gebracht, sei sodann zu dem Bet. zu 3) gefahren und habe ihn entsprechend den Anweisungen der Erblasserin aufgefordert, das Testament in drei Teile zu zerreißen und ihm, dem Bet. zu 1), zwei Teile aus-

zuhändigen; der Bet. zu 3) habe ihm das Testament gezeigt und es sodann gemäß der Aufforderung zerrissen; die entsprechenden Erklärungen und das Geräusch des Zerreißen habe der Bet. zu 2) über Telefon wahrgenommen. Später habe er, der Bet. zu 1), dem Bet. zu 2) ein Drittel des zerrissenen Testaments überbracht; die Handelnden seien nur als Werkzeuge der Erblasserin ohne eigenen Entscheidungsspielraum tätig geworden. Überdies zeige sich der Vernichtungswille der Erblasserin bereits in ihrer Erklärung vom 8. 3. 2009.

Zu Unrecht gehe das Nachlassgericht auch davon aus, dass das Testament unstreitig wirksam sei; es gehe nicht auf den wirklichen Willen der Erblasserin zurück; der Bet. zu 3) habe sie vielmehr „zur Abgabe des Testamentes gedrängt“; das Testament weise auch bezüglich des Schriftbildes Unterschiede auf; in diesem Zusammenhang werde die Einholung eines graphologischen Gutachtens angeregt.

Schließlich handele es sich bei der Zuwendung des Grundstücks, das nicht den wesentlichen Teil des Vermögens der Erblasserin dargestellt habe, nicht um eine Erbeinsetzung, sondern um ein Vermächtnis.

Der Bet. zu 2) schließt sich dem Rechtsmittel an.

Der Bet. zu 3) bittet um Zurückweisung der Beschwerde und macht geltend, auf der Basis des überwiegend unstreitigen Sachverhalts sei ein Widerruf nicht erfolgt.

Das AG hat am 25. 7. 2013 die Nichtabhilfe beschlossen, die Akte dem Senat vorgelegt und ausgeführt, die Beschwerdebegründung ergebe keine hinreichenden Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit des handschriftlichen Testaments der Erblasserin vom 13. 1. 2009. Zweifel an der Echtheit des Schriftstücks griffen nicht durch.

Ein wirksamer Widerruf des Testaments durch die Erblasserin liege nicht vor, da die Widerrufserklärung der Erblasserin – insoweit werde der Sachvortrag der Bet. zu 1) und 2) als richtig unterstellt – am 8. 3. 2009, die Vernichtung des Testaments dagegen erst 8 Monate später im November 2009 erfolgt sei. Zu diesem Zeitpunkt habe jedoch ein freier rechtsgeschäftlicher Wille der Erblasserin nicht mehr vorgelegen. Der behandelnde Hausarzt der Erblasserin Dr. R. in M. habe in seinem Attest vom 9. 9. 2006 (richtig 2009) eine cerebrale Durchblutungsstörung bei der Erblasserin festgestellt, die es ihr unmöglich gemacht habe, fundierte Entscheidungen im Bereich des täglichen Lebens und der Gesundheit zu treffen. Wenn die Erblasserin aber schon nicht mehr Entscheidungen des täglichen Lebens selbständig und verantwortlich habe treffen können, so sei sie erst recht nicht mehr in der Lage gewesen, einen freien Willen über die Frage des Widerrufs des Testaments zu bilden. Zum Zeitpunkt der Vernichtungshandlung, und auf diesen Zeitpunkt komme es an, habe die notwendige Willensbildung der Erblasserin daher nicht mehr vorgelegen.

Bei der Zuwendung des Hausgrundstücks, M. an den Bet. zu 3) handele es sich um eine Erbeinsetzung und nicht um ein Vermächtnis.

Das Hausgrundstück nebst Garten und Garagen stelle den wesentlichen Teil des Vermögens der Erblasserin dar, demnach, wie regelmäßig in diesen Fällen, eine Erbeinsetzung. Auch die Erblasserin sei in ihrem Testament davon ausgegangen, dass das dem Bet. zu 3) zugewandte Hausgrundstück ihr wesentliches Vermögen ausmache, da sie das restliche Vermögen nicht für erwähnenswert gehalten habe.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

#### Aus den Gründen:

II. 1. Die gemäß §§ 38, 58 Abs. 1, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1, 64 Abs. 1 und 2 FamFG

statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde des Bet. zu 1) hat mit dem aus dem Beschlusseingang ersichtlichen Ergebnis in der Sache Erfolg.

2. a) Das Nachlassgericht hat dem Erben auf Antrag ein Zeugnis über sein Erbrecht und, wenn er nur zu einem Teil der Erbschaft berufen ist, über die Größe des Erbteils zu erteilen, § 2353 BGB. Der Erbschein bezeugt demnach das Erbrecht zur Zeit des Erbfalles (Palandt-Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2353 Rn. 2). Der Erbschein ist nur zu erteilen, wenn das Nachlassgericht die zur Begründung des Antrags erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet, § 2359 BGB.

b) Mit Erfolg wendet sich der Bet. zu 1) gegen die Ablehnung des von ihm nach dem Ableben der Erblasserin beantragten Erbscheins, der für ihn und seine Brüder, die Bet. zu 2) und 3), auf der Basis gesetzlicher Erbfolge einen Erbanteil von je 1/3 ausweisen soll. Denn das Nachlassgericht hat zu Unrecht angenommen, die gesetzliche Erbfolge scheide aus, weil sich die Erbfolge nach dem privatschriftlichen Testament der Erblasserin vom 13. 1. 2009 richte, wonach der Bet. zu 3) Alleinerbe geworden sei.

c) Das Testament vom 13. 1. 2009 kann der gesetzlichen Erbfolge nur entgegen stehen bzw. dieselbe ausschließen, wenn es eine Erbeinsetzung zugunsten des Bet. zu 3) enthält, die zum Zeitpunkt der Errichtung nicht testierunfähige Erblasserin es selbst geschrieben und unterschrieben und sie das Testament nicht gemäß § 2255 BGB wirksam widerrufen hat, indem sie es entweder selbst vernichtet hat oder es auf ihre (wirksame) Anweisung hin durch einen Dritten vernichtet worden ist.

#### **Es fehlt an einer Erbeinsetzung, da es sich bei der Zuwendung des Hausgrundstücks um ein Vermächtnis handelt**

aa) Hier fehlt es bereits an einer Erbeinsetzung des Bet. zu 3). Bei der Zuwendung des Hausgrundstücks nebst Garagen handelt es sich nämlich – entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts – um ein Vermächtnis, §§ 1939, 2087 Abs. 2 BGB.

Hierfür spricht zunächst der Wortlaut der letztwilligen Verfügung vom 13. 1. 2009 („... Hiermit vermache ich ... meinem Sohn P. ... das alte Wohnhaus- mit Grundstück und zwei Garagen im Lageplan A unter 1 links der Punkte 1, 2 3 im Grundbuch vom Mönchengladbach – ...“).

#### **Die Zuwendung eines Gegenstandes kann Erbeinsetzung sein, wenn entweder der Nachlass dadurch erschöpft wird oder wenn sein objektiver Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass der Erblasser ihn offensichtlich als seinen wesentlichen Nachlass angesehen hat**

Zwar kommt es nicht allein auf den Wortlaut, sondern den sich nach Auslegung ergebenden Sinn an. So kann die Zuwendung eines Gegenstandes, namentlich einer Immobilie, wie dem Hausgrundstück des Erblassers, Erbeinsetzung sein, wenn entweder der Nachlass dadurch erschöpft wird oder wenn sein objektiver Wert das übrige Vermögen an Wert so erheblich übertrifft, dass

der Erblasser ihn offensichtlich als seinen wesentlichen Nachlass angesehen hat (Palandt-Weidlich, BGB, 72. Aufl. 2013, § 2087 Rn. 5). Auszugehen ist von den Vorstellungen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamenterrichtung über die voraussichtliche Zusammensetzung seines Nachlasses und den Wert der in diesen fallenden Gegenstände (Palandt-Weidlich, a.a.O., Rn. 7 m. N.).

Nach den zur Zeit der Testamenterrichtung vorliegenden Gegebenheiten kann weder davon ausgegangen werden, dass der Nachlass durch die Zuwendung des Hausgrundstücks an den Bet. zu 3) erschöpft worden ist noch, dass der objektive Wert des Grundstücks das übrige Vermögen die Erblasserin an Wert so erheblich übertroffen hat, dass sie es offensichtlich als ihren wesentlichen Nachlass angesehen hat.

Zum Einen verkörperte auch das übrige Grundvermögen, nämlich das etwa 250 qm große bebaubare Flurstück 294, einen geschätzten Wert von mindestens etwa 50 000,- € und betrug das Barvermögen etwa 30 000,- €, was insgesamt im Verhältnis zu dem mit einem älteren Gebäude bebauten Hausgrundstück einen erheblichen und damit nicht zu vernachlässigenden Vermögenswert darstellt, zum Anderen spricht nichts dafür, dass die Erblasserin das Hausgrundstück offensichtlich als ihren wesentlichen Nachlass angesehen hat. Denn sie hat den Bet. zu 3) nicht auf ihr gesamtes Grundvermögen, geschweige denn auf ihr gesamtes Vermögen eingesetzt, sondern – so interpretiert auch der Bet. zu 3) selbst die letztwillige Verfügung – nur auf den mit dem Haus und zwei Garagen bebauten Teil. Dass sie auch dem übrigen Teil ihres Grundbesitzes einen nicht zu vernachlässigenden Wert beimaß, zeigt die mit Kosten verbundene Neuvermessung des Grundbesitzes im Jahre 2009. Ist dem Bedachten aber nur ein einzelner Gegenstand zugewendet, so ist im Zweifel nicht anzunehmen, dass er Erbe sein soll (§ 2087 Abs. 2 BGB).

bb) Bei nicht erfolgter Erbeinsetzung des Bet. zu 3) im Testament vom 13. 1. 2009 steht dasselbe dem von dem Bet. zu 1) beanspruchten Erbschein auf der Basis gesetzlicher Erbfolge nicht entgegen, weshalb dahinstehen kann, ob das Testament die übrigen Voraussetzungen erfüllt, insbesondere ob die Erblasserin das den Bet. zu 3) begünstigende Testament später im Original hat vernichten lassen und dadurch gemäß § 2255 BGB wirksam widerrufen hat.

**Da die Erblasserin das Testament nicht persönlich vernichtet hat, bedürfte es der Vernichtung auf Geheiß der Erblasserin durch ein unselbständiges „Werkzeug“**

(a) Für Letzteres spricht im Übrigen nichts. Da die Erblasserin das Testament nicht persönlich vernichtet hat, bedürfte es – soweit man nicht überhaupt, wie das AG, befürwortet, dass die Vernichtung durch einen Dritten in Gegenwart der Erblasserin zu erfolgen hat (so mit beachtlichen Gründen Staudinger-Baumann, BGB, Neubearb. 2012, § 2255 Rn. 22 f.) – jedenfalls der Vernichtung auf Geheiß der Erblasserin durch ein als unselbständiges, weil nicht mit eigenem Entscheidungsspielraum ausgestattetes, „Werkzeug“ (vgl. OLG München

NJW-RR 2011, 945; OLG Hamm NJW-RR 2002, 222, 223; MünchKomm-BGB/Hagen, 6. Aufl. 2013, § 2255 Rn. 13; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1. 2. 2014, § 2255 Rn 6).

Soweit die Bet. zu 1) und 2) geltend machen, die Erblasserin habe im März 2009 den Entschluss gefasst, alle bis dahin getroffenen letztwilligen Verfügungen zu vernichten, es sei damals ihr Wille gewesen, dass alle Brüder zu gleichen Teilen erben sollten, mag dies sein. Ein auf Vernichtung gerichteter Wille des Erblassers löst indes die Widerrufsfolge nach § 2255 BGB allein nicht aus. Dafür, dass die Erblasserin ihren angeblich im März 2009 gefassten Vernichtungswillen umgesetzt hat, besteht kein Anhalt.

**Das Vorbringen zu Umständen und Ausführung einer Vernichtungsanweisung der Erblasserin erscheint uneinheitlich und widersprüchlich**

Das Vorbringen des Bet. zu 1) zu Umständen und Ausführung einer Vernichtungsanweisung der Erblasserin im November 2009 erscheint uneinheitlich und widersprüchlich.

In der „Erklärung und Versicherung“ vom 31. 8. bzw. 6. 9. 2010 führen die Bet. zu 1) und 2) u. A. aus, die Erblasserin habe das Testament vor allen Söhnen zerreißen wollen, da der Bet. zu 2) aber krank gewesen sei, habe es der Bet. zu 3) zerreißen sollen. Am 18. 11. 2009 sei der Bet. zu 1) am Morgen im Seniorenheim gewesen; er habe den Bet. zu 2) von dort aus angerufen; die Mutter habe diesem am Telefon gesagt, dass das Testament ungültig gemacht werden solle; der Bet. zu 3) solle es zerreißen, der Bet. zu 1) solle dies als ältester Sohn überwachen und ihr berichten; der Bet. zu 2) solle ihr das zerrissene Testament ins Heim bringen und zeigen. Da der Bet. zu 2) damals schlecht gehen können, habe der Bet. zu 1) den Bet. zu 3) am Abend allein auf der . . . getroffen und dort auch übernachtet; am Abend habe der Bet. zu 1), der neben dem Bet. zu 3) gesessen habe, den Bet. zu 2) angerufen, und man habe vereinbart, dass der Bet. zu 3) jetzt das Testament in drei Teile zerreißen solle. Der Bet. zu 3) habe dies getan und zwei Teile dem Bet. zu 1) übergeben; dies habe der Bet. zu 2) am Telefon hören können. Am nächsten Tag habe der Bet. zu 1) zwei zerrissene Teile des Testaments zuerst zum Bet. zu 2) und sodann zur Erblasserin gebracht.

In der Beschwerdeschrift vom 29. 1. 2013 (S. 4) ist ausgeführt, am 18. 11. 2009 habe der Bet. zu 1), gemeinsam mit dem Bet. zu 2), die Erblasserin im Pflegeheim aufgesucht. Dort habe sie gegenüber den Bet. zu 1) und 2) erklärt, das Testament solle vernichtet, nicht verbrannt, sondern in drei Teile zerrissen werden. Der Bet. zu 1) solle den Bet. zu 3) aufsuchen, damit dieser das Testament in drei Teile zerreiße; anschließend solle der Bet. zu 3) jedem Bruder einen Teil aushändigen; einen Teil solle er, der Bet. zu 1), ihr ins Krankenhaus bringen und zeigen, einen weiteren Teil sollten jeweils die Bet. zu 2) und 3) erhalten.

Laut Seite 6 der Beschwerdeschrift habe sich die Vernichtungshandlung am 18. 11. 2009 wie folgt vollzogen: Der Bet. zu 1) habe den Bet. zu 2) nach dem Besuch bei der Erblasserin im Pflegeheim nach Hause gebracht. Im



Anschluss daran sei der Bet. zu 1) zum Bet. zu 3) gefahren. Der Bet. zu 1) habe dann entsprechend den Anweisungen der Erblasserin den Bet. zu 3) aufgefordert, das Testament in drei Teile zu zerreißen und ihm, dem Bet. zu 1), zwei Teile auszuhändigen. Der Bet. zu 3) habe das Testament vom 13. 1. 2009 dem Bet. zu 1) gezeigt. Der Bet. zu 3) sei sodann der Aufforderung nachgekommen und habe das Testament zerrissen. Die entsprechenden Erklärungen dabei und das Geräusch des Zerreißens habe der Bet. zu 2) über Telefon wahrgenommen. Später habe der Bet. zu 1) dem Bet. zu 2) ein Drittel des zerrissenen Testaments überbracht.

Mit Schriftsatz vom 1. 8. 2011 hatten die Bet. zu 1) und 2) vortragen lassen, dass der Bet. zu 3) erst auf neuerliche Anfrage seines Bruders Mitte November 2009 das Testament tatsächlich vernichtet habe, sei Ausfluss des Willens der Erblasserin, den diese im März 2009 geäußert habe.

Durch diesen – insbesondere hinsichtlich einer Vernichtungsanordnung der Erblasserin, der Anwesenheit des Bet. zu 2) und eines der Erblasserin zu zeigenden Teiles des Testaments – uneinheitlichen Vortrag ist nicht dargetan, dass sich die Erblasserin zur Vernichtung des fraglichen Testaments zum maßgeblichen Zeitpunkt eines „Werkzeugs“ ohne eigenen Entscheidungsspielraum bedient hat, indem sie einem der Bet., namentlich dem Bet. zu 3) eine strikte Vernichtungsanweisung erteilt hat.

Dies gilt umso mehr als der Bet. zu 3) bei seiner polizeilichen Vernehmung am 1. 4. 2010 erklärt hat, es sei der Bet. zu 1) gewesen, der das Testament zerrissen habe, weil er den Inhalt nicht für korrekt befunden und gemutmaßt habe, er, der Bet. zu 3), könne denselben beeinflussen haben.

**Eine Vernichtungsanweisung wäre unwirksam, da der Erblasser zum Zeitpunkt der Vernichtung nicht testierfähig war**

(b) (aa) Hinzu kommt, dass – eine Vernichtungsanweisung im Rechtssinne unterstellt – diese letztlich gleichwohl unwirksam wäre. Denn auch ein in der Form des § 2255 S. 1 BGB, also dadurch, dass der Erblasser die Testamentsurkunde vernichtet hat, vorgenommener Widerruf, ist unwirksam, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Vernichtung der Testamentsurkunde i. S. d. § 2229 Abs. 4 BGB nicht testierfähig war (OLG Hamm NJW-RR 2002, 222, 223; vgl. auch BGH NJW 1951, 559).

(bb) Der Erblasserin ermangelte es indes zum maßgeblichen Zeitpunkt am 18. 11. 2009 der Testierfähigkeit. Gegen ihre Testierfähigkeit spricht zum Einen die Bescheinigung des Hausarztes der Erblasserin, des Internisten Dr. R., vom 9. 9. 2009 („Aufgrund der cerebralen Durchblutungsstörung ist es zu einer deutlichen Beeinträchtigung des Urteilsvermögens gekommen. Die Patientin ist nicht in der Lage selbständig fundiert für sich Entscheidungen im Bereich des alltäglichen Lebens und der Gesundheitsbetreuung zutreffen.“).

Dies wird durch das Beschwerdevorbringen substantiell nicht in Frage gestellt. Bei fehlender Geschäftsfähigkeit, die auch der Bf. für möglich hält, ist aber prinzipiell feh-

lende Testierfähigkeit anzunehmen. Für eine Ausnahme des Falles eines luziden Intervalls besteht weder nach dem Vorbringen des Bet. zu 1) noch sonst Anhalt. Dieser kann sich für den fraglichen Zeitpunkt auch nicht aus einer Einsichtnahme in die Betreuungsakten ergeben. Hinzu kommt, dass der Bet. zu 3) beim AG M. am 4. 8. 2010 angegeben hat, zu einem Schenkungsvertrag nach dem notariellen Entwurf vom 7. 8. 2009 sei es nicht gekommen, weil die zuständige Ärztin Dr. L. in der H. Waldklinik die Testierfähigkeit der Erblasserin ausgeschlossen habe. Die Bet. zu 1) und 2) stellen dies nicht in Abrede.

Hiernach hat das AG – Nachlassgericht – dem Bet. zu 1) den nachgesuchten Erbschein auf der Basis gesetzlicher Erbfolge zu Unrecht mit Blick auf eine in dem Testament der Erblasserin vom 13. 1. 2009 enthaltene Erbeinsetzung zugunsten des Bet. zu 3) versagt und ist die angefochtene Entscheidung entsprechend zu ändern.

III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Gerichtskosten für das erfolgreiche Rechtsmittel fallen nicht an, § 131 Abs. 3 und 7 KostO. Den Bet. zu 3) mit einer Anordnung der Erstattung außergerichtlicher Kosten zu belasten, entspräche nicht billigem Ermessen, § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG; ein Fall des § 81 Abs. 2 FamFG liegt nicht vor.

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 S. 1 FamFG sind nicht gegeben; die entscheidungstragenden Erwägungen des Beschwerdegerichts betreffen allein den konkreten Einzelfall.

Mangels Kostenentscheidung bedarf es auch keiner Wertfestsetzung von Amts wegen.

**6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Eintragung der Liquidation einer GmbH & Co. KG bei Bedenken des Finanzamtes**

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. 3. 2014 – I-3 Wx 48/14, mitgeteilt von Notar Dr. Kessel in Mönchengladbach-Rheydt)

**BGB § 735**

**FamFG § 394**

**HGB §§ 145 ff.; 155; 157; 161 Abs. 2**

**Vom Finanzamt mit Blick auf ausstehende Veranlagungen und ein langwieriges Rechtsbehelfsverfahren vorgebrachte Bedenken stehen der Vollzugsreife der im Rahmen der Liquidation einer GmbH & Co KG zur Eintragung ins Handelsregister angemeldeten Eintragung („Die Gesellschaft ist durch Beschluss der Gesellschafter aufgelöst. Die Firma ist erloschen. Der Geschäftsbetrieb wurde ohne Liquidation eingestellt. Zu verteilendes Vermögen ist nicht vorhanden. . .“), nicht entgegen.**

**Zur Einordnung:**

Die untenstehende Entscheidung des OLG Düsseldorf befasst sich damit, ob das Registergericht berechtigt ist, den Antrag auf Eintragung des Erlöschens einer GmbH & Co. KG mit dem Hinweis darauf zu-

rückzustellen, dass noch steuerliche Veranlagungen seitens des Finanzamts ausstehen, aus denen ggf. noch Verbindlichkeiten der Gesellschaft herrühren können. Ausgangspunkt hierfür ist die Frage, wann eine Vollbeendigung der Gesellschaft und damit ein Erlöschen der Firma i. S. d. § 157 HGB vorliegt. Eine Vollbeendigung tritt nach allgemeiner Auffassung dann ein, wenn kein Aktivvermögen der Gesellschaft mehr vorhanden ist (siehe hierzu bereits RG JW 1926, 1432, 1433). Allerdings ist umstritten, ob eine Vollbeendigung auch dann eintritt, wenn zwar kein Aktivvermögen mehr vorhanden ist, aber noch Verbindlichkeiten der Gesellschaft bestehen (hierzu etwa Röhricht/Graf von Westfalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 155 Rn. 12). Eine Auffassung sieht hierin keinen Hinderungsgrund für den Eintritt der Vollbeendigung der Gesellschaft (so etwa Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 157 Rn. 1; Eberoth/Boujong/Joost/Strohn/Hillmann, HGB, Band 1, 2. Aufl. 2008, § 155 Rn. 21). Die Gegenauffassung verweist hingegen darauf, dass es wegen § 735 BGB ausgeschlossen sei, dass die Gesellschaft zwar Schulden aber kein Aktivvermögen habe, da der Gesellschaft in einem solchen Fall Ansprüche aus § 735 BGB zustünden (so dezidiert Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl. 2009, § 157 Rn. 6. Siehe auch Röhricht/Graf von Westfalen/Haas, HGB, 4. Aufl. 2014, § 155 Rn. 12; MünchKomm/HGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 155 Rn. 53). Die Gegenauffassung erkennt dabei allerdings die Möglichkeit an, den Anspruch gemäß § 735 BGB abzubedingen (Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl. 2009, § 155 Rn. 34).

Vor diesem Hintergrund kommt das OLG Düsseldorf zu dem Ergebnis, dass es ohne Belang sei, ob im vorliegenden Fall die Finanzverwaltung tatsächlich noch Steuerforderungen gegen die betroffene Gesellschaft habe und lässt den vorstehend dargestellten Streit unentschieden. Nach Auffassung des OLG Düsseldorf wird nämlich durch die Erklärung in der Handelsregisteranmeldung, dass zu verteilendes Vermögen der Gesellschaft nicht vorhanden ist, klargestellt, dass etwaige Ansprüche der Gesellschaft aus § 735 BGB gegen die Gesellschafter abbedungen sein sollten und der im Hinblick auf offene Steuerverbindlichkeiten etwa erforderliche Innenausgleich nicht über das Gesellschaftsvermögen betrieben werden soll.

Mit dieser Argumentation weist die Entscheidung des OLG Düsseldorf den Weg für die Behandlung vergleichbarer Fälle in der Praxis, ohne dass es auf eine Entscheidung des Meinungsstreits zum Tatbestand der Vollbeendigung ankommt. So ist es bei Handelsregisteranmeldungen, die das Erlöschen der Gesellschaft ohne Liquidation zum Gegenstand haben, nämlich üblich, dass in dem Anmeldungstext nicht nur angeführt wird, dass die Gesellschaft ohne Liquidation erloschen ist, sondern gleichzeitig auch, dass zu verteilendes Gesellschaftsvermögen nicht vorhanden ist (siehe etwa Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen, 8. Aufl. 2013, A.54, S. 63 f.). Folgt man in diesen Fällen der Argumentation des OLG Düsseldorf, kann es wegen etwaiger Verbindlichkeiten der Gesellschaft schon deshalb nicht zu einer Rück-

stellung des Antrags auf Eintragung kommen, weil bereits durch den Text der Handelsregisteranmeldung stets klargestellt ist, dass Ansprüche der Gesellschaft aus § 735 BGB gegen die Gesellschafter abbedungen sind.

*Die Schriftleitung (SB)*

#### **Zum Sachverhalt:**

1. Unter dem 11. 10. 2013 haben die Bet. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„Die Gesellschaft ist durch Beschluss der Gesellschafter aufgelöst.

Die Firma ist erloschen.

Der Geschäftsbetrieb wurde ohne Liquidation eingestellt. Zu verteilendes Vermögen ist nicht vorhanden.

Die Bücher und Papier der aufgelösten Gesellschaft werden von Herrn C. M. verwahrt.“

Auf diesen Eintragungsantrag hat das Registergericht durch die angefochtene Entscheidung ausgesprochen, sein Vollzug werde zunächst zurückgestellt. Zur Begründung hat es angeführt, ein Vollzug der Anmeldung sei noch nicht möglich, da das Finanzamt M. zweifach Einwände gegen die jetzige Löschung der Gesellschaft mitgeteilt habe. Das Finanzamt hatte sich im Oktober 2013 dahin geäußert, es müssten noch ausstehende Veranlagungen durchgeführt werden, und im Dezember 2013, aufgrund eines langwierigen Rechtsbehelfsverfahrens bitte es von der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister vorerst abzusehen.

Gegen den registergerichtlichen Beschluss vom 31. 1. 2014 wenden sich die drei Bet. mit Schrift ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 5. 2. 2014, die am 6. 2. 2014 bei Gericht eingegangen ist. Mit weiterem Beschluss vom 18. 2. 2014 hat das Registergericht dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem OLG D. als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Registerakte Bezug genommen.

#### **Aus den Gründen:**

2. Das zulässige Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg.

a) Es ist bereits zweifelhaft, ob neben den Möglichkeiten, über einen Eintragungsantrag sofort zu entscheiden oder das Verfahren gemäß §§ 381, 21 Abs. 1 FamFG auszusetzen, für das Registergericht auch die Möglichkeit einer sozusagen formlosen Zurückstellung des Vollzuges des Eintragungsantrags, wie hier vom AG ausgesprochen, besteht. Diese Frage bedarf indes keiner näheren Behandlung.

**Die Vollzugsreife des Eintragungsantrags wird nicht durch die vom Finanzamt vorgebrachten Bedenken beseitigt.**

b) Denn jedenfalls wird die Vollzugsreife des Eintragungsantrags nicht durch die vom Finanzamt vorgebrachten Bedenken beseitigt.

#### **Zum Tatbestand der Vollbeendigung der Gesellschaft**

Im Rahmen der Liquidation einer Kommanditgesellschaft, §§ 161 Abs. 2, 145 ff. HGB, enthält § 155 HGB

Regelungen zur Verteilung des Gesellschaftsvermögens. § 157 Abs. 1 HGB bestimmt sodann, dass nach der Beendigung der Liquidation das Erlöschen der Firma von den Liquidatoren zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sei. Es ist – soweit ersichtlich – allgemein anerkannt, dass die Kommanditgesellschaft vollbeendet ist, wenn kein Aktivvermögen mehr vorhanden ist, namentlich mit dem vorhandenen Vermögen die Gläubiger befriedigt wurden und ein etwaiger Überschuss an die Gesellschafter verteilt wurde. Zum Aktivvermögen gehören auch offene Forderungen der Gesellschaft gegen die Gesellschafter. Ist die Liquidation mit der Verwendung und Verteilung des Aktivvermögens abgeschlossen, ist die Gesellschaft erloschen; ihre Löschung im Handelsregister ist für die Vollbeendigung weder notwendig noch hinreichend und hat nur deklaratorische Wirkung; mit anderen Worten beurteilt sich das Erlöschen der Firma allein nach der tatsächlichen Vollbeendigung der Gesellschaft. Dies rechtfertigt sich nicht nur aufgrund der dargestellten juristisch-konstruktiven Erwägungen, sondern auch deshalb, weil die Notwendigkeit eines gesonderten gerichtlichen Verfahrens zur Bestellung von Nachtragsliquidatoren in den allermeisten Fällen entbehrlich ist. Stellt sich nämlich nachträglich heraus, dass doch noch Gesellschaftsvermögen vorhanden ist, die Gesellschaft also nur scheinbar zu bestehen aufgehört hat und die Liquidation „in Wahrheit“ noch nicht beendet ist, wird die Gesellschaft in der Nachtragsliquidation von den bisherigen Liquidatoren vertreten, ohne dass es einer Neubestellung bedürfte, und kann die Gesellschaft unter ihrer Firma klagen (und verklagt werden). Sind sogar nur noch einzelne Abwicklungsmaßnahmen erforderlich, kann nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung der Verwahrer der Bücher und Papiere gemäß § 157 Abs. 2 HGB als ermächtigt angesehen werden, derartige Erklärungen für die gelöschte Gesellschaft abzugeben (statt aller: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Hillmann, HGB, 2. Aufl. 2008, § 157 Rn. 4 und 7 sowie § 155 Rn. 21 f. m. w. N.).

**Streitig ist, wie offene Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nach Verteilung des liquiden Vermögens noch existieren, zu behandeln sind**

Nicht einheitlich beantwortet wird demgegenüber die Frage, wie offene Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die nach Verteilung des liquiden Vermögens noch existieren, zu behandeln seien. Nach herrschender Meinung stehen diese der Vollbeendigung der Gesellschaft nicht entgegen: Mit der Beendigung der Verteilung des Reinvermögens erlösche die Firma, mithin dürften keine betreibbaren Forderungen mehr – auch nicht gegen Gesellschafter oder Liquidatoren – vorhanden sein, wohl aber noch Gesellschaftsschulden (so deutlich: Baumbach-Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 157 Rn. 1). Offene Verbindlichkeiten der Gesellschaft seien nach Verteilung des Reinvermögens über die fortbestehende Haftung der ehemaligen Gesellschafter zu tilgen, und der Ausgleich der Gesellschafter untereinander habe außerhalb des Liquidationsverfahrens zu erfolgen. Dies kritisiert eine Minderheitsmeinung als widersprüchlich. Sie verweist darauf, dass es unter Geltung des § 735 BGB ausgeschlossen sei, dass die Gesellschaft zwar Schulden, aber kein Aktivvermögen habe; seien nämlich

die Gesellschafter aufgrund offener Gesellschaftsschulden oder wegen der Notwendigkeit eines Ausgleichs zwischen den Gesellschaftern der Gesellschaft gegenüber zum Nachschuss verpflichtet, so verfüge diese mit dem Anspruch aus § 735 BGB über einen Vermögensgegenstand, der die Annahme ihrer Vollbeendigung ausschließe; letztere trete somit erst ein, wenn neben dem sonstigen Vermögen auch etwaige Sozialansprüche erloschen oder aus dem Gesellschaftsvermögen ausgeschieden seien (Staub-Habersack, HGB, 5. Aufl. 2009, § 157 Rn. 6 sowie § 155 Rn. 34; MünchKomm/K. Schmidt, HGB, 3. Aufl. 2011, § 157 Rn. 10 sowie § 155 Rn. 53). Allerdings stellt auch diese Ansicht klar, dass es den Gesellschaftern freistehe, den Ausgleich nach § 735 BGB abzubedingen (oder der Gesellschaft den Anspruch anderweitig zu entziehen), in diesem Fall sei die Gesellschaft vermögenslos und erloschen, wenn sie nicht über sonstiges Aktivvermögen verfüge (Staub-Habersack a.a.O., § 155 Rn. 34); der Wille der Gesellschafter müsse dahin gehen, dass Ansprüche gegen sie aus § 735 BGB über das Gesellschaftsvermögen abgewickelt werden sollten, doch bleibe es ihnen unbenommen, den Innenausgleich im Verhältnis untereinander und nicht über das Gesellschaftsvermögen zu betreiben (MünchKomm/K. Schmidt a.a.O., § 157 Rn. 10). Weitergehend wird sogar geäußert, der Ausschluss des Innenausgleichs über das Gesellschaftsvermögen entspreche wohl dem Regelfall (MünchKomm/K. Schmidt a.a.O.). Jedenfalls unterscheiden sich für eine solche Sachverhaltsgestaltung die Ergebnisse der Minderheitsauffassung nicht mehr von denjenigen der herrschenden Meinung.

**Auf diesen Streit kommt es vorliegend aber nicht an, da die Beteiligten in der Anmeldung erklärt haben, zu verteilendes Vermögen sei nicht vorhanden**

Nach diesen Grundsätzen ist es – in der vom Senat allein zu beurteilenden zivilrechtlichen Hinsicht – ohne Belang, ob die Finanzverwaltung noch Steuerforderungen gegen die betroffene Gesellschaft hat, etwaige laufende Verfahren sind – soweit es auf das Zivilrecht ankommt – auf den Gesichtspunkt der Gesellschafterhaftung umzustellen. Denn ein Aktivvermögen der Gesellschaft ist nicht feststellbar. Die Bet. haben in ihrer Anmeldung ausdrücklich erklärt, zu verteilendes Vermögen sei nicht vorhanden. Damit haben sie zugleich klargestellt, dass nach ihrem Willen etwaige Ansprüche der Gesellschaft aus § 735 BGB gegen die Gesellschafter abbedungen sein sollten und der im Hinblick auf offene Steuerverbindlichkeiten etwa erforderliche Innenausgleich nicht über das Gesellschaftsvermögen betrieben werden solle.

Unberührt hiervon bleibt die Frage der Steuerrechtsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft, die nach den in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zu beurteilen ist.

3. (. . .)

Die Voraussetzungen für eine Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 S. 1 FamFG liegen nicht vor.

**7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Eintragungsfähigkeit eines Teilgewinnabführungsvertrages zwischen einer GmbH und stillen Gesellschaftern**  
(Kammergericht, Beschluss vom 24. 3. 2014 – 12 W 43/12)

**AktG § 292**

**BGB § 716**

**GmbHG § 54 Abs. 1 S. 1**

**HGB § 233**

**Ein von einer GmbH mit zwei stillen Gesellschaftern geschlossener Teilgewinnabführungsvertrag ist nicht ins Handelsregister eintragungsfähig.**

**Zur Einordnung:**

In der nachstehend abgedruckten Entscheidung hatte sich das KG damit zu befassen, ob ein von einer GmbH mit zwei stillen Gesellschaftern geschlossener Teilgewinnabführungsvertrag im Handelsregister eingetragen werden kann. Nach der Supermarkt-Entscheidung des BGH wird ein zwischen zwei GmbHs abgeschlossener Unternehmensvertrag mit Beherrschungsvereinbarung und Gewinnabführungsverpflichtung nur wirksam, wenn die Gesellschafterversammlungen der beherrschten und der herrschenden GmbH dem Vertrag zustimmen (der Zustimmungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der beherrschten GmbH ist notariell zu beurkunden) und der Unternehmensvertrag in das Handelsregister der beherrschten GmbH eingetragen wird, wobei die Eintragung im Handelsregister konstitutive Wirkung hat (BGHZ 105, 324, 342 = MittRhNotK 1988, 261). Demgegenüber ist umstritten (eine Auswertung des Meinungsstandes findet sich im DNotI-Report 2004, 57), ob bei Teilgewinnabführungsverträgen die gleichen Grundsätze gelten. Im Vordergrund steht dabei die Diskussion, ob ein solcher Vertrag von seiner rechtlichen Tragweite als Satzungsänderung einzuordnen ist oder eine Gleichstellung mit Gewinnabführungsverträgen ausscheidet. Teilgewinnabführungsverträge sind häufig im Zusammenhang mit stillen Beteiligungen anzutreffen (vgl. ausführlich Schmidt/Lutter/Langenbacher, AktG, 2. Aufl. 2010, § 292 Rn. 15 ff. zur AG), so dass dieser Frage auch bei der GmbH eine recht große Praxisrelevanz zukommt.

Das KG kommt zu dem Ergebnis, dass der Teilgewinnabführungsvertrag weder eintragungspflichtig noch eintragungsfähig ist. Den im konkreten Fall abgeschlossenen Teilgewinnabführungsvertrag stuft es insbesondere nicht als Satzungsänderung ein, da sich mit ihm die betroffene Gesellschaft weder der Leitungsmacht der beiden stillen Gesellschafter unterstelle noch mit der Ausgestaltung der Gewinn-, Verlust- und Vermögensbeteiligung eine Unterwerfung unter den Willen der stillen Gesellschafter verbunden sei. Das KG sieht vor allem das Gewinnrecht der Gesellschafter erst dann tangiert, wenn der gesamte Gewinn der GmbH an den Vertragspartner abzuführen ist. Mit dieser Entscheidung liegt das KG auf der Linie einiger anderer Gerichtsentscheidungen mit vergleichbaren Ergebnissen (OLG München RNotZ 2011, 363; BayObLG 2003, 908; LG Darmstadt ZIP 2005, 402; AG Charlottenburg GmbHR 2006, 258).

Insbesondere das OLG München hat in jüngerer Zeit ebenfalls entschieden, dass ein Vertrag, mit dem sich eine GmbH im Rahmen einer stillen Beteiligung verpflichtet, einen Teil ihres Gewinns an den stillen Gesellschafter abzuführen, nicht im Handelsregister eingetragen werden kann (OLG München RNotZ 2011, 363).

Allerdings sieht eine starke Meinung in der Literatur keinen Grund, Teilgewinnabführungsverträge bei einer GmbH anders als bei einer AG zu behandeln (siehe u.a. Scholz/Emmerich, GmbHG, I. Band, 11. Aufl. 2012, Anh. § 13 Rn. 214 m. w. N.) und eine Entscheidung des BGH zu dieser Frage steht bislang aus, so dass das Risiko bleibt, dass Teilgewinnabführungsverträge letztlich doch vom BGH für eintragungspflichtig gehalten werden (vgl. NJW-Spezial 2011, 369). Auch nach der Entscheidung des KG ist daher aus Vorsichtsgründen zu raten, im Rahmen des GmbH-Konzernrechts auch den Abschluss von Teilgewinnabführungsverträgen analog dem Abschluss von Gewinnabführungsverträgen zu behandeln, d. h. insbesondere den Zustimmungsbeschluss der abhängigen GmbH zu beurkunden und den Vertrag in das Handelsregister einzutragen (siehe hierzu bereits die Empfehlung der Schriftleitung in der RNotZ 2011, 363).

*Die Schriftleitung (SB)*

**Zum Sachverhalt**

A. Die Bet. zu 1) wurde durch Gesellschaftsvertrag vom 6. 9. 1989 gegründet und am 24. 10. 1989 in das Handelsregister beim AG C. eingetragen. Der ursprüngliche Gesellschaftszweck "Betrieb, Verpachtung, Vermietung und Verwaltung von gastronomischen Einrichtungen" wurde durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 16. 12. 2005 geändert in "Betrieb und Verwaltung von Datenbanken nebst Werbung und Herausgabe von Publikationen". Durch Beschluss vom 20. 1. 2010 wurde das Stammkapital auf Euro umgestellt und auf 25 600,- € erhöht. In § 6.3 des GmbH-Statuts ist u.a. vereinbart, dass die Bestellung von Geschäftsführern und Prokuristen und die Erteilung von Alleinvertretungsbefugnis für einen Geschäftsführer und/oder Prokuristen nur einstimmig beschlossen werden können. Gemäß § 7.4 dürfen die Geschäftsführer und Prokuristen im Innenverhältnis zu allen über den normalen Geschäftsbetrieb hinausgehenden Angelegenheiten der Zustimmung der Gesellschafterversammlung, insbesondere zum (1) zu Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, (3) zur Erteilung von Generalvollmachten, (4) zur Aufnahme und Gewährung von Darlehen außerhalb des üblichen Geschäftsbetriebs, (6) zu Investitionen über 10 000,- € im Einzelfall, (13), zur Eingehung und Kündigung von Dauerschuldverhältnissen einschließlich Dienstverträgen, durch die die Gesellschaft jährlich mit mehr als 10 000,- € belastet wird, (...) und (16) zur vollständigen oder teilweisen Einstellung des Betriebes der Gesellschaft. Geschäftsführer und Mitgesellschafter der Bet. zu 1) mit Geschäftsanteilen im Wert von 25 180,- € ist der Bet. zu 2). Die Bet. zu 3) und 4) sind mit Anteilen von insgesamt je 210,- € an der Bet. zu 1) beteiligt.

Mit Vertrag vom 20. 12. 2006 hatten die Bet. zu 1) und der Bet. zu 3) einen Vertrag über die Begründung einer atypischen stillen Gesellschaft geschlossen; am 2. 10. 2007 schlossen die Bet. zu 1), 3) und 4) einen ebensolchen Vertrag. Diese Verträge wurden am 20. 1. 2010 in einem Änderungsvertrag über die atypische stille Gesellschaft M . . . GmbH & Still zusammen-

gefasst, erweitert und novelliert und in der zuletzt maßgeblichen Fassung vom 1. 10. 2010 erneut modifiziert. Der Bet. zu 2) meldete namens der Bet. zu 1) am 10. 8. 2011 den von den Gesellschaftern der Bet. zu 1) durch Beschlüsse vom 1. 10. 2010 gebilligten Teil-Gewinnabführungsvertrag in der Fassung vom 1. 10. 2010 in Form einer atypisch stillen Gesellschaft mit den Bet. zu 3) und 4) zur Eintragung im Handelsregister mit Wirkung ab dem 1. 1. 2010 an. In § 1 dieses Vertrages wurde vereinbart, dass die Bet. zu 3) und 4) Einlagen in Höhe von jetzt je 650 000,- € erbracht haben. In einer weiteren Vereinbarung bestimmten die Bet. zeitgleich, dass die Bet. zu 3) und 4) ihre der Bet. zu 1) gewährten Darlehensforderungen in Höhe von je 550 000,- € in die Gesellschaft als Einlagen eingebracht, auf die vereinbarte Festverzinsung verzichtet und die früheren Darlehensverträge aufgehoben haben.

Nach § 3.1 des Änderungsvertrages über die atypische stille Gesellschaft steht die Geschäftsführung allein der Inhaberin, der Bet. zu 1), zu. Gemäß § 3.2 bedarf die Inhaberin aber der Zustimmung der stillen Gesellschafter u. a. (1) zu Erwerb, Veräußerung und Belastung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten, (3) zur Bestellung von Geschäftsführern, Prokuristen und Liquidatoren sowie der Erteilung von Generalvollmachten, (4) zur Aufnahme und Gewährung von Darlehen außerhalb des üblichen Geschäftsbetriebs, (6) zu Investitionen über 10 000,- € im Einzelfall, (8) zur Änderung des Stammkapitals der Inhaberin, (14), zur Eingehung und Kündigung von Dauerschuldverhältnissen einschließlich Dienstverträgen, durch die die Gesellschaft jährlich mit mehr als 10 000,- € belastet wird, (. . .) und (17) zur Auflösung der Inhaberin und der vollständigen oder teilweisen Einstellung des Betriebes der Inhaberin. Laut § 3.5 hat die Inhaberin diese Maßnahmen im Falle des Widerspruchs eines stillen Gesellschafters zu unterlassen. Gemäß § 6.1 sind die stillen Gesellschafter am Ergebnis, dem Gewinn und Verlust, am Vermögen und an den stillen Reserven der Inhaberin beteiligt. Das Vermögen der Inhaberin wird laut § 6.2 im Innenverhältnis wie gemeinschaftliches Vermögen behandelt. Laut § 6.4.1 erhält jeder stillen Gesellschafter als Gewinnbeteiligung einen Vorab in Höhe von jeweils 15 000,- € je Geschäftsjahr. Reicht der Gewinn der Inhaberin nicht aus, erhöht sich der Vorab der stillen Gesellschafter im folgenden Geschäftsjahr entsprechend. Verbleibt nach Zuweisung des Vorabs der stillen Gesellschaft weiterer Gewinn, stehen jedem stillen Gesellschafter nach § 6.4.2 davon 24,5 % zu. Außerdem stehen gemäß § 8.1 den stillen Gesellschaftern die gesetzlichen Informations- und Kontrollrechte des § 233 HGB sowie die Rechte gemäß § 716 BGB zu.

Mit Beschluss vom 13. 9. 2011 hat das AG C. den Eintragungsantrag vom 10. 8. 2011 zurückgewiesen. Der Teilgewinnabführungsvertrag sei nicht eintragungsfähig. Geschäftsführung und Leitung des Unternehmens würden nicht den stillen Gesellschaftern unterstellt, weshalb die Eintragung auch nicht konstitutiv wirke. Durch die ausbedungenen Zustimmungsbereiche werde nicht die Weisungskompetenz von der Inhaberin auf die stillen Gesellschafter übertragen, sondern lediglich eine nur nach innen wirkende Beteiligung an den Entscheidungsprozessen geregelt. Bloße Zustimmungsvorbehalte begründeten keine Beherrschung.

Gegen diesen, dem Verfahrensbevollmächtigten der Bet. zu 1) bis 4) am 14. 9. 2011 zugestellten Beschluss hat dieser mit Schriftsatz vom 11. 10. 2011 Beschwerde eingelegt. Der angemeldete Vertrag sei im Handelsregister einzutragen, weil es sich bei ihm nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag, sondern um einen gesellschaftsrechtlichen Organisationsvertrag handle, der satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft – hier der Bet. zu 1) – ändere. So bedürften sämtliche über die Erledigung des reinen Tagesgeschäfts hinausgehenden Geschäftsführungsmaßnahmen der Zustimmung der stillen Gesellschafter. Letztere seien nicht nur

am Ergebnis, sondern auch am Vermögen und den stillen Reserven der Inhaberin beteiligt. Das Vermögen der Bet. zu 1) werde im Innenverhältnis wie gemeinschaftliches Vermögen behandelt. Durch das Gewinnbeteiligungsrecht der Bet. zu 3) und 4) werde in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter der Inhaberin maßgeblich eingegriffen. Das Weisungsrecht der Gesellschafterversammlung sei in diversen Punkten auf die stillen Gesellschafter übertragen. Wegen der weiteren Begründung wird auf den Beschwerdeschriftsatz Bezug genommen.

Das AG C. hat der Beschwerde mit Beschluss vom 12. 10. 2011 nicht abgeholfen.

#### **Aus den Gründen:**

B. Die Beschwerde der Bet. zu 1) bis 4) bleibt ohne Erfolg.

#### **Die Beschwerde ist statthaft**

I) Die Beschwerde ist statthaft (§ 58 Abs. 1 FamFG), nach §§ 63, 64 FamFG form- und fristgemäß eingelegt und gemäß § 65 FamFG begründet worden. Die Bet. zu 1) ist beschwerdebefugt i. S. d. § 59 Abs. 1 FamFG, da das Registergericht ihren Antrag vom 10. 8. 2011 zurückgewiesen hat. Die Beschwerdebefugnis der Bet. zu 3) und 4) folgt daraus, dass sie durch den angefochtenen Beschluss in ihren Rechten unmittelbar betroffen sind, denn die fehlende Eintragung des Vertrages im Handelsregister kann dessen Unwirksamkeit zur Folge haben und sie somit in ihren Rechten beeinträchtigen (KG, Beschluss vom 22. 5. 2007, 1 W 107/07, juris Rn. 6).

Auch der Bet. zu 2) ist beschwerdebefugt. Zwar ist er nicht selbst Partei des Vertrages über die atypische stille Gesellschaft und auch als Geschäftsführer der Bet. zu 1) steht ihm ein eigenes Beschwerderecht nicht zu. Seine Beschwerdebefugnis folgt aber aus seiner gesellschaftsrechtlichen Beteiligung an der Bet. zu 1). Denn als deren Mehrheitsgesellschafter kann er die Struktur der Bet. zu 1) maßgeblich bestimmen und verändern und ist deswegen durch die begehrte Eintragung des Unternehmensvertrages ebenfalls unmittelbar in seinen Rechten als Gesellschafter betroffen.

#### **Die Beschwerde ist allerdings unbegründet**

II) Die Beschwerde ist unbegründet.

#### **Zur Eintragungsfähigkeit von Tatsachen im Handelsregister**

1. In das Handelsregister eintragungsfähig sind nur die Tatsachen, deren Eintragung gesetzlich angeordnet oder zugelassen ist (BGH, Beschluss vom 14. 2. 2012, II ZB 15/11, juris Rn. 16; BayObLG, Beschluss vom 18. 2. 2003, 3Z BR 233/02, juris Rn. 10; OLG München, Beschluss vom 17. 3. 2011, 31 Wx 68/11, zitiert nach juris, Rn. 5 = DNotZ 2011, 949). Andere Tatsachen können nur eingetragen werden, wenn Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordern und damit ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht (BGH, Beschluss vom 14. 2. 2012, II ZB 15/11, juris Rn. 16 = DNotZ 2012, 788; BayObLG, Beschluss vom 18. 2. 2003, 3Z BR 233/02, juris Rn. 10). Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist aber mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurück-

haltung geboten (BGH, Beschluss vom 10. 11. 1997, II ZB 6/97, juris Rn. 4 = DNotZ 1998, 968). Derartige Eintragungen sind deshalb auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung zu beschränken (BGH, Beschluss vom 30. 1. 1992, II ZB 15/91, juris Rn. 16 = MittRhNotK 1992, 89). Es genügt nicht, dass die Eintragung für Dritte von wirtschaftlichem oder rechtlichem Interesse ist (OLG München, a.a.O., zitiert nach juris Rn. 3).

**Bei der GmbH ist ein Unternehmensvertrag nur dann eintragungsfähig, wenn er als Satzungsänderung einzustufen ist**

Hier ist die Bet. zu 1) GmbH. Für eine GmbH fehlen aber ausdrückliche gesetzliche Bestimmungen zur Eintragung von Unternehmensverträgen im Handelsregister (OLG München, Beschluss vom 17. 3. 2011, 31 Wx 68/11, juris Rn. 7). Der Rechtsbegriff des Unternehmensvertrages ist durch § 291 AktG eingeführt, der Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträge einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien definiert (Hüffer, Aktiengesetz, 10. Aufl. 2012, § 291 Rn. 1). § 292 AktG regelt andere Unternehmensverträge dieser Gesellschaften, z. B. unter § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG auch einen Teilgewinnabführungsvertrag. Für den mit einer GmbH als abhängiger Gesellschaft abgeschlossenen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag gilt, dass er zusammen mit dem Zustimmungsbeschluss entsprechend § 54 Abs. 1 S. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist (BGH, Beschluss vom 24. 10. 1988, II ZB 7/88, juris Rn. 34 = MittRhNotK 1988, 261), obwohl weder der Beherrschungs- noch der Gewinnabführungsvertrag formell eine Satzungsänderung darstellen (BGH, Urteil vom 11. 11. 1991, II ZR 287/90, juris Rn. 15 = DNotZ 1992, 721). Die Anmeldung hat gleichwohl deshalb zu erfolgen, weil ein solcher Unternehmensvertrag kein schuldrechtlicher, sondern ein gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag ist, der gleich der Satzung der GmbH deren rechtlichen Status verändert (OLG München, Beschluss vom 17. 3. 2011, 31 Wx 68/11, juris Rn. 7). In diesem Fall kommt der Eintragung des Unternehmensvertrages im Handelsregister konstitutive Wirkung zu (BGH, Beschluss vom 24. 10. 1988, II ZB 7/88, juris Rn. 32 = MittRhNotK 1988, 261; BayObLG, Beschluss vom 18. 2. 2003, 3Z BR 233/02, juris Rn. 10). Die Notwendigkeit der Eintragung eines solchen Unternehmensvertrages besteht aber nur bei rechtlich tiefgreifenden Einschnitten, wie der Vereinbarung zur Unterwerfung unter eine fremde Leitungsmacht, zur Gewinnabführung und zur Orientierung des Gesellschaftsverhaltens der beherrschten Gesellschaft am Konzerninteresse (BGH, Beschluss vom 24. 10. 1988, II ZB 7/88, juris Rn. 32 = MittRhNotK 1988, 261; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 17. 3. 2011, 31 Wx 68/11, juris Rn. 7; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 29. 10. 2013, 3 W 82/13, juris Rn. 17 f.).

Hingegen besteht auch unter Berücksichtigung der Publizitätsbedürfnisse bei der GmbH keine Rechtsgrundlage für die Eintragung eines nicht als Satzungsänderung einzustufenden Vertrages in das Handelsregister (vgl. BayObLG, Beschluss vom 18. 2. 2003, 3Z

BR 233/02, juris Rn. 10 zur Teilgewinnabführung im Rahmen einer Austauschbeziehung). Bei Beurteilung dieser Frage ist aus Gründen der Rechtssicherheit eher schematisch vom „Regelfall“ eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages auszugehen, in dem der gesamte Gewinn abgeführt oder die Gesellschaft unmittelbar den Weisungen der herrschenden Gesellschaft unterworfen wird (BayObLG, Beschluss vom 18. 2. 2003, 3Z BR 233/02, juris Rn. 19), so dass der Gesellschaftszweck, die Zuständigkeitskompetenz der Gesellschafter und ihr Gewinnrecht direkt beeinträchtigt werden, die Gesellschaft also von den stillen Gesellschaftern beherrscht wird.

**Nach diesen Grundsätzen ist der vorliegende Teilgewinnabführungsvertrag nicht eintragungsfähig**

2. Unter Berücksichtigung der vorgenannten Voraussetzungen bedarf der hier von den Bet. geschlossene Unternehmensvertrag zu seiner Wirksamkeit nicht der Eintragung in das Handelsregister, wobei die Qualifikation als Unternehmensvertrag angesichts der Kaufmanns- und Unternehmereigenschaft der Bet. zu 3) und 4) unterstellt werden kann. Es liegt kein Beherrschungs-, sondern lediglich ein Teilgewinnabführungsvertrag vor, der die Rechte der Bet. zu 1) und ihrer Gesellschafter, insbesondere des Bet. zu 2) als Mehrheitsgesellschafter der Geschäftsinhaberin nicht in der oben genannten massiven Weise beeinträchtigt und keine satzungsüberlagernde Wirkung hat.

**Keine Unterwerfung unter die Leitungsmacht**

a) Die Bet. zu 1) unterwirft sich nicht unter die Leitungsmacht der Bet. zu 3) und 4). Zwar wurden im hiesigen Unternehmensvertrag weitgehende Zustimmungserfordernisse zugunsten der Bet. zu 3) und 4) zu von der Bet. zu 1) im Rahmen ihres Handelsgeschäfts vorgenommenen Geschäften vereinbart, bei deren Widerspruch diese Geschäfte gemäß § 3.5 zu unterbleiben haben, so u. a. die Bestellung von Geschäftsführern, Prokuristen und Liquidatoren sowie die Erteilung von Generalvollmachten (§ 3.2 Nr. 3), die Aufnahme und Gewährung von Darlehen außerhalb des üblichen Geschäftsbetriebs (§ 3.2 Nr. 4), Investitionen über 10 000,- € im Einzelfall (§ 3.2 Nr. 6), die Änderung des Stammkapitals der Inhaberin (§ 3.2 Nr. 8), die Eingehung und Kündigung von Dauerschuldverhältnissen einschließlich Dienstverträgen, durch die die Gesellschaft jährlich mit mehr als 10 000,- € belastet wird (§ 3.2 Nr. 14) und die Auflösung der Inhaberin und vollständigen oder teilweisen Einstellung von deren Betrieb (§ 3.2 Nr. 17). Trotz dieser weitgehenden Zustimmungserfordernisse verbleibt es aber gemäß § 3.1 des Vertrages grundsätzlich bei der „alleinigen Geschäftsführung der Inhaberin“, also der Führung des Handelsgeschäfts durch die Inhaberin und deren Geschäftsführer und es bestehen keine unmittelbaren Eingriffsmöglichkeiten seitens der stillen Gesellschafter auf den Geschäftsbetrieb der Bet. zu 1). Ferner bleibt der Geschäftsgegenstand der Bet. zu 1) seit dem 16. 12. 2005 unverändert „die Verwaltung von Datenbanken nebst Werbung und Herausgabe von Publikationen“. Die Bet. zu 3) und 4) billigen diesen Gegenstand vollständig, richten also die Bet. zu 1) gerade nicht an ihren Interessen aus. Ihre Einflussnahme auf die GmbH ist

dabei so ausgestaltet, dass sie zwar viele Maßnahmen der Gesellschaft verhindern, aber nicht selbst die Geschäftsführung ausüben und die Gesellschaft ihrem Willen unterwerfen können. Zudem unterliegen die stillen Gesellschafter durch ihre Vermögensbeteiligung im Innenverhältnis zur Gesellschaft Treuepflichten, die sie daran hindern, Geschäftsführungsmaßnahmen der Bet. zu 1) völlig zu blockieren.

### **Keine Unterwerfung unter den Willen der Bet. zu 3) und zu 4) durch die Ausgestaltung der Gewinn-, Verlust- und Vermögensbeteiligung**

b) Durch die Ausgestaltung der Gewinn-, Verlust- und Vermögensbeteiligung unterwirft sich die Bet. zu 1) auch nicht dem Willen der Bet. zu 3) und 4). Zwar sind gemäß § 6.1 die stillen Gesellschafter am Ergebnis, dem Gewinn und Verlust, am Vermögen und an den stillen Reserven der Inhaberin beteiligt. Auch wird laut § 6.2 das Vermögen der Inhaberin im Innenverhältnis wie gemeinschaftliches Vermögen behandelt. Laut § 6.4.1 erhält jeder stille Gesellschafter darüber hinaus als Gewinnbeteiligung einen Vorab in Höhe von jeweils 15 000,- € je Geschäftsjahr. Reicht der Gewinn der Inhaberin nicht aus, erhöht sich der Vorab der stillen Gesellschafter im folgenden Geschäftsjahr entsprechend. Wenn nach Zuweisung des Vorabes weiterer Gewinn verbleibt, so stehen gemäß § 6.4.2 jedem stillen Gesellschafter davon 24,5 % zu. Das Gewinnrecht der Gesellschafter wird aber von einem Unternehmensvertrag mit Gewinnabführungsvereinbarung erst dann tangiert, wenn der gesamte Gewinn der GmbH an den Vertragspartner abzuführen ist (BayObLG, Beschluss vom 18. 2. 2003, 3Z BR 233/02, juris Rn. 19; LG Darmstadt, Urteil vom 24. 8. 2004, 8 O 96/04, ZIP 2005, 402, 404). Ein unzulässiger Eingriff in das Gewinnverwendungsrecht der Gesellschafter nach § 29 Abs. 1 GmbHG ist mit der hier vereinbarten Gewinnabführung nicht verbunden. So sind die Vorabteilungen in Höhe von 15 000,- € nur dann an die Bet. zu 3) und 4) abzuführen, wenn der Gewinn der Bet. zu 1) ausreicht (vgl. § 6.4.1). Die für weitere Gewinne vereinbarte Beteiligungsquote von 24,5 %, mithin 49 %, stellt in der Bilanz einen gewinnschmälernden Aufwand dar, nicht aber einen Gewinn über dessen Verwendung die Gesellschafter zu beschließen hätten (LG Darmstadt, Urteil vom 24. 8. 2004, 8 O 96/04, in ZIP 2005, 402, 404 m. w. N.).

Die hier im Rahmen der stillen Gesellschaft erfolgte Beteiligung der Bet. zu 3) und 4) mit je 650 000,- € am Vermögen berührt das Mitgliedschaftsrecht der Gesellschafter nicht im Kernbereich, zumal den stillen Gesellschaftern keine entsprechenden Stimmrechte in der Gesellschafterversammlung der Bet. zu 1) zustehen und die Beteiligung ohne Einfluss auf das Stammkapital bleibt. Vielmehr handelt es sich um eine rein schuldrechtliche Beteiligung, die sich nur im Rahmen der Bemessung eines möglichen Auseinandersetzungsguthabens bei Beendigung der stillen Gesellschaft auswirkt und praktisch auch die Gegenleistung für die Erbringung der Einlage durch die stillen Gesellschafter ist (LG Darmstadt, Urteil vom 24. 8. 2004, 8 O 96/04, in ZIP 2005, 402, 405). Zu berücksichtigen ist hier zudem, dass die Regelungen des Änderungsvertrages über die atypische stille Gesellschaft und hier besonders die Be-

stimmungen über die Vermögens- und Gewinnbeteiligung an die Stelle der bisherigen Darlehensvereinbarungen treten und die Gewinnregelungen praktisch die Funktion der zuvor vereinbarten Darlehenszinsen übernehmen. So bedeutet ein Vorab von 15 000,- € jährlich bei einem früheren Darlehensbetrag und nunmehrigen Vermögensanteil von 650 000,- € eine Verzinsung von ca. 2,3 %. Der weitere Gewinnanteil von zusammen 49 % stellt angesichts des Werts der Beteiligungen im Verhältnis zum Stammkapital allenfalls eine verhältnismäßig geringfügige Gewinnbeteiligung dar, zumal 51 % des erzielten weiteren Gewinns bei der Bet. zu 1) verbleiben.

Gemäß § 8.1 stehen den stillen Gesellschaftern die gesetzlichen Informations- und Kontrollrechte des § 233 HGB sowie die Rechte gemäß § 716 BGB, aber keine weitergehenden Rechte zu. Durch die Regelung des § 11.2 ist jedem stillen Gesellschafter ein Recht zur Kündigung binnen sechs Monaten zum Ablauf eines Geschäftsjahres eingeräumt, während ein Kündigungsrecht der Inhaberin zur ordentlichen Kündigung ausgeschlossen ist. Dies rechtfertigt aber auch keine Behandlung des Änderungsvertrages über die atypisch stille Gesellschaft in der Fassung vom 1. 10. 2010 als gesellschaftsrechtlichem Organisationsvertrag, der gleich der Satzung der GmbH deren rechtlichen Status verändern würde (vgl. OLG München, Beschluss vom 17. 3. 2011, 31 Wx 68/11, juris Rn. 7).

C. (. . .)

### **8. Kostenrecht – Zur Gebührenbefreiung nach Anmerkung Abs. 1 S. 2 zu Nr. 14110 KV GNotKG** (*OLG Köln*, Beschluss vom 19. 3. 2014 – 2 Wx 73/14, mitgeteilt von *Vors. Richter am OLG Werner Sternal*)

#### **GBO §§ 39; 40 GNotKG § 21 Abs. 1 S 1**

- 1. Die Gebührenbefreiung nach Anmerkung Abs. 1 S. 2 zu Nr. 14110 KV GNotKG gilt nur dann, wenn ein Miterbe ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft eingetragen wird. Wurde zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen, ist damit die gebührenbefreite Tätigkeit des Grundbuchamtes abgeschlossen und die danach folgende weitere Eintragung eines oder mehrerer einzelner Erben aufgrund Erbauseinandersetzung nicht mehr gebührenbefreit.**
- 2. Es stellt keine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG dar, wenn das Grundbuchamt im Falle des einverständlichen Ausscheidens von Miterben aus der Erbengemeinschaft im Wege der sogenannten Abschichtung die Eintragung der verbliebenen Erben als Eigentümer erst nach Voreintragung der Erbengemeinschaft vornimmt; dies gilt auch dann, wenn infolge der Abschichtung nur ein einziger Erbe verbleibt. Dabei kann offen bleiben, ob in derartigen Fällen in entsprechender Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO die Voreintragung der Erbengemeinschaft entbehrlich ist.**

**Zur Einordnung:**

Das OLG Köln befasst sich in seiner untenstehenden Entscheidung damit, ob die Gebührenbefreiung gemäß Anm. Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG auch dann gilt, wenn zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch als Eigentümer eingetragen wurde und anschließend der infolge Abschichtung verbleibende Erbe im Grundbuch eingetragen wird. Gemäß Anm. Abs. 1 S. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG wird die 1,0-Gebühr nicht für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers erhoben, wenn der Eintragungsantrag binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem GBA eingereicht wird. Dies entspricht der Regelung, die vor dem Inkrafttreten des GNotKG § 60 Abs. 4 KostO enthielt. Zu § 60 Abs. 4 KostO war allerdings umstritten, ob hierunter auch die Eintragung eines oder mehrerer Erben infolge einer Erbaueinandersetzung zu subsumieren war (dafür etwa OLG Köln NJW-RR 2003, 1726, 1727; dagegen etwa OLG Celle FGPrax 2012, 179). Als Reaktion hierauf hat der Gesetzgeber in Anm. Abs. 1 S. 2 zu Nr. 14110 KV GNotKG nun klargestellt, dass die Gebührenbefreiung auch dann gilt, wenn die Erben erst infolge Erbaueinandersetzung eingetragen werden. Hierdurch sollte die zeitnahe Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften gefördert werden, um deren Perpetuierung im Grundbuch möglichst zu vermeiden (siehe BT-Drucks. 17/11471, S. 206).

Dies ändert allerdings nichts daran, dass das OLG Köln im vorliegenden Fall die Gebührenbefreiung zu versagen hatte, da es hier zunächst zu einer Voreintragung der Erbengemeinschaft gekommen war und erst anschließend aufgrund Abschichtung der verbleibende Erbe im Grundbuch eingetragen wurde. Das OLG Köln stellt hierbei darauf ab, dass bereits nach altem Recht eine Gebührenbefreiung gemäß § 60 Abs. 4 KostO nur dann in Betracht kam, wenn keine Voreintragung der Erbengemeinschaft erfolgte, sondern die Umschreibung unmittelbar auf den verbleibenden Erben vorgenommen wurde (siehe hierzu die Nachweise in der untenstehenden Entscheidung). Wird zunächst die Erbengemeinschaft ins Grundbuch eingetragen, ist damit die gebührenbefreite Tätigkeit des GBA abgeschlossen. Das OLG Köln sieht auch keine Anhaltspunkte dafür, dass dies unter dem GNotKG anders sein soll (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 206). Mag dies auch dem vorerwähnten Zweck der Anm. Abs. 1 S. 2 zu Nr. 14110 KV GNotKG, die zeitnahe Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften zu fördern, nicht unbedingt dienlich sein, so folgt dieses Ergebnis dennoch schon aus dem eindeutigen Wortlaut der Norm (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Gutfried, GNotKG, 1. Aufl. 2014, GNotKG Nr. 14110 KV Rn. 25).

In dem vom OLG Köln entschiedenen Fall war des Weiteren fraglich, ob die Gebührenfreiheit nicht aus § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG (der Nachfolgenorm zu § 16 Abs. 1 S. 1 KostO) folgte, da das GBA auf einen entsprechenden Antrag des Bet. auf Voreintragung der Erbengemeinschaft hingewirkt hatte. So ist gemäß § 40 Abs. 1 GBO eine Ausnahme von dem Voreintragungsgrundsatz des § 39 Abs. 1 GBO gegeben,

wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder die Aufhebung des Rechts eingetragen werden soll. Hierzu ist allerdings anzumerken, dass sich § 40 Abs. 1 GBO nach herkömmlicher Auffassung (u. a. BayObLG NJW-RR 1995, 272) nicht auf Fälle wie den vorliegend entschiedenen bezieht, da sich hier die Rechtsänderung mittels Abschichtung und somit außerhalb des Grundbuchs vollzieht. Allerdings wird nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung (siehe jüngst OLG Nürnberg Rpfleger 2014, 12) für solche Fälle eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO für möglich gehalten. Diesen Streit ließ das OLG Köln allerdings unentschieden und stellte lediglich fest, dass das GBA sich auf eine in Rechtsprechung und Schrifttum verbreitete Auffassung gestützt und daher nicht gegen eine eindeutige gesetzliche Regelung verstoßen hat, so dass eine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG ausscheidet. Eine solche liegt nach der sog. Evidenzformel nämlich auch nach neuer Rechtslage nur dann vor, wenn dem Gericht ein offen zutage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen materiell- oder verfahrensrechtlicher Art oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist, nicht hingegen bei unrichtiger Beurteilung schwieriger, vom zuständigen OLG oder höchstrichterlich noch nicht abschließend entschiedener Rechtsfragen (Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar/Zschach/Wudy, 1. Aufl. 2013, § 21 Rn. 10).

*Die Schriftleitung (SB)*

**Zum Sachverhalt:**

I. Als Eigentümerin des vorbezeichneten Grundstückes war in Abt. I lfd. Nr. 2 des Grundbuchs die am 17. 12. 2012 verstorbene Mutter des Bet. zu 1), Frau F., eingetragen. Diese ist aufgrund notariellen Erbvertrages vom 5. 7. 1977 (. . .) zu je 1/2-Anteil von dem Bet. zu 1) und dessen Bruder, Herrn B., beerbt worden. Herr B. hat in einem notariell beglaubigten Abschichtungsvertrag vom 5. 9. 2013 (. . .) gegen Zahlung eines Abfindungsbetrages auf seinen Anteil am Nachlass verzichtet. Mit Schriftsatz vom 6. 9. 2013 beantragte der Bet. zu 1) unter Vorlage der vorbezeichneten Urkunden seine Eintragung als Alleineigentümer im Grundbuch. Der Rechtspfleger des GBA wies den Bet. zu 1) mit Zwischenverfügung vom 16. 9. 2013 darauf hin, dass seine Eintragung als Alleineigentümer erst nach vorheriger Eintragung der Erbengemeinschaft erfolgen könne. Es werde daher angeregt, den Antrag vom 6. 9. 2013 dahingehend abzuändern, dass zunächst die Eintragung der Erbengemeinschaft und sodann die Berichtigung durch Eintragung der Abschichtung in das Grundbuch beantragt wird. Zugleich wurde der Bet. darauf hingewiesen, dass für die Eintragung der Berichtigung Gerichtskosten entstünden.

Mit Schriftsatz vom 24. 9. 2013 erklärte der Bet. zu 1) sein Einverständnis mit der vorgeschlagenen Abänderung seines Antrages; zugleich bat er – unter Mitteilung mehrerer nach seiner Auffassung für ihn günstiger gerichtlicher Entscheidungen – um Überprüfung der Frage, ob durch die Eintragung Gerichtskosten entstehen.

Nachdem das GBA am 4. 12. 2013 zunächst die aus dem Bet. zu 1) und seinem Bruder bestehende Erbengemeinschaft sodann den Bet. zu 1) als Alleineigentümer im Grundbuch eingetragen hatte, setzte es mit Beschluss ebenfalls vom 4. 12.



2013, erlassen am 5. 12. 2013, den Geschäftswert „für die Eintragung der Anwachsung infolge der Abschichtung“ auf 100 000,- € fest. Gegen diesen Beschluss hat der Bet. zu 1) mit Schriftsatz vom 25. 12. 2013, beim AG K. am 28. 12. 2013 eingegangen, Beschwerde eingelegt. Die Geschäftswertfestsetzung sei ohne Grundlage erfolgt, weil die Eintragung der mit dem Abschichtungsvertrag bewirkten „Erbauseinandersetzung“ aus den in der vorangegangenen Korrespondenz dargelegten Gründen gebührenfrei sei.

Der Rechtspfleger des GBA hat der Beschwerde nach Anhörung des Bet. zu 2) nicht abgeholfen und diese dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

#### **Aus den Gründen:**

II. 1. Das vorliegende Rechtsmittel ist als Geschäftswertbeschwerde gemäß § 83 Abs. 1 S. 1 GNotKG statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegt. Der Senat entscheidet über die Beschwerde durch eines seiner Mitglieder als Einzelrichter (§§ 83 Abs. 1 S. 5, 81 Abs. 6 S. 1 GNotKG).

2. In der Sache selbst ist das Rechtsmittel unbegründet.

In diesem Zusammenhang ist zunächst festzuhalten, dass der Bet. den vom GBA zu Grunde gelegten Wert des betroffenen Grundstücks nicht in Frage stellt. Die Beschwerde wird vielmehr allein darauf gestützt, dass die Eintragungstätigkeit des GBA, für die mit dem angefochtenen Beschluss der Geschäftswert festgesetzt worden ist, von vornherein keine Gebühren ausgelöst hat. Das so verstandene Rechtsmittel hat – unbeschadet der Frage, ob dieser Einwand überhaupt im Rahmen der Beschwerde nach § 83 GNotKG oder allein im Rahmen einer Erinnerung gegen den Kostenansatz nach § 81 GNotKG von Bedeutung sein kann – im Ergebnis jedenfalls deshalb keinen Erfolg, weil die Eintragung des Bet. zu 1) als Alleineigentümer entgegen der von ihm vertretenen Auffassung gebührenpflichtig ist.

#### **Ein nach Anmerkung Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG gebührenbefreiter Sachverhalt liegt nicht vor**

a) Gemäß Nr. 14110 des Kostenverzeichnisses zum Gerichts- und Notarkostengesetz (KV GNotKG) wird für die Eintragung eines Eigentümers im Grundbuch eine volle Gebühr erhoben. Nach Anmerkung Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG wird die Gebühr allerdings nicht für die Eintragung von Erben des eingetragenen Eigentümers erhoben, wenn der Eintragungsantrag – wie hier – binnen zwei Jahren seit dem Erbfall bei dem GBA eingereicht wird. Die Gebührenbefreiung gilt auch dann, wenn die Erben erst infolge einer Erbauseinandersetzung eingetragen werden (Anmerkung Abs. 1 S. 2 zu Nr. 14110 KV GNotKG). Ein nach diesen Vorschriften gebührenbefreiter Sachverhalt liegt hier jedoch nicht vor.

#### **Zur Privilegierung nach Anmerkung Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG**

Mit dem ersten Satz 1 der Anmerkung Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG hat der Gesetzgeber die schon bisher in § 60 Abs. 4 KostO a. F. enthaltene Privilegierung für die Eintragung von Erben des eingetragenen

Eigentümers übernommen. Satz 2 der Anmerkung ist hingegen neu und soll die bisher umstrittene Frage klären, ob Erben, die infolge einer Erbauseinandersetzung im Grundbuch eingetragen werden, noch an der Gebührenvergünstigung teilnehmen (vgl. hierzu den Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Kostenrechts, BT-Drucks. 7/11471 [neu], S. 206). Die Frage, ob die Gebührenfreiheit nach § 60 Abs. 4 KostO a. F. auch die Fälle einer Erbauseinandersetzung umfasst oder auf die berichtigende Eintragung des Erben bzw. der Erbengemeinschaft als Gesamtrechtsnachfolger des verstorbenen früheren Eigentümers beschränkt ist, war nämlich vor Inkrafttreten des GNotKG in der Rechtsprechung der OLG stark umstritten. Zum Teil wurde hier die die Auffassung vertreten, dass nur die berichtigende Eintragung von Erben begünstigt ist (so zuletzt etwa OLG Celle FGPrax 2012, 179; Rohs/Wedewer/Waldner, Kostenordnung, Stand Dezember 2012, § 60 Rn. 16 c m. w. N.), während nach der Gegenauffassung die Gebührenbefreiung auch dann zum Tragen kommen sollte, wenn ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft sofort die Erben, die nach der Erbauseinandersetzung das jeweilige Grundstück erhalten, als dessen Eigentümer eingetragen wurden (so etwa Senat, NJW-RR 2003, 1726, 1727; OLG München NJW-RR 2006, 648; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann/Lappe, Kostenordnung, 18. Aufl. 2010, § 60 Rn. 60 ff. m. w. N.). Der Gesetzgeber hat sich für die letztgenannte Auffassung entschieden (BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 206).

#### **Wird zunächst die Erbengemeinschaft ins Grundbuch eingetragen ist damit die gebührenbefreite Tätigkeit des Grundbuchamtes abgeschlossen**

Vor diesem Hintergrund kann die Gebührenbefreiung in Anmerkung Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG im vorliegenden Fall nicht zum Tragen kommen. Denn schon zum alten Recht bestand Einigkeit darin, dass eine Anwendung der Vorgängervorschrift des § 60 Abs. 4 KostO nur dann in Betracht kam, wenn der jeweilige Miterbe ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft aufgrund der Auseinandersetzung als Eigentümer des ihm zugewiesenen Grundstücks eingetragen wurde. Wurde hingegen zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen, so ist die danach folgende weitere Eintragung eines oder mehrerer einzelner Erben nach entsprechender Erbauseinandersetzung keine Eintragung „von Erben des eingetragenen Eigentümers“ mehr; vielmehr ist mit der Voreintragung der Erbengemeinschaft die gebührenbefreite Tätigkeit des GBA abgeschlossen (Senat, NJW-RR 2003, 1726, 1727; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann/Lappe, a. a. O., § 60 Rn. 63; auch aus der Entscheidung des OLG München vom 2. 2. 2006 – 32 Wx 142/05 (= Rpfleger 2006, 288 f.) ergibt sich entgegen der Darstellung bei Hartmann, Kostengesetze, 43. Aufl. 2013, Nr. 14110 KV GNotKG Rn. 19, nichts anderes). Es besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Gesetzgeber, der erklärtermaßen die zuvor dargestellte Auffassung übernommen hat, insoweit eine abweichende Regelung treffen wollte. Dementsprechend verbleibt es auch nach neuem Recht dabei, dass die Gebührenbefreiung für die Eintragung des erwerbenden Miterben nicht mehr eingreift, wenn zuvor die Erbengemeinschaft eingetragen worden ist.

### **Auch eine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG liegt nicht vor**

b) Die Beschwerde kann schließlich auch nicht etwa deshalb Erfolg haben, weil das GBA die Entstehung der Gebühr pflichtwidrig selbst verursacht hat, indem es die Voreintragung der Erbengemeinschaft vorgenommen hat und zuvor auf einen entsprechenden Antrag des Bet. hingewirkt hatte. Zwar werden gemäß § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG Kosten, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären, nicht erhoben; ein solcher Fall kann insbesondere auch dann gegeben sein, wenn das GBA eine Voreintragung vornimmt, obwohl eine Ausnahme von der Voreintragungspflicht vorlag (Leipziger Kommentar zum GNotKG/Schulz, 1. Aufl. 2013, Nr. 14110 KV Rn. 6; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann/Lappe, a.a.O., § 60 Rn. 63). Eine unrichtige Sachbehandlung in diesem Sinne liegt aber hier – wie auch sonst – nur dann vor, wenn das Gericht gegen eine klare gesetzliche Regelung verstoßen hat, insbesondere einen schweren Verfahrensfehler begangen hat, der offen zutage tritt (BGH NJW-RR 2003, 1294; OLG Hamburg MDR 2013, 424 [zu den inhaltsgleichen Regelungen in § 8 GKG a.F. bzw. § 21 GKG]; Hartmann, Kostengesetze, 43. Aufl. 2013; § 21 GNotKG Rn. 4 m. w. N.). Ein derartiger Fall liegt indes nicht vor; die Tätigkeit des GBA beruht vielmehr auf einer jedenfalls vertretbaren Rechtsauffassung.

Gemäß § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch sie betroffen wird, als der Berechtigte eingetragen ist; dies gilt auch für eine berichtigende Eintragung nach § 22 GBO (Demharter, GBO, 29. Aufl. 2014, § 22 Rn. 48). Dieser Regelungslage entspricht die vom GBA vertretene Auffassung, dass vor der Eintragung des Bet. zu 1) als Alleineigentümer zunächst die Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen werden musste.

### **Der Streit über eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf Fälle der vorliegenden Art braucht hier nicht entschieden zu werden**

Von dem in § 39 Abs. 1 GBO geregelten Voreintragungsgrundsatz ordnet allerdings § 40 Abs. 1 GBO dann eine Ausnahme an, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder

Aufhebung eines Rechts eingetragen werden soll. Vollzieht sich die Rechtsänderung allerdings – z. B. durch Erbeilsübertragung gemäß § 2033 Abs. 1 BGB oder wie im vorliegenden Fall durch eine sogenannte Abschichtung (zu deren Zulässigkeit BGH NJW 1998, 1557f. = MittRhNotK 1998, 248) – außerhalb des Grundbuchs, liegt keine „Übertragung“ i. S. d. § 40 Abs. 1 GBO vor. Nach hergebrachter und verbreiteter Auffassung bedarf es deshalb auch dann der Voreintragung der Erbengemeinschaft, wenn nach erfolgter Erbeilsübertragung oder Abschichtung nur noch ein Erbe verbleibt (vgl. hierzu etwa BayObLG NJW-RR 1995, 272 = MittRhNotK 1994, 254; OLG Hamm OLGR 1999, 27; Demharter, Grundbuchordnung, 29. Aufl. 2014, § 40 Rn. 3; Meikel/Böttcher, Grundbuchordnung, 10. Aufl. 2009, § 40 Rn. 6; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 142 Bestelmeyer, Rpfleger 2008, 552, 563). Insoweit unterscheidet sich die vorliegende Konstellation auch von der in Anmerkung Abs. 1 zu Nr. 14110 KV GNotKG angesprochenen Erbauseinandersetzung.

Der Umstand, dass von einer im Vordringen befindlichen Auffassung eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf Fälle der vorliegenden Art befürwortet wird (so etwa OLG Nürnberg Rpfleger 2014, 12; LG Nürnberg-Fürth Rpfleger 2007, 657; stillschweigend vorausgesetzt auch von OLG Zweibrücken Rpfleger 2013, 57 = ZEV 2012, 416 und OLG München Rpfleger 2006, 288f.; ebenso Simon, Rpfleger 2007, 659 und Rpfleger 2014, 14; Bauer/v.Oefele, Grundbuchordnung, 3. Aufl. 2013, § 40 Rn. 9; Leipziger Kommentar zum GNotKG/Schulz, 1. Aufl. 2013, Nr. 14110 KV GNotKG Rn. 6), ändert dies – unabhängig von der Frage, welche Auffassung im Ergebnis Zustimmung verdient – nichts daran, dass das GBA auf der Grundlage einer in Rechtsprechung und rechtswissenschaftlichen Schrifttum verbreiteten Auffassung tätig geworden ist und deshalb nicht gegen eine eindeutige gesetzliche Regelung verstoßen hat. Es stellte deshalb keine unrichtige Sachbehandlung i. S. d. § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG dar, die Eintragung des Bet. zu 1) im Wege der Grundbuchberichtigung von einer Voreintragung der Erbengemeinschaft abhängig zu machen und auf einen entsprechenden Antrag hinzuwirken.

3. (. . .)

## **RNotZ – Forum**

### **Rechtsprechung in Leitsätzen**

#### **1. Liegenschaftsrecht – Anforderungen an eine notarielle Bescheinigung über durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht im Grundbuchverkehr**

(OLG Bremen, Beschluss vom 28. 3. 2014 – 3 W 46/13)

**BNotO § 21 Abs. 1 S. 1, Abs. 3  
GBO §§ 15; 29; 32 Abs. 1; 34**

1. Eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht kann beim GBA auch durch eine vom Notar ausgestellte Bescheinigung nachgewiesen werden (§ 34 GBO, § 21 Abs. 3 BNotO). Der Notar darf eine solche Bescheinigung aber nur ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat, ihm die die Vollmachtsurkunde, die Grundlage der Bescheinigung ist, also im Hinblick auf § 29 GBO in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form vorgelegen hat.

2. Diese Anforderungen sind nicht erfüllt, wenn der Notar lediglich bescheinigt, dass ihm in beglaubigter Fotokopie der Gesellschaftsvertrag vorgelegen habe aus dem sich ergebe, dass der Aufsichtsrat ermächtigt sei, eine entsprechende Vollmacht (hier: Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB) auszustellen.

(Fundstellen: *Beck-Online; DNotI-Online-Plus, NZG 2014, 580*)

## 2. Liegenschaftsrecht – Zur rechtlichen Einheit eines Bauvertrags mit einem Grundstückskaufvertrag

(*OLG Koblenz, Urteil vom 25. 3. 2014 – 3 U 1080/13, mitgeteilt von Richterin am OLG Koblenz Alexandra Haberkamp*)

### BGB §§ 125; 139; 311 b ZPO § 767

1. Berufet sich der Vollstreckungsschuldner darauf, dass ein nach dem äußeren Erscheinungsbild wirksamer Titel aus formellen Gründen unwirksam ist, ohne dass dies dem Titelinhalt zu entnehmen ist, ist die als Vollstreckungsabwehrklage bezeichnete Klage als Klage analog § 767 Abs. 1 ZPO auszulegen und zulässig.
2. Ein Bauvertrag bildet mit dem später abgeschlossenen Grundstückskaufvertrag eine rechtliche Einheit, wenn der Bauunternehmer den Abschluss des Kaufvertrags maßgeblich fördert, der Bauvertrag sich auf das später erworbene Grundstück bezieht und dies den Parteien des Bauvertrags und des Grundstückskaufvertrags bekannt ist. Er ist gemäß § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB beurkundungsbedürftig.

(Fundstellen: *Beck-Online*)

## 3. Liegenschaftsrecht – Zur Wirksamkeit eines vorgemerkten fristbedingten Rückkaufassungsvorbehalts

(*OLG München, Beschluss vom 31. 3. 2014 – 34 Wx 206/13, mitgeteilt von Richterin am OLG München Edith Painter*)

### BGB §§ 133; 883 GBO §§ 19; 22; 29 GBV § 10

1. Hat sich der Übergeber eines Grundstücks das übertragbare und vererbliche Recht auf Rückkaufassung einer Teilfläche vorbehalten und durch Vormerkung sichern lassen, andererseits die Löschung der Vormerkung für den Fall bewilligt, dass dem GBA nicht innerhalb eines Jahres nach dem Tod des Übergebers die Erklärung der Rückkaufassung in gesetzlich vorgeschriebener Form vorgelegt wird, so ist diese Bedingung nicht unwirksam. Das GBA kann selbst prüfen, ob innerhalb der Frist eine formgültige Rückkaufassung erklärt worden ist. Dies gilt auch dann, wenn zunächst strittig ist, ob die Rückkaufassung von einer berechtigten Person erklärt wurde.

2. Ändern die Parteien den vorgemerkten Anspruch dergestalt ab, dass die vorbehaltene Fläche „verschoben“ wird, jedoch eine Teilfläche von der ursprünglichen Vormerkung weiter umfasst ist, kann nicht nur die Reduzierung der Fläche, sondern gleichzeitig auch die bewilligte Extension in der Veränderungsspalte des Grundbuchs vermerkt werden. Der Rang der neu hinzugekommenen Fläche ergibt sich dann aus dem Vermerk in der Veränderungsspalte und der dort in Bezug genommenen Bewilligung.

(Fundstellen: *Beck-Online; DNotI-Online-Plus*)

## 4. Erbrecht – Zur eidesstattlichen Versicherung im Erbscheinsverfahren

(*OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 24. 3. 2014 – 3 Wx 17/14*)

### BGB § 2356 FamFG §§ 58; 68

1. Unter Geltung des FamFG ist eine Beschwerde gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts betreffend Versagung des beantragten Erlasses der nach § 2356 Abs. 2 BGB im Erbscheinsverfahren grundsätzlich erforderlichen eidesstattlichen Versicherung nicht statthaft.
2. Von der Eidesstattlichen Versicherung kann nach dieser Norm nur ausnahmsweise abgesehen werden, wenn etwa die Verhältnisse so klar und einfach liegen, dass sie die Erbrechtslage ohne Zweifel ergeben oder wenn der Sachverhalt bereits durch ein anderes Erbscheinsverfahren geklärt ist. Keinesfalls aber kann eine Kostenabwägung ausschlaggebend sein und ein geringer Nachlasswert den Erlass rechtfertigen.

(Fundstellen: *Beck-Online; DNotI-Online-Plus, Sammlung des Schleswig-Holsteinischen Landesrechts*)

## 5. Erbrecht – Zum Anspruch auf Erteilung von Sterbeurkunden eines Angehörigen zum Nachweis eines Erbrechts

(*OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. 7. 2013 – I-3 Wx 11/13*)

### BGB §§ 2354 ff. FamFG § 26 PStG §§ 61; 62

1. Ist das rechtliche Interesse eines Antragstellers an der Erteilung von Personenstandsunterlagen zum Zwecke der Feststellung von Personenstandsdaten von Angehörigen zu bejahen, weil diese zum Nachweis von bestehenden oder bevorstehenden Erbrechten benötigt werden (hier: Sterbeurkunde der Tante), so hat das Standesamt darüber hinaus mit Blick auf den zu gewährenden Schutz der Personen, auf die sich der Eintrag bezieht, eingehend zu prüfen, ob eine günstigere Möglichkeit zur Rechtsverfolgung eröffnet ist; ist dies der Fall, so hat das Standesamt den Antrag auf Benutzung abzulehnen.

2. Dem Nachlassgericht einen Erbscheinsantrag ohne die begehrte Sterbeurkunde vorzulegen und dieses zu veranlassen, seinerseits die Sterbeurkunde vom Standesbeamten zu verlangen, eröffnet keine günstigere Möglichkeit zur Rechtsverfolgung und rechtfertigt daher nicht die Ablehnung einer nachgesuchten Übersendung der Personenstandsurkunde an den Antragsteller.

(Fundstellen: Beck-Online; FGPrax 2014, 40; Justizportal Nordrhein-Westfalen)

**6. Erbrecht – Maßgebliches Erbstatut bei ausländischer Staatsangehörigkeit des Erblassers**  
(OLG Hamm, Urteil vom 6. 3. 2014 – 10 U 76/13)

**EGBGB Art. 25; 26**

1. Wenn ein Erblasser bei seinem Tod allein die schwedische Staatsangehörigkeit besaß, ist das schwedische Erbstatut maßgeblich. Das schwedische internationale Erbrecht bestimmt in Kap. 1 § 1 Abs. 1 IDL, dass für die Beerbung eines schwedischen Staatsangehörigen das schwedische Recht (allein) maßgebend ist, auch wenn der Erblasser keinen Wohnsitz im schwedischen Inland hatte, Rück- oder Weiterverweisungen kennt das schwedische Recht nicht.
2. Hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens kann aufgrund einer wirksam getroffenen Rechtswahl deutsches Erbrecht anwendbar sein. Insoweit kann eine Nachlassspaltung eintreten.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; Justizportal Nordrhein-Westfalen)

**7. Gesellschaftsrecht – Anforderungen an den Nachweis der Rechtsnachfolge bei Handelsregisteranmeldungen**  
(OLG Bremen, Beschluss vom 15. 4. 2014 – 2 W 22/14)

**HGB § 12 Abs. 1 S. 4**

1. Ist bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister die Rechtsnachfolge (Erbenstellung) nachzuweisen, so kann die Vorlage einer öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen mit Eröffnungsprotokoll genügen, wenn es keinen Anhaltspunkt dafür gibt, dass zur Feststellung der Erbfolge tatsächliche Ermittlungen erforderlich sind.
2. Eine Lücke im Nachweis der Erbenstellung lässt sich durch die Beibringung einer geeigneten eidesstattlichen Versicherung jedenfalls dann schließen, wenn zur Feststellung der Erbfolge keine tatsächlichen Ermittlungen erforderlich sind und nach den Umständen kein vernünftiger Zweifel verbleibt, dass das Nachlassgericht im Erbscheinverfahren zu dem gleichen Ergebnis käme wie das Registergericht.

(Fundstellen: Beck-Online; DNotl-Online-Plus; NZG 2014, 671)

**8. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Nichtigkeit eines Gesellschafterbeschlusses wegen eines Einberufungsmangels**  
(BGH, Urteil vom 11. 3. 2014 – II ZR 24/13)

**§ 709 BGB**

Verstöße gegen Form, Frist und Inhalt der Einberufung einer Gesellschafterversammlung können bei Personengesellschaften zur Nichtigkeit des Beschlusses führen, wenn der mit den gesellschaftsvertraglichen oder gesetzlichen Ladungsbestimmungen verfolgte Zweck, dem einzelnen Gesellschafter die Vorbereitung auf die Tagesordnungspunkte und die Teilnahme an der Versammlung zu ermöglichen, vereitelt wird. Der Einladungsmangel führt aber nicht zur Nichtigkeit des Beschlusses, wenn ausgeschlossen werden kann, dass sein Zustandekommen durch den Fehler beeinflusst ist.

(Fundstellen: Beck-Online; BGH-Homepage; DNotl-Online-Plus; NZG 2014, 621)

**9. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Löschung des Vornamens aus dem Handelsregister nach Geschlechtsumwandlung**  
(OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 17. 4. 2014 – 2 W 25/14)

**GG Art. 1 Abs. 1; 2 Abs. 1  
GmbHG § 39  
HdlRegVfg § 21; 47 Abs. 1**

Es ist nicht nach § 5 Abs. 1 TSG sowie im Hinblick auf das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG geboten, nachträglich einen abgeschlossenen Eintrag im Handelsregister zu verändern und jeden Hinweis auf die vor einer Geschlechtsangleichung geführten Vornamen einer Person aus dem Register zu beseitigen.

(Fundstellen: Beck-Online; Sammlung des Schleswig-Holsteinischen Landesrechts)

**10. Berufsrecht – Zum Nachweis der Vertretungsmacht des Notars im Grundbuchverfahren**  
(Kammergericht, Beschluss vom 6. 5. 2014 – 1 W 229/14, mitgeteilt von Richter am Kammergericht Ronny Müller)

**FamFG §§ 1; 11**

Zur Vertretung eines Bet. vor dem GBA genügt grundsätzlich die Versicherung des Notars, von dem Bet. hierzu bevollmächtigt worden zu sein.

(Fundstellen: Beck-Online; Justizportal Berlin-Brandenburg)