

NOTARASSESSOR MANUEL BUSCH, DÜSSELDORF

## Joint-Ventures in der notariellen Praxis

### Inhaltsübersicht

#### A. Einleitung, Gang der Darstellung

- I. Begriff des Joint-Venture
- II. Motive und Interessenlage der Beteiligten
- III. Gang der Darstellung

#### B. Die Struktur des Joint-Venture-Vertragswerks

- I. Vertragliche und gesellschaftsrechtliche Joint-Ventures
  1. Vertragliche Joint-Ventures
  2. Gesellschaftsrechtliche Joint-Ventures
  3. Schwerpunkt dieser Darstellung
- II. Rechtsform der Joint-Venture-Gesellschaft
  1. Kapitalgesellschaften
    - a) GmbH und AG
    - b) Societas Europaea
  2. Personengesellschaften
    - a) Kapitalgesellschaft & Co. KG
    - b) Sonstige Personengesellschaften
  3. Relevanz der unterschiedlichen Gesellschaftsformen, Schwerpunkt dieser Darstellung
- III. Rechtsnatur des Joint-Venture-Vertrages und Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft
  1. Rechtsnatur des Joint-Venture-Vertrag
  2. Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages der Joint-Venture-Gesellschaft
  3. Verhältnis zwischen Joint-Venture-Vertrag und Gesellschaftsvertrag
    - a) Zeitraum vor Gründung der Joint-Venture-Gesellschaft
    - b) Trennungsgrundsatz
    - c) Regelung des Verhältnisses zwischen Joint-Venture-Vertrag und Satzung
- IV. Verortung von Regelungskomplexen in Joint-Venture-Vertrag und Gesellschaftsvertrag
  1. Zwingende Vorgaben des maßgeblichen Rechts
  2. Publizität des Handelsregisters
  3. Bindung im Joint-Venture-Vertrag nur gegenüber dem Joint-Venture-Partner
  4. Beurkundungsbedürftigkeit
  5. Verdinglichung von Regelungen durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag
  6. Weitere Erwägungen
- V. Vertragsparteien

#### C. Ausgewählte Inhalte eines Joint-Venture-Vertragswerkes

- I. Vertragliche Regelungen in der Anbahnungsphase
- II. Beschreibung der Kooperation
  1. Gegenstand der Kooperation
  2. Rahmenbedingungen der Kooperation
- III. Vollzug des Joint-Venture-Vertrages („Closing“)
  1. Errichtung der Joint-Venture-Gesellschaft und weitere Vollzugshandlungen
  2. Vollzugsbedingungen
- IV. Regelungen zur Anwendbarkeit der §§ 705 ff. BGB
  1. „No partnership clause“
  2. Beschränkung auf eine Innengesellschaft
  3. Kündigung
  4. Auflösung der Gesellschaft bei Insolvenz, Erlöschen und Tod

- V. Kontrollausübung der Joint-Venture-Partner in der Joint-Venture-Gesellschaft
  1. Stimmbindungsvereinbarungen
  2. Informations- und Kontrollrechte, Aufsichtsorgan und Entsendungsrechte

- VI. Regelungen mit wettbewerbsrechtlichem Bezug
  1. Sicherstellung der Kartellrechtmäßigkeit
  2. Wettbewerbsverbot

- VII. Regelungen im Zusammenhang mit Änderungen im Gesellschafterkreis

1. Regelungen zur Verhinderung unerwünschter Änderungen des Gesellschafterkreises
  - a) Vinkulierung
    - aa) Grundsätzliches
    - bb) Grenzen von Vinkulierungsklauseln
    - cc) Ausgestaltung der Vinkulierungsklausel
    - dd) Vorbeugung gegen Umgehungsgestaltungen
    - ee) Verortung
  - b) Einziehungsklauseln
2. Regelungen für den Fall der Änderung des Gesellschafterkreises
  - a) Beitritt von Neugesellschaftern zum Joint-Venture-Vertrag
  - b) Ende der Bindung ausscheidender Gesellschafter an den Joint-Venture-Vertrag

- VIII. Umgang mit Blockaden („Deadlock“)

1. Definition des Deadlock
2. Mehrheitsentscheidung und Stichentscheid
3. Einschaltung einer weiteren Instanz
4. „Exit-Klauseln“

- IX. Beendigung des Joint-Venture

1. Laufzeit des Joint-Venture-Vertrages und Dauer der Joint-Venture-Gesellschaft
2. Kündigungsmöglichkeiten
3. An- und Verkaufsregelungen
  - a) Andienungspflichten und Vorkaufsrechte
  - b) Andienungs- und Ankaufsrechte („Put / Call-Option“)
  - c) Besondere Exit-Mechanismen („Russian Roulette“, „Texan Shoot Out“)
4. Umwandlungsoption

- X. Weitere Regelungen

1. Rechtswahl
2. Gerichtsstands- und Schiedsklausel

- XI. Durchführungsverträge

#### D. Weitere Fragestellungen aus notarieller Sicht

- I. Beurkundungsbedürftigkeit
  1. Beurkundungsbedürftige Vertragsinhalte
    - a) Bildung der Joint-Venture-Gesellschaft
    - b) Übertragung bestimmter Vermögensgegenstände
    - c) Maßnahmen nach dem UmwG
    - d) Änderungen des Gesellschaftsvertrages
  2. Reichweite der Formbedürftigkeit
    - a) Rechtsgeschäft im Ganzen
    - b) Änderungen an beurkundeten Verträgen
    - c) Erklärungen zum Auslösen von im Vertrag angelegten Geschäftsanteilsübertragungen
- II. Prüfungs- und Beratungspflicht

- III. Prüfung der Vertretung der Parteien
- IV. Gesetzliche Zustimmungserfordernisse
- V. Bestellung der Geschäftsführer der Joint-Venture-Gesellschaft
- VI. Pflichten im Rahmen der Geldwäscheprävention

- 1. Allgemeine Sorgfaltspflichten
- 2. Nur ausnahmsweise Beurkundungsverbot
- 3. Meldungen des Notars an die Financial Intelligence Unit
- 4. Mitteilung an das Transparenzregister

## A. Einleitung, Gang der Darstellung

Wachstum von Unternehmen durch Kooperation hat mit der zunehmenden – insbesondere auch internationalen – Vernetzung der Wirtschaft in den vergangenen Jahrzehnten massiv an Bedeutung gewonnen. Die wachsende Bedeutung ist auf eine Vielzahl von Einflüssen zurückzuführen: Die Globalisierung geht mit größeren Möglichkeiten internationaler Zusammenarbeit einher. Technologische Innovation ist mehr denn je ein treibender Faktor des Erfolgs vieler Unternehmen und lässt sich durch Zusammenarbeit oftmals besser erreichen als allein. Zudem bieten Kooperationen oftmals einen kosteneffektiveren Weg zur Expansion als klassische Expansion durch internes Wachstum und durch externes Wachstum in Form von Akquisitionen.<sup>1</sup> Ein prominentes Beispiel aus jüngerer Zeit für eine Unternehmenskooperation bilden Daimler und BMW, die in gleich fünf Bereichen zusammenarbeiten, um im umkämpften Mobilitätsmarkt bestehen zu können.<sup>2</sup>

Die als Joint-Venture ausgestaltete Kooperation geht dabei mit besonderen Herausforderungen einher, die das Geschäft komplexer als eine Akquisition gestalten können. Bei gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures<sup>3</sup> spielen einerseits viele derselben Themen eine Rolle wie bei einem Unternehmenskauf, etwa Bewertung von Vermögenswerten, Struktur des Zielunternehmens, Garantien und Gewährleistungen für übertragene Assets. Daraus, dass beim Joint-Venture nicht eine einzelne Partei allein die vollständige Kontrolle über die neue Wirtschaftseinheit hat, ergeben sich indes eine Reihe weiterer Themen, die nicht nur, aber auch bei der Gestaltung des Vertragswerkes und dessen Beurkundung durch den Notar<sup>4</sup> zu adressieren sind.<sup>5</sup> Dieser Aufsatz soll aufzeigen, welche Rolle diese Besonderheiten für die notarielle Begleitung bei der Begründung einer Joint-Venture-Beziehung zwischen mehreren Unternehmen spielen.

## I. Begriff des Joint-Venture

Der Begriff „Joint-Venture“ – aus dem Englischen „joint“ (gemeinsam) und „venture“ (Wagnis, riskante Unternehmung)<sup>6</sup> – bezeichnet im deutschen Recht, anders als in einigen ausländischen Rechtsordnungen – keine spezielle Organisationsform. Vielmehr wird unter dem Begriff eine Vielzahl möglicher Kooperationsformen zwischen mehre-

ren wirtschaftlichen Akteuren (im Folgenden „Joint-Venture-Partner“) auf der Basis vertraglicher Vereinbarungen zur Erreichung eines unternehmerischen Ziels zusammengefasst,<sup>7</sup> wobei die Joint-Venture-Partner sich regelmäßig die finanziellen Risiken ebenso wie die Führungsverantwortung teilen.

In Praxis und Literatur ist eine Differenzierung zwischen vertraglichen Joint-Ventures (auch „contractual joint ventures“, dazu unten B.I. 1.) und gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures (auch „equity joint ventures“, dazu unten B.I. 2.) gebräuchlich. Bei gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures beteiligen sich die Joint-Venture-Partner zum Zwecke ihrer Zusammenarbeit an einem eigenständigen gesellschaftsrechtlichen Vehikel in Form einer Kapital- oder Personengesellschaft (im Folgenden „Joint-Venture-Gesellschaft“), die nach außen auftritt.<sup>8</sup> Bei einem vertraglichen Joint-Venture existiert keine nach außen in Erscheinung tretende Joint-Venture-Gesellschaft, sondern lediglich schuldrechtliche Abreden, die die Rechtsverhältnisse zwischen den Joint-Venture-Partnern ausgestalten.

In der Literatur wird eine Kategorisierung anhand einer Vielzahl von weiteren Kriterien vorgenommen: Etwa in horizontale und vertikale Joint-Ventures, also solche auf derselben bzw. auf unterschiedlichen Produktionsstufen;<sup>9</sup> in Voll- und Teilfunktions-Joint-Ventures, also solche, die als selbständige wirtschaftliche Einheit am Markt auftreten und solche, die überwiegend Leistungen an die Joint-Venture-Partner, nicht aber an Dritte, erbringen;<sup>10</sup> in konzentrierte und kooperative Joint-Venture, also solche, die lediglich bestimmte Unternehmensbereiche zusammenführen, und solche, die zur Koordinierung des Wettbewerbsverhaltens der Joint-Venture-Partner dienen.<sup>11</sup> Diese Kategorisierungen spielen insbesondere für die kartellrechtliche Betrachtung eine Rolle, sind für die notarielle Praxis indes nur von begrenzter Bedeutung.<sup>12</sup> Dort spielen in erster Linie solche Joint-Venture-Vertragswerke eine Rolle, die beurkundungsbedürftig sind (dazu unten D. I.).

## II. Motive und Interessenlage der Beteiligten

Motivlagen, die zur Gründung eines Joint-Ventures führen, sind vielfältig. Die Kooperation im Rahmen eines

1 Hewitt, Hewitt on Joint-Ventures, 5th Edition 2011, S. 3 ff.  
 2 Vgl. <https://www.manager-magazin.de/unternehmen/autoindustrie/car2go-drivenow-fusion-so-planen-daimler-bmw-fuer-carsharing-joint-ventures-a-1254745.html> (zuletzt abgerufen am 12.2.2020).  
 3 Vgl. unten B. I.  
 4 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden auf die gleichzeitige Verwendung weiblicher und männlicher Sprachformen verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für beide Geschlechter.  
 5 Hewitt, Hewitt on Joint-Ventures, 5th Edition 2011, S. 10 ff.  
 6 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 1.

7 Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 1 Rn. 1.  
 8 Hohmuth ZIP 2016, 658; Walz/Thurn/Ziegenhain, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5, Anm. 1.  
 9 Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 2 Rn. 77.  
 10 Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 2 Rn. 78 ff.  
 11 Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 2 Rn. 82 ff.  
 12 Für den Notar können diese Kategorisierungen bei dem Umgang mit kartellrechtlichen Problemstellungen, insbesondere in Bezug auf die Rechtmäßigkeit von Wettbewerbsverboten, eine Rolle spielen (vgl. C. VI.).

Joint-Ventures ermöglicht den Beteiligten regelmäßig die Verwirklichung von Vorhaben, die jeder einzelne von ihnen aufgrund begrenzter wirtschaftlicher, technischer oder rechtlicher Möglichkeiten nicht allein verwirklichen könnte.<sup>13</sup> Die Ausweitung der wirtschaftlichen Möglichkeiten kann etwa über die gemeinsame Finanzierung kostspieliger Projekte, die gemeinsame Risikotragung sowie die Nutzung von Skaleneffekten erfolgen. Oft geht es auch um die Bündelung von Ressourcen, für deren Bereitstellung der jeweilige Joint-Venture-Partner besonders geeignet ist, etwa exklusives Know-How, Geschäftsführungskompetenz oder Produkte aus dem eigenen Produktportfolio. Im internationalen Kontext schließlich ist häufig die Erschließung neuer Märkte das Motiv. Der Zugang zu sich entwickelnden Märkten gestaltet sich oftmals leichter, wenn ein lokaler Joint-Venture-Partner seine Kontakte zu Kunden, Lieferanten und Behörden und seine Expertise im Umgang mit örtlichen Gegebenheiten einbringt; teils ist ausländischen Investoren der Zugang zu solchen Märkten überhaupt nur mit einem inländischen Partner rechtlich möglich.<sup>14</sup> Schließlich ist eine oftmals willkommene Folge der Kooperation, dass im Geschäftsbereich des Joint-Ventures der Joint-Venture-Partner als Wettbewerber entfällt.<sup>15</sup> Regelmäßig ist es ein Bündel mehrerer der genannten Motive, das die Beteiligten antreibt.

Charakteristisch für Joint-Venture-Konstellationen ist, dass die Joint-Venture-Partner oftmals zwar das mit dem Joint-Venture verfolgte Ziel gemeinsam erreichen möchten, jedoch außerhalb davon unter Umständen sogar als Wettbewerber agieren, jedenfalls aber eigene, teils gegenläufige Ziele verfolgen. Daher besteht häufig ein Bedürfnis der Joint-Venture-Partner, ein hohes Maß an Einfluss auf die Geschäftstätigkeit des Joint-Ventures zu haben, etwa durch das Erfordernis einvernehmlicher Entscheidungen. Das dadurch immanente Risiko von Entscheidungsblockaden muss der Joint-Venture-Vertrag adressieren, etwa durch Schlichtungs-, Schieds- oder sonstigen Entscheidungsmechanismen und die Regelung eines Ausstiegsmechanismus.

### III. Gang der Darstellung

Dieser Aufsatz gibt einen Überblick über typische Sachverhalte und Gestaltungen, mit denen der Notar im Zusammenhang mit Joint-Ventures konfrontiert wird.

Zunächst wird die Struktur von Joint-Venture-Vertragswerken unter Berücksichtigung der Rechtsformwahl der Joint-Venture-Gesellschaft sowie der Rechtsnatur der wesentlichen Verträge im Überblick dargestellt (B.). Zudem werden typische Regelungsinhalte dargestellt (C.).

Wegen ihrer Bedeutung für die notarielle Praxis liegt der Schwerpunkt der Darstellung auf gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures (vgl. B. I. 2.), insbesondere solchen, bei denen die Joint-Venture-Gesellschaft die Rechtsform der GmbH hat (vgl. B. II.).

Nicht Gegenstand dieses Aufsatzes ist eine vertiefte Auseinandersetzung mit Rechtsfragen, die sich im Zusammenhang mit Joint-Ventures in den Bereichen Arbeits- und Wettbewerbsrecht und Compliance stellen. Gleiches gilt für betriebswirtschaftliche, steuerliche und praktische Fragen. Insofern wird auf die umfassenden Darstellungen in der einschlägigen Literatur verwiesen.<sup>16</sup>

## B. Die Struktur des Joint-Venture-Vertragswerks

Zunächst wird die Unterscheidung zwischen vertraglichen und gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures überblicksartig umrissen (I.). Im Anschluss wird auf die Kriterien für die Wahl der Rechtsform der Joint-Venture-Gesellschaft im gesellschaftsrechtlichen Joint-Venture (II.), die Rechtsnatur und das Verhältnis der dabei typischerweise bestehenden Verträge (III.), die daraus folgende Verortung von Regelungsinhalten (IV.) und die beteiligten Parteien (V.) eingegangen.

### I. Vertragliche und gesellschaftsrechtliche Joint-Ventures

Gemeinhin kann zwischen vertraglichen Joint-Ventures (1.) und gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures (2.) unterschieden werden, wobei der Notar wegen der dort anzuwendenden Formvorschriften in erster Linie bei letzteren involviert sein wird.

#### 1. Vertragliche Joint-Ventures

Die Vertragsdokumentation eines rein vertraglichen Joint-Ventures (auch „*Unincorporated Joint-Venture*“, „*Contractual Joint-Venture*“) regelt die schuldrechtlichen Verpflichtungen der Joint-Venture-Partner in der Zusammenarbeit. Hierbei besteht weitgehende Freiheit in der Ausgestaltung. Typische Inhalte sind der Zweck der Zusammenarbeit, Haupt- und Nebenpflichten der Joint-Venture-Partner, die Verteilung von Kosten und Gewinnen, die Koordination der gemeinsamen Aktivitäten, die Lösung von Konflikten, Vertraulichkeit, Haftung sowie Regelungen zur Beendigung der Zusammenarbeit.<sup>17</sup> Keine dieser Regelungen bedarf grundsätzlich der Beurkundung. Abhängig von der konkreten Ausgestaltung kann die Vereinbarung

13 Fett/Spiering/*Fett/Spiering*, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 1 Rn. 4.

14 Prinz/Kahle/*Stengel*, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 5. Prominentes Beispiel ist China, wo in bestimmten Branchen ausländischen Akteuren wirtschaftliche Betätigungen auch heute noch nur im Rahmen eines Joint-Ventures erlaubt sind. Da bei einem deutschen Notar beurkundete Joint-Venture-Vertragswerke in der Regel solche sein werden, die deutschem Recht folgen und die Gründung einer deutschen Joint-Venture-Gesellschaft beinhalten, ist bei zu diesem Zweck gegründeten Joint-Ventures vorab durch mit dem lokalen Recht vertraute Berater zu prüfen, ob ein solches Joint-Venture die lokalen rechtlichen Anforderungen erfüllen kann.

15 Zu den wettbewerbsrechtlichen Implikationen für die notarielle Praxis vgl. unten C. VI.

16 Für eine umfassende Betrachtung des Themas vgl. u. a. Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015; *Hewitt*, *Hewitt on Joint-Ventures*, 5th Edition 2011; Schulte/Pohl, *Joint-Venture-Gesellschaften*, 4. Aufl. 2015; Schulte/Schwindt/Kuhn, *Joint-Ventures – Nationale und Internationale Gemeinschaftsunternehmen*, 2009; Wolf, *The Complete Guide to International Joint-Ventures with Sample Clauses and Contracts*, 3rd Edition 2011; Hauschild/Kallrath/Wachter/*Gores*, *NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, 2. Aufl. 2017, § 20 insbesondere Rn. 121 ff.; BeckHB *Personengesellschaften/Stengel*, 5. Aufl. 2020, § 22; Gummert/*Weipert/Wirbel*, *MünchHB des Gesellschaftsrechts*, I, 5. Aufl. 2019, § 28; vgl. auch die mit teils umfangreichen Erläuterungen versehenen Vertragsformulare, auf die in Fn. 128 verwiesen wird.

17 *Walz/Thurn/Ziegenhain*, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5. Anm. 1.

im Einzelfall dennoch beurkundungsbedürftig sein, etwa wenn ein Joint-Venture-Partner sich zur Übertragung eines Grundstückes verpflichtet.

Eine rein schuldrechtliche Ausgestaltung ohne Schaffung einer nach außen auftretenden Joint-Venture-Gesellschaft wird typischerweise für eine rein strategische Zusammenarbeit sowie für die Abwicklung von konkreten Projekten mit einer begrenzten Dauer gewählt, bspw. die gemeinsame Abgabe eines Angebots durch eine Bietergemeinschaft, die gemeinsame Forschung in einer Forschungsgemeinschaft oder die gemeinsame Ausführung eines Auftrags – etwa im Anlagenbau – durch eine Arbeitsgemeinschaft.<sup>18</sup>

Im Gegensatz zum gesellschaftsrechtlichen Joint-Venture wird beim vertraglichen Joint-Venture gerade kein selbstständig am Markt agierendes Gemeinschaftsunternehmen gegründet. Durch die schuldrechtliche Vereinbarung wird unter Umständen eine GbR geschaffen, die jedoch regelmäßig nur als Innengesellschaft wirken soll.<sup>19</sup> Gestalten die Parteien ihre Kooperation solcherart aus, besteht allerdings die Möglichkeit, dass sie ggf. auch ungewollt, insbesondere durch ein gemeinsames Auftreten gegenüber Dritten, eine Personengesellschaft als Außengesellschaft (Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder OHG) etablieren.<sup>20</sup> Dies kann als unerwünschte Konsequenz eine gemeinsame und – da auf eine die Haftung beschränkende Gesellschaftsform gerade verzichtet wurde – persönliche Haftung der Joint-Venture-Partner mit sich bringen. Solche rein schuldrechtlichen Kooperationsvorhaben werden dem Notar in den meisten Fällen gar nicht zur Kenntnis gelangen, da der Verzicht auf die Gründung eines Gemeinschaftsunternehmens nach der Vorstellung der Parteien gerade die Befassung von Notar und Handelsregister entbehrlich machen soll. Erlangt der Notar indes im Rahmen seiner Beratungstätigkeit von einer solchen Kooperation doch Kenntnis und ergibt sich dabei, dass ein gemeinsamer Auftritt gegenüber Dritten beabsichtigt ist, sind den Parteien die Gestaltungsmöglichkeiten zur Vermeidung der genannten Probleme, insbesondere durch eine gesellschaftsrechtliche Ausgestaltung des Joint-Ventures, aufzuzeigen.

## 2. Gesellschaftsrechtliche Joint-Ventures

Wesensmerkmal des gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures (auch „*Incorporated Joint-Venture*“, „*Equity Joint-Venture*“) ist demgegenüber gerade die gezielte Nutzung

einer zu diesem Zweck ausgestalteten Gesellschaft (im Folgenden „Joint-Venture-Gesellschaft“, in der Literatur auch „Gemeinschaftsunternehmen“,<sup>21</sup> „Trägergesellschaft“<sup>22</sup> oder „Projektgesellschaft“<sup>23</sup>), an der die Joint-Venture-Partner beteiligt sind, für das Auftreten gegenüber Dritten. Satzung bzw. Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft sind stets wesentlicher Bestandteil der Vertragsdokumentation des gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures.

Darüber hinaus existiert beim gesellschaftsrechtlichen Joint-Venture regelmäßig zusätzlich ein Joint-Venture-Vertrag (auch als „Konsortialvertrag“, „Gesellschaftervereinbarung“, „Beteiligungsvereinbarung“, „Grund(lagen)vereinbarung“ oder „Kooperationsvereinbarung“ bezeichnet<sup>24</sup>), der die Beziehungen zwischen den Joint-Venture-Partnern auf schuldrechtlicher Ebene regelt. Dieser dient gleichsam als „Drehbuch“ des Gesamtvorhabens:<sup>25</sup> Er kann sowohl Regelungen zur Errichtung der Joint-Venture-Gesellschaft – durch Gründung einer neuen Gesellschaft oder auf andere Weise – als auch Verpflichtungen der Joint-Venture-Partner für die Zeit nach der Errichtung der Joint-Venture-Gesellschaft enthalten, um das Verhalten der Partner zu koordinieren.<sup>26</sup> Der Joint-Venture-Vertrag wird regelmäßig als Gesellschaftervereinbarung in der Form eines Gesellschaftsvertrags einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts klassifiziert, weswegen auch von einer „Doppelgesellschaft“<sup>27</sup> und der „Doppelstöckigkeit“ des gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures<sup>28</sup> gesprochen wird. Da für den Auftritt nach außen gerade die Joint-Venture-Gesellschaft vorgesehen ist, handelt es sich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts üblicherweise um eine nicht rechtsfähige Innengesellschaft, die nicht nach außen auftritt.<sup>29</sup> Ein solcher separater Joint-Venture-Vertrag ist indes nicht zwingend. Insbesondere kann es im Einzelfall möglich sein, auf den Joint-Venture-Vertrag zu verzichten, wenn sämtliche relevanten Regelungen in den Gesell-

18 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 2; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 124; für Einzelheiten zu diesen Ausgestaltungen vgl. Fett/Spierung/Billing, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 8.

19 Die Schaffung einer Innen-GbR dürfte der Regelfall sein, vgl. Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 2; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 124, was den Parteien indes nicht in jedem Fall bewusst sein mag, vgl. Walz/Thurn/Ziegenhain, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5. Anm. 1; angesichts der Vielzahl möglicher Vertragsgestaltungen ist es indes kaum möglich, diesbezüglich allgemeingültige Aussagen zu treffen.

20 Walz/Thurn/Ziegenhain, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5. Anm. 1; Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 418; Schulte/Schwindt/Kuhn/Schulte, Joint-Ventures – Nationale und internationale Gemeinschaftsunternehmen, 2009, § 1 Rn. 1, 5 ff.

21 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, Rn. 124.

22 Ebenroth JZ 1987, 265.

23 Göthel/Göthel, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 4.

24 Hoffmann-Becking/Gebele/Wentrup, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, Formular IX.28, Rn. 1; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 121; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 110. Im anglo-amerikanischen Rechtskreis wird der Joint-Venture-Vertrag meist als *joint venture agreement*, *basic agreement* oder *shareholder agreement* bezeichnet, im französischen Rechtskreis als *accord de base*, *convention entre actionnaires* oder *protocole d'accord*, vgl. Göthel/Göthel, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 10.

25 Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 111, Kap. 7 Rn. 226.

26 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 121.

27 So etwa Ebenroth JZ 1987, 265; MünchHB des Gesellschaftsrechts/Wirbel, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 2; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 124; Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 417; Prinz/Kahle/Stengel, BeckHandbuch Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 6; 126; Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 113, Kap. 7 Rn. 170.

28 So etwa Walz/Thurn/Ziegenhain, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5. Anm. 1.

29 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 126; für weitere Ausführungen zur Rechtsnatur des Joint-Venture-Vertrages vgl. unten B. III.1.

schaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft integriert werden.<sup>30</sup>

Schließlich sind regelmäßig auch Leistungsverträge zwischen der Joint-Venture-Gesellschaft und den Joint-Venture-Partnern (auch „Durchführungsverträge“) Bestandteil der Vertragsdokumentation. Sie haben bspw. die Lieferung von Waren, die Erbringung von Dienstleistungen, die Gewährung von Lizenzen und die Zurverfügungstellung von Finanzmitteln zum Inhalt (vgl. C. XI.).<sup>31</sup>

### 3. Schwerpunkt dieser Darstellung

Das Vertragswerk des gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures unterliegt in vielen Fällen – insbesondere bei einer Kapitalgesellschaft als Joint-Venture-Gesellschaft (zur Rechtsformwahl vgl. B. II.) – ganz oder teilweise der Beurkundungspflicht (ausführlich unten D. I.). Da der dem rein vertraglichen Joint-Venture zu Grunde liegende Vertrag hingegen regelmäßig nicht beurkundungsbedürftig ist, kommt der Notar mit diesem typischerweise nicht in Berührung. Vor diesem Hintergrund konzentriert sich diese Darstellung auf gesellschaftsrechtliche Joint-Ventures.

## II. Rechtsform der Joint-Venture-Gesellschaft

Bei der Wahl der Rechtsform der Joint-Venture-Gesellschaft spielen im Grundsatz dieselben Faktoren eine Rolle wie bei der „gewöhnlichen“ Unternehmensgründung:<sup>32</sup> Eine Haftungsbeschränkung spielt regelmäßig eine zentrale Rolle. Darüber hinaus muss die gewählte Rechtsform die notwendige Flexibilität bieten, um die aufgrund der für das Joint-Venture spezifischen Interessenlage<sup>33</sup> erforderlichen Regelungen – etwa zur Einflussnahme der Joint-Venture-Partner auf die Gesellschaft und zur Reglementierung der Veräußerung der Beteiligung – zu treffen, ohne dass zwingendes Gesellschaftsrecht entgegensteht. Das anwendbare Gesellschaftsrecht soll so wenig zusätzliche Komplexität verursachen wie möglich. Ebenfalls eine Rolle spielen können allgemeine Erwägungen wie Bilanzierungs- und Publizitätserfordernisse, etwaige Mitbestimmungsrechte der Arbeitnehmer und die Auswirkungen der Rechtsform auf die Finanzierung, auch – in der Regel jedoch nicht zu Beginn der Geschäftstätigkeit des Joint-Ventures – über den Kapitalmarkt.

In steuerlicher Hinsicht soll die Belastung gering gehalten werden und eine steuerneutrale Ausgliederung bestehender Aktivitäten ermöglicht werden. Ebenfalls eine Rolle

spielen kann die Möglichkeit einer steuerlichen Abzugsfähigkeit von Verlusten insbesondere in der Anlaufphase. Aufgrund der eingeschränkten steuerrechtlichen Belehrungs- und Beratungspflicht des Notars<sup>34</sup> und da der Notar regelmäßig keinen vollständigen Einblick in die Geschäftszahlen hat, wird hier auf steuerliche Gestaltungsmöglichkeiten im Folgenden nur cursorisch eingegangen. Regelmäßig werden steuerliche Berater der Beteiligten in die Erstellung der Entwürfe involviert sein. Bei möglicherweise steuerlich relevante Änderungen von Entwürfen, die von einem steuerlichen Berater stammen, sollte den Beteiligten empfohlen werden, diese erneut mit dem Steuerberater abzustimmen, andernfalls sich eine Haftung des Notars ergeben kann.<sup>35</sup>

### 1. Kapitalgesellschaften

Unter den Kapitalgesellschaften kommen für die Joint-Venture-Gesellschaft in erster Linie GmbH und AG in Frage, wobei die GmbH meist den Vorzug erhält (a)). In Einzelfällen kann zudem die SE eine Option darstellen (b)).

Steuerlich haben die Kapitalgesellschaften eine Abschirmwirkung, so dass die Erträge bis zur Ausschüttung an die Gesellschafter ausschließlich auf der Ebene der Joint-Venture-Gesellschaft zu versteuern sind und eine etwaige höhere Ertragsteuer auf Ebene der Joint-Venture-Partner vermieden wird.

#### a) GmbH und AG

Unter den Kapitalgesellschaften wird in der Regel die GmbH als Rechtsform für die Joint-Venture-Gesellschaft gewählt.<sup>36</sup> Wie die AG ermöglicht sie den Gesellschaftern, ihre Haftung zu beschränken. Für die GmbH sprechen im Vergleich zur Rechtsform der AG jedoch die größere Satzungsautonomie (§ 45 Abs. 1 GmbHG gegenüber § 23 Abs. 5 AktG) sowie die Möglichkeit der Erteilung von Weisungen gegenüber der Geschäftsführung (§ 37 Abs. 1 GmbHG), die bei der AG nicht existiert (§ 76 Abs. 1 AktG).<sup>37</sup> Ebenfalls gegen die AG spricht die höhere Komplexität infolge der geltenden aktienrechtlichen Regelungen und der daraus folgende höhere rechtliche Beratungsaufwand, etwa aufgrund der strikteren Formerfordernisse insbesondere bei der Hauptversammlung und des Zwangs zur Unterhaltung eines dualistischen Leitungssystems aus Vorstand und Aufsichtsrat.<sup>38</sup> Die aus letzterem resultierende Reduzierung der Einflussmöglichkeiten auf die Führung der Gesellschaft ist in der Joint-Venture-Konstellation regelmäßig unerwünscht.<sup>39</sup>

Die AG ist für den Zugang zum Kapitalmarkt und daher für einen austauschbaren Gesellschafterkreis konzipiert,

30 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 417; Schaumburg/Stephan, Internationale Joint-Ventures, 1999, S. 107; Walz/Thurn/Ziegenhain, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5. Anm. 1; Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 5. Zu Vor- und Nachteilen der jeweiligen Verortung von Regelungskomplexen und der resultierenden etwaigen Notwendigkeit einer „doppelstöckigen“ Gestaltung vgl. unten B. IV.

31 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 141; Walz/Thurn/Ziegenhain, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5. Anm. 1.

32 Zu den bei der Rechtsformwahl zu berücksichtigenden Kriterien vgl. Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 4; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 158 ff.; Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 66 ff.

33 Vgl. oben A. II.

34 Statt vieler BGH NJW 2008, 1085; Wagner DStR 1995, 807; Winkler, Beurkundungsgesetz, 18. Aufl. 2017, § 17 Rn. 264 mwN. Aus etwaigen einzelnen steuerlichen Hinweisen des Notars folgt dabei nicht die Verpflichtung, die steuerlichen Annahmen der Beteiligten insgesamt auf ihre Richtigkeit zu überprüfen, OLG München MittBayNot 2007, 423.

35 BGH DNotZ 2003, 845.

36 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 194; Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 67; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 127.

37 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 127.

38 Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, S. 19 Rn. 73.

39 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 200.

was der Interessenlage im Joint-Venture zwischen sorgfältig ausgewählten Partnern diametral entgegensteht. Der durch die Aktiengesellschaft eröffnete Zugang zum Kapitalmarkt spielt in vielen Fällen keine Rolle. Soll zu einem späteren Zeitpunkt im Lebenszyklus des Joint-Ventures ein Börsengang erfolgen, kann dies regelmäßig im Wege einer Umwandlung in eine AG oder KGaA vorbereitet werden;<sup>40</sup> eine solche kann auch bereits im anfänglichen Vertragswerk angelegt sein.<sup>41</sup> Nicht verschwiegen werden soll allerdings, dass – insbesondere von mit dem deutschen Recht nicht vertrauten ausländischen Joint-Venture-Partnern – die Reichweite der Formvorschriften des § 15 GmbHG teils als Nachteil empfunden wird.<sup>42</sup>

## b) Societas Europaea

Die SE wird, soweit für sie keine Spezialregelungen gelten, wie eine Aktiengesellschaft ihres Sitzstaates behandelt (Art. 10 SE-VO); die Ausführungen zu den Vor- und Nachteilen der AG gelten insofern entsprechend. Das Gründungsverfahren ist vergleichsweise kompliziert und erfordert stets einen grenzüberschreitenden Bezug (Art. 2 SE-VO). Vorteile ergeben sich, wenn eine künftige Verlegung des Satzungssitzes innerhalb der EU oder grenzüberschreitende Umstrukturierungen avisiert werden.<sup>43</sup> Anders als die AG mit ihrem dualistischen Leitungssystem aus Vorstand und Aufsichtsrat, welches für eine Joint-Venture-Gesellschaft wegen geringer Eingriffsmöglichkeiten weniger geeignet ist, bietet die SE auch die Option eines monistischen Leitungssystems, dessen einheitlicher Verwaltungsrat eher der Geschäftsführung der GmbH ähnelt; hier bieten sich etwa Gestaltungsmöglichkeiten bei der Weisungsabhängigkeit der geschäftsführenden Direktoren.<sup>44</sup> Die Mitbestimmung ist flexibler geregelt.<sup>45</sup> Die SE mag zudem aufgrund des europäischen Auftritts einen Imagegewinn bieten.<sup>46</sup> Während sich die laufende Betreuung durch den Notar aus Klientensicht nicht wesentlich von der Praxis bei der Aktiengesellschaft unterscheidet,<sup>47</sup> geht wegen der geringen Verbreitung und der Verflechtung von nationalem und europäischem Recht mit der SE indes ein deutlich erhöhter *Compliance*- und rechtlicher Beratungsaufwand einher.<sup>48</sup> Insgesamt ist die SE als Joint-Venture-Gesellschaft daher weiterhin vergleichsweise wenig verbreitet.<sup>49</sup>

## 2. Personengesellschaften

Auch eine Ausgestaltung der Joint-Venture-Gesellschaft als Personengesellschaft ist denkbar. Sie kann sich insbesondere aus steuerlichen Gründen anbieten, da die Per-

sonengesellschaften nicht der Körperschaftsteuer unterliegen, so dass die Besteuerung der Erträge insofern<sup>50</sup> auf der Ebene der Gesellschafter erfolgt (§ 1 Abs. 1 KStG).<sup>51</sup> Insbesondere zu Beginn der Tätigkeit des Joint-Ventures kann es vorteilhaft sein, wenn Verluste den Joint-Venture-Partnern zugerechnet werden können.<sup>52</sup> Weitere Vorteile sind eine flexiblere Ausgestaltung der Binnenstrukturen, als dies bei Kapitalgesellschaften möglich ist, und die Nicht-öffentlichkeit des Gesellschaftsvertrages, da dieser nicht zum Handelsregister eingereicht werden muss. Nachteilhaft ist in erster Linie die unbeschränkte persönliche Haftung, welche aber in der Rechtsform der KG praktisch vermieden werden kann. Zudem sind die Folgen einer etwaigen Kartellrechtswidrigkeit bei einer Joint-Venture-Gesellschaft in Form einer Personengesellschaft gravierender als bei einer solchen in Form einer Kapitalgesellschaft, da der Kartellrechtsverstoß zu einer Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages führen kann.<sup>53</sup>

### a) Kapitalgesellschaft & Co. KG

Unter den Personengesellschaften kommt im Wesentlichen die kapitalistische KG mit einer Kapitalgesellschaft als einziger Komplementärin in Betracht, da sie die haftungsrechtlichen Vorzüge der Kapitalgesellschaft mit der steuerrechtlichen Flexibilität der Personengesellschaft vereint.<sup>54</sup> Für die Komplementärin gelten wiederum die obigen Ausführungen zu der Rechtsformwahl der Kapitalgesellschaft, so dass sich die Rechtsform der GmbH regelmäßig am besten eignet.

Zu erwägen ist eine Ausgestaltung der GmbH & Co. KG als sog. „Einheitsgesellschaft“, bei der die KG alle Geschäftsanteile der einzigen Komplementär-GmbH hält. Dabei sind alle Kommanditisten auch bei einer Änderung der Beteiligungsverhältnisse stets mittelbar im gleichen Verhältnis an der GmbH wie an der KG beteiligt, ohne dass es einer formbedürftigen Geschäftsanteilsübertragung bedarf; die formfreie Übertragung der Kommanditbeteiligung reicht insofern aus. Allerdings sind bei dieser Gestaltung besondere Vorkehrungen zur Willensbildung in der Komplementär-GmbH zu treffen, da andernfalls die Geschäftsführung der GmbH als Vertreterin der Komplementärin über ihre eigene Bestellung, Abberufung und Entlastung entscheiden würde; in Frage kommt insbesondere die Schaffung eines Beirats, der die Rechte der Gesellschafterversammlung der GmbH soweit zulässig wahrnimmt, oder die Erteilung von Vollmachten zugunsten der Kommanditisten.<sup>55</sup>

40 Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 75; Schaumburg/Stephan, Internationale Joint-Ventures, 1999, S. 105.

41 Vgl. zur Umwandlungsoption C. IX. 4.

42 Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 68.

43 Herrler/Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 1 Rn. 27.

44 Waclawik DB 2006, 1827 (1830).

45 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 204; Spitzbart RNotZ 2006, 369 (374) mit Einzelheiten, insbesondere zu den Möglichkeiten der Verhandlung der Mitbestimmung und des Einfrierens derselben auf dem *status quo* vor einer SE-Gründung durch Verschmelzung.

46 Wicke MittBayNot 2006, 196 (205).

47 Wicke MittBayNot 2006, 196 (197, 205).

48 Herrler/Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 1 Rn. 27; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 204.

49 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 206.

50 Dies gilt hingegen nicht für die Gewerbesteuer, die auch bei Personengesellschaften auf der Ebene der Gesellschaft anfallen kann.

51 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 128; vertiefend zur steuerrechtlichen Behandlung Fett/Spiering/Arlt, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 3; Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 258 ff.

52 Sieger/Hasselbach NZG 1999, 485; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 160. Zu beachten sind indes unter Umständen die Verlustabzugsbeschränkungen des § 15 a EStG.

53 Vgl. unten C. VI.1.

54 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 128; Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, C. Rn. 69; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 177 ff.

55 Vertiefend zur Einheitsgesellschaft Werner NWB 2018, 100; von Bonin RNotZ 2017, 1; Freiberr v. Proff DStR 2017, 2590; Wachter DB 2017, 2827; Fuhrmann/Wälzholz/Lichtenuimmer, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2018, S. 218 Kap. 30 II.

## b) Sonstige Personengesellschaften

Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt als Rechtsform der Joint-Venture-Gesellschaft in der Regel bereits deswegen nicht in Frage, weil Zweck der Gesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes ist;<sup>56</sup> ihre Rolle beschränkt sich auf das Verhältnis der Joint-Venture-Partner untereinander (vgl. I. 2., III. 1.).<sup>57</sup> Die Rechtsform der OHG wird wegen des Haftungsrisikos ebenfalls selten gewählt, da die Ausgestaltung als GmbH & Co. KG die regelmäßig gewünschte Haftungsbeschränkung bei in Anbetracht der wirtschaftlichen Bedeutung verhältnismäßig geringem zusätzlichem Aufwand bietet. In Einzelfällen können die Stille Gesellschaft oder atypische stille Beteiligungen eine Alternative darstellen.<sup>58</sup>

## 3. Relevanz der unterschiedlichen Gesellschaftsformen, Schwerpunkt dieser Darstellung

Die am häufigsten gewählten Rechtsformen für die Joint-Venture-Gesellschaft sind aus den genannten Gründen die GmbH und die GmbH & Co. KG.<sup>59</sup> Bei der Vertragsgestaltung der GmbH & Co. KG ist der Notar allerdings wegen des bei der KG grundsätzlich nicht bestehenden Formzwanges regelmäßig weniger involviert. Die komplexeren Kapitalgesellschaften wie AG und SE spielen wegen des höheren Aufwandes aufgrund der für sie geltenden gesetzlichen Regelungen bei wenigen, am ehesten bei großvolumigen Projekten eine Rolle.

Daher legt die folgende Darstellung den Schwerpunkt auf die Rechtsform der GmbH als Joint-Venture-Gesellschaft, wobei punktuell auf Besonderheiten eingegangen wird, die sich aus der Wahl insbesondere der Rechtsformen der AG und der GmbH & Co. KG ergeben können.

## III. Rechtsnatur des Joint-Venture-Vertrages und Verhältnis zum Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft

Bei der dargestellten „doppelstöckigen“ Struktur des gesellschaftsrechtlichen Joint-Ventures existieren nebeneinander ein Joint-Venture-Vertrag zwischen den Joint-Venture-Partnern (1.) sowie der Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft (2.). Die unterschiedlichen Merkmale dieser beiden Verträge und das Verhältnis zwischen ihnen (3.) sollen im Folgenden erläutert werden.

### 1. Rechtsnatur des Joint-Venture-Vertrag

Der Joint-Venture-Vertrag des doppelstöckigen Joint-Ventures stellt eine schuldrechtliche Vereinbarung zwischen den Joint-Venture-Partnern mit gesellschaftsrecht-

lichen Implikationen dar.<sup>60</sup> Typischerweise handelt es sich um eine omnilaterale Vereinbarung, an der alle Joint-Venture-Partner beteiligt sind. Der Joint-Venture-Vertrag wird gemeinhin als Gesellschaftervereinbarung klassifiziert, durch die eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Form einer Innengesellschaft entsteht, die neben der Joint-Venture-Gesellschaft existiert.<sup>61</sup>

Die Klassifizierung als GbR dürfte regelmäßig zutreffend sein. Auch wenn der Joint-Venture-Vertrag oftmals die Vereinbarung der Parteien enthält, die Joint-Venture-Gesellschaft zu gründen, handelt es sich bei der entstehenden GbR in der Regel nicht nur um eine bloße Vorgründungsgesellschaft. Die GbR stellt nämlich üblicherweise nicht lediglich ein Durchgangsstadium auf dem Weg zur Gründung der Joint-Venture-Gesellschaft dar und ist mit deren Gründung erledigt, sondern hat darüber hinaus Auswirkungen auch nach Entstehen der Joint-Venture-Gesellschaft auf das Verhalten der Joint-Venture-Partner.<sup>62</sup> Der gemeinsame Zweck ist neben der Gründung auch die Organisation und Steuerung der Joint-Venture-Gesellschaft,<sup>63</sup> um wiederum vom Einzelfall abhängige weitere Zwecke zu verfolgen. Zwar verfolgen die Joint-Venture-Partner auch ihre individuellen unternehmerischen Interessen; wird bspw. ein Dienstleistungs-Joint-Venture gegründet, möchte jeder der Joint-Venture-Partner bestimmte Dienstleistungen für seinen Konzern „outsourcen“. Dies steht der Annahme eines gemeinsamen Zweckes aber nicht entgegen; ausreichend ist ein überindividueller Verbandszweck, unter dessen gemeinsamem Dach auch Individualinteressen verfolgt werden können.<sup>64</sup>

Eine OHG liegt hingegen typischerweise nicht vor.<sup>65</sup> Dies wird teils damit begründet, dass Joint-Ventures auf ein bestimmtes Projekt gerichtet seien, während die OHG ein Handelsgewerbe und damit die Absicht zur Durchführung einer Vielzahl von Geschäften voraussetze.<sup>66</sup> Dem ist jedenfalls im Ergebnis auch dann zuzustimmen, wenn die Zusammenarbeit im Rahmen des Joint-Ventures sich nicht lediglich auf die Durchführung eines bestimmten Projektes beschränkt, da die Innengesellschaft der Joint-Venture-Partner auch dann nicht auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist; denn sie tritt nicht nach außen in Form des Angebots von Waren oder Dienstleistungen am Markt hervor, da zu diesem Zweck gerade die Joint-Venture-Gesellschaft dient.

56 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 169 ff.

57 Das in diesem Aufsatz nicht vertiefend behandelte vertragliche Joint-Venture nimmt hingegen oft die Gestalt einer GbR an, wenn sich die Partner nämlich zur Förderung eines gemeinsamen Zwecks zusammenschließen, der keinen nach Art oder Umfang in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert (vgl. oben B. I. 1.).

58 Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 77.

59 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 127-128; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 176; Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 67.

60 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 112.

61 So Ebenroth JZ 1987, 265; Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, 1. Aufl. 2019, § 28 Rn. 2; Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, S. 105 § 2 Rn. 417; Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 7; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 124, 126; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 113, Kap. 7 Rn. 170.

62 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 419; Prinz/Hoffmann/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 86. Zu den typischen Regelungsinhalten vgl. unten B. III. 3. und C.

63 Göthel/Göthel, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 17.

64 MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 147; Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, 1. Aufl. 2019, § 28 Rn. 26.

65 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 126; Göthel/Göthel, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 17.

66 Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 40.

Damit sind im Grundsatz die Vorschriften der §§ 705 ff. BGB auf den Joint-Venture-Vertrag anwendbar. So können sich etwa gesellschaftsrechtliche Treuepflichten zur Verfolgung des gemeinsamen Zwecks ergeben,<sup>67</sup> Vorschriften zur Kündigung finden sich in §§ 723 ff. BGB. Praktisch dürfte der Rückgriff auf die gesetzlichen Vorschriften weitgehend unerwünscht sein. Es ist daher ratsam, im Joint-Venture-Vertrag zu regeln, welche der Vorschriften der §§ 705 ff. BGB in welcher Weise abbedungen werden sollen.<sup>68</sup>

Die nicht für den Auftritt nach außen vorgesehene GbR der Joint-Venture-Partner ist typischerweise vermögenslos.<sup>69</sup> Insbesondere ist in aller Regel nicht die GbR Gesellschafterin der Joint-Venture-Gesellschaft, sondern die Joint-Venture-Partner selbst. Zwar wäre die GbR grundsätzlich in der Lage, Geschäftsanteile einer GmbH und Aktien zu halten, Kommanditistin einer Kommanditgesellschaft zu sein<sup>70</sup> und nach der wohl überwiegenden Auffassung auch persönlich haftende Gesellschafterin einer Personengesellschaft.<sup>71</sup> Die Mitgliedschaft als persönlich haftende Gesellschafterin ist jedoch bereits aus Haftungsgründen nicht zu empfehlen. Auch eine Gesellschafterstellung der GbR in einer Kapitalgesellschaft bzw. als Kommanditistin bietet in der Joint-Venture-Struktur keine ersichtlichen Vorteile und erhöht lediglich die Komplexität, so dass eine solche Gestaltung kaum je sinnvoll sein dürfte.<sup>72</sup>

Als schuldrechtliche Vereinbarung ist der Joint-Venture-Vertrag uneingeschränkt der Auslegung gem. §§ 133, 157 BGB zugänglich, wobei auch außervertragliche Quellen zur Auslegung herangezogen werden können.<sup>73</sup> Die Vereinbarung wirkt nur zwischen den Vertragsparteien, im Regelfall also den Joint-Venture-Partnern.<sup>74</sup> Sollten weitere Parteien Gesellschafter der Joint-Venture-Gesellschaft werden, ohne dem Joint-Venture-Vertrag beizutreten, wären die Neugesellschafter nicht an die Regelungen des Joint-Venture-Vertrags gebunden. Daher ist sicherzustellen, dass nur solche Gesellschafter hinzutreten können, die auch dem Joint-Venture-Vertrag beitreten.<sup>75</sup>

Eine Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB dürfte hingegen in aller Regel nicht stattfinden: Zum einen greift nach herrschender Ansicht bei Verträgen, die eine GbR etablieren, die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 S. 1 BGB;<sup>76</sup> zum anderen werden regelmäßig die Vertragsbedingungen des Joint-Venture-Vertrags individuell ausgehandelt (§ 305 Abs. 1 S. 3 BGB) und nicht von einer Vertragspartei für eine Vielzahl von Verträgen entworfen und der anderen Vertragspartei gestellt.

## 2. Rechtsnatur des Gesellschaftsvertrages der Joint-Venture-Gesellschaft

Demgegenüber hat der Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft, wenn es sich dabei um eine Kapitalgesellschaft handelt, bezüglich seiner echten Satzungsbestandteile körperschaftlichen Charakter.<sup>77</sup> Er konstituiert die Kapitalgesellschaft als separate Rechtspersönlichkeit mit eigenen Rechten und Pflichten unabhängig von den schuldrechtlichen Rechtsbeziehungen ihrer Mitglieder untereinander.<sup>78</sup> Die korporativen Regelungen des Gesellschaftsvertrags bilden die Verfassung der Gesellschaft, sie gestalten die Beziehung der Gesellschaft zu ihren Gesellschaftern und die Rechtstellung ihrer Organe.<sup>79</sup> Sie betreffen nicht nur die aktuellen, sondern auch künftige Gesellschafter sowie Dritte, etwa Gläubiger.

Da sich der Gesellschaftsvertrag damit an einen unbestimmten Personenkreis wendet, ist er nur einer eingeschränkten objektivierten Auslegung zugänglich.<sup>80</sup> Zur Auslegung können im Grundsatz lediglich die aus dem Handelsregister ersichtlichen Unterlagen herangezogen werden, insbesondere Wortlaut und Systematik des Gesellschaftsvertrages und etwaiger Änderungsdokumente selbst.<sup>81</sup> Die allgemeinen Grundsätze über die Nichtigkeit von Willenserklärungen finden nur in eingeschränktem Maße Anwendung.<sup>82</sup>

## 3. Verhältnis zwischen Joint-Venture-Vertrag und Gesellschaftsvertrag

Der Joint-Venture-Vertrag regelt in vielen Fällen die Verpflichtung zur Gründung der Joint-Venture-Gesellschaft (a)). Mit Existenz der Joint-Venture-Gesellschaft gilt für die dann nebeneinander stehenden Verträge – Joint-Venture-Vertrag und Gesellschaftsvertrag – grundsätzlich der Trennungsgrundsatz (b)). Das Verhältnis zwischen den Verträgen kann indes auf verschiedene Weise vertraglich adressiert werden (c)).

### a) Zeitraum vor Gründung der Joint-Venture-Gesellschaft

Wird der Joint-Venture-Vertrag zeitlich vor Abschluss des Gesellschaftsvertrages der Joint-Venture-Gesellschaft abgeschlossen, wird er regelmäßig die Eckpunkte des Gesellschaftsvertrages enthalten. Steht der Gesellschaftsvertrag bereits vollinhaltlich fest, soll die Gesellschaftsgründung aber erst zu einem späteren Zeitpunkt erfolgen – etwa weil zunächst der Eintritt bestimmter Voraussetzungen, wie behördlicher Genehmigungen, abgewartet werden soll – kann sein Text als zu verlesende Anlage dem Joint-Venture-Vertrag beigelegt werden; so wird der Spielraum für künftige Auseinandersetzungen über den Inhalt des Gesell-

67 MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 705 Rn. 221 ff.

68 Vgl. unten C. IV.

69 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 127.

70 BGHZ 148, 291 = NJW 2001, 3121.

71 LG Berlin BB 2003, 1351; MüKoHGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 105 Rn. 96; aA noch MüKoBGB/Ulmer, 6. Aufl. 2012, § 705 Rn. 317, jeweils mwN.

72 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 171.

73 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 22, Rn. 129.

74 Vgl. zu den Vertragsparteien B. V. und zu Klauseln bzgl. der Änderung der Vertragsparteien C. VII.2.

75 Zur vertraglichen Umsetzung vgl. C. VII.2.a).

76 Vgl. Herrler/Stopp, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 9 Rn. 18 ff. zum Meinungsstand.

77 Wicke DNotZ 2006, 419 mit einer umfassenden Beschreibung echter Satzungsbestandteile; vgl. auch unten B. IV.1.

78 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 25.

79 Wicke DNotZ 2006, 419.

80 Wicke DNotZ 2006, 419 (420); Jäger DStR 1996, 1935 (1937); Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 21, Rn. 129.

81 BGH NJW 1983, 1910; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 21; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 63, 68.

82 Wicke DNotZ 2006, 419 (421).

schaftsvertrages minimiert.<sup>83</sup> Eine solche Verpflichtung kann, abhängig von der Rechtsform der Joint-Venture-Gesellschaft, zur Beurkundungsbedürftigkeit führen.<sup>84</sup>

## b) Trennungsgrundsatz

Sobald sowohl die Joint-Venture-Gesellschaft existiert als auch mit Abschluss des Joint-Venture-Vertrags die Innengesellschaft der Joint-Venture-Partner begründet wurde, existiert die als „Doppelgesellschaft“ beschriebene Struktur.<sup>85</sup> Für das Verhältnis zwischen Gesellschaftervereinbarungen wie dem Joint-Venture-Vertrag einerseits und dem Gesellschaftsvertrag andererseits gilt grundsätzlich der Trennungsgrundsatz.<sup>86</sup> Eine Gesellschaftervereinbarung wirkt sich demnach im Grundsatz nicht auf die mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten aus, die sich aus der Satzung der Gesellschaft ergeben.

Umstritten ist, inwieweit eine Ausnahme vom Trennungsgrundsatz dann gilt, wenn – wie beim Joint-Venture-Vertrag regelmäßig – sämtliche Gesellschafter an einer Gesellschaftervereinbarung beteiligt sind. Dies betrifft insbesondere die Fragen, ob ein Verstoß gegen den Joint-Venture-Vertrag die Anfechtung von Beschlüssen, die gegen eine Stimmvereinbarung verstoßen, eröffnet bzw. umgekehrt die Anfechtung satzungswidriger, aber abredemäßiger Beschlüsse verbietet; ob die Satzung anhand der Gesellschaftervereinbarung ausgelegt werden kann; und ob die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht auf Grundlage der Gesellschaftervereinbarung konkretisiert werden kann.<sup>87</sup> Dies wird innerhalb der Rechtsprechung uneinheitlich beurteilt: Die Anfechtbarkeit von satzungsgemäßen, aber gegen eine Stimmvereinbarung in der Gesellschaftervereinbarung verstoßenden Beschlüssen wurde durch den BGH mehrfach bejaht,<sup>88</sup> durch das OLG Stuttgart hingegen verneint.<sup>89</sup> In der Literatur wird die Durchbrechung des Trennungsgrundsatzes weitgehend abgelehnt, da eine Aufweichung des Trennungsgrundsatzes die Form- und Publizitätsanforderungen unterlaufe und bzgl. der Beschlussanfechtung gegen den Gesetzeswortlaut verstoße, das eine Beschlussanfechtung nur wegen Verletzung von Gesetz oder Satzung erlaubt (§ 243 Abs. 1 AktG, analog für die GmbH).<sup>90</sup>

## c) Regelung des Verhältnisses zwischen Joint-Venture-Vertrag und Satzung

Da der regelmäßig omnilaterale Joint-Venture-Vertrag das „Drehbuch“ der Zusammenarbeit darstellt und in aller Regel detailliertere Vorgaben enthält, die die Joint-Venture-Partner nicht in den registeröffentlichen Gesellschafts-

vertrag inkludieren möchten, sollte der Notar das Verhältnis zwischen Joint-Venture-Vertrag und Satzung adressieren und auf eine klarstellende Regelung hinwirken. Eine Klarstellung, dass eine Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen nicht mit einem Verstoß gegen den Joint-Venture-Vertrag begründet werden kann und dieser nicht zur Auslegung der Satzung und der gesellschaftlichen Treuepflichten dient, wäre unproblematisch möglich.<sup>91</sup> Allerdings sind die Parteien typischerweise an einer möglichst weitgehenden Wirkung des Joint-Venture-Vertrages interessiert. Denkbar ist dann die Aufnahme einer Klausel, die regelt, dass – entgegen § 243 Abs. 1 AktG – auch die Anfechtung lediglich abredewidriger Beschlüsse möglich und die Anfechtung abredemäßiger Beschlüsse unzulässig sein soll und der Joint-Venture-Vertrag verbindliche Vorgaben zur Auslegung der Satzung und dem Inhalt der Treuepflichten macht; der Notar sollte dann allerdings darauf hinweisen, dass gegen die Durchsetzbarkeit einer solchen Regelung erhebliche Bedenken bestehen und die etwaige Durchsetzbarkeit zudem in jedem Fall davon abhängt, dass sämtliche Gesellschafter Partei des Joint-Venture-Vertrages sind.<sup>92</sup> Eine zusätzliche Absicherung sollte durch Regelungen zum Schadensersatz, Vertragsstrafen und ggf. eine Verpflichtung zur Übertragung der Beteiligung getroffen werden.

Zudem ist es möglich, über allgemeine zivilrechtliche oder zivilprozessuale Instrumente Einfluss auf Rechtsfolgen des Gesellschaftsvertrages zu nehmen. Ist etwa im Gesellschaftsvertrag für ausscheidende Gesellschafter die Zahlung einer Abfindung durch die Gesellschaft in bestimmter Höhe geregelt, so kann im Joint-Venture-Vertrag eine Vereinbarung zu Gunsten der Gesellschaft iSd § 328 BGB getroffen werden, der die Abfindungshöhe reduziert. Ein Gesellschafterbeschluss, der die Abfindung in der vom Joint-Venture-Vertrag vorgesehenen Höhe festlegt, mag zwar angefochten werden können, dem Zahlungsanspruch kann aber – sofern die Regelung im Joint-Venture-Vertrag wirksam getroffen ist – der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengehalten werden.<sup>93</sup>

Ebenfalls im Zusammenhang mit der Sicherstellung des Primats der Regelungen des Joint-Venture-Vertrages sind dort enthaltene Stimmrechtsausübungsvereinbarungen zu sehen.<sup>94</sup> Schließlich kann der Vorrang des Joint-Venture-Vertrages dadurch abgesichert werden, dass sich die Joint-Venture-Partner verpflichten, im Falle von Konflikten zwischen Joint-Venture-Vertrag und Satzung die Satzung anzupassen.<sup>95</sup> Eine Verpflichtung zum Treffen solcher gesellschaftsrechtlicher Regelungen, die nach dem auf die Joint-Venture-Gesellschaft anwendbaren zwingenden Recht nicht zulässig sind, ist indes nicht erfüllbar.<sup>96</sup>

83 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 133.

84 Vgl. unten D. I.1.a).

85 Vgl. oben B. I.2. sowie B. III.1.

86 Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 114 ff.; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 21, Rn. 129; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 68.

87 Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 115; Wicke DStR 2006, 1137 (1141).

88 BGH NJW 1983, 1910; BGH NJW 1987, 1890; Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 115; vgl. auch Mayer MittBayNot 2006, 281 (282), der BGH NJW 1993, 2246 als Abkehr des BGH von dieser Rechtsprechung interpretiert.

89 OLG Stuttgart 7.2.2001 – 20 U 52/97, BB 2001, 796 (797).

90 Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 116; Wicke DStR 2006, 1137 (1142 ff.); Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 26 ff., jeweils mwN.

91 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 33.

92 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 34.

93 Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 117.

94 Vgl. unten C. V.1.

95 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 129; Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 423; vgl. auch die Musterformulierung bei Hoffmann-Becking/Gebele/Wentrup, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, Formular IX.28. Konsortialvertrag eines Gemeinschaftsunternehmens, § 12 (3).

96 Zur Möglichkeit, anstelle einer gesellschaftsrechtlichen Regelung zumindest eine schuldrechtliche Regelung zu treffen, vgl. B. IV.1.

## IV. Verortung von Regelungskomplexen in Joint-Venture-Vertrag und Gesellschaftsvertrag

Angesichts der „Doppelstöckigkeit“ von Joint-Venture-Vertrag und Gesellschaftsvertrag stellt sich die Frage, in welchem der zwei Dokumente einzelne Regelungskomplexe zu verorten sind. Im Folgenden wird im Überblick dargestellt, welche Kriterien insbesondere bei der hier im Fokus stehenden Kapitalgesellschaft als Joint-Venture-Gesellschaft eine Rolle spielen. Handelt es sich bei der Joint-Venture-Gesellschaft um eine Personengesellschaft, ist die Entscheidung über die Verortung von geringerer Relevanz, da der Gesellschaftsvertrag weder formbedürftig noch registerpublik ist und auch inhaltlich weniger strengen Anforderungen unterliegt als bei den Kapitalgesellschaften; hier kann es sich sogar anbieten, sämtliche Regelungen im Gesellschaftsvertrag zu verorten und auf eine „doppelstöckige“ Konstruktion ganz zu verzichten.<sup>97</sup>

### 1. Zwingende Vorgaben des maßgeblichen Rechts

Die zwingend korporativen Satzungsbestandteile sind naturgemäß zwingend im Gesellschaftsvertrag zu verorten.<sup>98</sup> Zwingend korporative Satzungsbestandteile sind neben dem notwendigen Inhalt des Gesellschaftsvertrags (§ 3 Abs. 1 GmbHG) auch fakultative, aber nach dem Gesetz ausdrücklich unter Satzungsvorbehalt stehende Ergänzungen oder Abweichungen von dispositiven Vorgaben, etwa Regelungen zur Vinkulierung (§ 15 Abs. 5 GmbHG), die Festlegung von Einziehungsgründen (§ 34 Abs. 2 GmbHG), Regelungen zur Gewinnverteilung (§ 29 GmbHG), Abweichungen von der Gesamtvertretung (§ 35 Abs. 2 GmbHG), die Beschränkung des Widerrufs der Geschäftsführerbestellung auf wichtige Gründe (§ 38 Abs. 2 GmbHG), die Begründung von Rechten der Gesellschafter gegenüber der Gesellschaft (§ 46 GmbHG), Vereinbarungen über die Befristung der Gesellschaft (§ 3 Abs. 2 GmbHG), abweichende Mehrheitserfordernisse für einen Auflösungsbeschluss und die Festsetzung weiterer Auflösungsgründe (§ 60 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GmbHG) und die Bestellung eines Aufsichtsrats als zusätzliches Organ der GmbH (§ 52 GmbHG). Andere Regelungen sind auch ohne ausdrücklichen gesetzlichen Satzungsvorbehalt zwingend korporativ, etwa Regelungen zum Stimmrecht, die Vereinbarung von Sonderrechten und die Vereinbarung einer vom Verkehrswert abweichenden Abfindung im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters.<sup>99</sup>

Ist die gewünschte Regelung nur nach den für einen der beiden Verträge maßgeblichen Rechtssätzen zulässig, muss die Regelung dort verortet werden. Insbesondere kann das zwingende, für die Joint-Venture-Gesellschaft geltende Gesellschaftsrecht bestimmte Regelungen untersagen. So verbietet etwa das Aktienrecht die satzungsmäßige Einschränkung der freien Übertragbarkeit von Aktien außerhalb der durch § 68 Abs. 2 AktG eröffneten Möglichkeiten.<sup>100</sup> Schuldrechtliche Vereinbarungen, Aktien nur mit Zustimmung der Vertragspartner zu übertragen, sind hingegen grundsätzlich zulässig.<sup>101</sup> Allerdings können auch in Bezug auf die Zulässigkeit schuldrechtlicher Vereinbarungen gesetzliche Vorgaben bestehen, welche wiederum bei der AG strenger ausfallen als bei der GmbH.<sup>102</sup> Im internationalen Kontext kann das jeweils anwendbare nationale Recht für den jeweiligen Vertrag eine Rolle spielen, wobei Vertragsstatut des Joint-Venture-Vertrages und Gesellschaftsstatut des Gesellschaftsvertrages auseinanderfallen können.<sup>103</sup>

### 2. Publizität des Handelsregisters

Für eine Regelung einer Materie im Joint-Venture-Vertrag kann unter anderem die – abhängig von der Gesellschaftsform zwingende – Publizität des Gesellschaftsvertrages im Handelsregister sprechen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG, § 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG iVm § 9 Abs. 1 HGB; nicht der Publizität unterliegen hingegen die Gesellschaftsverträge von Personengesellschaften). Der separate Joint-Venture-Vertrag stellt keinen Bestandteil dieser der Registeranmeldung beizufügenden Gesellschaftsverträge dar.<sup>104</sup> Besteht also ein Interesse an der Geheimhaltung bestimmter Regelungen, kann dies durch eine Regelung im Joint-Venture-Vertrag erreicht werden.<sup>105</sup> Ein solches Geheimhaltungsinteresse kann unter anderem bestehen in Bezug auf Vereinbarungen über strategische Ausrichtung, Ziele und Umfang der Zusammenarbeit, Abgrenzung der Aktivitäten der Joint-Venture-Partner, Sonderrechte einzelner Joint-Venture-Partner, Liefer- und Bezugspflichten und die Einbringung von Know-How.<sup>106</sup> Da nicht nur der Gründungsvertrag der Gesellschaft, sondern auch spätere Änderungen wiederum beim Handelsregister angemeldet werden müssen, erspart eine Regelung außerhalb des Gesellschaftsvertrages zudem den mit diesen Anmeldungen verbundenen Aufwand.

Zwar können die Regelungen des Joint-Venture-Vertrages vor dem Hintergrund der Verschärfung des Geldwäschegesetzes mit Wirkung zum 1.1.2020 unter Umständen nicht vollständig vertraulich behandelt werden. Denn die Joint-Venture-Gesellschaft trifft die Pflicht, die Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten einzuholen und der re-

97 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 2 Rn. 417; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 129; vgl. auch Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 2, 5, der für den Fall eines Joint-Ventures mit einer KG als Joint-Venture-Gesellschaft selbst bei einem formell separaten Joint-Venture-Vertrag diesen materiell als Teil des Gesellschaftsvertrags der KG ansieht, „da es gekünstelt wäre, den Parteien zu unterstellen, sie hätten neben der KG eine BGB-Gesellschaft gründen wollen, um ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten als Gesellschafter der KG zu regeln“.

98 Vgl. Wicke DNotZ 2006, 419 (426 ff.) mwN für eine ausführliche Darstellung zwingend korporativer und nichtkorporativer Satzungsbestimmungen sowie der Bestimmungen, bezüglich derer ein Gestaltungswahlrecht besteht.

99 Wicke DNotZ 2006, 419 (428) mwN.

100 BGHZ 160, 253 Rn. 15 = NJW 2004, 3561 (3562); Schmidt/Lutter/Betzberger, AktG, 3. Aufl. 2015, § 68 Rn. 1.

101 MüKoAktG/Bayer, 5. Aufl. 2019, § 68 Rn. 41; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 17.

102 Herrler/Stopf, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 9 Rn. 14 ff.

103 Schaumburg/Stephan, Internationale Joint-Ventures, 1999, S. 107.

104 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 10. Zur Rechtsnatur des Joint-Venture-Vertrages vgl. oben B. III.

105 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 2 Rn. 419.

106 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 11; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 229.

gisterführenden Stelle unverzüglich zur Eintragung in das Transparenzregister mitzuteilen (§ 20 Abs. 1 S. 1 GwG). Dies beinhaltet Angaben zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses, was auch Angaben zur Ausübung von Kontrolle etwa aufgrund von Absprachen zwischen mehreren Anteilseignern untereinander umfasst (§ 19 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 Nr. 1 b) GwG). Daraus ergibt sich indes keine Pflicht, den Vertragstext des Joint-Venture-Vertrages – ähnlich dem Gesellschaftsvertrag beim Handelsregister – öffentlich zu machen; es kann aber erforderlich sein, eine wirtschaftliche Berechtigtenstellung, die sich auf Grundlage des Joint-Venture-Vertrages ergibt – etwa Stimmbindungsvereinbarungen oder das Recht zur Besetzung von Führungspositionen – mitzuteilen.<sup>107</sup>

### 3. Bindung im Joint-Venture-Vertrag nur gegenüber dem Joint-Venture-Partner

Ebenfalls für die Regelung außerhalb des Gesellschaftsvertrages und im Joint-Venture-Vertrag kann sprechen, dass dort getroffene Verpflichtungen – vorbehaltlich einer Ausgestaltung als Vertrag zu Gunsten Dritter (§ 328 ff. BGB), insbesondere der Joint-Venture-Gesellschaft – ausschließlich unter den beteiligten Vertragsparteien, zu denen die Joint-Venture-Gesellschaft oftmals nicht gehört<sup>108</sup>, Wirkung entfalten. Demgegenüber können im Gesellschaftsvertrag festgelegte Leistungspflichten, die gegenüber der Gesellschaft bestehen (§ 3 Abs. 2 GmbHG; § 55 Abs. 1 AktG), sich ggf. ungewollt zu Gunsten der Gläubiger der Gesellschaft auswirken, die unter Umständen im Wege der Pfändung in Ansprüche, die der Gesellschaft zustehen, vollstrecken können.<sup>109</sup>

### 4. Beurkundungsbedürftigkeit

Sind Abschluss und spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrags beurkundungsbedürftig (§§ 2 Abs. 1 S. 1, 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, §§ 23 Abs. 1 S. 1, 130 Abs. 1 S. 1 iVm § 179 Abs. 1 S. 1 AktG) und zum Handelsregister anzumelden (§§ 2 Abs. 1 S. 1, 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, §§ 23 Abs. 1 S. 1, 130 Abs. 1 S. 1 iVm § 179 Abs. 1 S. 1 AktG), solche des Joint-Venture-Vertrags hingegen formfrei,<sup>110</sup> kann schließlich die größere Flexibilität sowie ggf. die Ersparnis der Notarkosten dafür sprechen, Regelungen im Joint-Venture-Vertrag statt im Gesellschaftsvertrag zu treffen.<sup>111</sup> Allerdings sind auch Joint-Venture-Verträge nicht selten beurkundungsbedürftig;<sup>112</sup> insbesondere dürften Joint-Venture-Verträge, mit denen der Notar in Berührung kommt, vorrangig solche sein, die beurkundungsbedürftig sind, so dass dieser Faktor in der notariellen Beratung eine vergleichsweise geringe Rolle spielen dürfte.

107 Vgl. unten D. VI.

108 Vgl. unten B. V.

109 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 14 sowie die Ausführungen unter B. V.

110 Vgl. hierzu D. I.

111 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 12. Allerdings kann eine Reihe typischer Vertragsinhalte dazu führen, dass auch der Joint-Venture-Vertrag zu beurkunden ist, vgl. unten D. I.1.

112 Vgl. unten D. I., zu Vertragsänderungen D. I.2.b).

### 5. Verdinglichung von Regelungen durch Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag

Für eine Regelung einer Materie im Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft kann insbesondere die Durchsetzbarkeit vereinbarter Regelungen sprechen, die durch die Aufnahme in den Gesellschaftsvertrag „verdinglicht“ werden. Eine Vinkulierung von Geschäftsanteilen im Gesellschaftsvertrag etwa verhindert bereits den Übergang der Geschäftsanteile auf dinglicher Ebene.<sup>113</sup> Eine Regelung im Joint-Venture-Vertrag zur Beschränkung der Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen entfaltet lediglich schuldrechtliche Wirkung (§ 137 BGB); die Einhaltung einer solchen Regelung wäre daher anderweitig – etwa über eine Vertragsstrafe – abzusichern und würde selbst dann nicht dieselbe Sicherheit bieten.

### 6. Weitere Erwägungen

Ebenfalls eine Rolle spielen können:

- Der Einzelfallcharakter einer Regelung: Wird sich die Regelung innerhalb kurzer Zeit erledigen, spricht dies dagegen, den Gesellschaftsvertrag – der über die gesamte Lebensdauer der Gesellschaft und auch für etwaige künftige Gesellschafter maßgeblich ist – durch ihre Aufnahme zu belasten, wenn eine rein schuldrechtliche Regelung ausreicht;<sup>114</sup>
- die Rolle der Vertragsparteien im Projekt: Insbesondere ist denkbar, dass als Parteien des Joint-Venture-Vertrages einerseits und als Gesellschafter der Joint-Venture-Gesellschaft andererseits unterschiedliche Konzernunternehmen agieren;<sup>115</sup>
- der zeitliche Ablauf des Kooperationsprojektes: Erfolgt der Abschluss des Joint-Venture-Vertrages zeitlich vor der Gründung der Joint-Venture-Gesellschaft, können Regelungen, die sogleich Wirkung entfalten sollen, naturgemäß zunächst nur in ersterem getroffen werden.<sup>116</sup> Der vorgesehene Gesellschaftsvertrag kann natürlich bereits in ausformulierter Form etwa als Anlage zum Gegenstand des Joint-Venture-Vertrages gemacht werden, sofern dessen Modalitäten schon abschließend feststehen.

### V. Vertragsparteien

Der Joint-Venture-Vertrag entfaltet als schuldrechtliche Vereinbarung Wirkung nur unter den Vertragsparteien. Partei des Joint-Venture-Vertrages werden sinnvollerweise die Akteure, die einen wirtschaftlichen Beitrag zum Gelingen des Joint-Venture-Vertrages leisten.<sup>117</sup> Dies sind in erster Linie die künftigen Gesellschafter der Joint-Venture-Gesellschaft, die zwar nicht zwingend, aber wegen der Steuerungsfunktion des Joint-Venture-Vertrages doch in aller Regel Partei des Joint-Venture-Vertrages sind.<sup>118</sup> Ne-

113 Vgl. zur Vinkulierung unten C. VII.1.

114 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 16.

115 Schaumburg/Stephan, Internationale Joint-Ventures, 1999, S. 107; vgl. dazu auch B. V.

116 Schaumburg/Stephan, Internationale Joint-Ventures, 1999, S. 107.

117 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 123.

118 Anders kann dies ggf. sein, wenn die Joint-Venture-Partner sich ihrerseits über Beteiligungsvehikel an der Joint-Venture-Gesellschaft zu beteiligen beabsichtigen und diese Beteiligungsvehikel bei Abschluss des Joint-Venture-Vertrages selbst noch nicht existent sind.

ben den künftigen Gesellschaftern können dies insbesondere verbundene Konzernunternehmen sein, die etwa als Garantiegeber auftreten<sup>119</sup> oder die (Allein-)Gesellschafter des Beteiligungsvertrags sind, das die Beteiligung an der Joint-Venture-Gesellschaft hält.

An anglo-amerikanischen Joint-Venture-Verträgen ist oftmals auch die Joint-Venture-Gesellschaft selbst beteiligt, entweder durch späteren Beitritt oder, wenn sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bereits besteht, bereits zu diesem Zeitpunkt. Dagegen kann nach deutschem Recht sprechen, dass das Risiko besteht, dass der Joint-Venture-Vertrag – so es einen Mehrheitsgesellschafter gibt – als Unternehmensvertrag (§§ 291 ff. AktG) mit der Joint-Venture-Gesellschaft als Unter- und dem Mehrheitsgesellschafter als Obergesellschaft qualifiziert wird.<sup>120</sup> Dies hätte die regelmäßig unerwünschte Folge, dass er anzumelden und zum Handelsregister einzureichen wäre und damit publik würde; würde die Anmeldung nicht erfolgen, wäre er unwirksam (§ 294 Abs. 2 AktG). Er bedürfte der Zustimmung der Gesellschafterversammlung in notariell beglaubigter Form, und zwar von beherrschendem und beherrschtem Unternehmen, soweit es sich um Aktiengesellschaften handelt, bzw. jedenfalls des beherrschten Unternehmens, soweit es sich um GmbHs handelt.<sup>121</sup> Im Falle der Nichtigkeit würde die Verlustausgleichspflicht gem. § 302 AktG analog bestehen bleiben, die Wirksamkeit der übrigen vertraglichen Regelungen wäre hingegen fraglich.<sup>122</sup>

Wird die Joint-Venture-Gesellschaft nicht am Joint-Venture-Vertrag beteiligt, ist darauf zu achten, dass ihr in dem Vertrag keine Pflichten auferlegt werden können. Stattdessen können sich die Joint-Venture-Partner verpflichten, ihren Einfluss auf die Gesellschaft so auszuüben, dass diese sich den Vorgaben des Joint-Venture-Vertrages entsprechend verhält.<sup>123</sup>

Soll die Gesellschaft eigene Rechte aus dem Joint-Venture-Vertrag erhalten, kann dies über eine Ausgestaltung als Vertrag zu Gunsten Dritter geschehen.<sup>124</sup> Dies kann bspw. eine Rolle spielen für Gewährleistungsansprüche für eingebrachte Vermögensgegenstände. Umgekehrt sollte – etwa durch einen ausdrücklichen Ausschluss von § 328 BGB – klar gestellt werden, welche Rechte lediglich den anderen Joint-Venture-Partnern, nicht aber der Joint-Venture-Gesellschaft zu Gute kommen sollen. Andernfalls kann die Gefahr bestehen, dass Gläubiger der Joint-Venture-Gesellschaft versuchen, im Krisenfall aus dem Joint-Venture-Vertrag Ansprüche gegen dessen Parteien herzuleiten.<sup>125</sup>

119 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 127.

120 Hoffmann-Becking WiB 1994, 57 mwN; Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 44; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 125 ff.; Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 68.

121 Boor RNotZ 2017, 65 (75).

122 Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 68.

123 Vgl. unten C. V.

124 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 124.

125 MünchHB des Gesellschaftsrechts/Wirbel, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 45.

## C. Ausgewählte Inhalte eines Joint-Venture-Vertragswerkes

Das Joint-Venture-Vertragswerk besteht aufgrund der wirtschaftlichen Bedeutung des Vorhabens häufig aus vergleichsweise detaillierten Regelungen zu allen Elementen des Lebenszyklus des Joint-Ventures. Die folgenden Ausführungen sollen einen Überblick über die Besonderheiten solcher Regelungen geben, die für Joint-Venture-Vertragswerke besonders typisch sind, wobei wiederum der Fokus auf Gestaltungen liegt, bei denen die Joint-Venture-Gesellschaft eine GmbH ist.<sup>126</sup> Für eine umfassende Behandlung denkbarer Regelungen wird auf die einschlägige themenspezifische Literatur und die diversen Formulierungsbeispiele für Joint-Venture-Verträge sowie teils für darauf abgestimmte Gesellschaftsverträge in gängigen Formularbüchern verwiesen.<sup>127</sup>

### I. Vertragliche Regelungen in der Anbahnungsphase

Bereits vor Abschluss des eigentlichen Joint-Venture-Vertragswerkes kommt es unter Umständen zum Abschluss bindender Vereinbarungen: Eine Vertraulichkeitsvereinbarung gewährleistet die vertrauliche Behandlung der Verhandlungsinhalte und der Ergebnisse einer etwaigen Due Diligence-Prüfung. In einer Exklusivitätsvereinbarung versprechen sich die Verhandlungspartner, für eine gewisse Zeit keine Gespräche mit anderen Parteien über vergleichbare Projekte zu führen. In einer Absichtserklärung bekunden die Verhandlungspartner die Ernsthaftigkeit ihrer Absichten, legen einen Zeitplan und fest und fixieren ggf. erste Punkte, über die bereits Einigkeit

126 Vgl. oben B. II.3.

127 Vgl. Fußnote 16 für themenspezifische Literatur. Formularverträge finden sich in gängigen Handbüchern, etwa: Meyer-Landruth/Peter/A. Wenz, Formular-Kommentar GmbH-Recht, 4. Aufl. 2019, Formular A. V.24. (Gesellschaftsvertrag einer Joint-Venture-GmbH, deutsch/englisch); Hoffmann-Becking/Gebele/Wentrup, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, Formular IX.28. (Joint-Venture-Vertrag, deutsch); Böhm/Burmeister/Burmeister/Schmidt-Hern, MünchVertragsHB, I, Gesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2018, Formular IV.31. (Gesellschaftsvertrag einer Joint-Venture-GmbH, deutsch); Walz/Thurn/Ziegenhain, BeckFormularbuch Zivil-, Wirtschafts- und Unternehmensrecht, 4. Aufl. 2018, Formular N.5. (Joint-Venture-Vertrag, deutsch/englisch); Seibt/Giesen, BeckFormularbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl. 2018, Formulare G. II. und G. III. (Joint-Venture-Vertrag und darauf abgestimmter GmbH-Gesellschaftsvertrag, jeweils deutsch/englisch); Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 22 Rn. 5 (Joint-Venture-Vertrag, deutsch); Hopt/van de Sande, Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht, 4. Aufl. 2013, Formulare II. H. (Joint-Venture-Verträge, deutsch); Lorz/Pfisterer/Gerber/Englisch/von Schnurbein, BeckHB GmbH-Recht, 1. Aufl. 2010 (2. Aufl. 2020 zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Beitrages im Erscheinen), Formular C. III.2. (Joint-Venture-Vertrag, deutsch); Wolf, The Complete Guide to International Joint-Ventures with Sample Clauses and Contracts, 3rd Edition 2011 (zahlreiche Formulare und Musterklauseln, allerdings vor dem Hintergrund des anglo-amerikanischen Rechts). Für die Joint-Venture-Gesellschaft können zudem Formularverträge der entsprechenden Gesellschaftsform und in der entsprechenden Gesellschafterkonstellation Orientierung bieten. Joint-Venture-Vertragswerke sind indes höchst individuell, so dass stets sorgfältig zu prüfen ist, inwieweit die dort vorgeschlagene Ausgestaltung zu dem jeweiligen Sachverhalt passt. Aufgabe des Notars ist allerdings ohnehin selten die Entwicklung des Joint-Venture-Vertragswerkes in seiner Gesamtheit von Grund auf, da dieses regelmäßig von Rechtsanwälten spezialisierter Wirtschaftskanzleien vorbereitet wird. Zur Rolle des Notars in der Vorbereitung der Verträge vgl. unten D. II.

bestehen mag.<sup>128</sup> Häufig kommt es zu Kombinationen der vorgenannten Vereinbarungen.

In der Regel kommt der Notar mit diesen Vereinbarungen nicht in Berührung, da sie nicht beurkundungsbedürftig sind. Eine Ausnahme können Vereinbarungen bilden, die bereits einen Abschlusszwang in Bezug auf ein formbedürftiges Rechtsgeschäft – wie die Gründung der Joint-Venture-GmbH – begründen, etwa durch Vereinbarung einer „*break up fee*“. Dies gilt sowohl bei Vorverträgen als auch bei selbständigen Strafversprechen.<sup>129</sup> Wird eine solche Vereinbarung beurkundet, ist – wenn es sich ausnahmsweise um AGB handelt – auch die Vereinbarkeit mit § 309 Nr. 5 BGB zu prüfen (§§ 307, 310 Abs. 1 S. 2 BGB).

Beim Abschluss der endgültigen Verträge dürfte es sich zur Vermeidung von Zweideutigkeiten anbieten, die bindenden Regelungen aus der Anbahnungsphase ausdrücklich aufzuheben.<sup>130</sup>

## II. Beschreibung der Kooperation

Der Joint-Venture-Vertrag beschreibt regelmäßig den Gegenstand, die Grenzen und die Ziele der Zusammenarbeit, die nötigen Rahmenbedingungen sowie die zu erbringenden Beiträge der Parteien.

### 1. Gegenstand der Kooperation

Der Joint-Venture-Vertrag beschreibt den Gegenstand der Kooperation und deren Grenzen, die gemeinsam angestrebten Ziele sowie die sich daraus ergebenden Förderpflichten möglichst präzise, sowohl in sachlicher als auch geographischer Hinsicht. Während Verträge zur Gründung einer GbR in anderem Kontext oftmals diese Punkte zur Erhöhung der Flexibilität bewusst weit formulieren, ist die Interessenlage beim Joint-Venture aufgrund eines starken Projektbezuges häufig anders gelagert: Zwar möchten die Joint-Venture-Partner hinsichtlich des konkreten Joint-Venture-Projekts kooperieren, darüber hinausgehende Kooperation und entsprechende Verpflichtungen auf Grundlage dieses Joint-Venture-Vertrags sind aber nicht beabsichtigt. Die Parteien verfolgen im Übrigen eigene Interessen und sind ggf. sogar Konkurrenten.<sup>131</sup> Der im Joint-Venture-Vertrag enthaltene Beschreibung der Kooperation kommt dabei zur Abgrenzung der gemeinsamen Interessensphäre von der individuellen Interessensphäre der jeweiligen Joint-Venture-Partner eine wesentliche Bedeutung zu. Diese Abgrenzung kann als Basis für ein Wettbewerbsverbot der Joint-Venture-Partner gegenüber der Joint-Venture-Gesellschaft dienen.<sup>132</sup> Die Beschreibung der angestrebten Ziele ist naturgemäß mit begrenzter Verbindlichkeit ausgestattet, kann jedoch für die Auslegung der Vereinbarung im Falle von Meinungsverschiedenheiten von Bedeutung sein.<sup>133</sup>

Die Beschreibung der Kooperation und die Formulierung der Pflichten der Joint-Venture-Partner im Joint-Venture-Vertrag wird in aller Regel durch die Parteien vorgenommen. Der Notar kann weitere Präzisierung anregen, wenn er aufgrund ungenauer Formulierungen Konfliktpotential erkennt.

Die im Joint-Venture-Vertrag enthaltene Beschreibung der Kooperation findet im Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft in der Beschreibung des Unternehmensgegenstandes ihren Niederschlag. Diese fällt regelmäßig weniger detailliert aus, sollte jedoch jedenfalls der Beschreibung im Joint-Venture-Vertrag nicht widersprechen.<sup>134</sup> Für den Notar ergibt sich im Übrigen bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen von Kapitalgesellschaften der bekannte Beratungs- und Prüfungsumfang: Die Beschreibung des Unternehmensgegenstandes muss den gesetzlichen Anforderungen (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG) genügen.

### 2. Rahmenbedingungen der Kooperation

Weitere Rahmenbedingungen der Kooperation, die Gegenstand des Joint-Venture-Vertrages sein können, sind etwa Standort, Kapazität und sonstige technische Daten geplanter Produktionsstätten, geschätzte Kosten und etwaige Nachschusspflichten sowie der zeitliche Rahmen.<sup>135</sup> Diese Rahmenbedingungen können unter Umständen als Geschäftsgrundlage des Joint-Venture-Vertrags angesehen werden mit der Konsequenz, dass bei deren Nichteintritt ggf. die Regeln zum Wegfall der Geschäftsgrundlage Anwendung finden (§ 313 BGB: Vertragsanpassung, Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht). Der Notar sollte auf diese Möglichkeit hinweisen. Ist – wie meist – die Anwendung der gesetzlichen Regelungen zum Wegfall der Geschäftsgrundlage aufgrund der damit einhergehenden schwer kalkulierbaren Folgen nicht gewünscht, kann er anregen, durch vertragliche Regelungen Vorsorge zu treffen. Dies kann etwa durch die Vereinbarung von „Sicherheitsmargen“ beim Eintritt der Rahmenbedingungen geschehen; zudem können die gesetzlichen Regelungen weitestgehend durch vertragliche Vereinbarungen über die Konsequenzen einer anderen als der vorausgesetzten Entwicklung für die Zusammenarbeit ersetzt werden.<sup>136</sup>

## III. Vollzug des Joint-Venture-Vertrages („Closing“)

### 1. Errichtung der Joint-Venture-Gesellschaft und weitere Vollzugshandlungen

Der Vollzug des Joint-Venture-Vertrages („Closing“) umfasst regelmäßig die Errichtung der Joint-Venture-Gesellschaft. In diesem Zusammenhang sind ggf. Organe zu bestellen, sonstige Beschlüsse zu fassen und Registeranmeldungen vorzunehmen.<sup>137</sup> Die Joint-Venture-Gesellschaft kann durch gemeinsame Gründung neu entstehen; alternativ kann eine bestehende Gesellschaft als Joint-Venture-

128 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 16 ff.

129 LG Paderborn MittRhNotK 2000, 441 für eine Vereinbarung über den Abschluss eines Umwandlungsvertrages.

130 Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 41.

131 Zum Ganzen Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 420.

132 Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 61; zum Wettbewerbsverbot vgl. C. VI.2.

133 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 132.

134 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 132.

135 Prinz/Hoffmann/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 103-104.

136 Prinz/Hoffmann/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 4. Aufl. 2014, § 23 Rn. 103, 105.

137 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 103.

Gesellschaft genutzt werden, wenn sich ein Joint-Venture-Partner an einer bestehenden Tochtergesellschaft des anderen Partners beteiligt, oder wenn die Partner gemeinsam eine Gesellschaft – etwa eine Vorratsgesellschaft – von einem Dritten erwerben. Auch der Einstieg eines Joint-Venture-Partners in die Tochtergesellschaft des anderen im Wege einer Kapitalerhöhung oder die Errichtung einer gemeinsamen Gesellschaft durch Maßnahmen nach dem UmwG ist denkbar.<sup>138</sup> Vorteile der Verwendung einer bestehenden Gesellschaft als Joint-Venture-Gesellschaft können in der Zeitersparnis liegen sowie darin, dass die Übertragung relevanter Vermögensgegenstände und Vertragsverhältnisse nicht notwendig ist, soweit diese sich bereits im Vermögen der Gesellschaft befinden. Beteiligt sich ein Joint-Venture-Partner an einer Tochtergesellschaft des anderen Partners, die bereits einem tatsächlichen Geschäft nachgeht, besteht eine gewisse Ähnlichkeit zu einem Unternehmenskauf, mit dem Unterschied, dass der Erwerb nur teilweise erfolgt und die Vertragspartner nach dem teilweisen Erwerb zusammenarbeiten.<sup>139</sup>

Ebenfalls zum Vollzug gehört die Übertragung von Vermögensgegenständen an die Joint-Venture-Gesellschaft sowie der Abschluss sonstiger Zusatzvereinbarungen (vgl. C. XI.).<sup>140</sup>

Es bietet sich zur Vermeidung späterer Uneinigkeiten regelmäßig an, die für die Vollzugshandlungen erforderlichen Dokumente, also Verträge, Gesellschafterbeschlüsse, Registeranmeldungen sowie durch die Parteien zu unterzeichnende Vollzugsprotokolle, bereits dem Joint-Venture-Vertrag, aus dem sich die Pflicht zur Vornahme der Vollzugshandlungen ergibt, beizufügen.

## 2. Vollzugsbedingungen

Die Pflicht, die Closing-Handlungen durchzuführen, wird – ähnlich wie in einem Unternehmenskaufvertrag – unter Umständen unter eine Reihe aufschiebender Bedingungen („*Closing Conditions*“) gestellt.<sup>141</sup> Hier kann etwa die Erteilung noch ausstehender Zustimmungen, behördlicher Genehmigungen und der kartellrechtlichen Freigabe zur Bedingung gemacht werden, ebenso aber eine Vielzahl anderer, vom konkreten Sachverhalt abhängigen Bedingungen geregelt werden, wie etwa die Durchführung von Restrukturierungsmaßnahmen durch die Joint-Venture-Partner.

Soll der Notar bestimmte Vollzugshandlungen erst nach Erfüllung von Bedingungen vornehmen, ist darauf zu achten, dass diese Bedingungen für den Notar objektiv überprüfbar sind. Handelt es sich um Bedingungen, deren Einhaltung der Notar selbst nicht prüfen kann, sollte die Vollzugshandlung stattdessen davon abhängig gemacht werden, dass die Parteien dem Notar den Eintritt der Bedingung übereinstimmend schriftlich bestätigen.

Dies sollte durch eine gegenseitige Verpflichtung der Parteien ergänzt werden, diese Bestätigungserklärung abzugeben.

Für den Fall, dass Bedingungen nicht innerhalb des avisierten Zeitrahmens eintreten, kann ein Rücktrittsrecht vereinbart werden. Liegt der Eintritt der Bedingung in der Hand einer der Parteien, ist das Rücktrittsrecht lediglich der anderen Partei einzuräumen. Ein Rücktrittsrecht ist einer Gestaltung, nach der eine Bedingung zum avisierten Zeitpunkt eingetreten sein muss und andernfalls nicht mehr eintreten kann, wegen höherer Flexibilität im Regelfall vorzuziehen.

## IV. Regelungen zur Anwendbarkeit der §§ 705 ff. BGB

Wie oben dargestellt, wird der Joint-Venture-Vertrag regelmäßig als Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts klassifiziert (vgl. B. I.2., B. III.1.). Da die Joint-Venture-Partner ihre Rechtsbeziehung im Joint-Venture-Vertragswerk abschließend regeln möchten, entspricht die Anwendung der §§ 705 ff. BGB typischerweise nicht dem Parteiwillen.

### 1. „No partnership clause“

In der Literatur wird für Gesellschaftervereinbarungen teils die Empfehlung ausgesprochen, durch eine eindeutige Formulierung klarzustellen, dass überhaupt keine Personengesellschaft begründet wird.<sup>142</sup> Fraglich ist, ob diese Klarstellung die gewünschten Folgen herbeiführen kann, da für die Qualifizierung eines Vertrages in erster Linie dessen Inhalt, nicht die Bezeichnung, maßgeblich ist; die vorgeschlagene Formulierung könnte daher eine unbeachtliche *protestatio facto contraria* darstellen.<sup>143</sup> Wünschen die Beteiligten die Aufnahme einer solchen Klausel, sollte der Notar sie jedenfalls darüber belehren, dass – wenn die Klausel die angestrebte Wirkung erzielt – bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen eine Inhaltskontrolle gem. §§ 305 ff. BGB drohen kann, da der Vertrag dann nicht mehr unter die Bereichsausnahme gem. § 310 Abs. 4 S. 1 BGB fällt. Um diesbezügliche Unsicherheiten zu vermeiden, mag es sich stattdessen anbieten, die jeweils ungewünschten gesetzlichen Regelungen ausdrücklich abzubedingen, soweit diese nicht zwingendes Recht darstellen. Zum zwingenden Recht der GbR gehört insbesondere die Kündigungsmöglichkeit sowie ein Minimum an Treuepflicht und Kontrollrechten.<sup>144</sup>

### 2. Beschränkung auf eine Innengesellschaft

Teils wird angeraten, im Joint-Venture-Vertrag klarzustellen, dass durch ihn keine Außengesellschaft entsteht und keiner der Partner befugt ist, als Vertreter der anderen Partner rechtsverbindliche Erklärungen abzugeben oder diese auf andere Weise zu verpflichten.<sup>145</sup> Ein solcher Hin-

138 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 125.

139 Zum Unternehmenskauf statt vieler hier nur Hauschild/Kallrath/Wachter/Hauschild/Böttcher, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 24. In der Praxis hat diese Ausgestaltung kaum Relevanz, da sich der jeweilige Joint-Venture-Partner regelmäßig nicht auf das Risiko der Beteiligung an einer ihm fremden Gesellschaft, deren Risiken er nicht überblicken kann, einlassen möchte.

140 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 103.

141 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 102.

142 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 23.

143 Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 43.

144 Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 42 mwN.

145 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 126.

weis schadet nicht; der gesetzliche Regelfall der GbR ist ohnehin die Gesamtvertretung (§ 714 iVm § 709 Abs. 1 BGB).

### 3. Kündigung

Die GbR ist grundsätzlich jederzeit ordentlich kündbar, wenn sie nicht für eine bestimmte Zeit eingegangen ist (§ 723 Abs. 1 S. 1 BGB). Die Kündigung durch einen Gesellschafter führt grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft, wenn nicht ein anderes vereinbart ist (§ 736 Abs. 1 BGB).

Die jederzeitige anlasslose Kündigung entspricht regelmäßig nicht dem Parteiwillen. Ein völliger Ausschluss des Kündigungsrechts ist indes unzulässig (§ 723 Abs. 3 BGB). Die jederzeitige ordentliche Kündbarkeit kann aber abgedungen werden, indem der Joint-Venture-Vertrag befristet wird<sup>146</sup> bzw. für eine gewisse Zeit das Recht zur ordentlichen Kündigung abgedungen wird.<sup>147</sup> Letzteres erscheint die zweckmäßigere Variante, da die automatische Beendigung im Falle der Befristung selten dem Interesse der Parteien entsprechen dürfte, die bei Abschluss des Joint-Venture-Vertrages kaum einen präzisen Zeitpunkt voraussehen können, zu dem sie ihre Zusammenarbeit definitiv beenden wollen.

Eine übermäßige zeitliche Beschränkung des Rechts zur ordentlichen Kündigung, die in ihren praktischen Wirkungen dem Ausschluss für unbestimmte Zeit gleichkommt, ist allerdings ebenfalls unzulässig. Da eine kalendermäßige Festlegung der Dauer nicht erforderlich ist, kann auch auf den Eintritt eines bestimmten Ereignisses, etwa die Realisierung eines Projektes, abgestellt werden.<sup>148</sup> Die Grenze der zulässigen Beschränkung ist im Einzelfall unter Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere der Interessen und dem Umfang der Pflichten der Gesellschafter und der Art und dem Zweck der GbR zu bestimmen.<sup>149</sup> Eine Frist von dreißig Jahren kann dabei als Richtschnur dienen und sollte nicht überschritten werden.<sup>150</sup> In der Joint-Venture-spezifischen Literatur wird etwa eine Befristung auf 10 Jahre mit Verhandlungsabrede oder automatischer Verlängerungsoption vorgeschlagen.<sup>151</sup> Bei der Ausgestaltung einer automatischen Verlängerungsoption ist indes wiederum zu beachten, dass die praktische Wirkung nicht die Schwelle des Ausschlusses der ordentlichen Kündigung auf unbestimmte Zeit überschreitet. Eine salvatorische Klausel kann unter Umständen die Möglichkeit einer geltungserhaltenden Reduktion eröffnen.<sup>152</sup>

Denkbar ist natürlich auch die Einräumung eines ordentlichen Kündigungsrechts während der gesamten Vertrags-

laufzeit. Es dürfte dann in den meisten Fällen ratsam sein, dessen Ausübung ohne besondere Begründung zuzulassen, um langwierige und kostspielige Streitigkeiten sowie einen längeren Zeitraum der Rechtsunsicherheit bezüglich der Wirksamkeit der ausgesprochenen ordentlichen Kündigung zu vermeiden.<sup>153</sup>

Nicht ausgeschlossen werden kann zudem das Recht auf außerordentliche Kündigung aus wichtigem Grund (§ 723 Abs. 1 S. 2 BGB). Hier kann es sich anbieten, in nicht abschließender Weise („insbesondere“) Fallgruppen zu definieren, die einen wichtigen Grund darstellen. Zwar kann durch Nichterwähnung ein Sachverhalt, der einen wichtigen Grund darstellt, nicht als Kündigungsgrund ausgeschlossen werden. Es mag aber sinnvoll sein, Schwellen zu definieren, die nach dem gemeinsamen Verständnis der Parteien mindestens erreicht sein müssen, damit eine außerordentliche Kündigung gerechtfertigt ist.<sup>154</sup> Denkbar sind hier insbesondere die Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an einem Joint-Venture-Partner in der Art, dass sie dem Eindringen eines Dritten in das Joint-Venture gleichkämen (*change of control*), die Verletzung wesentlicher Pflichten aus dem Joint-Venture-Vertrag trotz schriftlicher Abmahnung für einen gewissen Zeitraum oder sonstige schwere Verstöße gegen den Joint-Venture-Vertrag, die Insolvenz eines Joint-Venture-Partners und die Pfändung von Geschäftsanteilen eines Joint-Venture-Partners im Rahmen eines Zwangsvollstreckungsverfahrens.<sup>155</sup>

Für den Fall der wirksamen Kündigung ist regelmäßig nicht gewünscht, dass der kündigende Joint-Venture-Partner weiterhin an der Joint-Venture-Gesellschaft beteiligt ist. Daher ist zu regeln, was im Fall der Kündigung des Joint-Venture-Vertrags mit der Beteiligung geschehen soll. Wenngleich eine gütliche Einigung der auseinandergehenden Joint-Venture-Partner stets vorzugswürdig ist, sollte der Joint-Venture-Vertrag auch Regelungen für den Fall vorsehen, dass eine Einigung nicht zustande kommt. Teils wird vorgeschlagen, in der Satzung zu regeln, dass die außerordentliche Kündigung des Joint-Venture-Vertrags eine Zwangseinziehung der Geschäftsanteile ermöglicht.<sup>156</sup> Es bietet sich in der Tat an, die Tatbestände, die eine außerordentliche Hinauskündigung eines Joint-Venture-Partners durch die anderen Joint-Venture-Partner aus dem Joint-Venture-Vertrag ermöglichen, zugleich als Einziehungsvoraussetzung zu definieren. Ob umgekehrt aber für den Fall, dass ein Joint-Venture-Partner den Joint-Venture-Vertrag zwar kündigt, aber seine Beteiligung an der Joint-Venture-Gesellschaft nicht abzugeben bereit ist, die Kündigung des Joint-Venture-Vertrags als Einziehungsvoraussetzung iSd § 34 Abs. 2 GmbHG in der Satzung definiert werden kann, ist fraglich, wenn der Joint-Venture-Vertrag – wie regelmäßig – nicht zum Handelsregister eingereicht wird.<sup>157</sup> Denn dann ist dieser – aus Gründen des Gesellschafterschutzes zwingend in der Satzung zu regeln – Satzungsbestandteil nicht allein auf Grundlage der

146 So die Empfehlung bei Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 530.

147 Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020 § 723 Rn. 2.

148 BGH NJW 1953, 1217; Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020 § 723 Rn. 3.

149 MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 723 Rn. 66; Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020 § 723 Rn. 2.

150 BGH NZG 2012, 984; BGH NJW 2007, 295; MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 723 Rn. 66; Seibt/Giesen, BeckFormularbuch M&A, 3. Aufl. 2018, Formular G. II. Anm. 45; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 530.

151 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 530.

152 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 2 Rn. 428; Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 63.

153 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 552.

154 Eine beispielhafte Formulierung findet sich bei Seibt/Giesen, BeckFormularbuch M&A, 3. Aufl. 2018, G. II. § 19.2 sowie Anm. 47.

155 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 553.

156 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 605. Eine beispielhafte Formulierung findet sich bei Seibt/Giesen, BeckFormularbuch M&A, 3. Aufl. 2018, G. III. § 21 sowie G. II. § 19.

157 Vgl. B. IV.2.

beim Handelsregister befindlichen Dokumente verständlich. Der Notar sollte, wenn eine solche Regelung gewünscht ist, jedenfalls auf das damit verbundene Risiko hinweisen. Zweckmäßiger erscheint es, im Joint-Venture-Vertrag jedenfalls zusätzlich vorzusehen, dass der kündigende Joint-Venture-Partner seine Beteiligung den übrigen Gesellschaftern zum Kauf anbieten muss. Insofern lässt sich argumentieren, dass es sich dabei lediglich um eine Vereinbarung über die Kündigungsfolgen handelt, die auch zulässig ist, soweit sie in ihrer Wirkung nicht einem Ausschluss iSd § 723 Abs. 3 BGB gleichkommt.<sup>158</sup>

#### 4. Auflösung der Gesellschaft bei Insolvenz, Erlöschen und Tod

Die GbR wird durch den Tod eines Gesellschafters aufgelöst, wenn nicht ein anderes vereinbart ist (§ 727 Abs. 1 BGB). Dem Tod steht die Vollbeendigung einer juristischen Person gleich.<sup>159</sup> Auch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters führt zur Auflösung der Gesellschaft (§ 728 Abs. 2 S. 1 BGB).

Besteht das Joint-Venture aus mehr als zwei Joint-Venture-Partnern, so ist regelmäßig nicht gewünscht, dass die genannten Ereignisse bei einem der Gesellschafter automatisch zur Auflösung der GbR führen. Die Rechtsfolge ist abdingbar; die GbR kann dann unter den verbleibenden Gesellschaftern fortgesetzt werden.<sup>160</sup> Es kann sinnvoll sein, den verbleibenden Joint-Venture-Partnern für diesen Fall die Möglichkeit eines Exits einzuräumen (vgl. C. IX.). Im Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft kann parallel eine Regelung zur Einziehung der Anteile in den genannten Fällen vorgesehen werden.

#### V. Kontrollausübung der Joint-Venture-Partner in der Joint-Venture-Gesellschaft

Die Joint-Venture-Partner haben regelmäßig ein Interesse daran, aktiven Einfluss auf die Geschäftstätigkeit der Joint-Venture-Gesellschaft zu nehmen.<sup>161</sup> Dies geschieht einerseits durch Ausübung der Stimmrechte als Gesellschafter. Um diese für alle Joint-Venture-Partner berechenbar zu gestalten, kann die Ausübung der Stimmrechte zum Gegenstand einer Stimmbindungsvereinbarung gemacht werden (1.). Zusätzliche Einflussmöglichkeiten können gewährt werden durch die Einräumung zusätzlicher Informations- und Kontrollrechte, die Schaffung eines Aufsichtsorgans und die Einräumung diesbezüglicher Entsendungsrechte (2.).

##### 1. Stimmbindungsvereinbarungen

Häufig werden im Joint-Venture-Vertrag Stimmbindungsvereinbarungen getroffen.<sup>162</sup> Diese können eine Vielzahl von Themenkreisen betreffen, weswegen sich eine ab-

schließende Aufzählung verbietet. Beispielhaft seien die Bestellung von Geschäftsführern, die Einrichtung von Aufsicht- oder Beirat, künftige Kapitalerhöhungen, künftige Ausschüttungen oder die Liefer- und Leistungsbeziehungen der Joint-Venture-Gesellschaft genannt.<sup>163</sup>

Zweckmäßig kann darüber hinaus als „Auffangregelung“ eine allgemeine Verpflichtung sein, das Stimmrecht in der Weise auszuüben, dass die Joint-Venture-Gesellschaft sich gemäß den Vorgaben des Joint-Venture-Vertrages verhält.<sup>164</sup> Da die Joint-Venture-Gesellschaft meist nicht Partei des Joint-Venture-Vertrages ist, ist diese nämlich selbst nicht an die dort getroffenen Vereinbarungen gebunden.<sup>165</sup>

Nicht zulässig sind unter anderem Stimmbindungsvereinbarungen zu Gunsten der Gesellschaft, ihrer Leitungsorgane oder eines von ihr abhängigen Dritten. Dies folgt aus § 136 Abs. 2 S. 1 AktG, der analog auch für die GmbH gilt.<sup>166</sup>

Im Widerspruch zur Stimmbindungsabrede abgegebene Stimmen sind grundsätzlich wirksam.<sup>167</sup> Zur Durchsetzung der Stimmbindungsabrede können Vertragsstrafen oder ein Verlust der Beteiligung etwa durch Verpflichtung zur Übertragung vorgesehen werden.<sup>168</sup> Zwar ist der Erfüllungsanspruch grundsätzlich auch einklagbar, ein entsprechendes Urteil ließe sich aber im Regelfall nicht rechtzeitig erwirken; einstweiliger Rechtsschutz kommt wegen des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache nur in Betracht, wenn ein Verbot, in einer bestimmten Weise abzustimmen, durchgesetzt werden soll.<sup>169</sup>

##### 2. Informations- und Kontrollrechte, Aufsichtsorgan und Entsendungsrechte

Den Joint-Venture-Partnern stehen die gesetzlichen Auskunfts- und Einsichtsrechte zu (§ 51 a GmbHG, § 131 AktG, § 166 HGB). Insbesondere die Rechte der Aktionäre und Kommanditisten sind indes beschränkt. Im Falle der GmbH & Co. KG stehen den Joint-Venture-Partnern als Gesellschaftern der Komplementärin zwar auch wiederum die Rechte nach § 51 a GmbHG zu. Auch diese bestehen indes nur auf Verlangen, so dass eine unaufgeforderte Berichterstattung nicht erfasst ist, und steht im Spannungsverhältnis zur Geheimhaltungspflicht, die aus

158 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 64 mwN.

159 Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/Bergmann, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 727 BGB Rn. 3.

160 Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl. 2020, § 728 Rn. 1.

161 Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 67.

162 Allgemein zu Stimmbindungsvereinbarungen Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 8 Rn. 209 ff.

163 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 422; Müller/Hoffmann/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 2002, § 23 Rn. 109; Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 171.

164 Müller/Hoffmann/Stengel, BeckHB PersGes, 2002, § 23 Rn. 109; Formulierungsbeispiel bei Hoffmann-Becking/Gebele/Wentrup, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, 28. Konsortialvertrag eines Gemeinschaftsunternehmens, § 12 Abs. (3) des Formulars: „Soweit die Bestimmungen dieses Vertrags oder in Einklang mit diesem Vertrag getroffene Entscheidungen der Umsetzung auf Ebene der Joint-Venture-Gesellschaft bedürfen, ist jede Partei verpflichtet, nach besten Kräften für die umgehende Umsetzung auf Ebene der Gesellschaft zu sorgen.“

165 Vgl. B. V.

166 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, 22. Aufl. 2019, § 47 Rn. 115; auch zu weiteren, für das Joint-Venture weniger relevanten Fällen unzulässiger Stimmbindungsvereinbarungen vgl. Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 67.

167 Vgl. zur möglichen Anfechtbarkeit aufgrund eines Verstoßes gegen den Joint-Venture-Vertrag B. III.3.

168 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 81.

169 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 82.

der organschaftlichen Treuepflicht bzw. der Pflicht zur sorgfältigen Geschäftsführung folgt (vgl. § 85 GmbHG).<sup>170</sup>

Dem kann abgeholfen werden, indem vertraglich mit der Gesellschaft eine Pflicht zur unaufgeforderten Berichterstattung vereinbart wird; da die Gesellschaft am Joint-Venture-Vertrag nicht beteiligt ist, kann dort nur geregelt werden, dass die Joint-Venture-Partner auf den Abschluss der entsprechenden Vereinbarung durch die Gesellschaft hinwirken.<sup>171</sup>

Zudem kann in der Satzung ein Aufsichtsorgan – ein Aufsichtsrat oder ein Beirat – geschaffen werden, in das die Joint-Venture-Partner Mitglieder entsenden können und das originäre Informations- und Kontrollrechte hat.<sup>172</sup> Dieses Organ kann auch weitere Funktionen wahrnehmen, etwa Entscheidungsblockaden auflösen (vgl. VIII.3.).

Um sicherzustellen, dass die Geschäftsführung und etwaige Aufsichtsgremien im vereinbarten Verhältnis durch die Joint-Venture-Partner besetzt werden können, können wiederum Regelungen mit schuldrechtlicher Wirkung in den Joint-Venture-Vertrag oder echte Benennungs- und Entsendungsrechte in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden.<sup>173</sup>

## VI. Regelungen mit wettbewerbsrechtlichem Bezug

Bei Joint-Venture-Partnern handelt es sich in vielen Fällen um Unternehmen, die außerhalb des Joint-Ventures als Wettbewerber am Markt agieren. Vor diesem Hintergrund kann das Kartellrecht – geregelt im GWB sowie in der Fusionskontrollverordnung (VO Nr. 139/2004 des Rates) – erhebliche Relevanz entfalten. Die Kartellrechtmäßigkeit ist unbedingt sicherzustellen (1.). Um schädliches Wettbewerbsverhalten im Rahmen des gesetzlich erlaubten zu verhindern, ist oftmals ein Wettbewerbsverbot ein zentraler Teil des Vertragswerkes (2.).

### 1. Sicherstellung der Kartellrechtmäßigkeit

Bei Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen besteht eine Meldepflicht gegenüber den Behörden sowie ein Vollzugsverbot vor Erteilung der behördlichen Freigabe (§§ 39 Abs. 2, 41 Abs. 1 S. 1 GWB), unter Umständen verstößt der Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot (§ 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1, 2 AEUV). Einen Anhaltspunkt für eine kartellrechtswidrige Zusammenarbeit bildet insbesondere eine Fortsetzung der Tätigkeit der Mutterunternehmen auf demselben Markt wie die Joint-Venture-Gesellschaft; der BGH spricht dann von einem kooperativen Gemeinschaftsunternehmen, in Abgrenzung zu einem konzentrativen Gemeinschaftsunternehmen, das sämtliche Funktionen eines selbständigen Unternehmens wahrnimmt,

170 BGHZ 64, 325 (327) = NJW 1975, 1412; Scholz/Schneider, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 43, Rn. 144; Herrler/Stopp, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 9 Rn. 100.

171 Für den Beteiligungsvertrag vgl. Thelen RNotZ 2020, 121 (130); Herrler/Stopp, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 9 Rn. 100.

172 Seibt/Giesen, BeckFormularbuch M&A, 3. Aufl. 2018, Formular G. II. Anm. 35.

173 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 134.

marktbezogene Leistungen erbringt und nicht ausschließlich oder überwiegend auf demselben Markt wie die Mutterunternehmen tätig ist.<sup>174</sup>

Ein Verstoß gegen kartellrechtliche Vorschriften kann zur Nichtigkeit der betroffenen Rechtsgeschäfte führen (§ 134 BGB iVm § 1 GWB bzw. Art. 101 Abs. 1, 2 AEUV). Ist Gegenstand des betroffenen Rechtsgeschäfts die Gründung einer Gesellschaft, kann dies dazu führen, dass die Gesellschaft als rechtlich nicht existent zu behandeln ist. Diesbezüglich ist zwischen Kapital- und Personengesellschaften zu unterscheiden: Kapitalgesellschaften entstehen grundsätzlich wirksam als juristische Person, wenn sie zur Eintragung gelangen.<sup>175</sup> Zwar müsste die Eintragung solcher Gesellschaften, deren Gesellschaftsvertrag einen Kartellverstoß darstellt, vom Registergericht abgelehnt werden (§ 9 c GmbHG; § 38 AktG). Erfolgt die Eintragung aber dennoch – in der Regel wegen Unkenntnis des Registergerichts vom Kartellverstoß – so überwindet deren konstitutive Wirkung nach herrschender Ansicht den Kartellverstoß (vgl. § 41 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 GWB), die Gesellschaft kann allerdings mit Wirkung für die Zukunft in Folge einer Nichtigkeitsklage aufgelöst werden (§ 75 Abs. 2 GmbHG, § 275 Abs. 1 AktG).<sup>176</sup> Gravierender sind die Folgen von Kartellrechtsverstößen in Bezug auf Verträge zur Gründung einer Personengesellschaft: Die Gesellschaft ist nach Ansicht eines großen Teils der Rechtsprechung als von Anfang an nicht existent anzusehen.<sup>177</sup> Zwar sprechen die besseren Argumente dafür, stattdessen die kartellrechtswidrige Personengesellschaft als fehlerhafte Gesellschaft anzuerkennen: Nur so sind Gläubigerschutz und Rechtssicherheit und ein Wertungsgleichklang mit der Behandlung von Kapitalgesellschaften erreicht, die abschreckende Wirkung des Kartellverbotes bliebe gewahrt, und die fehlerhafte Gesellschaft kann als Instrument zum Erreichen eines rechtskonformen Zustandes genutzt werden.<sup>178</sup> Die Rechtsprechung, die mit dem Verweis auf die Einheit der Rechtsordnung und die vorrangigen durch das Kartellverbot geschützten Interessen die Gesellschaft als nicht existent betrachtet, kann indes in der Beratungspraxis nicht außer Acht gelassen werden.

Die Anmeldepflichten gegenüber den Behörden und das Vollzugsverbot treffen grundsätzlich die beteiligten Un-

174 BGH NZG 2010, 76 Rn. 17; BGH NJW 1986, 1874; BGH NJW 2001, 3782.

175 Staudinger/Sack/Seibl, BGB, 2017, § 134 Rn. 134.

176 Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Roth/Ackermann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 94. Lieferung 2019, § 1 GWB Rn. 121; Spiering/Hacker RNotZ 2014, 349 (351) mwN. Die vereinzelt in der Literatur (vgl. Paschke ZHR 1991, 1 [20]) vertretene Auffassung, dass die Gesellschaft bis zur Liquidation nur im Außenverhältnis zugunsten ihrer Gläubiger anzuerkennen sei, sich die Nichtigkeit nach § 134 BGB im Innenverhältnis aber durchsetze, ist wegen des Verstoßes gegen verbandsrechtliche Grundwertungen abzulehnen, Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Roth/Ackermann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 94. Lieferung 2019, § 1 GWB Rn. 121.

177 BGH GRUR 1991, 396 (398); implizit BGH 4.3.2008 – KVZ 55/07 – Nord-KS/Xella, Rn. 16; aA OLG Stuttgart 20.2.1970 – 2 U (Kart) 66/69 – Fahrschulverkauf, WuW/E OLG 1083 (1090); Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Roth/Ackermann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 94. Lieferung 2019, § 1 GWB Rn. 121; Staudinger/Sack/Seibl, BGB, 2017, § 134 Rn. 130, 134; Spiering/Hacker RNotZ 2014, 349 (351) mwN.

178 Jaeger/Kokott/Pohlmann/Schroeder/Roth/Ackermann, Frankfurter Kommentar zum Kartellrecht, 94. Lieferung 2019, § 1 GWB Rn. 122; Spiering/Hacker RNotZ 2014, 349 (353 sowie 355 ff.) zu den Möglichkeiten der Herstellung eines rechtskonformen Zustandes vor dem Hintergrund der Auffassung der Rechtsprechung durch Veränderung des Tätigkeitsbereichs der Gesellschaft oder des Gesellschafterkreises.

ternehmen (§§ 39 Abs. 2, 41 Abs. 1 S. 1 GWB), die damit meist spezialisierte Rechtsanwälte mandatieren. Für den Notar wird es bereits vom zeitlichen und organisatorischen Aufwand her nicht möglich sein, eine detaillierte kartellrechtliche Prüfung vorzunehmen. Erlangt der Notar Kenntnis davon, dass die Umsätze die gesetzlichen Schwellenwerte erreichen, bietet sich ein entsprechender Hinweis an. Allgemein kann er auf die drohende Unwirksamkeit sowie darauf, dass er die kartellrechtliche Zulässigkeit nicht überprüft hat, hinweisen und die Aussage der Parteien zum Ergebnis ihrer eigenen kartellrechtlichen Prüfung dokumentieren.<sup>179</sup> Zudem sollte auf die Gestaltungsmöglichkeit hingewiesen werden, die Transaktion unter die aufschiebende Bedingung zu stellen, dass die Kartellbehörde die Anmeldepflicht verneint, die Freigabe erteilt oder eine solche durch Fristablauf fingiert wird.<sup>180</sup> In diesem Zusammenhang kann eine Verpflichtung der Parteien geregelt werden, die behördliche Anmeldung vorzunehmen und alle dabei notwendigen Mitwirkungshandlungen zu unternehmen, insbesondere erforderliche Informationen zur Verfügung zu stellen; zudem kann geregelt werden, inwieweit die Parteien verpflichtet sind, Bedingungen oder Auflagen zu erfüllen, die die Behörde für die kartellrechtliche Freigabe macht, und die Einlegung von Rechtsmitteln gegen die behördliche Entscheidung zu unterstützen.<sup>181</sup>

## 2. Wettbewerbsverbot

Für die Joint-Venture-Partner stellt sich regelmäßig die Frage, ob sie und etwaige ihnen verbundene Unternehmen auf dem Geschäftsfeld der Joint-Venture-Gesellschaft weiterhin geschäftlich tätig werden können. Dies ist insbesondere dann relevant, wenn – wie häufig – die Partner in derselben Branche tätig sind, also etwa wenn sich Konkurrenten im Hinblick auf die Erreichung eines bestimmten Ziels im Rahmen des Joint-Ventures zusammenschließen. Hier besteht die Gefahr, dass die Partner das über die Joint-Venture-Gesellschaft oder den Joint-Venture-Partner gewonnene Wissen zum eigenen Vorteil verwenden.

Regelmäßig bildet daher ein Wettbewerbsverbot ein Kernelement des Joint-Venture-Vertragswerks.<sup>182</sup> Für die Bestimmung der Reichweite des Wettbewerbsverbots ist auf den Unternehmensgegenstand des Joint-Ventures abzustellen, der aus diesem Grund möglichst präzise zu definieren ist (vgl. C. II.). Wird – was nicht unüblich ist – das Wettbewerbsverbot sowohl in der Satzung als auch in detaillierter Form im Joint-Venture-Vertrag geregelt,<sup>183</sup> kann in der Satzung natürlich nur auf die auch dort enthaltene Beschreibung des Unternehmensgegenstandes Bezug genommen werden.

Auch ohne eine Regelung in Gesellschaftsvertrag oder Joint-Venture-Vertrag kann sich ein ungeschriebenes Wettbewerbsverbot der Gesellschafter im Tätigkeitsfeld der Gesellschaft ergeben. Bei Personengesellschaften sind Kommanditisten zwar grundsätzlich vom gesetzlichen

Wettbewerbsverbot (§ 112 HGB) ausgenommen (§ 165 HGB), herrschende Gesellschafter mit maßgeblichem Einfluss auf die Geschäftsführung können aber – unabhängig von der dogmatischen Begründung als Ausfluss der Treuepflicht oder als Anwendungsfall von § 112 HGB – auch ohne ausdrückliche Regelung einem Wettbewerbsverbot unterliegen.<sup>184</sup> Für Gesellschafter einer GmbH kann sich ein ungeschriebenes Wettbewerbsverbot dogmatisch entweder aus § 88 AktG bzw. § 112 HGB in analoger Anwendung oder als Ausfluss der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ergeben. Als Voraussetzung für dieses ungeschriebene Wettbewerbsverbot stellte der BGH darauf ab, dass „ein maßgeblicher Einfluss auf die Geschäftsführung besteht“, der Gesellschafter „ausschlaggebend die Geschicke der Gesellschaft bestimmt“ und von seinen Möglichkeiten zur Herrschaft und Informationserlangung zu Lasten der Gesellschaft Gebrauch machen kann.<sup>185</sup> Schließlich ist zu berücksichtigen, dass nach dem Rechtsgedanken des § 112 Abs. 2 HGB bezüglich einer bereits vor Gründung der Gesellschaft bestehenden Wettbewerbstätigkeit die Einwilligung der anderen Gesellschafter als erteilt angesehen werden kann.

Ob im Einzelfall die Einflussmöglichkeiten über die Beteiligung und die im Joint-Venture-Vertrag getroffenen Abreden für ein ungeschriebenes Wettbewerbsverbot ausreichen, ist damit im Ergebnis äußerst schwierig zu prognostizieren.<sup>186</sup> Es sollte daher in jedem Fall eine ausdrückliche Regelung getroffen werden, um einerseits sicherzustellen, dass ein Wettbewerbsverbot im gewünschten Umfang besteht und andererseits nicht ein ungeschriebenes Wettbewerbsverbot von größerer als beabsichtigter Reichweite zu Stande kommt.

Bei der Formulierung ist sicherzustellen, dass das Wettbewerbsverbot nicht gegen die einschlägigen Vorschriften des deutschen und europäischen Kartellrechts (§ 1 GWB, Art. 101 AEUV) verstößt. Für einen Verstoß gegen das Kartellrecht ist zudem eine spürbare Marktbeeinflussung erforderlich, die bei kleinen Gesellschaften unter Umständen nicht erreicht wird; hier wird üblicherweise auf einen Marktanteil von 5 % abgestellt.<sup>187</sup>

Es sind nur solche Wettbewerbsverbote zulässig, die notwendig sind, um im Übrigen kartellrechtsneutrale Gemeinschaftsunternehmen in Bestand und Funktionsfähigkeit zu erhalten und vor Aushöhlung und Zerstörung durch ihre Gesellschafter zu schützen; die Notwendigkeit kann sich dabei auch daraus ergeben, dass der Minderheitsgesellschafter strategisch wichtige Unternehmensentscheidungen blockieren kann.<sup>188</sup> Auf Ebene des Gemeinschaftsrechts der Europäischen Union ergeben sich Leitlinien für den zulässigen Umfang aus der jüngsten Bekanntmachung der Kommission über Einschränkungen des Wettbewerbs, die mit der Durchführung von Unternehmenszusammenschlüssen unmittelbar verbunden und für diese notwendig sind vom 5.3.2005 (2005/C 56/03) („Nebenabreden-Bekanntmachung“), die zwar nicht die Gerichte bindet, aber als Auslegungshilfe herangezogen wird. Danach sind Wettbewerbsverbote zwischen Joint-Venture-Partnern und Joint-Venture-Gesellschaft zulässig, wenn sie sich auf

179 Vgl. *Kordel* RNotZ 2008, 78 (85); Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, *NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 130.

180 Ein Beispiel für eine entsprechende Formulierung im Kontext von Immobilienverträgen findet sich bei *Kordel* RNotZ 2008, 78 (85).

181 Ein Beispiel für eine entsprechende Formulierung findet sich bei *Seibt/Giesen*, *BeckFormularbuch Mergers & Acquisitions*, 3. Aufl. 2018, G. II. § 20.

182 Vertiefend zur Thematik *Rudersdorf* RNotZ 2011, 509.

183 *Schulte/Schwindt/Kuhn/Schulte*, *Joint-Ventures*, 2009, § 4 Rn. 47.

184 BGH NJW 1984, 1351.

185 BGH NJW 1984, 1351 (1352).

186 Zum Meinungsstand bzgl. der GmbH vgl. *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, *Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis*, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 301 ff.

187 *Weitmauer/Grob* GWR 2014, 185 (188).

188 BGH NZG 2010, 76, Rn. 15 ff., 23 ff.

die Waren, Dienstleistungen und Gebiete beziehen, die in den Gründungsdokumenten vorgesehen sind und so lange Wirkung entfalten, wie das Gemeinschaftsunternehmen besteht.<sup>189</sup> Ein Fortdauern für die Zeit nach Bestehen des Joint-Ventures ist damit indes nicht per se unzulässig. Bei der Auflösung handelt es sich um einen separat zu würdigenden Vorgang. Das Wettbewerbsverbot kann eine zulässige Nebenabrede zu diesem Vorgang darstellen.<sup>190</sup> Zeitlich wird häufig ein Zeitraum von zwei bis drei Jahren nach Ende der Gesellschafterstellung für zulässig gehalten.<sup>191</sup>

Zudem ist das Wettbewerbsverbot am Maßstab des § 138 BGB zu messen. Auch hier ist die gegenständliche, räumliche und zeitliche Angemessenheit zu prüfen. Während das Kartellrecht den Schutz des Wettbewerbs als solchen bezweckt, ist hier zu prüfen, ob die Interessen des durch das Wettbewerbsverbot Begünstigten die Einschränkung der belasteten Partei rechtfertigen.<sup>192</sup>

Eine geltungserhaltende Reduktion eines gegenständlich zu weit gefassten Wettbewerbsverbotes kommt nicht in Betracht, da dies einer Vertragsgestaltung durch das Gericht gleichkäme.<sup>193</sup> Bei zeitlich zu weit gefassten Wettbewerbsverboten kommt eine solche grundsätzlich in Betracht, bei räumlich zu weit gefassten hat der BGH dies offen gelassen.<sup>194</sup> Die Begrenzung auf das inhaltlich zulässige ist daher von erheblicher Bedeutung; bestehen die Parteien auf einer weiteren Formulierung, sollte der Notar seinen entsprechenden Hinweis dokumentieren. Zwar ist umstritten, ob eine salvatorische Klausel den Spielraum für eine teleologische Reduktion erweitert, die Aufnahme einer solchen ist indes vorsorglich zu empfehlen.<sup>195</sup>

Innerhalb des zulässigen Rahmens kann es zweckmäßig sein, nicht nur Aktivitäten zu inkludieren, bei denen der Joint-Venture Partner selbst im Wettbewerb auftritt, sondern auch die Betätigung über Tochterunternehmen; da diese nicht am Joint-Venture-Vertrag beteiligt sein werden, ist hier darauf abzustellen, dass der Joint-Venture-Partner seinen Einfluss als Gesellschafter entsprechend auszuüben hat.<sup>196</sup> Auch ein Verbot der Beteiligung an konkurrierenden Unternehmen kann zulässig sein, solange die Beteiligung nicht allein Investitionszwecken dient; zur Abgrenzung kommt es weniger auf die Beteiligungshöhe an, sondern eher auf Leitungsbefugnisse und Einflussrechte.<sup>197</sup>

Im Zusammenhang mit dem Wettbewerbsverbot werden häufig auch Abwerbeverbote vereinbart. Diese sollen ver-

hindern, dass die Joint-Venture-Partner Personal der Joint-Venture-Gesellschaft – welches ggf. sogar durch die anderen Partner dorthin entsandt wurde – für ihre eigene Organisation abwerben, um von dessen Know-How zu profitieren. Solch eine Regelung kann hinsichtlich ihrer Wirksamkeit auf Bedenken stoßen, wenn sie die Berufsausübungsfreiheit der Mitarbeiter im Sinne einer Vereinbarung zu Lasten Dritter über Gebühr einschränkt, etwa weil der betreffende Markt so eng ist, dass kaum Alternativen für eine Beschäftigung an anderer Stelle bestehen.<sup>198</sup>

Auf der Rechtsfolgenseite kann eine Verletzung des Wettbewerbs- sowie des Abwerbeverbotes zunächst einen Unterlassungs- bzw. Schadensersatzanspruch begründen. Da der Schaden typischerweise schwierig nachzuweisen ist, kann sich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe oder, noch weitergehend, eines Verlustes der Beteiligung, etwa über eine Pflicht zur Abtretung, anbieten.

## VII. Regelungen im Zusammenhang mit Änderungen im Gesellschafterkreis

### 1. Regelungen zur Verhinderung unerwünschter Änderungen des Gesellschafterkreises

Da Joint-Ventures auf eine strategische Zusammenarbeit der Joint-Venture-Partner ausgerichtet sind, wünschen diese in aller Regel nicht, dass einer von ihnen seine Beteiligung ganz oder teilweise frei veräußern kann. Eine Veräußerung kann eine Reihe unerwünschter Folgen mit sich bringen: Erwirbt einer von mehreren Mitgesellschaftern, kann dies eine Verschiebung in dem ursprünglich austarierten Stimmgleichgewicht verursachen. Erwirbt ein außenstehender Dritter, so dringt eine unbekanntete Partei in eine auf Vertrauen basierende Arbeitsbeziehung ein; zudem kann der Dritte etwaige während der Kooperation zu erbringende spezifische Beiträge unter Umständen nicht in gleicher Weise erbringen. Schließlich besteht die Gefahr, dass ein Konkurrent durch Erwerb einer Beteiligung an der Joint-Venture-Gesellschaft Einblicke in deren Tätigkeit erhalten kann. Zur Verhinderung unerwünschter Überfremdung der Joint-Venture-Gesellschaft können insbesondere Vinkulierungsklauseln, oft kombiniert mit Vorerwerbsrechten, sowie Einziehungsregelungen dienen.

#### a) Vinkulierung

##### aa) Grundsätzliches

Handelt es sich bei der Joint-Venture-Gesellschaft um eine GmbH, so wird die grundsätzlich freie Übertragbarkeit der Beteiligung (§ 15 Abs. 1 GmbHG) regelmäßig durch eine Vinkulierungsklausel im Gesellschaftsvertrag (§ 15 Abs. 5 GmbHG) eingeschränkt, insbesondere an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter geknüpft.<sup>199</sup> Es empfiehlt sich, neben der Abtretung auch die Belastung, insbesondere durch Nießbrauch und Verpfändung, unter die-

189 Nebenabreden-Bekanntmachung Rn. 36 ff.; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 5 Rn. 88; Kap. 7 Rn. 662.

190 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 73.

191 Rudersdorf RNotZ 2011, 509, 525; Weitnauer/Grob GWR 2014, 185 (191).

192 Weitnauer/Grob GWR 2014, 185 (188).

193 Vgl. OLG München NZA-RR 2019, 82 Rn. 14 zur Nichtzulässigkeit der geltungserhaltenden Reduktion bei einem dem Gegenstand nach zu weit gefassten Wettbewerbsverbot sowie zur etwaigen Zulässigkeit in zeitlicher und örtlicher Hinsicht; vgl. auch Rudersdorf RNotZ 2011, 509 (526).

194 BGH NJW 1994, 384 (386); Rudersdorf RNotZ 2011, 509 (526) mwN.

195 Weitnauer/Grob GWR 2014, 185 (189); Rudersdorf RNotZ 2011, 509 (526).

196 Schulte/Schwindt/Kuhn/Schulte, Joint-Ventures, 2009, § 4 Rn. 46; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 663.

197 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 5 Rn. 88 mwN; vgl. auch im Übernahmekontext: Nebenabreden-Bekanntmachung Rn. 25.

198 Schulte/Schwindt/Kuhn/Schulte, Joint-Ventures, 2009, § 4 Rn. 48.

199 Ein völliger Ausschluss – so dass eine Veräußerung nur noch durch satzungsändernden Beschluss ermöglicht werden kann – wäre nach hM ebenfalls zulässig, Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 68; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 387, ist aber wegen des oft temporären Charakters der Kooperation sowie wegen der möglichen Notwendigkeit einer Anteilsveräußerung in einer Blockadesituation (vgl. VIII., IX.) regelmäßig nicht gewünscht.

se Voraussetzung zu stellen.<sup>200</sup> Bei einer Aktiengesellschaft ist dies nur begrenzt möglich, da der Grundsatz der freien Übertragbarkeit der Aktien in der Satzung nur in den Grenzen des § 68 Abs. 2 AktG eingeschränkt werden kann.<sup>201</sup> Handelt es sich bei der Joint-Venture-Gesellschaft um eine Personengesellschaft, so ist ohnehin die Zustimmung der anderen Gesellschafter erforderlich, soweit der Gesellschaftsvertrag nicht explizit ein anderes regelt.

### bb) Grenzen von Vinkulierungsklauseln

Nach wohl herrschender Ansicht bieten Vinkulierungsklauseln keinen vollständigen Schutz gegen das Eindringen unerwünschter Gesellschafter, da sie bei der Verwertung durch Insolvenzverwalter oder Pfändungsgläubiger nicht zu beachten sein sollen.<sup>202</sup> Dagegen lässt sich zwar einwenden, dass die Vinkulierung nicht nur eine Verfügungsbeschränkung (§ 137 S. 1 BGB), sondern eine inhaltliche Beschränkung des Mitgliedschaftsrechts (§§ 399, 413 BGB) darstellt;<sup>203</sup> mit der herrschenden Ansicht würde der Geschäftsanteil für den Gläubiger wertvoller als für den Gesellschafter selbst.<sup>204</sup> Mangels eindeutiger Rechtsprechung sollte aber für solche Fälle vorsorglich zusätzlich zur Vinkulierung eine Einziehungs- oder Zwangsabtretungsregelung vorgesehen werden.<sup>205</sup>

Zudem sind die zur Entscheidung über eine erforderliche Zustimmung Berufenen in ihrer Entscheidung nicht völlig frei, sondern haben ihr Ermessen nach Maßgabe im Einzelnen umstrittener Maßstäbe auszuüben. Enthält die Vinkulierungsklausel hierzu keine Regelung, sind neben den Grenzen der §§ 138, 226 und 242 BGB und dem Willkürverbot der Gleichbehandlungsgrundsatz und die gesellschaftliche Treuepflicht zu beachten und eine Interessenabwägung durchzuführen.<sup>206</sup> Bestimmt die Vinkulierungsklausel keine weiteren Kriterien für die Erteilung der Zustimmung, besteht das Risiko, dass Gerichte eine Zustimmungspflicht etwa aufgrund allgemeiner Treuerwägungen bejahen, die im Einzelfall für den Vertragsjuristen schwierig vorhersehbar sein können.<sup>207</sup> Durch die explizite Aufnahme weiterer Kriterien – etwa Ermessensmaßstäbe oder absolute Versagungsgründe – kann demgegenüber die Rechtssicherheit für die Versagung der Zustimmung erhöht werden.<sup>208</sup> Denkbar ist etwa eine Regelung des Inhalts, dass eine Zustimmung zur Veräußerung näher definierter Konkurrenten stets versagt werden darf.

### cc) Ausgestaltung der Vinkulierungsklausel

In der Vinkulierungsklausel ist festzulegen, wer zur Zustimmung zur Veräußerung eines Geschäftsanteils berufen ist. Im Regelfall dürfte gewünscht sein, dass sämtliche Gesellschafter zustimmen haben, da die Zusammenarbeit im Rahmen des Joint-Ventures weit über die gemeinsame Kapitalbeteiligung hinausgeht und der Austausch eines Gesellschafters außerhalb der vorgesehenen Ausstiegsmechanismen einen gravierenden Einschnitt in diese Zusammenarbeit darstellt. Klarheit schafft die Formulierung, dass die Zustimmung „aller“ bzw. „sämtlicher Gesellschafter“ erforderlich ist; wird hingegen auf die Zustimmung „der Gesellschafter“ bzw. „der übrigen Gesellschafter“ abgestellt, bleibt unklar, ob ein Gesellschafterbeschluss ausreicht, der ggf. auch mit einfacher Mehrheit gefasst werden kann.<sup>209</sup>

Sollen bestimmte Übertragungen zustimmungsfrei möglich sein, ist das ebenfalls zu regeln. In Joint-Venture-Gesellschaften ist insbesondere denkbar, dass die Übertragung auf verbundene Unternehmen nach § 15 AktG zustimmungsfrei sein soll.<sup>210</sup> Die Bedingungen für die Zustimmungsfreiheit müssen so ausgestaltet sein, dass ihr Vorliegen eindeutig belegbar ist.<sup>211</sup>

Schließlich ist zu definieren, unter welchen Bedingungen die Gesellschafter zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet sind. Insbesondere sind die vorgesehenen Veräußerungsmechanismen zu erfassen (vgl. unten C. IX. 3.).

### dd) Vorbeugung gegen Umgehungsgestaltungen

Schließlich sollte mit den Beteiligten die Problematik einer möglichen Umgehung der Vinkulierung diskutiert werden. Trotz Vinkulierung kann ein Dritter Einfluss auf die Gesellschaft erlangen zum einen, indem nicht die Geschäftsanteile als solche übertragen werden, sondern sonstige Rechte Dritter an den Geschäftsanteilen begründet werden, etwa über Treuhandvereinbarungen, Poolvereinbarungen, Stimmbindungsverträge oder Unterbeteiligungen; und zum anderen, indem nicht die Geschäftsanteile an der Joint-Venture-Gesellschaft, sondern die Beteiligung am Anteilsinhaber übertragen wird.<sup>212</sup> Der letztere Fall wiederum ist einerseits in der Form denkbar, dass unmittelbar ein Dritter neuer Gesellschafter eines der Joint-Venture-Partner wird; andererseits ist denkbar, dass der Joint-Venture-Partner die Beteiligung an der Joint-Venture-Gesellschaft im Rahmen einer Umwandlungsmaßnahme – etwa einer Verschmelzung oder Aufspaltung – auf einen neuen Rechtsträger überträgt oder dass dieser dem letzten verbleibenden Gesellschafter einer Personengesellschaft anwächst.

Da in diesen Fällen keine Übertragung der Geschäftsanteile stattfindet – sondern entweder überhaupt kein Übergang, oder ein Übergang im Rahmen einer Gesamt-

200 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 380.

201 BGH NJW 2004, 3561 (3562); Schmidt/Lutter/Betzenberger, AktG, 3. Aufl. 2015, § 68 Rn. 2.

202 Überblick zum Diskussionsstand bei Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 384.

203 Reichert GmbHR 2012, 713 (722).

204 Blasche RNotZ 2013, 515 (520); Skauradszum NZG 2012, 1244 (1245); Liebscher/Lübke ZIP 2004, 241 (247); Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 384.

205 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 384.

206 Zum Meinungsstand Blasche RNotZ 2013, 515 (528) mwN; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 386.

207 Vgl. OLG Hamm NJW-RR 2001, 109: Treuwidrigkeit der Versagung der Zustimmung zur Übertragung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge; Reichert GmbHR 2012, 713 (719); Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 386.

208 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 386.

209 Blasche RNotZ 2013, 515 (526); Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 394-395.

210 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 403.

211 Neben der Eigenschaft als verbundenes Unternehmen nach § 15 AktG kommt etwa die Abtretung an konkret benannte Dritte oder – im Kontext des Joint-Ventures allerdings wenig praxisrelevant – Abtretung an Ehegatten und an Verwandte in gerader Linie in Frage, vgl. Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 403.

212 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 406.

rechtsnachfolge – greift die Vinkulierungsklausel nicht direkt.<sup>213</sup> Die Herbeiführung einer solchen Situation ohne gleichzeitige Abtretung der Beteiligung am Joint-Venture kann ggf. mit einer Vertragsstrafe sanktioniert werden.

Der Übertragung der Beteiligung am Anteilsinhaber kann begegnet werden, indem im Rahmen einer sog. „change of control-Klausel“ im Joint-Venture-Vertrag ein Kündigungsrecht zu Gunsten der verbleibenden Joint-Venture-Partner vorgesehen wird.<sup>214</sup> Ein solches sollte wiederum mit dem Ausschluss auch aus der Joint-Venture-Gesellschaft verbunden werden, entweder über die Pflicht zur Übertragung der Beteiligung zu Gunsten der verbleibenden Joint-Venture-Partner oder über eine im Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft vorgesehene Einziehung der Geschäftsanteile.

### ee) Verortung

Die Vinkulierung ist im Gesellschaftsvertrag zu regeln, damit bereits der Übergang der Geschäftsanteile auf dinglicher Ebene bis zur Erfüllung der satzungsmäßigen Voraussetzungen schwebend unwirksam ist.<sup>215</sup> Soll die Veräußerungsbeschränkung hingegen im Joint-Venture-Vertrag erfolgen – etwa weil die Übertragbarkeit von Aktien über das im Gesellschaftsvertrag erlaubte Maß hinaus eingeschränkt werden soll, was grundsätzlich zulässig ist<sup>216</sup> – wirkt diese rein schuldrechtlich. Die Einhaltung ist dann anderweitig abzusichern, etwa durch die Vereinbarung einer Vertragsstrafe für den Fall des Verstoßes.<sup>217</sup>

Die Verpflichtung zur Erteilung der Zustimmung in den vorgesehenen Fällen (vgl. unten C. VIII.4, IX.) wird hingegen zur Vermeidung der Registerpublizität häufig im Joint-Venture-Vertrag geregelt.<sup>218</sup> Es muss dann sichergestellt sein, dass etwaige Neugesellschafter stets auch Parteien des Joint-Venture-Vertrages sind (vgl. unten 2.), da diese andernfalls eine vorgesehene Veräußerung blockieren könnten.

### b) Einziehungsklauseln

Der Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft wird regelmäßig Regelungen zur Zwangseinziehung enthalten für die Tatbestände, die auch in gewöhnlichen Gesellschaftsverträgen eine Einziehung ermöglichen, etwa Pfändung der Geschäftsanteile oder Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Gesellschafters.<sup>219</sup> Soweit möglich, dürfte es sich in vielen Fällen anbieten, die Einziehungsgründe mit den Kündigungsgründen zu verzahnen, so dass die Geschäftsanteile eines Joint-Venture-

Partner, der durch die anderen Joint-Venture-Partner aus dem Joint-Venture-Vertrag herausgekündigt wird, eingezogen werden können.<sup>220</sup>

## 2. Regelungen für den Fall der Änderung des Gesellschafterkreises

Der Joint-Venture-Vertrag bindet als schuldrechtliche Vereinbarung nur die an ihm beteiligten Parteien. Die Joint-Venture-Partner haben daher ein Interesse daran, einen Gleichlauf des Gesellschafterkreises und der Parteien des Joint-Venture-Vertrages sicherzustellen. Es ist also dafür zu sorgen, dass neu hinzutretende Gesellschafter dem Joint-Venture-Vertrag beitreten (a)); und dass Gesellschafter, die ihre Beteiligung verlieren, nicht mehr Partei des Joint-Venture-Vertrages sind, mit Ausnahme einer möglichen Fortgeltung begrenzter Pflichten (b)).<sup>221</sup>

### a) Beitritt von Neugesellschaftern zum Joint-Venture-Vertrag

Soll also ein neuer Gesellschafter an der Joint-Venture-Gesellschaft beteiligt werden – sei es durch Übertragung der Beteiligung eines Joint-Venture-Partners, sei es durch Hinzutreten etwa im Rahmen einer Kapitalerhöhung der Joint-Venture-Gesellschaft – dürfte, wenn mindestens einer der Altgesellschafter Gesellschafter bleibt, regelmäßig gewünscht sein, dass der Neugesellschafter auch Partei des Joint-Venture-Vertrages wird. Liegt nicht ausnahmsweise ein Fall der Universalsukzession vor, kann dies nur durch Vertragsübernahme, Vertragsbeitritt oder Abtretung in Verbindung mit Schuldübernahme bzw. Schuldbeitritt erfolgen.<sup>222</sup> Dies erfordert die Zustimmung der übrigen Vertragspartner, die auch im Vorfeld erteilt werden kann.<sup>223</sup>

Im Joint-Venture-Vertrag kann durch eine qualifizierte schuldrechtliche Nachfolgeklausel dafür gesorgt werden, dass die Parteien die Verpflichtungen aus dem Vertrag einem Erwerber ihrer Beteiligung an der Joint-Venture-Gesellschaft aufzuerlegen haben. Zur Durchsetzung dieser Verpflichtung kommen verschiedene Mechanismen in Betracht. Einerseits kann eine Vertragsstrafe festgelegt werden, die bei Verstoß gegen die Weitergabeverpflichtung anfällt. Andererseits kann die Verpflichtung der verbleibenden Gesellschafter zur Erteilung ihrer Zustimmung für die Übertragung vinkulierter Anteile daran geknüpft werden, dass der Erwerber nachweislich dem Joint-Venture-Vertrag beigetreten ist. Deutlich weiter gehen Vorschläge in der Praxisliteratur, das Stimmrecht von Neugesellschaftern so lange ruhen zu lassen, bis diese dem Joint-Venture-Vertrag beigetreten sind, oder den anderen Gesellschaftern ein Übernahmerecht bezüglich der Beteiligung zuzugestehen, wenn der Neugesellschafter dem Joint-Venture-Vertrag nicht beitrifft.<sup>224</sup>

213 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 409. Dies war nach § 132 UmwG aF vor dem 2. UmwGÄndG 2007 noch anders, vgl. Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 113 mwN.

214 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 429.

215 BGHZ 48, 163; BGHZ 13, 179; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 378.

216 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 17.

217 Schaumburg/Stephan, Internationale Joint-Ventures, 1999, S. 107; zur Vinkulierung vgl. C. VII.1.

218 Hoffmann-Becking/Gebele/Wentrup, BeckFormularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 13. Aufl. 2019, Formular IX.28. Rn. 8.

219 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 75; Seibt/Giesen, BeckFormularbuch M&A, 3. Aufl. 2018, G. III. § 21 mit Anmerkung 14.

220 Vgl. oben C. IV.3. und C. VII.1.a)dd).

221 Außerdem ist dafür Sorge zu tragen, dass Joint-Venture-Partner, die den Joint-Venture-Vertrag aufkündigen, ihre Beteiligung an der Gesellschaft verlieren; vgl. dazu C. IV.3.

222 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 44-45.

223 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 46.

224 Zum Ganzen allgemein für Gesellschaftervereinbarungen Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 46.

## b) Ende der Bindung ausscheidender Gesellschafter an den Joint-Venture-Vertrag

Für die Fortgeltung von Verpflichtungen aus dem Joint-Venture-Vertrag für ausscheidende Gesellschafter bietet sich eine ausdrückliche Regelung an, die nach Inhalt der Verpflichtungen differenziert. Während etwa die Verpflichtung zur Erbringung von Leistungen an die Joint-Venture-Gesellschaft nach dem Ausscheiden nicht mehr gewünscht sein dürfte, ist vorstellbar, dass etwa ein Fortgelten etwaiger Vertraulichkeitspflichten oder Wettbewerbsverbote (hierzu vgl. C. VI.) gewünscht ist.

## VIII. Umgang mit Blockaden („Deadlock“)

Da die Joint-Venture-Partner an der Joint-Venture-Gesellschaft oftmals in gleicher Höhe beteiligt sind, jedenfalls die Kontrollausübung aber typischerweise so ausbalanciert ist, dass wichtige Entscheidungen nur im Zusammenwirken getroffen werden können, ist das Risiko von Blockaden („Deadlock“, „Patt-Situation“) sowohl auf der Ebene der Innengesellschaft als auch auf Ebene der Joint-Venture-Gesellschaft systemimmanent. Uneinigkeit bei zu treffenden Entscheidungen wird sich wegen der Partikularinteressen der Partner nicht immer vermeiden lassen. Damit dies nicht zur dauerhaften Blockade führt, stellen Lösungsmechanismen für Patt-Situationen oft einen zentralen Regelungsinhalt des Vertragswerkes dar; denn zwar unterliegen die Partner wegen der wirtschaftlich nachteiligen Effekte einer länger währenden Entscheidungsblockade einem gewissen faktischen Einigungszwang, eine entsprechende Regelung kann eine Entscheidung aber erheblich beschleunigen. Die im Folgenden vorgestellten Lösungsmechanismen können alternativ oder kumulativ in die Gesellschaftervereinbarung aufgenommen werden.

Soweit schon im Vorfeld eine Einigung zu Fragen erzielt werden kann, die die Parteien als mögliche Konfliktfelder identifiziert haben, kann diese – etwa in Form entsprechender Stimmbindungsabreden – bereits in den Joint-Venture-Vertrag aufgenommen werden. Allerdings birgt diese Vorgehensweise das Risiko, dass die Joint-Venture-Gesellschaft notwendige Flexibilität einbüßt aufgrund einer Entscheidung, die zu Beginn der Zusammenarbeit ohne Kenntnis der künftigen maßgeblichen Fakten getroffen wurde.

### 1. Definition des Deadlock

Ein Deadlock kann sich sowohl innerhalb der Geschäftsführung – soweit entweder wegen der Vertretungsmacht oder wegen Vorgaben im Innenverhältnis die Mitwirkung von mehr als einem Geschäftsführer bei der Umsetzung bestimmter Entscheidungen erforderlich ist – als auch auf Ebene der Gesellschafter ergeben. Da die im Folgenden geschilderten Mechanismen zur Auflösung des Deadlocks jeweils einen gewissen Aufwand bedeuten, sollte die Regelung zunächst die Frage beantworten, ob jede beliebige Patt-Situation die Auslösung dieser Mechanismen rechtfertigen soll, oder ob und in welchen Fällen die Joint-Venture-Partner partielle Uneinigkeit und daraus folgende Untätigkeit zu akzeptieren bereit sind. So können etwa näher zu bestimmende, über das Tagesgeschäft hinausgehende Fragen als solche von besonderer Bedeutung definiert werden, die die Joint-Venture-Partner zur Aktivierung des Lösungsmechanismus berechtigen; zudem kann

auf die wirtschaftliche Bedeutung abgestellt werden, indem entsprechende Schwellenwerte festgelegt werden. Bei der Qualifizierung einer Frage als bedeutend können etwa vorgesehene Kataloge von Materien, bei denen die Geschäftsführung der Zustimmung der Gesellschafter bedarf, sowie § 46 GmbHG Orientierung bieten.<sup>225</sup> Bei Uneinigkeit über Maßnahmen unterhalb dieser Schwelle würde die fragliche Maßnahme mangels erforderlicher Einigkeit der Geschäftsführung schlicht nicht durchgeführt bzw. der entsprechende Gesellschafterbeschluss nicht gefasst.

### 2. Mehrheitsentscheidung und Stichentscheid

Für Entscheidungen des laufenden operativen Geschäfts wird oft das Mehrheitsprinzip vereinbart. Bei paritätischen Joint-Ventures kann eine Regelung aufgenommen werden, dass ein dann unweigerlich drohender Gleichstand durch einen Stichentscheid („*casting vote*“) aufgelöst wird.<sup>226</sup> Teils wird vorgeschlagen, das Letztentscheidungsrecht nach Sachgebieten aufzuteilen und dem jeweils sachkompetenteren Joint-Venture-Partner zuzuweisen.<sup>227</sup> Hier ist auf eine möglichst trennscharfe Formulierung der Sachgebiete zu achten. Dennoch wird ein Restrisiko verbleiben, dass insbesondere bei besonders relevanten, die strategische Gesamtplanung betreffenden Entscheidungen eine genaue Zuordnung zu einem Sachgebiet nicht eindeutig möglich ist und daher jede der Parteien das Letztentscheidungsrecht für sich beansprucht.<sup>228</sup> Eine Alternative ist ein turnusmäßiger Wechsel des Letztentscheidungsrechts, etwa nach jedem Geschäftsjahr. Bei dieser Variante besteht indes das Risiko, dass durch den dadurch jeweils besser gestellten Joint-Venture-Partner Entscheidungen aus diesem Grund beschleunigt werden oder der Prozess, der in der Entscheidung gipfelt, verzögert wird.<sup>229</sup>

Für die Berufung und Abberufung von Geschäftsführern wird häufig das „two to hire, one to fire“-Prinzip – also Einstimmigkeit für Berufung, Abberufung aber bereits auf Verlangen eines der Partner – gewählt.<sup>230</sup> Dieses stellt sicher, dass die Geschäftsführung stets das Vertrauen beider Partner genießt, birgt aber auch das Risiko, dass die Gesellschaft im Falle dauernder Uneinigkeit führungslos ist.

### 3. Einschaltung einer weiteren Instanz

Für Entscheidungen, die über das operative Geschäft hinausgehen, wird gern die Möglichkeit geschaffen, die Entscheidung auf eine höhere Instanz, etwa die Vorstandsvorsitzenden der jeweiligen Konzernobergesellschaften, zu verlagern. Bereits die Tatsache, dass die Sache dorthin zu verweisen ist, kann einen gewissen Einigungsdruck erzeugen. Auf der höheren Ebene kann die Frage ggf. unvoreingenommener beurteilt werden.<sup>231</sup> Das Risiko, dass auch dort keine Einigung erzielt wird, bleibt indes bestehen.

225 *Elfring* NZG 2012, 895 (896).

226 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 59.

227 Schulte/Schwindt/Kuhn/Schulte, Joint-Ventures, 2009, § 8 Rn. 11.

228 *Elfring* NZG 2012, 895 (897).

229 *Elfring* NZG 2012, 895 (897).

230 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 59.

231 *Elfring* NZG 2012, 895 (897).

Zudem kann auch eine Entscheidung durch ein fakultatives Gesellschaftsorgan in Form eines Aufsichtsrats oder Beirats getroffen werden. Grundsätzlich steht den Gesellschaftern die Schaffung solcher Organe und die Zuweisung von Kompetenzen an diese frei (vgl. § 52 Abs. 1 GmbHG) und ist ggf. auch zur Verwirklichung von Kontrollinteressen angezeigt.<sup>232</sup> Zu regeln ist dann, in welchen Fällen das Organ Entscheidungskompetenzen, in welchen nur beratende Funktion haben soll. Ebenfalls ist die Zusammensetzung des Organs zu regeln. Die Bestimmung der Mitglieder kann der Gesellschafterversammlung oder den einzelnen Joint-Venture-Partnern in Form von Entsenderechten, ggf. abhängig von der Zustimmung des jeweils anderen Partners, überlassen werden. Praktisch bietet sich eine ungerade, nicht zu große Anzahl von Mitgliedern an, um auf dieser Ebene einen erneuten Gleichstand zu verhindern und die Diskussionen nicht zu schwerfällig zu gestalten. Wünschen die Joint-Venture-Partner auch auf dieser Ebene eine paritätische Besetzung mit einer geraden Anzahl an Mitgliedern, ist wiederum ein Mechanismus zur Auflösung eines Gleichstandes – etwa ein Stichentscheid durch den Vorsitzenden – vorzusehen. Alternativ kann nach Entsendung einer geraden Anzahl an Mitgliedern durch die Joint-Venture-Partner eine Zuwahl eines weiteren Mitglieds – etwa des Vorsitzenden – durch die bisherigen Mitglieder vorgesehen werden.<sup>233</sup>

Schließlich können externe Dritte eingeschaltet werden. Zur unverbindlichen Streitschlichtung kann ein Mediator, zur verbindlichen Streitentscheidung ein Schiedsgericht eingeschaltet werden. Die Mediation kann selbstverständlich eine Lösung des Konflikts nur erleichtern, die eigentliche Lösung erfolgt durch die Joint-Venture-Partner selbst. Schiedsgerichte werden umgekehrt nicht nur für die Auflösung von Blockadesituationen, sondern häufig für die Entscheidung sämtlicher Rechtsstreitigkeiten über das Joint-Venture-Vertragswerk vorgesehen.<sup>234</sup>

Begrenzt ist die Zuweisung echter Entscheidungskompetenzen an andere Instanzen durch das Prinzip der Verbandssouveränität.<sup>235</sup> Nicht zugewiesen werden können daher Aufgaben, die dem entsprechenden Organ zwingend zugewiesen sind, also der Gesellschafterversammlung der GmbH etwa die Beschlussfassung zu Satzungsänderungen oder über die Auflösung der Gesellschaft.<sup>236</sup>

#### 4. „Exit-Klauseln“

Die letzte Möglichkeit zur Überwindung einer Blockadesituation ist regelmäßig die Beendigung des Joint-Ventures mit dem Ziel der Vereinigung der Anteile an der Joint-Venture-Gesellschaft in einer Hand.<sup>237</sup> Ist das Vertrauensverhältnis vollkommen zerrüttet – entweder aufgrund einer unaufgelösten *deadlock*-Situation oder aufgrund einer Auflösung, bei der sich einer der Partner als der „Verlierer“ wahrnimmt – wird den Joint-Venture-Partnern die Möglichkeit gegeben, aus dem Joint-Venture auszuschwei-

den oder das Ausscheiden des anderen Partners zu erwirken und ein Mechanismus zur Bestimmung eines angemessenen Preises zur Verfügung gestellt. Das, ggf. wiederholte, Vorliegen einer Blockadesituation kann zur Bedingung für das Auslösen des Beendigungsmechanismus gemacht werden.<sup>238</sup>

## IX. Beendigung des Joint-Venture

### 1. Laufzeit des Joint-Venture-Vertrages und Dauer der Joint-Venture-Gesellschaft

Das Joint-Venture kann auf eine bestimmte Zeit eingegangen sein und nach deren Ablauf wie von den Joint-Venture-Partnern vorgesehen enden. Dies mag insbesondere bei solchen Joint-Ventures der Fall sein, die für ein begrenztes Projekt gegründet wurden. Ist das bei Vertragsschluss bereits absehbar, kann eine Regelung über die Liquidation aufgenommen werden.

### 2. Kündigungsmöglichkeiten

Das Joint-Venture kann aufgrund außerordentlicher Kündigung des Joint-Venture-Vertrags enden. Das außerordentliche Kündigungsrecht kann nicht abbedungen werden. Hier sollte eine Regelung getroffen werden, die zum gleichzeitigen Ausscheiden des kündigenden Gesellschafters aus der Joint-Venture-Gesellschaft führt.<sup>239</sup>

### 3. An- und Verkaufsregelungen

Eine Exit-Regelung ist zentraler Inhalt eines jeden Joint-Venture-Vertragswerkes. In den meisten Fällen endet das Joint-Venture durch die Veräußerung der Beteiligung eines der Joint-Venture-Partner an den bzw. einen der anderen Partner oder an einen Dritten. Diese kann aufgrund von Unstimmigkeiten bei der Führung des Joint-Ventures erforderlich sein<sup>240</sup> oder schlicht aus wirtschaftlichen Erwägungen stattfinden.

Da im Regelfall die Veräußerung der Beteiligung beschränkt ist, müssen – regelmäßig im nicht registeröffentlichen Joint-Venture-Vertrag – die Bedingungen festgelegt werden, unter denen eine Veräußerung stattfinden kann und etwaige Zustimmungen der anderen Joint-Venture-Partner zu erteilen sind. Zudem muss bei einer Veräußerung, bei der der Kaufpreis nicht frei zwischen zwei Parteien ausgehandelt wird – insbesondere wenn eine Partei von der anderen zu der Veräußerung verpflichtet wird – ein möglichst angemessener Preis gefunden werden. Dafür haben sich verschiedene Mechanismen etabliert.

#### a) Andienungspflichten und Vorkaufsrechte

Soll die Beteiligung vergleichsweise frei veräußerlich sein, kann die aufgrund der Vinkulierung erforderliche Zustimmung zur Veräußerung mit einem gegenseitigen Erwerbsvorrecht gekoppelt werden. Dieses kann so ausgestaltet sein, dass es einen veräußerungswilligen Gesellschafter verpflichtet, seine Beteiligung zunächst anderen Gesellschaftern zu einem beliebigen oder zu einem nach einem

232 Vgl. oben C. V.2.

233 Zum Ganzen vgl. *Elfring* NZG 2012, 895 (898).

234 Vgl. unten C. X.2.

235 RGZ 169, 65 (80); *Elfring* NZG 2012, 895 (897); *Seibt/Giesen*, BeckFormularbuch M&A, 3. Aufl. 2018, G. II. Anm. 35.

236 BGH 25.2.1965 – II ZR 287/63 = BGHZ 43, 261; *Müller/Wolff*, GmbHR 2003, 810 zu den zwingend den Gesellschaftern zugewiesenen Kompetenzen; *Elfring* NZG 2012, 895 (898).

237 Vgl. unten C. IX.

238 *Elfring* NZG 2012, 895 (899).

239 Vgl. oben C. IV.3.

240 Vgl. unten C. VIII.4.

vereinbarten Mechanismus bestimmten – etwa durch einen Wirtschaftsprüfer festgelegten – Preis anzudienen. Nur wenn diese das Angebot nicht innerhalb einer festgelegten Frist annehmen, darf der veräußerungswillige Gesellschafter die Beteiligung externen Dritten zu denselben oder für den Veräußerer günstigeren Konditionen anbieten; die übrigen Gesellschafter sind dann zur Erteilung der nach der Satzung erforderlichen Zustimmung zur Veräußerung verpflichtet.<sup>241</sup>

Zudem kann ein Vorkaufsrecht (§§ 463 ff. BGB) vereinbart werden, das im Falle des Verkaufs an einen Dritten auch dann ausgeübt werden kann, wenn das Erwerbsvorrecht nicht ausgeübt wurde. Dies ermöglicht es, die Veräußerung doch noch zu verhindern, nachdem die verbleibenden Gesellschafter eine Veräußerung durch Nichtausübung des Vorerwerbsrechts grundsätzlich ermöglicht haben, insbesondere weil der konkrete Erwerber – etwa ein Konkurrent – unliebsam ist.<sup>242</sup> Es empfiehlt sich, das Vorkaufsrecht nicht allein, sondern als „zweite Verteidigungslinie“ kumulativ zur Andienungspflicht vorzusehen, da es erst nach Abschluss des Kaufvertrages mit dem Dritten ausgeübt werden kann und zu diesem Zeitpunkt dem Dritten bereits Informationen über die Joint-Venture-Gesellschaft zur Verfügung gestellt worden sein dürften.<sup>243</sup>

Die Erwerbsvorrechte und Vorkaufsrechte können sowohl im Gesellschaftsvertrag als auch im Joint-Venture-Vertrag geregelt werden. Ist nach der Vinkulierungsklausel das Einverständnis der übrigen Gesellschafter zur Übertragung der Beteiligung erforderlich, sind diese darüber dinglich abgesichert.

## b) Andienungs- und Ankaufsrechte („Put / Call-Option“)

Einige Joint-Venture-Verträge enthalten Andienungs- und Ankaufsrechte.<sup>244</sup> Das Andienungsrecht („Put-Option“) räumt Joint-Venture-Partnern das Recht ein, die eigene Beteiligung an andere Joint-Venture-Partner zu veräußern, das Ankaufsrecht („Call-Option“) das Recht, den Verkauf an sich oder einen Dritten zu verlangen. Die Ausgestaltung ist stark einzelfallabhängig.

Die Ausübung kann an Bedingungen geknüpft sein – etwa an die Verletzung von Vertragspflichten wie das Wettbewerbsverbot durch den anderen Joint-Venture-Partner – oder im Ermessen des berechtigten Joint-Venture-Partners stehen. Im letzteren Fall werden die entsprechenden Rechte oftmals nur einzelnen Joint-Venture-Partnern eingeräumt, da andernfalls die Ausübung durch mehrere Joint-Venture-Partner zu unerwünschten Ergebnissen führen kann.

Zu regeln ist bei der Gestaltung dieser Rechte, wie der Kaufpreis zu bestimmen ist. Hier sind viele Optionen denkbar, etwa der Einstiegspreis, ein Festpreis mit Verzinsungselement, ein aufgrund des EBITDA bestimmter Preis

oder eine Bewertung durch einen unabhängigen Wirtschaftsprüfer.<sup>245</sup>

Eine Call-Option, deren Ausübung im Belieben des Berechtigten steht, kommt einer Hinauskündigungsklausel nahe und kann daher unwirksam sein.<sup>246</sup> Nach der Rechtsprechung des BGH sind Hinauskündigungsklauseln, deren Ausübung im freien Ermessen steht, grundsätzlich sittenwidrig, da der Gesellschafter, über dem das „Dammkessenschwert“ der Hinauskündigung hängt, von seinen Gesellschafterrechten nur eingeschränkt Gebrauch machen wird.<sup>247</sup> Daher ist besonderes Augenmerk auf die Tatbestandsseite der Option zu legen. Die Rechtsprechung verlangt für die Zulässigkeit eine sachliche Rechtfertigung.<sup>248</sup> Auf einen „Deadlock“ als Tatbestand für die Optionsausübung dürfte dann nicht abgestellt werden können, wenn der optionsberechtigte Partner den Deadlock eigenmächtig herbeiführen kann, indem er Einigungen in entsprechenden Frage schlicht blockiert; denn dies entspräche einem freien Hinauskündigungsrecht, das der BGH für unzulässig erachtet, da es den davon bedrohten Gesellschafter davon abhält, seine Gesellschafterrechte wahrzunehmen.<sup>249</sup>

## c) Besondere Exit-Mechanismen („Russian Roulette“, „Texan Shoot Out“)

Weitere, aufgrund ihres Ursprungs im anglo-amerikanischen Rechtskreis mit phantasievollen Bezeichnungen versehene, Exit-Klauseln ermöglichen es den Joint-Venture-Partnern, andere Gesellschafter entweder zu verpflichten, die Beteiligung des sich auf die Exit-Klausel berufenden Gesellschafters an der Joint-Venture-Gesellschaft zu erwerben oder ihre Beteiligung an diesen zu verkaufen. Es handelt sich im Wesentlichen um Abwandlungen der Andienungs- und Ankaufsrechte, wobei sich erst durch das Durchlaufen des Preisfestlegungsmechanismus herausstellt, welche Partei An- und welche Partei Verkäufer ist.<sup>250</sup>

- „Russian Roulette“-Klauseln ermöglichen es einem ausstiegswilligen Gesellschafter (nachfolgend: A), seine Beteiligung dem anderen Gesellschafter (nachfolgend: B) zu einem von A bestimmten Preis anbieten. Ist B nicht bereit, die Anteile zu diesem Preis zu erwerben, ist er verpflichtet, seine eigenen Anteile zu diesem Preis an A zu veräußern.
- „Texan Shoot Out“-Klauseln ermöglichen es A, dem B ein Angebot zum Erwerb von dessen Anteilen zu machen. B muss dieses Angebot entweder annehmen und seine Beteiligung an A verkaufen oder dem A ein Angebot für dessen Beteiligung zu einem höheren Preis machen.
- Bei „Mexican Shoot Out“-Klauseln sind A und B verpflichtet, in einem anonymen Verfahren – etwa durch

241 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 54; Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 424.

242 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 424.

243 Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 53; Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 1. Aufl. 2017, § 2 Rn. 424.

244 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 137.

245 MünchHB des Gesellschaftsrechts/Wirbel, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 55.

246 BGHZ 112, 103; Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 2 Rn. 425.

247 BGH NJW 1990, 2622 für die GmbH; BGH NJW 1981, 2565 für die Personengesellschaft; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 499.

248 BGH NJW 1990, 2622; vgl. Gummert/Weipert/Wirbel, MünchHB des Gesellschaftsrechts, I, 5. Aufl. 2019, § 28 Rn. 57, der diese Anforderung für zu weitreichend hält.

249 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 583

250 Vgl. Scholz/Cziupka, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 3 Rn. 107; Robles y Zepfl/Girnth/Stumm BB 2016, 2947 (2949).

Hinterlegung bei einem Notar oder einer Schiedsstelle – den Kaufpreis zu nennen, den sie für die Beteiligung des jeweils anderen Gesellschafters zu zahlen bereit wären. Der Gesellschafter, der den niedrigeren Preis anbietet, ist verpflichtet, seine Beteiligung an den Höchstbietenden zu veräußern.

- Beim „*Deterrent Approach*“ wird im Falle des Ausstiegs wunsches des A zunächst in einem gesonderten Verfahren, etwa durch einen Gutachter, ein objektiver Marktwert der Beteiligung ermittelt. Einer der Gesellschafter – typischerweise der nicht ausstiegswillige B – hat dann die Wahl, entweder die Beteiligung des A mit einem Abschlag, etwa zu 75 % des ermittelten Marktwerts, zu erwerben oder seine eigene Beteiligung mit einem Aufschlag, etwa zu 125 % des ermittelten Marktwerts, an A zu verkaufen. Dadurch soll die voreilige Ausübung des Ausstiegsrechts unattraktiv gemacht werden.

Nach herrschender Ansicht sind jedenfalls einige dieser Gestaltungen zulässig. Das OLG Nürnberg<sup>251</sup> hatte im Jahr 2013 über die Rechtmäßigkeit einer „*Russian Roulette*“-Klausel zu entscheiden. Es hat diese trotz des grundsätzlichen Verbotes von Hinauskündigungsklauseln für sachlich gerechtfertigt gehalten, da sie weder einen Sanktionscharakter besitze noch eine Übervorteilung erlaube; die beteiligten Gesellschafter begegneten sich innerhalb eines vorab vereinbarten Verfahrens. Die Klausel diene darüber hinaus dem legitimen Zweck der Vermeidung von Patt-Situationen. Die bloße Möglichkeit des Missbrauchs begründe nicht die Unzulässigkeit der Klausel. Lediglich für den Fall, dass ein Gesellschafter von vornherein nicht die finanziellen Möglichkeiten habe, die jeweils anderen Geschäftsanteile zu erwerben und das Verfahren daher tunlichst vermeiden müsse, sei die Klausel unzulässig, da dann das metaphorische „*Damoklesschwert*“ der Hinauskündigung ihn an der Ausübung seiner Gesellschafterrechte hindere.

Für die Gestaltungspraxis folgt aus dieser Begründung, dass jedenfalls solche Regelungen, die gerade einen Sanktionscharakter haben – insbesondere also bei sehr ungleichen finanziellen Voraussetzungen der Gesellschafter – jedenfalls mit besonderer Vorsicht betrachtet werden sollten; der Notar sollte hier auf eine mögliche Unwirksamkeit hinweisen. Auch im Übrigen ist jedenfalls noch nicht höchstrichterlich geklärt, wie Exit-Mechanismen wirksam auszugestalten sind. So wird teils in der Literatur empfohlen, die Ausübung an das Vorliegen einer Patt-Situation zu knüpfen, da diese andernfalls keine *ultima ratio*-Lösung darstellten, sondern willkürlich ausgeübt werden könnten.<sup>252</sup> Dem kann entgegengehalten werden, dass jedenfalls in dem Sachverhalt, der der Entscheidung des OLG Nürnberg zu Grunde lag, keine Blockadesituation zu Grunde lag, so dass es jedenfalls nach dieser obergerichtlichen Auffassung darauf nicht ankommen kann. Zudem liegt es in der Hand der Gesellschafter, die „*ultima ratio*-Situation“, die zum Ausstieg aus der Gesellschaft in mittels der Ausstiegs Klausel geregelten Art und Weise berechtigen soll, selbst zu definieren und dabei auch eine vergleichsweise milde Definition zu wählen.<sup>253</sup>

251 OLG Nürnberg GmbHR 2014, 310.

252 *Valdini/Koch* GWR 2016, 179 (180).

253 Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 516.

## 4. Umwandlungsoption

Die Umwandlungsoption führt nicht unmittelbar zur Beendigung des Joint-Ventures, steht aber häufig damit im Zusammenhang. Sie statuiert die Verpflichtung der Vertragsparteien des Joint-Venture-Vertrags, auf Verlangen eines der Joint-Venture Partner zu einem näher bestimmten (oder beliebigen) Zeitpunkt bei Umwandlungsmaßnahmen hinsichtlich der Joint-Venture-Gesellschaft mitzuwirken. Dies kann sinnvoll sein zur Vorbereitung eines künftigen Ausstiegs, wenn etwa der Formwechsel in eine AG oder KGaA vorgesehen wird, damit die Joint-Venture-Partner ihre Beteiligung auf dem Kapitalmarkt veräußern können (sog. „*going public*“).<sup>254</sup> Die Umwandlung muss indes nicht zwingend die Veräußerung der Joint-Venture-Gesellschaft vorbereiten. Häufig hat die Regelung auch einen steuerlichen Hintergrund: So kann die Joint-Venture-Gesellschaft zunächst als Personengesellschaft gegründet werden. Die während der Anlaufphase des Joint-Ventures entstehenden Verluste können aufgrund der steuerlichen Transparenz der Personengesellschaft den Gesellschaftern in gewissem Umfang zugerechnet werden. Erreicht das Joint-Venture die Gewinnzone, so kann der Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft steuerlich vorteilhaft sein, insbesondere für einen ausländischen und daher in Deutschland nicht unbeschränkt steuerpflichtigen Joint-Venture-Partner.<sup>255</sup>

Im Rahmen der Umwandlungsoption ist insbesondere zu regeln, wer zur Auslösung der Option berechtigt ist und unter welchen Umständen sie ausgelöst werden kann, etwa nach Ablauf einer bestimmten Zeit oder bei Erreichen bestimmter präzise zu beschreibender Bedingungen. Zudem ist die Art der Umwandlungsmaßnahme möglichst präzise zu beschreiben, etwa der Formwechsel in eine Aktiengesellschaft. Rechtsfolge des Auslösens der Option ist die Verpflichtung der Vertragspartner, an dem Formwechsel durch Abgabe aller notwendigen Erklärungen mitzuwirken, insbesondere durch Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung. Unter Umständen kann ein entsprechender Beschlussentwurf als Anlage beigefügt werden, wo auch ein Verzicht auf Umwandlungsbericht (§ 192 Abs. 2 S. 1 UmwG), Abfindungsangebot und Klage geregelt werden können. Da ein Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine andere Kapitalgesellschaft<sup>256</sup> wegen des Grundsatzes der Kontinuität des Nennkapitals zwingend erfordert, dass die formwechselnde Gesellschaft bereits das entsprechende Nennkapital aufweist,<sup>257</sup> sollte die Optionsklausel auch die Verpflichtung zur Mitwirkung an der entsprechenden Kapitalerhöhung regeln, wenn das Kapital der Joint-Venture-Gesellschaft nicht bereits ausreicht. Wird eine Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt, ist anstelle eines Formwechsels auch eine Ausgestaltung in der Form der Übertragung sämtlicher Anteile der Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft

254 Fett/Spierung/Fett/Spierung, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 167 ff.

255 Zum grundsätzlichen Konzept dieses „zweistufigen Schemas“ vgl. *Sieger/Hasselbach* NZG 1999, 485, allerdings vor dem Hintergrund der damals geltenden steuerrechtlichen Vorschriften. Es ist regelmäßig sinnvoll, dass die steuerliche Planung durch die steuerlichen Berater erfolgt, mit denen der Notar die entsprechenden Regelungen dann abstimmt.

256 Vgl. etwa Fuhrmann/Wälzholz/Terbrack, Formularbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl. 2018, S. 2686 ff. zur notwendigen Dokumentation für die Umwandlung einer GmbH in eine AG.

257 Lutter/Göthel, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 247 Rn. 4.

zu erwägen, die ebenfalls zur Gesamtrechtsnachfolge führt.

## X. Weitere Regelungen

### 1. Rechtswahl

Das Gesellschaftsstatut – das auf die Gesellschaftsverfassung der Joint-Venture-Gesellschaft und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten der Gesellschafter anwendbare Recht – ist nicht frei wählbar.<sup>258</sup>

Im Joint-Venture-Vertrag hingegen können die Parteien eine Rechtswahl vornehmen.<sup>259</sup> Dies bietet sich aus Gründen der Rechtssicherheit an, um zu vermeiden, dass sich das anwendbare Recht nach den Grundsätzen des internationalen Privatrechts bestimmt. Die Anwendung des Kollisionsrechts kann andernfalls im Streitfall zu zeitraubenden vorgelagerten Streitigkeiten über das anwendbare Recht und zur Anwendung eines unerwünschten Rechts führen.

Häufig dürfte viel dafür sprechen, den Joint-Venture-Vertrag dem Recht zu unterwerfen, der dem Gesellschaftsstatut entspricht, um Abgrenzungsschwierigkeiten in Bezug darauf, welche Regelungsbereiche welchem Recht unterfallen, aus dem Weg zu gehen.<sup>260</sup> Liegt das Vertragswerk dem deutschen Notar zur Beurkundung vor, dürfte die Wahl typischerweise zu Gunsten des deutschen Rechts ausgefallen sein; in Bezug auf etwa gewähltes ausländisches Recht trifft den Notar keine Belehrungspflicht (§ 17 Abs. 3 BeurkG). Inwieweit ein etwa zuständiges ausländisches Gericht<sup>261</sup> eine Rechtswahl anerkennt, kann durch den Notar regelmäßig nicht beurteilt werden.

### 2. Gerichtsstands- und Schiedsklausel

Gelegentlich ist zudem die Vereinbarung eines Wahlgerichtsstandes (§§ 38 ff. ZPO) gewünscht, um ein Gericht zu wählen, das eine etwaige Rechtswahl anerkennt und den weiteren Anforderungen der Parteien genügt, etwa bezüglich Sachkunde und Verfahrenseffizienz. Sind die Parteien Kaufleute oder hat eine der Vertragsparteien keinen allgemeinen Gerichtsstand im Inland, ist die Vereinbarung über das zuständige Gericht des ersten Rechtszuges zulässig (§ 38 Abs. 1, 2 ZPO). Sinnvoll ist die Wahl eines Gerichtsstandes innerhalb des Geltungsbereichs des im Rahmen einer etwaigen Rechtswahlklausel<sup>262</sup> gewählten Rechts, damit vor Gericht nicht fremdes Recht darzulegen ist.

Die Anrufung staatlicher Gerichte ist im Streitfall indes oftmals ganz und gar unerwünscht. Dies mag daran liegen, dass die dortigen Richter von den Parteien als ungeeignet angesehen werden, über die im Rahmen des Joint-Venture auftretenden Streitigkeiten, deren Gegenstand regelmäßig unternehmerische Entscheidungen sind, zu entscheiden. Die mit Verfahren vor staatlichen Gerichten verbundene Öffentlichkeit sowie die schwer kontrol-

lierbare Dauer solcher Verfahren sprechen ebenfalls für einen alternativen externen Streitbeilegungsmechanismus.<sup>263</sup>

Die Entscheidung über einzelne, abgrenzbare Fragen – etwa die Ermittlung des Gewinns – kann einem Schiedsgutachter zugewiesen werden. In Bezug auf rechtliche komplexere streitige Fragen kann es sich anbieten, eine Schiedsklausel für die Anrufung eines – meist dreiköpfigen – Schiedsgerichts zu vereinbaren. Hierzu können die gängigen Schiedsordnungen herangezogen werden, die auch Musterklauseln zur Verfügung stellen.<sup>264</sup> Sind mehr als zwei Partner am Joint-Venture beteiligt, sollte eine Verfahrensordnung gewählt werden, die praktikable Regelungen für die Bestellung des Schiedsgerichts durch mehr als zwei Beteiligte enthält.<sup>265</sup>

In der Vertragsverhandlung wird die Komplexität von Schiedsklauseln nicht selten unterschätzt. Sie werden oft erst am Ende langwieriger Verhandlungen zu materiellen Themen in den Vertrag aufgenommen, zu einem Zeitpunkt also, zu dem die Parteien innerlich bereits mit den Verhandlungen abgeschlossen haben und das Geschäft finalisieren möchten; anschaulich wird dies in dem Begriff der „*midnight clause*“.<sup>266</sup> Dementsprechend sind den Statistiken der vier größten europäischen Schiedsinstitutionen zufolge mehr als 70 % aller Schiedsvereinbarungen, mit denen sich die Gerichte konfrontiert sehen, missglückt.<sup>267</sup>

Zu beachten sind insbesondere die folgenden Punkte: Soll die Schiedsklausel auch für die in Vollziehung des Joint-Venture-Vertrages geschlossenen Verträge, insbesondere auch die Durchführungsverträge (vgl. C. XI.), gelten, so ist sie auch in diese Verträge aufzunehmen.<sup>268</sup> Es sollten in allen für das Joint-Venture relevanten Schiedsklauseln einheitliche Regelungen über Schiedsinstitution, Schiedsort, Schiedssprache und Anzahl der Schiedsrichter getroffen werden.<sup>269</sup> Da Joint-Venture-Streitigkeiten oftmals mehrere Verträge und oft auch mehr als zwei Parteien involvieren, ist ein ausdrückliches Einverständnis in die Verhandlung von Ansprüchen aus mehreren Verträgen in einem Verfahren, in die Verbindung mehrerer Verfahren und in die Einbeziehung Dritter bis zur Konstituierung des Schiedsgerichts hilfreich für eine effiziente Verfahrensführung.<sup>270</sup> Beschlussmängelstreitigkeiten einer GmbH sind nur dann schiedsfähig, wenn die Schiedsvereinbarung strikte Voraussetzungen erfüllt, die die Rechtsprechung diesbezüglich aufgestellt hat.<sup>271</sup> Ob die mit der Schiedsklauseln in Bezug genommene Schiedsordnung mitbeurkundet werden muss, ist bislang nicht höchstrichterlich

263 Schaumburg/Stephan, Internationale Joint-Ventures, 1999, S. 117.

264 Exemplarisch sei auf die Musterschiedsklauseln der Deutschen Institution für Schiedsgerichtsbarkeit (DIS) unter <http://disarb.org/de/17/klauseln/uebersicht-id0> abrufbar (zuletzt abgerufen am 15.3.2020) und die der International Chamber of Commerce unter <https://iccwbo.org/dispute-resolution-services/arbitration/arbitration-clause/> (zuletzt abgerufen am 15.3.2020) verwiesen.

265 Die DIS-Schiedsregeln enthalten eine entsprechende Regelung in Art. 20, die ICC-Rules enthalten eine entsprechende Regelung in Art. 8.

266 Stürner/Wendelstein IPRax 2014, 473; Kröll IHR 2006, 255.

267 Kück ZKM 2019, 16 (17).

268 Seibt/Giesen, BeckFormularbuch M&A, 3. Aufl. G.II.Anm. 55; Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 679.

269 Quinke NZG 2015, 537 (545).

270 Quinke NZG 2015, 537 (546).

271 Für Einzelheiten vgl. BGH NZG 2009, 620; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 3 Rn. 112; Quinke NZG 2015, 537 (542).

258 Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 677.

259 Herrler/Neie, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2017, § 2 Rn. 430.

260 Seibt/Giesen, BeckFormularbuch Mergers & Acquisitions, 3. Aufl. 2018, Formular G. II. Anm. 54.

261 Vgl. unten C. X.2.

262 Vgl. oben C. X.1.

entschieden, wenngleich es von der wohl überwiegenden Auffassung für entbehrlich gehalten wird; hier kann sich ein notarieller Hinweis auf die noch uneindeutige Rechtslage anbieten.<sup>272</sup>

Die Thematik ist hinreichend komplex, um in einer eigenen Ausarbeitung behandelt zu werden. Für die Zwecke dieser Ausarbeitung wird zur Vertiefung auf die einschlägige Literatur verwiesen.<sup>273</sup>

## XI. Durchführungsverträge

Das Joint-Venture-Vertragswerk enthält neben Joint-Venture-Vertrag und Gesellschaftsvertrag oftmals eine Reihe von Zusatzvereinbarungen. Insbesondere handelt es sich dabei um für die Umsetzung der Kooperation erforderliche Verträge. Die Durchführungsverträge werden regelmäßig durch die Parteien vorbereitet und für die Beurkundung als Anlagen zum Joint-Venture-Vertragswerk zur Verfügung gestellt. Dem Notar wird es praktisch kaum möglich sein, diese umfassend inhaltlich zu prüfen, dies wird auch von den Beteiligten regelmäßig nicht erwartet; der Notar hat für eine verfahrenskonforme Beurkundung zu sorgen und kann auf offensichtliche Mängel hinweisen.<sup>274</sup> Können die Verträge noch nicht in finaler Fassung zur Anlage genommen werden, kann die Verpflichtung der Joint-Venture-Partner zum Abschluss entsprechender Verträge mit der Joint-Venture-Gesellschaft aufgenommen werden; die wesentlichen Inhalte sollten soweit wie möglich bereits festgehalten werden, ebenso wie Fristen zum Abschluss und die Konsequenzen einer Fristüberschreitung.<sup>275</sup> Die Joint-Venture-Gesellschaft, die nicht Vertragspartner des Joint-Venture-Vertrages ist, kann sich dort nicht ebenfalls zum Abschluss verpflichten, die Joint-Venture-Partner sich jedoch dazu, als deren Gesellschafter auf den Abschluss durch die Joint-Venture-Gesellschaft hinzuwirken.

Es sollte adressiert werden, inwieweit der Bestand des Durchführungsvertrages davon abhängig sein soll, dass der Vertragspartner Gesellschafter des Joint-Ventures ist. Auch Voraussetzungen für die Änderung oder Kündigung von Durchführungsverträgen – etwa die Zustimmung einer qualifizierten Mehrheit in der Gesellschafterversammlung – können geregelt werden.<sup>276</sup> Bei Verträgen zur entgeltlichen oder unentgeltlichen Überlassung von materiellen und immateriellen Vermögensgegenständen (gewerbliche Schutzrechte und nicht schutzfähiges Know-How) entspricht eine sachliche und zeitliche Beschränkung auf den Zweck und die Dauer des Joint-Ventures bzw. die Beteiligung des Überlassenden am Joint-Venture regelmäßig dem Wunsch der Parteien;<sup>277</sup> eine korrespondierende Laufzeit der Verträge kann auch über die Einräumung von Sonderkündigungsrechten erreicht werden.<sup>278</sup> Werden der

Joint-Venture-Gesellschaft solche Produkte überlassen, an denen der Überlassende selbst nur ein Nutzungsrecht aufgrund einer Lizenz hat – etwa Software – so ist zu prüfen, ob diese Lizenz die Einräumung von Unterlizenzen ermöglicht.<sup>279</sup> Bzgl. Know-How sind die Konsequenzen einer Weiterentwicklung durch die Joint-Venture-Gesellschaft zu regeln.<sup>280</sup> Bei entgeltlichen Verträgen über Überlassung, Lieferung und Abnahme sowie die Erbringung von Dienstleistungen sind insbesondere die steuer- und gesellschaftsrechtlichen Beschränkungen zum Schutz vor verdeckten Gewinnausschüttungen zu beachten.<sup>281</sup> Die Gewährung von Gesellschafterdarlehen zur Finanzierung der Joint-Venture-Gesellschaft kann im Einzelfall ein erlaubnispflichtiges Kreditgeschäft darstellen (§§ 1 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 32 Abs. 1 S. 1 KWG).<sup>282</sup>

## D. Weitere Fragestellungen aus notarieller Sicht

### I. Beurkundungsbedürftigkeit

Der Notar kommt mit dem Joint-Venture in erster Linie dann in Berührung, wenn die entsprechenden Vereinbarungen zu beurkunden sind. Grundsätzlich herrscht Formfreiheit, wenn nicht das Gesetz eine bestimmte Form vorschreibt (§ 125 S. 1 BGB). Insbesondere bei vertraglichen Joint-Ventures ist auch eine Ausgestaltung ohne formbedürftige Inhalte denkbar. Eine Reihe von Vertragsinhalten, die für Joint-Venture-Vertragswerke – insbesondere, aber nicht nur für gesellschaftsrechtliche Joint-Ventures – charakteristisch sind, führen indes dazu, dass eine notarielle Beurkundung erforderlich wird. Ergibt sich also etwa bei der Vorbereitung der Beurkundung der Gründungsdokumente der Joint-Venture-Gesellschaft, dass darüber hinaus ein Joint-Venture-Vertrag abgeschlossen werden soll, sollte auf eine etwaige Formbedürftigkeit auch dieses Vertrages hingewiesen werden.

### 1. Beurkundungsbedürftige Vertragsinhalte

Zur Beurkundungsbedürftigkeit jedenfalls einzelner Teile des Joint-Venture-Vertragswerkes können insbesondere Regelungen über die Bildung der Joint-Venture-Gesellschaft durch Neugründung oder Übertragung von Beteiligungen an die Joint-Venture-Partner (a)), Regelungen zur Übertragung bestimmter Vermögenswerte (b)) sowie ggf. Regelungen zu künftigen Änderungen an der Joint-Venture-Gesellschaft (c) und d)) führen.

#### a) Bildung der Joint-Venture-Gesellschaft

Die Gründung der Joint-Venture-Gesellschaft bedarf, abhängig von der Rechtsform, der notariellen Beurkundung (§ 2 Abs. 1 S. 1 GmbHG, § 23 Abs. 1 S. 1 AktG), ohne dass sich daraus besondere Schwierigkeiten ergeben. Gleiches gilt – in entsprechender Anwendung dieser Vorschrift

272 Für die Entbehrlichkeit im Falle einer dynamischen Verweisung OLG München NZG 2014, 994; DNotI-Report 2014, 169 (179); aA Kindler NZG 2014, 961 (965).

273 Exemplarisch Kück ZKM 2019, 16; Kück ZKM 2019, 53; Stürner/Wendelstein IPRax 2014, 473; Quinke NZG 2015, 537; Heskamp RNotZ 2012, 415.

274 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 142.

275 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 141.

276 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 148.

277 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 143, 148.

278 Hohmuth ZIP 2016, 658 (662).

279 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 144.

280 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 143.

281 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 145.

282 Vertiefend Hohmuth ZIP 2016, 658 (659 ff.); zur Auffassung der Verwaltung vgl. BaFin Merkblatt Kreditgeschäft, Stand Mai 2016, <https://www.bafin.de/dok/7866820> (zuletzt abgerufen 12.2.2020).

ten – für die Verpflichtung zur Gründung einer solchen Gesellschaft im Joint-Venture-Vertrag, sofern der Vertrag einen hinreichend bestimmten, klagbaren Anspruch auf Gründung einer Gesellschaft vorsieht, da die durch die gesetzlichen Formvorschriften unter anderem verfolgten Zwecke des Übereilungsschutzes und der notariellen Belehrung vor Eingehung der bindenden Verpflichtung nur so gewährleistet werden kann.<sup>283</sup> Wird also etwa zunächst nur der Joint-Venture-Vertrag abgeschlossen und in diesem die spätere Gründung der Joint-Venture-Gesellschaft als GmbH verpflichtend vorgesehen, ist ein solcher Anspruch gegeben, insbesondere wenn der Wortlaut des Gesellschaftsvertrages etwa als Anlage beigefügt ist. Ist der Anspruch hingegen noch so unbestimmt, dass die entsprechende Willenserklärung einer Vertragspartei nicht der Zwangsvollstreckung über die Fiktion des § 894 ZPO zugänglich ist, liegt auch keine formbedürftige Verpflichtung vor.

Zwar sind die Gründung einer Personengesellschaft und auch die Verpflichtung hierzu nicht formbedürftig. Ist die intendierte Joint-Venture-Gesellschaft allerdings eine GmbH & Co. KG und enthält der Joint-Venture-Vertrag die Verpflichtung zur Gründung der Komplementär-GmbH, ist der Vertrag gemäß den obigen Ausführungen wiederum beurkundungsbedürftig. Praktisch wird die Komplementär-GmbH allerdings oftmals bereits vor Abschluss des Joint-Venture-Vertrages gegründet.

Auch durch die Abtretung von Geschäftsanteilen einer GmbH und die Verpflichtung dazu kann sich eine Beurkundungspflicht ergeben (§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG). Im Kontext der Bildung der Joint-Venture-Gesellschaft<sup>284</sup> betrifft dies insbesondere Fälle, bei denen eine bestehende Gesellschaft – etwa eine Tochtergesellschaft eines Joint-Venture-Partners – als Joint-Venture-Gesellschaft dient und daher Geschäftsanteile zwischen den Joint-Venture-Partnern übertragen werden. Der separate Erwerb einer GmbH-Vorratsgesellschaft durch die Joint-Venture-Partner von einem Dritten führt an sich nicht zur Formbedürftigkeit des Joint-Venture-Vertrages, an dem der Dritte regelmäßig nicht beteiligt sein wird. Enthält der Joint-Venture-Vertrag allerdings eine Verpflichtung zum Erwerb der Geschäftsanteile von dem Dritten, ergibt sich die Beurkundungspflicht nach herrschender Ansicht wiederum aus § 15 Abs. 4 GmbHG.<sup>285</sup>

Die Abtretung von Kommanditanteilen ist zwar im Grundsatz formlos möglich. Soll allerdings ein Teil einer GmbH & Co. KG an den künftigen Joint-Venture-Partner übertragen werden, ist regelmäßig auch die gemäß § 15 Abs. 3, 4 GmbHG beurkundungsbedürftige Übertragung der Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH gewünscht. In diesem Fall spricht viel dafür, beide Übertra-

gungen als einheitliches Rechtsgeschäft iSd § 139 BGB anzusehen, so dass sich die Beurkundungsbedürftigkeit auch auf die Abtretung des Kommanditanteils erstreckt. Handelt es sich bei der GmbH & Co. KG hingegen um eine „Einheitsgesellschaft“, bei der die KG Alleingesellschafterin ihrer Komplementärin ist, ist nur die formfreie Übertragung der Kommanditanteile erforderlich.

## b) Übertragung bestimmter Vermögensgegenstände

Eine Übertragung von Vermögenswerten an die Joint-Venture-Gesellschaft findet regelmäßig zur Ausstattung mit Betriebsmitteln statt. Eine solche Übertragung kann nach den bekannten Grundsätzen – etwa bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 3, 4 GmbHG) und Grundstücken (§ 311 b Abs. 1 BGB) – zu einer Beurkundungsbedürftigkeit führen.

Nicht selten sieht der Joint-Venture-Vertrag zudem – insbesondere für den Fall der Beendigung des Joint-Ventures – eine bedingte, ggf. auch eine befristete Verpflichtung zur Übertragung der Beteiligung an der Joint-Venture-Gesellschaft von einem Joint-Venture-Partner an den anderen vor.<sup>286</sup> Die Bedingung oder Befristung der Verpflichtung zur Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen ändert nichts an deren Beurkundungsbedürftigkeit.<sup>287</sup> Auch eine Verpflichtung zur Abnahme (Erwerbspflicht) ist, über den Wortlaut des § 15 Abs. 4 GmbHG hinaus, beurkundungsbedürftig, da dieser im Falle der Ausübung eine korrespondierende Verpflichtung zur Abtretung gegenüberstünde; wäre eine formlose Verpflichtung zur Abnahme möglich, könnte § 15 Abs. 4 GmbHG leicht umgangen werden.<sup>288</sup> Dies wäre mit dem Zweck der gesetzlichen Regelung, die Handelbarkeit von GmbH-Geschäftsanteilen zu erschweren, nicht vereinbar. Schließlich ist auch eine gegenüber Dritten, etwa Konzerngesellschaften, eingegangene Verpflichtung beurkundungsbedürftig, da § 15 Abs. 4 GmbHG andernfalls durch Einschaltung Dritter umgangen werden könnte.<sup>289</sup>

## c) Maßnahmen nach dem UmwG

Auch die Vereinbarung einer Umwandlungsoption<sup>290</sup> kann den Joint-Venture-Vertrag beurkundungspflichtig werden lassen. Der Umwandlungsbeschluss selbst sowie die Zustimmungserklärungen einzelner Gesellschafter sind beurkundungspflichtig (§ 193 Abs. 3 S. 1 UmwG). Offen ist, ob dies auch bereits für die entsprechende Verpflichtung gilt. Dagegen spricht zunächst, dass dieser eine dem § 15 Abs. 4 GmbHG entsprechende Vorschrift nicht enthält. Darüber hinaus ist Zweck des § 193 Abs. 3 S. 1 UmwG die Gewährleistung von Rechtssicherheit durch die Kontrolle des Notars, der die Verantwortung dafür übernimmt, dass die Versammlung der Anteilsinhaber ordnungsgemäß abgewickelt wird.<sup>291</sup> Diesem Zweck würde

283 Für die GmbH jeweils mwN Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 33; Scholz/Cramer, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 2 Rn. 108; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 2 Rn. 47; MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 208 ff.; Prinz/Kahle/Stengel, BeckHB Personengesellschaften, 5. Aufl. 2020, § 22 Rn. 45; BGH ZIP 1988, 89. Für die AG vgl. Hüffer/Koch/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 14. Dass die Klarstellungs- und Beweissicherungsfunktion auch durch eine Beurkundung lediglich des eigentlichen Gründungsaktes, nicht jedoch der vertraglichen Verpflichtung zu dessen Durchführung, gewahrt werden könnten, ist insofern unerheblich, vgl. MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 209.

284 Zu Übertragungen von GmbH-Geschäftsanteilen außerhalb der Bildung der Joint-Venture-Gesellschaft vgl. unten D. I.1.b).

285 Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 15 Rn. 33.

286 Vgl. oben C. IX.3.

287 BGH NJW-RR 1989, 291; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 54.

288 OLG München BB 1995, 427; OLG München MittBayNot 1996, 385 für eine Erklärung einer Muttergesellschaft, die die Abnahme von GmbH-Geschäftsanteilen durch die Tochter garantiert; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 54; Scholz/Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 52.

289 OLG München BB 1995, 427; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 54; Scholz/Scholz, GmbHG 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 52.

290 Vgl. oben C. IX.4.

291 RegEBegr. BR-Drs. 75/94 zu § 13 Abs. 3 S. 1; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Winter, UmwG, 8. Aufl. 2018, § 193 Rn. 22.

auch genügt, wenn erst der Beschluss und Zustimmungserklärungen selbst, nicht aber bereits die entsprechende Verpflichtung beurkundet würde.<sup>292</sup> In Ermangelung einer höchstrichterlichen Klärung wird indes auch dann, wenn sich allein aus diesem Aspekt eine Beurkundungsbedürftigkeit ergäbe, in Teilen der Literatur zur Beurkundung als sicherstem Weg geraten.<sup>293</sup>

### d) Änderungen des Gesellschaftsvertrages

Ebenfalls vorstellbar sind Regelungen, die künftige Änderungen am Gesellschaftsvertrag der Joint-Venture-Gesellschaft zum Inhalt haben. Die Änderung des Gesellschaftsvertrages selbst ist im Falle der GmbH oder AG beurkundungsbedürftig (§ 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, §§ 130 Abs. 1 S. 1 iVm § 179 Abs. 1 S. 1 AktG). Eine entsprechende schuldrechtliche Verpflichtung im Joint-Venture-Vertrag ist hingegen nach verbreiteter Ansicht nicht beurkundungsbedürftig.<sup>294</sup> Sieht man allerdings den Zweck des Beurkundungserfordernisses nicht lediglich in der Gewährleistung von Rechtssicherheit und der Entlastung der Gerichte durch die notarielle Vorprüfung, sondern auch in der notariellen Belehrung zum Schutz der sich verpflichtenden Gesellschafter, spräche dies für einen Beurkundungszwang bezüglich der Verpflichtung zur Satzungsänderung.<sup>295</sup> Angesichts des Mangels an eindeutiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist daher auch dann, wenn sich allein aus diesem Aspekt eine Beurkundungsbedürftigkeit ergeben sollte, jedenfalls vertretbar, zur Beurkundung als sicherster Form zu raten.

## 2. Reichweite der Formbedürftigkeit

### a) Rechtsgeschäft im Ganzen

Die Formbedürftigkeit bezieht sich auf das Rechtsgeschäft im Ganzen, also alle Abreden – auch Nebenabreden – aus denen sich nach dem Parteiwillen der Vertragsinhalt zusammensetzen soll.<sup>296</sup> Ausgangspunkt der Prüfung, welche Teile einer Einigung im Rahmen eines mehrteiligen Geschäfts beurkundungsbedürftig sind, ist dabei einzig das Rechtsgeschäft, für das das Gesetz die Beurkundung anordnet, also etwa die Verpflichtung zur Veräußerung eines GmbH-Geschäftsanteils oder zur Gründung einer GmbH. Dieses Rechtsgeschäft ist mit seinem gesamten Inhalt beurkundungsbedürftig. Stehen weitere Abreden mit dem beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft in wirtschaftlichem Zusammenhang, ist zu prüfen, inwieweit diese Abreden nach der Vorstellung der Parteien von dem gesamten Geschäft einen Teil des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts darstellen. Das ist dann zu bejahen, wenn das beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäft von der weiteren Abrede abhängen soll.<sup>297</sup>

Wegen der erheblichen wirtschaftlichen Bedeutung von Joint-Venture-Vertragswerken wird in Teilen der Literatur

vorgeschlagen, in Zweifelsfällen eher „zu viel zu beurkunden“, um einer möglichen Nichtigkeit vorzubeugen.<sup>298</sup>

### b) Änderungen an beurkundeten Verträgen

Soll der aufgrund der o.g. Vorschriften beurkundungsbedürftige Joint-Venture-Vertrag nach der Beurkundung nachträglich geändert werden, stellt sich die Frage, inwieweit auch solche Änderungen wiederum formbedürftig sind.

Unterliegen die neuen Regelungen ihrerseits einem Formzwang, ergibt sich die Beurkundungspflicht bereits hieraus. Auch wenn dies nicht der Fall ist, kann die Änderung jedoch beurkundungspflichtig sein: Änderungen einer Verpflichtung zur Geschäftsanteilsübertragung iSd § 15 Abs. 4 GmbHG<sup>299</sup> oder einer Verpflichtung zur Grundstücksübertragung iSd § 311 b Abs. 1 BGB<sup>300</sup> sind grundsätzlich ebenfalls notariell zu beurkunden. Dies gilt nach der Rechtsprechung nicht, wenn die Verpflichtung bereits erfüllt ist, also die Geschäftsanteile abgetreten sind<sup>301</sup> bzw. das Grundstück mindestens aufgelassen ist.<sup>302</sup> Eine etwaige Verpflichtung zur Übertragung eines Grundstücks an die Joint-Venture-Gesellschaft dürfte im Regelfall vergleichsweise früh im Lebenszyklus des Joint-Ventures erfüllt werden dürfte, da die Joint-Venture-Gesellschaft gerade mit Hilfe dieser Ausstattung seine wirtschaftliche Aktivität entfalten soll. Im Gegensatz dazu sind im Joint-Venture-Vertrag angelegte Verpflichtungen zur Übertragung von Geschäftsanteilen während der Lebensdauer des Joint-Ventures regelmäßig noch nicht erfüllt, da sie in vielen Fällen gerade Teil der Beendigungsmechanismen sind.<sup>303</sup>

Die Beurkundungspflicht soll zudem nicht gelten für die Änderung „unwesentlicher“ Bestandteile von Geschäftsanteilsübertragungsverträgen<sup>304</sup> und für Ausnahmefälle zur Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten sowie solche Änderungen, die die Veräußerungs- bzw. Erwerbspflicht weder unmittelbar noch mittelbar verschärfen oder erweitern.<sup>305</sup> Für Verträge, die wegen der Verpflichtung zur Gründung einer GmbH oder AG oder der Verpflichtung zur Umwandlung der Joint-Venture-Gesellschaft dem Formzwang unterliegen, dürfte ähnliches gelten, wengleich hier keine höchstgerichtliche Rechtsprechung ersichtlich ist. Grundsätzlich stellt angesichts der oft großen wirtschaftlichen Bedeutung von Joint-Venture-Vertragswerken dann, wenn eine klare Einordnung als formlos mögliche Änderung nicht möglich ist – etwa anhand des wenig trennscharfen Kriteriums des „unwesentlichen Bestandteils“ – eine Beurkundung den sichereren Weg dar.<sup>306</sup>

292 Lutter/Hoger, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 193 Rn. 10; Sieger/Hasselbach NZG 1999, 485; ebenfalls der Auffassung, dass eine Beurkundung nicht erforderlich ist: Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 115.

293 Hermanns DNotZ 2013, 9 (12); Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 137.

294 Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 53 Rn. 36; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 53 Rn. 39; aA Wicke/Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn. 23.

295 Hermanns DNotZ 2013, 9 (13).

296 Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl. 2020, § 125 Rn. 9.

297 Instrukтив Hermanns DNotZ 2013, 9 (14 ff.).

298 Sieger/Hasselbach NZG 1999, 485 (487); Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Kap. 7 Rn. 679; Schulte/Pohl, Joint-Venture-Gesellschaften, 4. Aufl. 2015, Rn. 120.

299 Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 58; Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 66 c.

300 MüKoBGB/Rubwinkler, 8. Aufl. 2019, § 311 b Rn. 66.

301 BGH NJW 1959, 1433; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 15 Rn. 58.

302 BGH NJW 1985, 266; Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl. 2020, § 311 b Rn. 44; krit. MüKoBGB/Rubwinkler, 8. Aufl. 2019, § 311 b Rn. 66.

303 Vgl. oben C. IX.

304 Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rn. 66 c.

305 BGH NJW 1976, 1842.

306 Vgl. Fett/Spiering/Fett/Spiering, Handbuch Joint-Venture, 2. Aufl. 2015, Rn. 148 für analog § 2 Abs. 1 GmbHG formbedürftige Verträge.

### c) Erklärungen zum Auslösen von im Vertrag angelegten Geschäftsanteilsübertragungen

Soll eine im Vertrag bereits angelegte Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen – etwa im Rahmen eines Vorkaufsrechts, einer Call-Option oder einer Shoot-Out-Klausel (vgl. C.IX. 3.) – ausgelöst werden, stellt sich die Frage, ob auch die dazu abzugebenden Erklärungen nach § 15 Abs. 3, 4 GmbHG zu beurkunden sind.

Die Einräumung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts im Joint-Venture-Vertrag bedarf der Beurkundung, da hierdurch ein aufschiebend bedingter Kaufvertrag abgeschlossen wird. Die Ausübung des Vorkaufsrechts führt lediglich den Bedingungseintritt herbei; die entsprechende Erklärung des Vorkaufsberechtigten bedarf dann nicht der Beurkundung. Die dingliche Übertragung bedarf wiederum unproblematisch der Beurkundung (§ 15 Abs. 3 GmbHG).<sup>307</sup>

Optionsrechte können auf zweierlei Weise ausgestaltet sein: Wie das Vorkaufsrecht als aufschiebend bedingter Kaufvertrag, so dass die letztentscheidende, die Option auslösende Erklärung des Berechtigten den Eintritt der Bedingung darstellt, unter der der im Übrigen bereits abgeschlossene Übertragungsvertrag steht; dann gilt das für das Vorkaufsrecht gesagte entsprechend. Alternativ kann die Option als langfristig bindendes Angebot der aus der Option verpflichteten Partei ausgestaltet sein, welches der Berechtigte durch Ausübung des Optionsrechts annimmt; dann muss sowohl das Angebot im Joint-Venture-Vertragswerk als auch die Annahme durch Ausüben der Option der Form des § 15 Abs. 4 GmbHG genügen.<sup>308</sup>

Shoot-Out-Klauseln ähneln in ihrer Wirkungsweise Optionen, mit dem Unterschied, dass der Ausübende bei Einleitung des Verfahrens nicht weiß, ob er am Ende des Verfahrens seine Anteile veräußern oder die Anteile der anderen Partei erwerben wird, und zu welchen Konditionen das geschieht. Der Berechtigte kann mithin – im Gegensatz zu Vorkaufsrecht und Option – nicht durch eine einseitige Erklärung einen Vertrag vordefinierten Inhalts zustande bringen. Hier liegt daher kein aufschiebend bedingter Vertrag vor, dessen Bedingung durch die Erklärung der Ausübung der Shoot-Out-Klausel erfüllt wird, sondern lediglich dem eigentlichen Veräußerungsvertrag vorgelagerte Pflichten, bestimmte Angebote abzugeben oder anzunehmen. In der Literatur wird daraus abgeleitet, dass die Erklärungen im Rahmen des Shoot-Out-Verfahrens nicht beurkundungsbedürftig seien;<sup>309</sup> Rechtsprechung dazu ist nicht ersichtlich. Gegen die Formbedürftigkeit spreche in diesem Zusammenhang, dass das Regelungsziel des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG – die Sicherung der Beständigkeit der Mitgliedschaft<sup>310</sup> und die Erschwerung des Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen im Interesse des Anlegerschutzes<sup>311</sup> – im Rahmen des Shoot-Out-Verfahrens auch ohne Formerfordernis erreicht wird; denn der Erwerber ist bereits Gesellschafter der Joint-Venture-Gesellschaft, und deren Beständigkeit sei nicht gefährdet, sondern die Fortführung der Gesellschaft werde durch die Auflösung des Deadlocks gerade ermöglicht.<sup>312</sup>

## II. Prüfungs- und Beratungspflicht

Die Beurkundungssituation eines Joint-Venture-Vertragswerks unterscheidet sich von den alltäglicheren notariellen Geschäften insbesondere in der praktischen Erfüllung der Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars gem. § 17 Abs. 1 BeurkG.

Führungskräfte erfolgreicher Joint-Venture-Unternehmen werden mit der Aussage zitiert, dass sich ein Joint-Venture-Projekt in ernsthafte Schwierigkeiten befinde, wenn einer der Partner auf den Vertrag verweisen müsse.<sup>313</sup> Dies bringt zutreffend zum Ausdruck, dass über die vertraglichen Regelungen hinausgehendes Vertrauen der wesentlichste Faktor für eine erfolgreiche Zusammenarbeit in einem Joint-Venture ist. An der Verpflichtung des Notars, die Parteien dahingehend zu beraten, rechtssichere Regelungen zu treffen, ändert dieser Umstand für sich genommen freilich nichts.

Da Joint-Venture-Vertragswerke mit den Modalitäten der künftigen Kooperation einen komplexen Sachverhalt regeln und die Kooperation für die beteiligten Unternehmen im Regelfall von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung ist, werden die Verträge häufig von Rechtsanwälten spezialisierter Wirtschaftskanzleien entworfen und über einen Zeitraum von Wochen oder gar Monaten zwischen den Joint-Venture-Partnern verhandelt. Der Notar hingegen wird in vielen Fällen erst dann involviert, wenn das Vertragswerk weitgehend ausverhandelt ist und alsbald beurkundet werden soll. Nicht selten wird ein erheblicher Termindruck ausgeübt. Insbesondere bezüglich spezieller arbeits-, steuer-, kartell- und konzernrechtlicher Themen ist eine umfassende Beratung durch den Notar praktisch nicht zu leisten. Auf ihm erkennbare Themen sollte der Notar hinweisen, sich davon überzeugen, dass die Parteien diese Aspekte eingehend geprüft haben, zur Einholung spezialisierter Rechtsrats raten und dies in der Urkunde vermerken.<sup>314</sup>

Der Umfang der notariellen Belehrungspflicht ist fall- und adressatenbezogen und kann daher reduziert sein oder sogar komplett entfallen, wenn nämlich sämtliche Beteiligte genügende Kenntnis der tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse haben, die auch durch Dritte – insbesondere die beteiligten Rechtsanwälte – vermittelt sein kann; im Streitfall ist dies indes durch den Notar zu beweisen.<sup>315</sup>

Da – in Anlehnung an die anglo-amerikanische Kautelarpraxis – häufig angestrebt wird, ein weitgehend abgeschlossenes vertragliches Regelwerk zu schaffen, um den Rückgriff auf gesetzliche Regelungen zu vermeiden, ist das alsbald zu beurkundende Vertragswerk oftmals vergleichsweise umfangreich. Das Vertragswerk enthält unter Umständen Regelungen, die nur mit rechtlichen oder betriebswirtschaftlichen Spezialkenntnissen vollständig durchdrungen werden können. Sind ausländische Personen und Entitäten direkt, als Urkundsbeteiligte, oder indirekt, etwa als Konzernunternehmen, involviert, ist schließlich häufig die Beurkundung in englischer Sprache gewünscht, die auch dem iSv § 5 Abs. 2 BeurkG hinrei-

307 *Robles y Zepff/Girnth/Stumm* BB 2016, 2947 (2950).

308 *Robles y Zepff/Girnth/Stumm* BB 2016, 2947 (2950).

309 *Robles y Zepff/Girnth/Stumm* BB 2016, 2947 (2951).

310 BGH DNotZ 1999, 759.

311 OLG Düsseldorf NJW 2011, 1370; OLG München DNotZ 1993, 627.

312 *Robles y Zepff/Girnth/Stumm* BB 2016, 2947 (2951).

313 Göthel/Göthel, Grenzüberschreitende M&A-Transaktionen, 4. Aufl. 2015, § 39 Rn. 5.

314 Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 130.

315 BeckOGK BeurkG/Regler, Stand 1.3.2019, § 17 Rn. 10 ff.

chend sprachkundigen Notar unter Umständen nicht in gleicher Weise vertraut ist wie die deutsche Sprache.

Auch in den Fällen, in denen aus den genannten Gründen der Notar an der Erarbeitung des Entwurfes nur einen begrenzten Anteil hat, erfüllt der Notar bei der Beurkundung des Joint-Venture-Vertragswerks wichtige Funktionen: Er stellt sicher, dass der Vertragsschluss insgesamt wirksam erfolgt und kann bei typischerweise problematischen Vertragsklauseln auf Probleme hinweisen. Er stellt sicher, dass der Vollzug so erfolgen kann wie von den Beteiligten intendiert und dass nicht unbeabsichtigt ungesicherte Vorleistungen erbracht werden.

### III. Prüfung der Vertretung der Parteien

Der Notar hat die wirksame Vertretung der Parteien zu prüfen (§ 17 Abs. 1 BeurkG).<sup>316</sup> Regelmäßig handelt es sich bei den Joint-Venture-Partnern um Gesellschaften, die durch ihre Gesellschafter bzw. Organe vertreten werden. Da in vielen Fällen Rechtsanwälte bei der Ausarbeitung der Verträge involviert sind, treten die Gesellschafter bzw. Organe oftmals nicht selbst in der Beurkundung in Erscheinung, sondern lassen sich aufgrund von Vollmachten durch ihre rechtlichen Berater vertreten.

Die Vertretung durch die Organe der Gesellschaften ist im Außenverhältnis unbeschränkt und daher wenig problematisch (§ 35 Abs. 1 S. 1 GmbHG, § 78 Abs. 1 S. 1 AktG). Zustimmungsvorbehalte, auch wenn sie in der Satzung enthalten sind, sind lediglich im Innenverhältnis zwischen Organ und Gesellschaft maßgeblich, sofern nicht ein Fall des Missbrauchs der Vertretungsbefugnis vorliegt.<sup>317</sup> Auch die Vertretung durch Prokuristen ist möglich, diese umfasst insbesondere auch die Gründung von Tochtergesellschaften.<sup>318</sup>

Handelt ein Bevollmächtigter, etwa ein Rechtsanwalt, so ist für die Gründung einer GmbH oder Aktiengesellschaft eine notariell errichtete oder beglaubigte Vollmacht erforderlich (§ 2 Abs. 2 GmbHG, § 23 Abs. 1 S. 2 AktG). Gleiches gilt nach herrschender Ansicht in entsprechender Anwendung der jeweiligen Vorschrift für die Verpflichtung zur Gründung einer Joint-Venture-Gesellschaft dieser Rechtsformen, da auch im vorvertraglichen Stadium die Legitimation des Vertreters sicherzustellen ist.<sup>319</sup>

Der Notar hat die Vollmachtsurkunde in Urschrift oder beglaubigter Abschrift der Niederschrift beizufügen (§ 12 S. 1 BeurkG). Nicht selten können die Erschienenen die Vollmachtsurkunde im Termin indes nicht vorlegen. In diesem Fall ist der sicherste Weg die Einholung einer Vollmachtsbestätigung oder einer nachträglichen Genehmigung; das häufig praktizierte Nachreichen der Vollmachtsurkunde hingegen begründet nicht den Vertrauensschutz

des § 172 BGB.<sup>320</sup> Bestehen die Beteiligten dennoch auf dieser Vorgehensweise, sollte der Notar auf die damit verbundenen Risiken hinweisen.

### IV. Gesetzliche Zustimmungserfordernisse

Ein Vertrag, durch den sich eine Aktiengesellschaft zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens verpflichtet, bedarf der Zustimmung der Hauptversammlung (§ 179 a Abs. 1 S. 1 AktG). Es genügt eine fast vollständige Übertragung des Aktivvermögens.<sup>321</sup> Wird die nötige Zustimmung nicht erteilt, wird der schuldrechtliche Übertragungsvertrag nicht wirksam.<sup>322</sup> Die Vorschrift ist jedenfalls nach bisheriger Auffassung der Literatur auf Personengesellschaften entsprechend anwendbar.<sup>323</sup> Diese Auffassung herrschte auch bzgl. der GmbH vor, bis der BGH entschied, dass § 179 a AktG auf diese nicht anwendbar ist; zu den Personengesellschaften verhielt sich die Entscheidung nicht.<sup>324</sup> Der BGH stellte in der Entscheidung jedoch zugleich klar, dass der Geschäftsführer eine Zustimmung der Gesellschafterversammlung herbeiführen muss, der sich zwar – anders als bei § 179 a AktG – im Grundsatz lediglich auf das rechtliche „Dürfen“ im Innenverhältnis, nicht aber auf das „Können“ im Außenverhältnis auswirke. Zugleich betonte der BGH aber, dass ein Vertragspartner, dem sich der Missbrauch der Vertretungsmacht aufdrängen muss, aus dem Geschäft keine Rechte herleiten kann. Bei Eingehung einer Joint-Venture-Beziehung übertragen die Joint-Venture-Partner zwar typischerweise nicht ihr ganzes Gesellschaftsvermögen auf die Joint-Venture-Gesellschaft. Bedienen sie sich aber eines Vehikels, welches Vermögensgegenstände überträgt, ist eine Übertragung des gesamten Vermögens vorstellbar. Wegen der Unsicherheit bezüglich der Frage, wann sich der Missbrauch der Vertretungsmacht aufdrängen muss, wird in Zweifelsfällen die vorsorgliche Einholung eines Zustimmungsbeschlusses naheliegen. Da sich der BGH nicht zu den Mehrheits- und Formerfordernissen des Zustimmungsbeschlusses geäußert hat, ist es nicht möglich, diesbezüglich belastbare Aussagen zu treffen. Auch für eine Beurteilung der Auswirkungen auf die Rechtsprechung bzgl. der analogen Anwendung des § 179 a AktG auf Personengesellschaften ist es noch zu früh.

Das Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB spielt bei Joint-Venture-Verträgen regelmäßig keine Rolle, da die Joint-Venture-Partner typischerweise keine natürlichen Personen sind.

Die Einholung relevanter behördlicher Genehmigungen wird idealerweise im Rahmen der Closing Conditions adressiert.<sup>325</sup>

### V. Bestellung der Geschäftsführer der Joint-Venture-Gesellschaft

In alle Regel bereitet der das Vertragswerk beurkundende Notar auch die Beschlüsse zur Bestellung der Geschäftsführer der Joint-Venture-Gesellschaft und deren Anmel-

316 BGH DNotZ 1989, 43; BGH NJW-RR 2018, 1534.

317 MüKoGmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, § 37 Rn. 123 ff., 172 ff. zum Meinungsstand.

318 Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Wagner/Wöstmann, HGB, 5. Aufl. 2019, § 49 HGB Rn. 4, 6.

319 MüKoGmbHG/Heinze, 3. Aufl. 2018, § 2 Rn. 210; Beck-OK GmbHG/C. Jaeger, 42. Aufl. 2020, § 2 Rn. 29; Hüffer/Koch/Koch, AktG, 14. Aufl. 2020, § 23 Rn. 14; Hauschild/Kallrath/Wachter/Gores, NotarHB Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 20 Rn. 117, 149; im Grundsatz wohl zustimmend auch BGH NJW 1969, 1856 mit anderem Ergebnis zu einem Sonderfall, vgl. hierzu die Ausführungen von Reinicke NJW 1969, 1830.

320 Thelen/Hermanns DNotZ 2019, 725.

321 MüKoAktG/Stein, 4. Aufl. 2016, § 179 a Rn. 17.

322 MüKoAktG/Stein, 4. Aufl. 2016, § 179 a Rn. 40.

323 MüKoAktG/Stein, 4. Aufl. 2016, § 179 a Rn. 14 mwN.

324 BGH RNotZ 2019, 397.

325 Vgl. oben C. III.2.

derung beim Handelsregister vor. Nicht selten sind die als Geschäftsführer der Joint-Venture-Gesellschaft zu bestellenden Personen zugleich auch Geschäftsführer, Prokuristen oder Bevollmächtigte der Joint-Venture-Partner oder anderer verbundener Gesellschaften, mit denen unter Umständen Verträge über die gegenseitige Erbringung von Leistungen abgeschlossen werden sollen. Dies kann für eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB sprechen, es mag aber auch gerade gewünscht sein, dass solche Geschäfte dann durch einen anderen Geschäftsführer der Joint-Venture-Gesellschaft getätigt werden.

## VI. Pflichten im Rahmen der Geldwäscheprevention

Mit den zum 1.1.2020 in Kraft getretenden Änderungen im GwG sind die geldwäscherechtlichen Pflichten sowohl des Notars als auch der Gesellschaften verschärft worden. Für den Notar stellt die Beurkundung eines Joint-Venture-Vertrages, des Gesellschaftsvertrages der Joint-Venture-Gesellschaft und etwaiger zusammenhängender Dokumente eine Mitwirkung an „Gründung, Betrieb oder Verwaltung von Gesellschaften“ (§ 2 Abs. 1 Nr. 10 a) ee) GwG) dar und ist damit stets geldwäscherechtlich relevant. Der Notar ist dabei Verpflichteter iSd GwG, ihn treffen die allgemeinen Sorgfaltspflichten (1.) sowie unter engen Voraussetzungen ein Beurkundungsverbot (2.) und eine Meldepflicht (3.).<sup>326</sup> Nach Angaben der Bundesnotarkammer ist damit zu rechnen, dass der Umgang des Notars mit den geldwäscherechtlichen Pflichten durch die Aufsicht sorgsam geprüft werden wird.<sup>327</sup> Die Gesellschaft treffen demgegenüber insbesondere Mitteilungspflichten gegenüber der das Transparenzregister führenden Stelle (4.).

### 1. Allgemeine Sorgfaltspflichten

Grundlage für die weiteren Sorgfaltspflichten ist eine konkrete Risikobewertung (§ 5 GwG), die auch zu dokumentieren ist (§ 5 Abs. 2 Nr. 1 GwG). Faktoren für ein potenziell geringeres oder höheres Risiko ergeben sich aus den Anlagen 1 und 2 zum GwG. Relevante Anzeichen für ein potenziell geringeres Risiko ist insbesondere die Beteiligung börsennotierter Unternehmen, die qualifizierten Offenlegungspflichten unterliegen, sowie von Parteien mit Registrierung, Niederlassung oder Wohnsitz in EU-Mitgliedstaaten oder in näher qualifizierten Drittstaaten, wobei es wesentlich darauf ankommt, dass in dem jeweiligen Drittstaat kriminelle Aktivitäten schwach ausgeprägt sind und ein funktionierendes System zur Bekämpfung entsprechender Aktivitäten existiert. Relevante Anzeichen für ein potenziell höheres Risiko sind insbesondere die Herkunft der Parteien aus Staaten, in denen kriminelle Aktivitäten stark ausgeprägt sind, die keine hinreichenden Maßnahmen zu deren Bekämpfung betreiben. Zur Einordnung der Herkunftsstaaten stellt das Gesetz in den Anlagen zum GwG, in denen Faktoren zur Risikobewertung genannt werden, auf „glaubwürdige Quellen“ ab; dies können bspw. Informationen staatlicher Stellen, aber auch nicht-

staatlicher Akteure wie etwa, im Hinblick auf Korruptionsrisiken, die Nichtregierungsorganisation *Transparency International* sein.<sup>328</sup> Die BNotK stellt eine Liste der von EU-Kommission und Financial Action Task Force als Risikoländer eingestuften Staaten zur Verfügung.<sup>329</sup> Aus der Risikobewertung ergibt sich der Umfang der weiteren Pflichten (§§ 10, 14, 15 GwG).

In jedem Fall sind bei einer Beurkundung die Erschienenen zu identifizieren (§§ 11, 12 GwG), wobei nur bei Bürgern von Mitgliedstaaten von EU und EWR sowie der Schweiz der Personalausweis ausreicht. Bei Bürgern anderer Staaten ist, außer bei geringem Geldwäscherisiko, der gültige Reisepass erforderlich.

Darüber hinaus sind die wirtschaftlich Berechtigten (§ 3 GwG) zu identifizieren, also im Kontext des Joint-Ventures die natürlichen Personen hinter den regelmäßig beteiligten juristischen Personen. Bei juristischen Personen des Privatrechts, mit denen vor dem 1.1.2020 noch keine Geschäftsbeziehung bestand, besteht die Verpflichtung, zu diesem Zweck einen Transparenzregisterauszug einzuholen (§ 11 Abs. 5 S. 2 GwG). Effektiv kann der wirtschaftlich Berechtigte einer Gesellschaft nur identifiziert werden, wenn der Notar insbesondere bei den Beteiligten selbst Auskünfte über die Beteiligungs- und Kontrollstruktur einholt (§ 10 Abs. 1 Nr. 2 GwG), die sich ggf. über mehrere Beteiligungsebenen erstrecken. Zu diesem Zweck kann bspw. der durch die BNotK erstellte Fragebogen<sup>330</sup> genutzt werden.

Praktisch bedeutet die Einholung solcher Informationen einen erheblichen Zeitaufwand, da dem direkten Ansprechpartner nicht selten Informationen zu Kontroll- und Beteiligungsverhältnissen auf höheren Ebenen der Struktur fehlen. Zwar müssen auch Rechtsanwälte als ebenfalls Verpflichtete iSd § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG bei Begründung der Geschäftsbeziehung den wirtschaftlich Berechtigten ermitteln. In der Erfahrung des Autors sind indes auch bei anwaltlich beratenen Beteiligten diesbezüglich nicht selten Rückfragen nötig.

### 2. Nur ausnahmsweise Beurkundungsverbot

Kann der wirtschaftlich Berechtigte bis zum Beurkundungszeitpunkt nicht ermittelt werden, steht dies allerdings einer Beurkundung aufgrund der expliziten Ausnahmeregelung des § 10 Abs. 9 S. 3 GwG nicht zwingend entgegen. Anderes gilt nur in den – praktisch kaum relevanten – Fällen, in denen der Notar positive Kenntnis von Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung im Zusammenhang mit dem Vorhaben hat, oder sofern ein Beurkundungsverbot gesetzlich angeordnet ist, also bei bestimmten Sachverhalten, die den Erwerb von Immobilien betreffen (§ 10 Abs. 9 S. 4 GwG). Letzteres kann von Relevanz sein, wenn im Kontext des Joint-Ventures eine entsprechende Grundstücksübertragung stattfindet, wobei auch etwa Anteils-

326 Instrukтив zu den Pflichten des Notars das Merkblatt der BNotK „Geldwäschegesetz – Wesentliche Pflichten im notariellen Bereich“, abrufbar im internen Bereich auf der Internetseite der Bundesnotarkammer unter der Rubrik „Geldwäschekämpfung“ (<https://www.bnotk.de/Intern/Geldwaeschebekämpfung>).

327 RhNotK-Infomail 7-2020 v. 30.1.2020.

328 Klein BWNNotZ 2018, 35 (44). Der sog. *Corruption Perception Index* von *Transparency International* ist abrufbar unter <https://www.transparency.org/research/cpi/overview>.

329 Eine aktuelle Liste ist abrufbar im internen Bereich auf der Internetseite der Bundesnotarkammer unter der Rubrik „Geldwäschekämpfung“ (<https://www.bnotk.de/Intern/Geldwaeschebekämpfung>).

330 Anlage 4 zum Merkblatt der BNotK „Geldwäschegesetz – Wesentliche Pflichten im notariellen Bereich“, abrufbar im internen Bereich auf der Internetseite der Bundesnotarkammer unter der Rubrik „Geldwäschekämpfung“ (<https://www.bnotk.de/Intern/Geldwaeschebekämpfung>).

abtretungen von Gesellschaften mit Grundbesitz tatbestandsmäßig sein können.

Liegt kein Beurkundungsverbot vor, kann der Notar grundsätzlich seiner Tätigkeit nachkommen und die fehlenden Informationen auch noch nach der Beurkundung eingeholt werden. Um die Beteiligten zur Mitwirkung dabei anzuhalten, soll der Notar Abschriften und Ausfertigungen nach eigenem Ermessen solange zurückhalten und Vollzugshandlungen unterlassen können, bis die Kernsorgfaltspflichten nach dem GwG erfüllt sind.<sup>331</sup>

### 3. Meldungen des Notars an die Financial Intelligence Unit

Meldungen an die Financial Intelligence Unit (FIU) hat der Notar zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Aufsatzes nur in Ausnahmefällen, nämlich nur bei positiver Kenntnis davon, dass die notarielle Tätigkeit für Zwecke der Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung oder anderer Straftaten ausgenutzt werden soll („Wissensmeldung“, § 43 Abs. 2 GwG). Eine Meldepflicht aufgrund des bloßen Vorliegens eines bestimmten Sachverhalts („Sachverhaltsmeldung“, § 43 Abs. 6 GwG) besteht nur in den durch Rechtsverordnung bestimmten Fällen; zum Zeitpunkt des Verfassens dieses Aufsatzes war eine entsprechende Rechtsverordnung noch nicht erlassen und für das erste Halbjahr 2020 erwartet.<sup>332</sup> Die Verordnungsermächtigung ist auf Sachverhalte bei Erwerbsvorgängen nach § 1 GrEStG beschränkt.

Ist der Notar zur Meldung nicht verpflichtet – etwa in bloßen Verdachtsfällen – ist er aufgrund seiner Verschwiegenheitspflicht dazu auch nicht berechtigt.<sup>333</sup> Aus einem Verdachtsfall ergeben sich aber verstärkte Sorgfaltspflichten, die auch einen Grund zur Versagung der Amtstätigkeit (§ 15 Abs. 1 S. 1 BNotO) darstellen können.<sup>334</sup>

### 4. Mitteilung an das Transparenzregister

Die Joint-Venture-Gesellschaft selbst trifft die Pflicht, die Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten einer juristi-

schen Person einzuholen und der registerführenden Stelle unverzüglich zur Eintragung in das Transparenzregister mitzuteilen (§ 20 Abs. 1 S. 1 iVm § 19 Abs. 1 GwG).

Die Mitteilungspflicht entfällt bei einer GmbH zwar dann, wenn sich die relevanten Angaben bereits aus der Gesellschafterliste ergeben (§ 20 Abs. 2 GwG, sog. Mitteilungsfiktion); bei AG und KG greift die Mitteilungsfiktion mangels entsprechender Liste aber nicht, so dass hier regelmäßig eine Mitteilung zu machen ist.<sup>335</sup> Auch im Hinblick auf die GmbH ist allerdings zu beachten, dass auch solche Gesellschafter wirtschaftlich Berechtigter iSd GwG sein können, die ein Unternehmen zwar nicht aufgrund der Höhe ihrer Beteiligung kontrollieren, aber über darüber hinausgehende überproportionale Stimmrechte oder aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung Kontrolle ausüben. Der Joint-Venture-Vertrag kann, etwa über Stimmrechtsvereinbarungen, entsprechende Kontrollmöglichkeiten verschaffen, die eine Mitteilung erforderlich machen. Die Mitteilungspflicht erstreckt sich dann auf Angaben zu Art und Umfang des wirtschaftlichen Interesses, insbesondere auch Angaben zur Ausübung von Kontrolle etwa aufgrund von Absprachen zwischen mehreren Anteilseignern untereinander (§ 19 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 Nr. 1 b) GwG). Ergibt sich die Stellung als wirtschaftlich Berechtigter einerseits bereits aus im Handelsregister vorhandenen Unterlagen – etwa bei einer GmbH aus einer Liste, die Stimm- und Kapitalanteilen von über 25 % ausweist – und kumulativ dazu auch aus den im Register nicht ersichtlichen Regelungen im Joint-Venture-Vertrag, entfällt die Mitteilungspflicht auch bezüglich des letztgenannten.<sup>336</sup>

Da die Erfüllung der Mitteilungspflicht nicht Aufgabe des Notars ist, bietet sich hier ein Hinweis an die künftige Geschäftsführung der Joint-Venture-Gesellschaft bzw. die Parteien an. Diesen ist die Reichweite der Verpflichtung zur Mitteilung an die registerführende Stelle oftmals nicht bewusst. Die Nichterfüllung ist als Ordnungswidrigkeit mit empfindlichen Geldbußen bedroht (§ 56 Abs. 1 S. 1 Nr. 55, Abs. 3 GwG). ■

331 Bundesnotarkammer, Rundschreiben Nr. 16/2012 v. 27.11.2012, Ziff. C. V.2.; Herzog/*Figura*, GwG, 3. Aufl. 2018, § 10 Rn. 124.

332 BNotK – Geldwäschegesetz: Häufig gestellte Fragen und Antworten (FAQs), Stand 28.1.2020, Frage 64, abrufbar im internen Bereich auf der Internetseite der Bundesnotarkammer unter der Rubrik „Geldwäschebekämpfung“ (<https://www.bnotk.de/Intern/Geldwaeschebekaeempfung>).

333 BNotK – Geldwäschegesetz: Häufig gestellte Fragen und Antworten (FAQs), Stand 28.1.2020, Frage 64.

334 BNotK – Geldwäschegesetz: Häufig gestellte Fragen und Antworten (FAQs), Stand 28.1.2020, Frage 14.

335 Zu Einzelheiten der Fiktionswirkung vgl. Internetseite des Bundesverwaltungsamts unter [https://www.bva.bund.de/DE/Das-BVA/Aufgaben/T/Transparenzregister/FAQ/FAQ-wirtschaftlich-Berechtigte/wirtschaftl\\_Berechtigte\\_node.html](https://www.bva.bund.de/DE/Das-BVA/Aufgaben/T/Transparenzregister/FAQ/FAQ-wirtschaftlich-Berechtigte/wirtschaftl_Berechtigte_node.html) (zuletzt abgerufen 7.3.2020).

336 Vgl. Internetseite des Bundesverwaltungsamts unter [https://www.bva.bund.de/DE/Das-BVA/Aufgaben/T/Transparenzregister/FAQ/FAQ-wirtschaftlich-Berechtigte/wirtschaftl\\_Berechtigte\\_node.html](https://www.bva.bund.de/DE/Das-BVA/Aufgaben/T/Transparenzregister/FAQ/FAQ-wirtschaftlich-Berechtigte/wirtschaftl_Berechtigte_node.html) (zuletzt abgerufen 7.3.2020), Frage II.5.

## 1. Liegenschaftsrecht – Zur Löschung der Rückkauflassungsvormerkung aus einem Grundstücksübertragungsvertrag nach dem Tod des Berechtigten

(OLG Köln, Beschluss vom 6.1.2020 – 2 Wx 373/19, mitgeteilt durch *Notar Dr. Jan Heskamp*, Bonn)

GBO §§ 18, 22, 29

1. Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückkauflassungsvormerkung, wenn sich aus der zugrunde liegenden Vereinbarung explizit oder durch Auslegung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Allerdings reicht in diesen Fällen der Todesnachweis dann nicht zum Beleg für die Grundbuchunrichtigkeit, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Vormerkung auch einen zu Lebzeiten entstandenen, aber bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzten und nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangenen Übertragungsanspruch sichert.
2. Ist in der Bewilligung zwar ausdrücklich angeordnet worden, dass der Rückübertragungsanspruch nicht vererblich und nicht übertragbar ist und mit dem Tode des Veräußerers erlischt, aber nicht eindeutig geregelt, ob dies auch für den Fall gelten soll, dass der Anspruch bereits zu Lebzeiten entstanden ist, aber infolge des Todes des Berechtigten nicht mehr durchgesetzt werden konnte, kann nicht mit der im Rahmen des Unrichtigkeitsnachweises erforderlichen Eindeutigkeit ausgeschlossen werden, dass die Bewilligenden die Unvererblichkeit und das Erlöschen des Anspruchs in diesem Fall nicht gewollt hätten.

(RNotZ-Leitsätze)

### Zur Einordnung

Bei der Übertragung von Grundbesitz im Wege vorweggenommener Erbfolge oder zwischen Ehegatten lässt sich der Veräußerer häufig zur Absicherung gegen bestimmte Entwicklungen einen bedingten, vormerkungsgesicherten Rückübertragungsanspruch einräumen. Ist dieser bis zum Tod des Veräußerers nicht relevant geworden, stellt sich dem Erwerber u. a. im Rahmen eines geplanten Verkaufs oder der Grundschuldbestellung zum Zwecke der Darlehensaufnahme die Frage, wie die noch in Abt. II des Grundbuchs eingetragene Rückkauflassungsvormerkung zur Löschung gebracht werden kann.

Problemlos ist die Löschung nur in zwei Konstellationen: Erstens, wenn die Rückkauflassungsvormerkung als dingliches Recht selbst befristet ist (etwa auf den Tod oder auf Ablauf einiger Monate nach dem Tod des Berechtigten – dazu *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2363 ff.). Zweitens, wenn die gem. § 35 Abs. 1 GBO ausgewiesenen Erben des Berechtigten die Löschung in der Form des § 29 GBO bewilligen. Im Übrigen bleibt – abgesehen vom meist beschwerlichen Klageweg – nur der Versuch, gegenüber dem Grundbuchamt die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachzuweisen (§ 22

Abs. 1 GBO). Hierbei ist nach allgemeinen Grundsätzen durch Vorlage öffentlicher Urkunden lückenlos jede Möglichkeit auszuräumen, die der behaupteten Unrichtigkeit der gegenwärtigen Grundbuchlage und der Richtigkeit der begehrten Eintragung entgegenstehen könnte (vgl. nur OLG München RNotZ 2015, 639 [643] m. Einordn. d. Schriftltg.; BeckOK GBO/Holzer, 38. Ed. 1.3.2020, § 22 Rn. 59, jeweils mwN). Allenfalls nach der Lebenserfahrung ganz entfernte oder bloß theoretische Möglichkeiten brauchen nicht widerlegt zu werden (OLG München RNotZ 2012, 123 m. Einordn. d. Schriftltg.; OLG Hamm FGPrax 2011, 225; Bauer/Schaub/Schäfer, GBO, 4. Aufl. 2018, § 22 Rn. 171).

Bei der aus einem Übertragungsvertrag herrührenden Rückkauflassungsvormerkung erfordert dies den Nachweis, dass die Voraussetzungen des gesicherten Rückforderungsanspruchs oder die mit ihm verbundenen Bedingungen nicht bereits eingetreten sind sowie auch künftig mit Sicherheit nicht mehr eintreten können und hierdurch die im Grundbuch eingetragene Vormerkung gegenstandslos geworden ist (vgl. OLG München BeckRS 2018, 6401). Dies ist im Einzelfall anhand der bei Anspruchsbegründung gewählten Vertragsgestaltung zu beurteilen. Die obergerichtliche Rechtsprechung ist an dieser Stelle ganz überwiegend streng: Selbst wenn der Rückübertragungsanspruch unter allen Umständen ausdrücklich unvererblich ist, soll die Vorlage einer Sterbeurkunde zur Löschung nicht ausreichen. Auf Basis der Rechtsprechung des BGH zur sog. Wiederaufladung von Vormerkungen mit neuen Ansprüchen (MittRhNotK 2000, 28 sowie anschließend RNotZ 2008, 222) könne nämlich nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen werden, dass man der zu löschenden Vormerkung inzwischen einen neuen Anspruch unterlegt hat (in diesem Sinne etwa OLG Schleswig RNotZ 2011, 108 [111 f.] m. Einordn. d. Schriftltg.; OLG Bremen DNotZ 2011, 689 [690 f.]; OLG Köln MittBayNot 2010, 473 [475]; OLG Düsseldorf RNotZ 2011, 295 [297] m. Einordn. d. Schriftltg.; aA jedoch OLG Hamm BeckRS 2011, 05612; ausführlich zur Thematik *Heggen* RNotZ 2011, 329). Vor diesem Hintergrund genügt die Vorlage einer Sterbeurkunde erst recht nicht, wenn – bei unbefristeter Vormerkung – der Rückübertragungsanspruch entweder generell oder zumindest für den Fall vererblich ist, dass der Veräußerer bei Vorliegen eines zur Rückforderung berechtigenden Grundes die Rückforderung noch zu Lebzeiten geltend gemacht hatte (vgl. OLG Naumburg MittBayNot 2015, 314 [315] mAnm *Everts*; *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 2359).

Auch mit der nachstehend abgedruckten Entscheidung erteilte das OLG Köln dem Begehren nach Löschung einer Rückkauflassungsvormerkung bei bloßer Vorlage einer Sterbeurkunde eine Absage. Zwar enthielt die zugrunde liegende Übertragungsurkunde eine pauschal formulierte Klausel, wonach der Rückübertragungsanspruch unvererblich ist und mit dem Tode des Veräußerers erlöschen soll. Der Senat hielt es gleichwohl für nicht völlig fernliegend, dass man im Rahmen der Auslegung der Bestimmung zum Ergebnis kommen könne, wenigstens der noch zu Lebzeiten geltend gemachte Rückübertragungsanspruch sei vererblich.

Der notariellen Praxis wird hierdurch vor Augen geführt, dass schon bei der Gestaltung von Rückforderungsrechten in Übertragungsverträgen die spätere Löscharbeit der anspruchssichernden Grundbuchposition in den Blick genommen werden sollte. Denn für den Eigentümer kann sich die stehengebliebene Vormerkung im geplanten Verkaufs- oder Beleihungsfall als echtes Problem erweisen und ist dann weit mehr als ein bloßer Schönheitsfehler im Grundbuch. Die naheliegende Empfehlung lautet, die Vormerkung selbst auflösend zu befristen.

*Die Schriftleitung (JHB)*

## Zum Sachverhalt:

I.

[1] Eingetragene Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes waren zunächst die Eheleute B und C D zu je ½-Anteil. Durch notariell beurkundeten Grundstücksübertragungsvertrag vom 1.3.1995 – UR. Nr. 4./1995 des Notars Dr. E in F – übertrugen die Eheleute D (u. a.) das Eigentum an dem im Rubrum bezeichneten Grundbesitz unter Nießbrauchvorbehalt auf ihre Tochter, Frau G (Bl. 4 ff. d. A.). In dem notariellen Vertrag wurde unter Ziffer III. 2. u. a. Folgendes vereinbart:

### „2. Rückforderungsrecht

Der Veräußerer behält sich als Gesamtberechtigter gemäß § 428 BGB der Längstlebende von ihnen allein das Recht vor, außer in den gesetzlich vorgesehenen Fällen des Widerrufs oder der Rückgängigmachung einer Schenkung die Rückübertragung bzw. Übertragung und Auflassung des Vertragsobjekts zu verlangen, wenn

a) Zwangsvollstreckungsmaßnahmen in das Vertragsobjekt eingeleitet werden oder über das Vermögen des Erwerbers das Konkurs- oder Vergleichsverfahren eröffnet wird und diese Maßnahmen nicht innerhalb von sechs Wochen wieder rückgängig gemacht werden oder

b) der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt.

Der Rückübertragungsanspruch ist nicht vererblich und nicht übertragbar; er erlischt mit dem Tode des Veräußerers.

Das Rückforderungsrecht kann nur innerhalb sechs Monaten nach Kenntnis des Eintritts seiner Voraussetzungen ausgeübt werden. ...“

[2] Zur Sicherung dieses Rückübertragungsanspruchs hat die Erwerberin die Eintragung einer Vormerkung bewilligt.

[3] Am 18.5.1995 ist Frau G als Eigentümerin des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen worden. Zugleich sind in Abt. II lfd. Nr. 1 ein Nießbrauch und in Abt. II lfd. Nr. 2 eine Auflassungsvormerkung jeweils für die Eheleute B und C D eingetragen worden.

[4] Frau G ist am 23.1.2010 verstorben. Am 29.4.2010 ist der Beteiligte aufgrund Erbfolge als Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes eingetragen worden. Zugleich ist in Abt. II lfd. Nr. 3 ein Nacherbenvermerk eingetragen worden.

[5] Mit Schriftsatz vom 21.6.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten unter Vorlage des Löschungsantrags vom 17.6.2019 und beglaubigter Ster-

beurkunden von Frau B D, verstorben am 24.2.2005, und von C D, verstorben am 28.7.1996, Löschung der im Grundbuch des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes in Abt. II unter lfd. Nr. 1 und lfd. Nr. 2 eingetragenen Rechte beantragt (Bl. 19 ff. d. A.).

[6] Durch am 3.12.2019 erlassene Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt dem Beteiligten aufgegeben, eine Löschungsbewilligung des/der Erben der Berechtigten der der in Abt. II unter lfd. Nr. 2 eingetragenen Auflassungsvormerkung in der Form des § 29 GBO nebst Erbnachweis gem. § 35 GBO einzureichen und zur Behebung der Eintragungshindernisse eine Frist bis zum 15.1.2020 gesetzt (Bl. 40 ff. d. A.). Zur Begründung hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass bei der Bewilligung der Auflassungsvormerkung nicht hinreichend zwischen dem aufschiebend bedingten und dem vor dem Tod der Berechtigten voll wirksam gewordenen Anspruch differenziert worden sei. Es sei nicht davon auszugehen, dass die vereinbarte Unvererblichkeit des aufschiebend bedingten Anspruchs nicht für einen voll wirksam gewordenen Auflassungsanspruch gelten sollte. Es widerspreche dem „Gerechtigkeitsempfinden“, wenn ein von den Berechtigten geltend gemachter bestehender Rückübertragungsanspruch bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzt werden kann und dann folgenlos bliebe.

[7] Mit am 9.12.2019 beim Amtsgericht Bonn eingegangenen Schriftsatz vom 6.12.2019 hat der Beteiligte Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 3.12.2019 eingelegt (Bl. 38 f. d. A.). Zur Begründung hat er ausgeführt, dass in der Bewilligungsurkunde deutlich zwischen dem aufschiebend bedingten Anspruch („Rückforderungsrecht“) und dem voll wirksam gewordenen Anspruch („Rückforderungsanspruch“) unterschieden worden sei. Im Rahmen des Löschungsantrags komme es maßgeblich auf den Rückforderungsanspruch an. Dieser sei nach dem Inhalt der Bewilligungsurkunde „nicht vererblich und nicht übertragbar“ und soll nach dem Tod der Veräußerer erlöschen. Das Erlöschen des Rückübertragungsanspruchs beim Tode der Veräußerer widerspreche dem Gerechtigkeitsempfinden nicht in einem Maße, dass über die in der notariellen Urkunde vorgenommene ausdrückliche Anordnung hinweggegangen werden könne.

[8] Am 11.12.2019 hat das Grundbuchamt den in Abt. II unter lfd. Nr. 1 eingetragenen Nießbrauch gelöscht.

[9] Durch am 12.12.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 45 f. d. A.).

## Aus den Gründen:

II.

### Die zulässige Beschwerde hat in der Sache vorläufig Erfolg

[10] Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde der Beteiligten hat in der Sache einen – vorläufigen – Erfolg.

### Die Zwischenverfügung des Grundbuchamts ist schon aus verfahrensrechtlichen Gründen aufzuheben

[11] 1. Die am 3.12.2019 erlassene und angefochtene Zwischenverfügung ist schon deshalb aufzuheben, weil sie einen nach § 18 GBO unzulässigen Inhalt hat.

[12] Durch den Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und die durch die sofortige Zurückweisung des Antrags verloren gingen. § 18 GBO bezieht sich daher nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung sein soll, weil sonst die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhielte (BGH, Beschluss vom 26.9.2013 – 5V ZB 152/12, NJW 2014, 1002-1004 m.w.N.). Ebenso wenig kann dem Antragsteller mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO aufgegeben werden, eine erst noch zu erklärende Eintragungsbewilligung eines unmittelbar betroffenen Dritten beizubringen (BGH, Beschluss vom 26.6.2014 – V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192-194, Rn. 6 nach juris, m.w.N.; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 Rn. 12 m.w.N.). Dies gilt nach heute weit verbreiteter Auffassung, der sich der Senat anschließt, auch dann, wenn eine Vormerkung wegen Erlöschens des gesicherten Anspruchs gelöscht werden soll und der Unrichtigkeitsnachweis nicht geführt ist. Auch dann kann die Vorlage einer Löschungsbewilligung nicht durch Zwischenverfügung aufgegeben werden (OLG München, Beschluss vom 25.4.2018 – 34 Wx 359/17, juris; OLG München ZEV 2016, 708-711; Senat, Beschluss vom 5.10.2015 – 2 Wx 239/15, nicht veröffentlicht; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 Rn. 12 m.w.N.). So liegt der Fall hier. Das Grundbuchamt hat die Vorlage von Löschungsbewilligungen der Erben der Berechtigten der in Abt. II lfd. Nr. 2 eingetragenen Auflassungsvormerkung verlangt. Dies kann nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

#### Hinweise des Senats für das weitere Verfahren

[13] 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

#### **Im Rahmen des § 22 GBO bedarf es zur Löschung der Vormerkung des Nachweises, dass der gesicherte Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr durch Bedingungseintritt entstehen kann**

[14] Die Berichtigung nach § 22 GBO setzt voraus, dass entweder die Bewilligung des Buchberechtigten vorliegt – was hier nicht der Fall ist – oder die Unrichtigkeit nachgewiesen ist. An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, der dem Antragsteller obliegt, sind strenge Anforderungen zu stellen (Senat, FamRZ 2014, 1321-1323; Senat, FGPrax 2010, 14; OLG München ZEV 2016, 708-711; BayObLG FGPrax 2002, 151). Der Antragsteller hat in der Form des § 29 GBO grundsätzlich lückenlos jede Möglichkeit auszuräumen, die der Unrichtigkeit der gegenwärtigen Grundbuchlage und der Richtigkeit der begehrten Eintragung entgegenstehen könnte. Lediglich ganz entfernt liegende, nur theoretische Möglichkeiten müssen nicht widerlegt werden (Senat, FamRZ 2014, 1321-1323; FGPrax 2010, 14; OLG München ZEV 2016, 708-711). Die Löschung der Eigentumsvormerkung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises setzt daher den formgerechten (§ 29 GBO) Nachweis voraus, dass der durch die eingetragene Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Anspruch nicht besteht und auch nicht mehr durch Bedingungseintritt entstehen kann; denn als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand von demjenigen des An-

spruchs ab, zu dessen Sicherung sie bestellt ist (Senat, FamRZ 2014, 1321-1323; Senat, FGPrax 2010, 14; OLG München ZEV 2016, 708-711).

#### **Der Todesnachweis (Vorlage einer Sterbeurkunde) kann zur Löschung nur genügen, wenn der vormerkungsgesicherte Anspruch unter allen Umständen unvererblich ist**

[15] Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückauflassungsvormerkung, wenn sich aus der zugrunde liegenden Vereinbarung explizit oder durch Auslegung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Allerdings reicht in diesen Fällen der Todesnachweis dann nicht zum Beleg für die Grundbuchunrichtigkeit, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Vormerkung auch einen zu Lebzeiten entstandenen, aber bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzten und nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangenen Übertragungsanspruch sichert (BGHZ 117, 390, 393 f.; BGHZ 130, 385, 388 f.). Weil hier letzteres der Fall ist, kann der Unrichtigkeitsnachweis nicht mit den vorgelegten Sterbeurkunden geführt werden.

#### **Die der Vormerkung zugrunde liegende Bewilligungsurkunde ist insoweit einer Auslegung zugänglich**

[16] Für die Beurteilung der Frage, ob die aufschiebende Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) für das Entstehen des Auflassungsanspruchs mit Sicherheit endgültig ausgeblieben ist, ist der Inhalt der Bedingung selbst festzustellen. Hierfür ist auf die im Eintragungsvermerk (§ 874 BGB) in Bezug genommene Bewilligung abzustellen. Als zum Grundbuchinhalt gewordene Willenserklärung ist sie der Auslegung zugänglich. Allerdings sind der Ermittlung des Parteiwillens im Grundbuchverfahren mit Blick auf den verfahrensbeherrschenden Bestimmtheitsgrundsatz und das grundsätzliche Erfordernis urkundlich belegter Eintragsunterlagen Grenzen gesetzt. Danach darf auf die Auslegung nur zurückgegriffen werden, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für den unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Auf das subjektiv vom Bewilligenden Gewollte kommt es hingegen nicht an (Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, Rn. 28 m.w.N.).

#### **Im vorliegenden Fall erscheint es bei Auslegung der den Rückforderungsanspruch begründenden Vereinbarungen möglich, dass wenigstens der zu Lebzeiten bereits geltend gemachte Anspruch vererblich ist**

[17] Hier ist der Unrichtigkeitsnachweis nicht geführt worden. Zwar ist in der Bewilligung ausdrücklich angeordnet worden, dass der Rückübertragungsanspruch nicht vererblich und nicht übertragbar ist und mit dem Tode des Veräußerers erlischt. Es ist indes nicht eindeutig geregelt, ob dies auch für den Fall gelten sollte, dass der Anspruch bereits entstanden, aber infolge des Todes des oder der Berechtigten nicht mehr durchgesetzt werden konnte. Es kann daher nicht mit der in Fragen der Auslegung von Grundbucheintragungen erforderlichen Eindeutigkeit ausgeschlossen werden, dass die Bewilligenden die Unvererblichkeit und das Erlöschen des Anspruchs in diesem Fall nicht gewollt hätten. Da hier auch nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Rücktrittsrecht zu Lebzeiten der oder des Berechtigten entstanden ist, reicht der Nachweis

des Todes der Berechtigten nicht aus. Dem steht auch nicht entgegen, dass bezüglich des in der Bewilligung zwischen einem Rückforderungsrecht und einem Rückübertragungsanspruch unterschieden worden ist. Denn es ist nicht ersichtlich, ob mit dem Rückübertragungsanspruch der aufschiebend bedingte Anspruch oder der bereits entstandene Anspruch gemeint war.

III.

### Keine Zulassung der Rechtsbeschwerde

[...]

[19] Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen. ■

## 2. Erbrecht – Zu den Anforderungen an eine wirksame Testamentserrichtung auf einem eingerissenen Notizzettel

(OLG München, Beschluss vom 28.1.2020 – 31 Wx 229/19, 31 Wx 230/19, 31 Wx 231/19, mitgeteilt durch RiOLG Holger Krätzschel)

BGB §§ 2247, 2255  
ZPO § 286

1. Der Wirksamkeit eines Testaments steht grundsätzlich nicht entgegen, dass es auf ungewöhnlichem Material (hier: Notizzettel minderer Qualität im Format 10 cm x 7 cm) errichtet wurde (im Anschluss an OLG Braunschweig NJW-RR 2019, 583).
2. Zur Ermittlung des Testierwillens in einem solchen Fall ist auf alle, auch außerhalb der Urkunde liegenden Umstände zurückzugreifen. Erhebliches Gewicht kommt dem Umstand zu, wenn der Erblasser auch frühere Testamente auf ungewöhnlichem Papier errichtet hat.
3. Ein Widerruf des Testaments durch bloßes Einreißen der Urkunde bedarf einer besonders sorgfältigen Würdigung aller Umstände. Insbesondere bei Papier minderer Qualität und geringer Größe kann jedenfalls (auch) eine bloß zufällige Beschädigung naheliegen (Anschluss an BayObLG FamRZ 1990, 1110).

### Zur Einordnung

Das eigenhändige Testament ermöglicht dem juristischen Laien eine selbständige Verwirklichung der Testierfreiheit und ist daher in der Rechtspraxis weit verbreitet. Die Anforderungen bestimmt § 2247 BGB, der insbesondere das Vorliegen eines Testierwillens sowie die eigenhändige Errichtung und Unterzeichnung der Verfügung verlangt (vgl. dazu Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 8 Rn. 2 ff.). Da eigenhändige Testamente zumeist ohne Hinzuziehung rechtskundiger Personen errichtet werden, bringen sie jedoch – gewissermaßen als Kehrseite – eine erhöhte Gefahr der Verfälschung, der unrichtigen Wiedergabe des Erblasserwillens und von Formfehlern mit sich (vgl. dazu MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, BGB § 2247 Rn. 1). Insbesondere im Zusammenhang mit Erbscheinsanträgen ist der Notar mit den Problemfeldern des eigenhändigen Testaments regelmäßig befasst.

So kommt es zuweilen vor, dass die Verfügung auf ungewöhnlichem Material (zB Notizzettel, Briefumschlag etc.) errichtet ist. Da der Gesetzgeber insoweit keinerlei Vorgaben statuiert hat, ist allgemein anerkannt, dass der Stoff bzw. das Material der Urkunde für die Gültigkeit des

Testaments grundsätzlich keine Rolle spielt, allerdings der Gebrauch eines ungewöhnlichen Stoffes für einen bloßen Entwurf – und damit einen fehlenden Testierwillen – sprechen kann (vgl. BGH NJW 1967, 1124; OLG Hamm BeckRS 2016, 518; MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, BGB § 2247 Rn. 6, 14). Die Kasuistik ist in diesem Bereich beachtlich; zuletzt entschied das OLG Braunschweig, dass grundsätzlich auch in einem wenige Zentimeter großen Notizzettel ein wirksames Testament liegen kann (NJW-RR 2019, 583; ebenfalls bejahend für einen Schmierzettel OLG Schleswig BeckRS 2015, 18426; anders OLG Hamm BeckRS 2016, 518 für Pergamentpapier mit der Beschaffenheit von „Butterbrotpapier“; vgl. dazu insgesamt MüKoBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, BGB § 2247 Rn. 6).

Weitere Probleme können sich ergeben, wenn das Schriftstück Beschädigungen aufweist; es könnte dann nämlich ein Widerruf gegeben sein. Nach § 2255 S. 1 BGB kann ein Testament dadurch widerrufen werden, dass der Erblasser in Aufhebungsabsicht die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Während eine Vernichtung stets eine vollständige Zerstörung der Urkunde (zB durch Zerreißen, Verbrennen) erfordert (BeckOK BGB/Litzenburger, 53. Ed. 1.2.2020, BGB, § 2255 Rn. 3), genügt für eine Beschädigung grundsätzlich eine in Widerrufsabsicht vorgenommene körperliche Veränderung der Urkunde. Ausreichend sein kann insoweit ein starkes Einreißen (vgl. BayObLG BayObLGZ 1983, 204), das Durchstreichen, Ausradieren, Ausschneiden oder Zerknüllen der Urkunde (vgl. dazu insgesamt Firsching/Graf/Krätzschel, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019 § 14 Rn. 7). Die Handlung muss dem Erblasser jedoch zuzurechnen sein, insbesondere genügen zufällige Einwirkungen nicht (vgl. BeckOK BGB/Litzenburger, 53. Ed. 1.2.2020, BGB, § 2255 Rn. 6).

Das OLG München hatte sich in einem durchaus kuriosen Fall mit beiden vorgenannten Problemkreisen zu befassen; im Streitfall hat der Erblasser auf der Rückseite eines Notizzettels der Gemeinde Pfaffenhofen (10 cm x 7 cm) testiert, welcher auch noch einen Einriss von ca. 3 cm aufwies. Der Senat bejahte zunächst einen Testierwillen; zwar sei die Abfassung auf einem kleinen Notizzettel ungewöhnlich, jedoch sei zu berücksichtigen, dass sich der Erblasser zur Zeit der Errichtung im Krankenhaus befand – also möglicherweise nur auf diese Notizzettel zugreifen konnte – und bereits in der Vergangenheit Testamente auf ungewöhnlichem Papier niedergelegt habe. Auch liege kein Widerruf vor, da bei einem derart fragilen Papier ein (ungewollter) Einriss jederzeit möglich erscheint.

Die Entscheidung ruft die Voraussetzungen des eigenhändigen Testaments in Erinnerung und führt die bisherige Rechtsprechung fort. Gleichzeitig wird einmal mehr deutlich, dass durch Rechtsunkundige verfasste Testamente oftmals Anlass zu streitigen Gerichtsverfahren oder zeitaufwendigen Erbscheinsverfahren geben (vgl. Baumann ErbR 2019, 576 [577]).

Die Schriftleitung (JW)

### Zum Sachverhalt:

[1] Die Beschwerden bleiben im Ergebnis ohne Erfolg. Zutreffend ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt,

dass für die Erbrechtslage das Testament vom 7.5.2015 maßgeblich ist.

I.

[2] Der ledige und kinderlose Erblasser ist am 10.6.2015 verstorben.

[3] Er hinterließ diverse Verfügungen von Todes wegen. Überwiegend hatte er in diesen seine Schwester, die Beteiligte zu 3, als Alleinerbin eingesetzt.

[4] Während eines Krankenhausaufenthaltes errichtete der Erblasser am 7.5.2015 ein Schriftstück auf der Rückseite eines Notizzettels der Gemeinde Pfaffenhofen mit den Maßen 10 cm x 7 cm. Der Zettel weist an der Oberkante mittig einen Einriss von ca. 3 cm Länge auf.

[5] Er hat (auszugsweise) folgenden Wortlaut:

„Mein Testament lautet... dass alle Geschwister gerecht verteilt werden, besonders ... .. und ... nicht im Altenheim darben muss, ...“

[6] Es ist mit dem Namen des Erblassers unterschrieben.

[7] Die Beteiligte zu 3 ist der Ansicht, dass es sich nicht um ein Testament des Erblassers handele. Weder habe ein Testierwille vorgelegen, noch habe der Erblasser den Text eigenhändig ge- und unterschrieben.

[8] Das Nachlassgericht hat zur Urheberschaft ein Schriftsachverständigengutachten des Sachverständigen Dipl. Psychologen ... eingeholt.

[9] Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag der Beteiligte zu 3 zurückgewiesen. Es ist der Ansicht, dass das fragliche Schriftstück vom Erblasser eigenhändig ge- und unterschrieben wurde und auch nicht widerrufen wurde. Es hat den Text dahin ausgelegt, dass die Geschwister des Erblassers als Erben zu gleichen Teilen berufen sind.

[10] Dagegen richten sich die Beschwerden.

## Aus den Gründen:

II.

[11] Die Beschwerden der Beteiligten zu 4 und 5 sind bereits unzulässig und waren deshalb zu verwerfen.

[12] Verfahrensgegenständlich ist die Beschwerde der Beteiligten zu 3, mit der ihr Antrag, ihr einen Alleinerbschein aufgrund Testaments nach dem Erblasser zu erteilen, durch das Nachlassgericht zurückgewiesen wurde.

[13] Bezogen auf diesen Verfahrensgegenstand sind die Beschwerdeführerinnen unter keinen Umständen in eigenen subjektiven Rechten betroffen (§ 59 Abs. 1 FamFG), so dass ihre Beschwerden unzulässig sind.

[14] Darauf hat bereits das Nachlassgericht in seiner Nichtabhilfeentscheidung hingewiesen, weswegen es eines weiteren Hinweises des Senats nicht bedurfte. Zwar obliegt dem Nachlassgericht im Rahmen des Abhilfeverfahrens grundsätzlich nicht die Prüfung der Zulässigkeit der Beschwerde (vgl. § 68 Abs. 1 S. 1 FamFG), gleichwohl wurden die Beschwerdeführerinnen durch die Nichtabhilfeentscheidung über die Unzulässigkeit ihrer Beschwerden unterrichtet, so dass sie diese jederzeit hätten zurücknehmen können.

## Die Beschwerde der Beteiligten zu 3 ist zulässig, aber unbegründet

III.

[15] Die Beschwerde der Beteiligten zu 3 ist zwar zulässig, im Ergebnis jedoch nicht begründet.

[16] Im Hinblick auf das Testament/Schriftstück vom 7.5.2015 hängt es in entscheidungserheblicher Art und Weise davon ab, ob dieses mit Testierwillen (zugleich 1.) vom Erblasser eigenhändig errichtet wurde (zugleich 2.) und ob dieses gegebenenfalls vom Erblasser in Widerrufsabsicht widerrufen wurde (zugleich 3.).

### Der Erblasser handelte mit Testierwillen

[17] 1. Der Senat ist davon überzeugt, dass das fragliche Schriftstück vom 7.5.2015 mit Testierwillen vom Erblasser errichtet wurde. Soweit dies seitens der Beschwerdeführerin aufgrund des verwendeten Papiers (Notizzettel mit Aufdruck des Landkreis Pfaffenhofen im Format 10 cm x 7 cm, Papier mäßiger Qualität) angezweifelt wird, teilt der Senat diese Bedenken nicht.

[18] a) Der Erblasser muss bei der Errichtung der Verfügung von Todes wegen mit Testierwillen gehandelt haben. Zur Ermittlung des Testierwillens ist auf alle dafür erheblichen Umstände zurückzugreifen, auch auf solche außerhalb der Urkunde, sowie auf die allgemeine Lebenserfahrung. Die Rechtsprechung hat als Regel der Lebenserfahrung den Satz aufgestellt, dass regelmäßig kein Grund besteht, der Frage nachzugehen, ob lediglich ein Entwurf vorliegt, wenn ein formgerecht abgefasstes Testament vorliegt, das inhaltlich vollständig ist und auch sonst keine Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Erblasser damit nicht seinen letzten Willen zum Ausdruck bringen wollte (Krätzsche in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019, § 8 Rn. 2).

### Auch in einem wenige Zentimeter großen Notizzettel kann grundsätzlich ein wirksames Testament liegen

[19] Umstände, die auf eine Ausnahme von dieser Regel hindeuten, können sich z. B. daraus ergeben, dass das Testament auf einem (für den Erblasser) ungewöhnlichen Material geschrieben wurde (BayObLG FamRZ 1994, 534 [Briefumschlag]). Auch in einem wenige Zentimeter großen handschriftlich beschriebenen Notizzettel kann indes grundsätzlich ein wirksames Testament liegen (OLG Braunschweig NJW-RR 2019, 583).

### Der Erblasser testierte bereits in der Vergangenheit auf Werbepapier

[20] b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat der Senat keine Zweifel, dass der Erblasser die fragliche Verfügung mit Testierwillen errichtet hat. Zwar mag die Abfassung einer Verfügung von Todes wegen auf einem kleinen Notizzettel ungewöhnlich erscheinen. Indes ist zu berücksichtigen, dass sich der Erblasser zur fraglichen Zeit im Krankenhaus befand und möglicherweise nur auf diese Notizzettel Zugriff hatte. Darüber hinaus spricht für einen Testierwillen in der konkreten Situation auch, dass der Erblasser auch bereits in der Vergangenheit Testamente auf „Werbepapier“ niedergeschrieben hat, so das Testament vom 15.12.2004, das auf einer Seite eines Werbeblocks des „Pfaffenhofener Kuriers“ im Format A5 niedergeschrieben wurde. Das Testament vom 5.1.2014 im Format A5 weist einen Kaffeefleck auf. Es befindet sich auf der Rückseite eines ursprünglich im Format A4 verfassten Arztbriefes, dessen obere Hälfte abgerissen wurde.

[21] Insgesamt befinden sich die vom Erblasser errichteten Verfügungen des öfteren auf ungewöhnlichen Papieren, so dass allein aus diesem Umstand nicht der Schluss gezogen werden kann, der Erblasser habe keinen Testierwillen gehabt, zumal der Erblasser den Zettel sowohl mit „Mein Testament“ überschrieben und eigenhändig unterschrieben (dazu sogleich unter 2.) hat. Darüber hinaus finden sich in der Akte weitere identische Notizzettel mit handschriftlichen Notizen des Erblassers, was den Schluss nahelegt, dass er seine Korrespondenz im Krankenhaus über diese Notizzettel abgewickelt hat.

#### **Das Testament wurde auch vom Erblasser errichtet**

[22] 2. Der Senat teilt ferner die Ansicht des Nachlassgerichts, dass das fragliche Testament vom Erblasser errichtet wurde.

[23] Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat Bezug auf den angefochtenen Beschluss.

[24] a) Der Senat teilt die Ansicht des Schriftsachverständigen und seinen detailliert und nachvollziehbar gemachten Ausführungen zu der Frage, warum die fragliche Testamentsurkunde vom Erblasser errichtet wurde und das Vorliegen einer Nachahmungsfälschung unwahrscheinlich ist. Dass trotz der Begutachtung durch den Sachverständigen keine 100 %ige Gewissheit erlangt werden konnte, steht einer entsprechenden Würdigung durch das Nachlassgericht bzw. den Senat nicht entgegen: Für die Führung des entsprechenden Beweises genügt es, da eine absolute Gewissheit nicht zu erreichen und jede Möglichkeit des Gegenteils nicht auszuschließen ist, ein für das praktische Leben brauchbarer Grad von Gewissheit (BGH NJW 1993, 935), der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen (BGH NJW 2014, 71; Thomas/Putzo/Reichold ZPO 39. Auflage 2018, § 286 Rn. 2). Diese für § 286 ZPO entwickelten Grundsätze gelten grundsätzlich auch im Verfahren mit Amtsermittlungsgrundsatz (BGH NJW 1994, 1348).

[25] b) Allein der Umstände, dass der Erblasser in der Vergangenheit angeblich gegenüber Dritten erklärt hat, die Beteiligte zu 3 als Alleinerbin einsetzen zu wollen, wie er dies auch in früheren Testamenten getan hatte, ist kein hinreichendes Indiz dafür, dass es sich bei dem vorliegenden Testament um eine Fälschung handelt. Ebenso ist denkbar, dass der Erblasser im Krankenhaus seine Ansicht geändert hat.

#### **Das Testament wurde auch nicht widerrufen**

[26] 3. Der Senat teilt schließlich die Ansicht des Nachlassgerichts, dass das Testament nicht vom Erblasser durch Vernichtung widerrufen wurde (§ 2255 S. 1 BGB).

[27] a) Für den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen gemäß § 2255 S. 1 BGB genügt jede körperliche Veränderung an der Urschrift wie Zerreißen, Zerschneiden, Verbrennen, Durchstreichen, Einklammern, Unlesbarmachen durch Schwärzen oder Ausradieren, Abschneiden (BayObLG FamRZ 1990, 1110; Krätzschele in: Firsching/Graf, Nachlassrecht, 11. Auflage 2019, § 14 Rn. 8). Vernichten hinsichtlich der Testamentsurkunde bedeutet, sie in einer Weise zu zerstören, dass der ursprüngliche Zustand kaum oder gar nicht mehr erkennbar ist (BeckOGK/Grziwotz, BGB Stand 1.12.2019, § 2255 Rn. 4).

[28] Steht fest, dass der Erblasser selbst Veränderungen an der Testamentsurkunde im Sinne des § 2255 S. 1 BGB vorgenommen hat, wird vermutet, dass dies in Widerrufsabsicht geschah, § 2255 S. 2 BGB.

[29] Die Feststellungslast für den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen trägt derjenige, der Rechte aus dem Widerruf herleiten will.

#### **Die Beschaffenheit des Schriftstücks erscheint derart fragil, dass ein Einriss jederzeit auch im Rahmen einer üblichen Benutzung solcher Notizzettel entstehen kann**

[30] b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist der Senat vorliegend schon nicht davon überzeugt, dass der Erblasser die fragliche Testamentsurkunde in einer Art und Weise beschädigt hat, aus der objektiv der Schluss gezogen werden kann, durch die vorliegende Beschädigung solle die Urkunde vernichtet werden.

[31] Die fragliche Testamentsurkunde erscheint schon aufgrund ihrer äußeren Beschaffenheit derart fragil, dass ein Einriss jederzeit auch im Rahmen einer üblichen Benutzung solcher Notizzettel, z.B. beim Abreißen von einem Block, möglich erscheint. Hinzu kommt, dass der Erblasser im Krankenhaus unter Umständen nur Zugang zu derartigen Zetteln hatte und entsprechend sparsam mit diesen umging. Schließlich erscheint es fast schwieriger, den fraglichen Zettel nur einzureißen, als ihn komplett durchzureißen: Hätte der Erblasser den Zettel und damit das Testament durch Zerreißen vernichten wollen, hätte es dazu weder einer besonderen Kraftanstrengung noch besonderer Geschicklichkeit bedurft. Im Gegenteil: Einen derartigen Zettel nur einzureißen setzt voraus, dass der Erblasser, so der Vorgang bewusst erfolgte, seine Bewegung gezielt bremsen musste, um ihn nicht doch durchzureißen. Warum er sich damit hätte begnügen sollen, erschließt sich dem Senat nicht. Zwar ist auch denkbar, dass der Erblasser das Testament zwar vernichten, aber z.B. als Gedankenstütze in seiner physischen Form erhalten wollte. Allerdings spricht für ein derartiges Vorgehen genauso viel oder wenig wie für ein bloß versehentliches Einreißen.

[32] Somit ist der Senat schon nicht davon überzeugt, dass der Erblasser das Testament willentlich beschädigt hat, so dass es insoweit jedenfalls an einer Widerrufshandlung im Sinne des § 2255 S. 1 BGB fehlt. Insoweit kommt es auf die Würdigung der Zeugenaussagen und die dagegen erhobenen Einwände durch den Senat nicht an.

[33] Soweit das BayObLG in FamRZ 1990, 1110 das bloße Einreißen (in Abgrenzung zum Zerreißen) der Urkunde als Vernichtungshandlung im Sinne des § 2255 S. 1 BGB angesehen hat, ist die zugrunde liegende Konstellation nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar: Die dort vernichteten Testamente waren im Format A4 verfasst und wiesen, durch mehrmaliges Falten ermöglichte, symmetrische Einrisse jeweils an der Längs- und Querseite auf. Schon vom Ausgangsformat und der Qualität der Einrisse sind die beiden Konstellationen nicht miteinander vergleichbar.

#### **Die Auslegung des Nachlassgerichts wird vom Senat geteilt**

[34] 4. Die Auslegung der Verfügung durch das Nachlassgericht, wonach die Geschwister des Erblassers Erben zu gleichen Teilen sein sollen, wird vom Senat geteilt.

IV.

[... Kostenentscheidung ...]

V.

[39] Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor. ■

### 3. Erbrecht – Zum einseitigen Austausch des Testamentsvollstreckers bei Existenz eines wechselbezüglichen Ehegattentestaments

(OLG Schleswig, Beschluss vom 4.11.2019 – 3 Wx 12/19)

BGB §§ 2200, 2258 Abs. 1, 2270 Abs. 3, 2271, 2289 Abs. 1

Haben Ehegatten in einem wechselbezüglichen Testament eine unentgeltliche Testamentsvollstreckung angeordnet, ist eine Auswechslung des Testamentsvollstreckers in einem späteren, einseitigen Einzeltestament jedenfalls dann unwirksam, wenn dem neuen Testamentsvollstrecker dabei ein Anspruch auf Vergütung eingeräumt wird.

(RNotZ-Leitsatz)

#### Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung beschäftigt sich mit der Frage, ob jemand durch Einzeltestament einen neuen Testamentsvollstrecker ernennen kann, wenn er mit seinem vorverstorbenen Ehegatten in einem wechselbezüglichen, gemeinschaftlichen Testament einen anderen Testamentsvollstrecker bestimmt hatte.

Nach § 2270 Abs. 3 BGB können wechselbezügliche Verfügungen in einem Ehegattentestament nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse, Auflagen und die Wahl des anzuwendenden Erbrechts sein. Gleiches gilt gem. § 2278 Abs. 2 BGB für vertragsmäßige Verfügungen in einem Erbvertrag. Wesentliche Rechtswirkung ist die Unwirksamkeit einer späteren Verfügung eines Erblassers, welche die mit solcher Wirkung getroffene Verfügung beeinträchtigt (Erbvertrag: § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB; gemeinschaftliches Testament: abgeleitet aus § 2271 Abs. 2 BGB, vgl. RG RGZ 130, 213 [214]; BeckOGK BGB/Braun, Stand 1.1.2019, § 2271 Rn. 13 oder Analogie zum Erbvertragsrecht, vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2271 Rn. 12; BeckOK BGB/Litzenburger, Stand 1.2.2020, § 2271 Rn. 23). Anderen als den in § 2270 Abs. 3 u. § 2278 Abs. 2 BGB erwähnten Anordnungen (zB Testamentsvollstreckung, Pflichtteilsentziehung, Auseinandersetzungsverbot nach § 2044 BGB; umstritten hinsichtlich Teilungsanordnungen, vgl. insgesamt MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2270 Rn. 15; BeckOK BGB/Litzenburger, Stand 1.2.2020, § 2270 Rn. 6) kommt diese Wirkung dagegen nicht unmittelbar zu. Daher kann bspw. die in einem gemeinschaftlichen Testament vorgesehene Testamentsvollstreckung über den Nachlass des Längstlebenden von diesem nach dem Tod des anderen Ehegatten aufgehoben werden (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2271 Rn. 14; MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2271 Rn. 17; BeckOK BGB/Litzenburger, Stand 1.2.2020, § 2271 Rn. 1; Zimmer ZEV 2015, 450). Umgekehrt kann jedoch keine Testamentsvollstreckung zu Lasten eines wechselbezüglich Bedachten einseitig angeordnet werden, weil darin eine unzulässige Beeinträchtigung liegt (vgl. BGH NJW 1962, 912; Zimmer ZEV 2015, 450).

Ganz überwiegend wird davon ausgegangen, dass in einem einseitigen Austausch der Person des Testamentsvollstreckers grundsätzlich keine derartige unzulässige Beeinträchtigung liegt (KG OLGZ 1977, 390 [392 f.]; OLG Hamm NJWE-FER 2001, 105 [106]; MüKoBGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2271 Rn. 17; BeckOK BGB/Litzenburger, Stand 1.2.2020, § 2271 Rn. 1; BeckOGK BGB/S. Braun, Stand 1.1.2019, § 2271 Rn. 14 u. a. mit der Begründung, dass diesbe-

zügliche Verfügungen vom Gesetzgeber nicht dem Kreis der wechselbezüglichen zugeordnet sind). Mitunter wird eine Ausnahme für den Fall gemacht, dass die Ehegatten mit der ursprünglich ausgewählten Person besondere Sachkunde oder ähnliches verbunden haben (Burandt/Rohahn/C. Braun, ErbR, 3. Aufl. 2019, § 2271 BGB Rn. 40).

Das OLG Schleswig bejaht im Entscheidungsfall eine Beeinträchtigung der wechselbezüglich bedachten Erben, weil im gemeinschaftlichen Testament zunächst eine unentgeltliche Testamentsvollstreckung vorgesehen war und im späteren Einzeltestament mit dem Austausch der Person die Festlegung einer Vergütung einherging.

Die Entscheidung kann im Rahmen der Vorbereitung eines Erbvertrages oder gemeinschaftlichen Testaments mit vorgesehener Testamentsvollstreckung dazu Anlass geben, die dargestellte Problematik zu erörtern und ggf. Einschränkungen der Bindungswirkung vorzusehen. Möchte dagegen der überlebende Ehegatte einen einseitigen Austausch des Testamentsvollstreckers bei gleichzeitiger Anordnung einer Vergütung vornehmen, wird der sicherste Weg darin bestehen, den durch die Auswechslung des Testamentsvollstreckers beeinträchtigten Erben – sofern tatsächlich möglich – in die Gestaltung einzubeziehen. Er dürfte gegenüber dem Erblasser einen Zuwendungsverzicht nach § 2352 BGB erklären können. Denn dieser ist nach ganz hM als teilweiser Verzicht u. a. in der Weise zulässig, dass der durch Testament oder Erbvertrag Bedachte dem Erblasser die Befugnis einräumt, eine Testamentsvollstreckung anzuordnen (Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2352 Rn. 2; MüKoBGB/Wegerhoff, 8. Aufl. 2020, § 2352 Rn. 4; BeckOGK BGB/Everts, Stand 1.3.2020, § 2352 Rn. 21; Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2352 Rn. 13; vgl. auch BGH NJW 1978, 1159).

Die Schriftleitung (TH)

#### Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligten zu 1-3 sind die drei Kinder der Erblasserin. Die Erblasserin und ihr am .... November 2012 vorverstorbenen Ehemann H.-W. K. errichteten am 29. Juni 2001 ein notariell beurkundetes gemeinschaftliches Testament, in dem sie ihre drei Kinder zu je 1/3 als Erben nach dem Tode eines jeden von ihnen einsetzten. Dem überlebenden Ehegatten vermachten sie alle zum ehelichen Haushalt gehörenden Sachen. Die Beteiligte zu 1 erhielt aus dem Vermögen jeden Elternteils je ein Vorausvermächtnis. Sämtliche Bestimmungen des Testaments sollten, soweit nicht anders bestimmt und soweit gesetzlich zulässig, wechselbezüglich sein. Das Testament schließt mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckung. Der Ehemann benannte den Beteiligten zu 3 zum Testamentsvollstrecker, die Ehefrau für den Fall ihres Vorversterbens ihren Ehemann und ansonsten ebenfalls den Beteiligten zu 3. Der Testamentsvollstrecker sollte die Vorausvermächtnisse erfüllen und den Nachlass auseinandersetzen. Er sollte die Aufgabe unentgeltlich ausüben. Die Einzelheiten ergeben sich aus der Urkunde Bl. 46-48 d. BA.

[2] Am 21. September 2007 schlossen die Eltern mit dem Beteiligten zu 3 einen Erbvertrag, in dem sie ein Vermächtnis zu Gunsten des Letzteren vereinbarten (Bl. 49-55 d. BA.). Am 9. April 2015 errichtete die Erblasserin ein notariell beurkundetes Testament, in dem sie die Einset-

zung des Sohnes zum Testamentsvollstrecker in dem gemeinschaftlichen Testament widerrief und als neue Testamentsvollstreckerin die Beteiligte zu 4 bestimmte. Ersatzweise sollte das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker bestimmen, der allerdings nicht aus dem Kreis der Kinder und deren Angehöriger sein sollte; auch Rechtsanwältin C. sollte nicht in Frage kommen. Die Erblasserin ordnete eine Testamentsvollstreckervergütung nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins an. Für den Fall, dass die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers unwirksam sein sollte, sollte die Anordnung der Testamentsvollstreckung vollumfänglich als aufgehoben gelten (Urkunde Bl. 60-63 d. BA.). Dieses Testament wiederholte die Erblasserin im Kern in einem handschriftlichen Testament vom 19. Oktober 2017 (Bl. 65 d. BA.).

[3] Die Beteiligte zu 4 nahm das Amt an. Sie hat die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses für sich beantragt. Dem Antrag sind die Beteiligten zu 2 und 3 entgegengetreten. Sie sind der Auffassung, die Ernennung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckerin sei unwirksam. Sie diene allein dazu, den Nachlass zu ihren – der Beteiligten zu 2 und 3 – Lasten auszuhöhlen. Dieses Ziel habe die Erblasserin seit dem Tod ihres Ehemannes im Jahr 2012 ganz offensichtlich in Absprache mit ihrer anwaltlichen Beraterin, Rechtsanwältin C., verfolgt. Zur Sicherstellung der Aushöhlung des Nachlasses zu Gunsten der Beteiligten zu 1 habe die Erblasserin eine mit Rechtsanwältin C. befreundete Kollegin als Testamentsvollstreckerin vorgeschlagen. Es lägen bereits jetzt Anhaltspunkte dafür vor, dass die Testamentsvollstreckerin ihr Amt tatsächlich mit diesem Ziel ausübe. Auch stelle die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers eine beeinträchtigende Verfügung gegenüber den im gemeinschaftlichen Testament bedachten Erben dar (Verweis auf KG Berlin, Urteil vom 23.11.2009 – 8 U 144/89). Die Beteiligte zu 4 ist diesen Vorwürfen entgegengetreten.

[4] Das Nachlassgericht hat die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach Antrag angekündigt. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Benennung der Beteiligten zu 4 in den einseitigen Testamenten vom 9. April 2015 und 19. Oktober 2017 keinen wechselbezüglichen Anordnungen im gemeinschaftlichen Testament vom 29. Juni 2001 widerspreche. Die Wechselbezüglichkeit beziehe sich nicht auf die Einsetzung der Person des Testamentsvollstreckers als solcher (§ 2270 Abs. 3 BGB). Der Sohn dürfe seiner beruflichen Qualifikation wegen als Rechtsanwalt und Steuerberater eingesetzt worden sein. Diese Qualifikation aber habe auch die Beteiligte zu 4. Es sei bei dem gemeinschaftlichen Testament nicht erkennbar, dass sich die Wechselbezüglichkeit auch auf die Person des eingesetzten Testamentsvollstreckers beziehen sollte. Schließlich hätten die Ehegatten auch unterschiedliche Personen eingesetzt, der Ehemann nämlich allein den Sohn und die Ehefrau zunächst den Ehemann und nur ersatzweise den Sohn. Es sei nicht erkennbar, dass diese Einzeleinsetzung nur aufgrund der gemeinsamen Entscheidung erfolgt sei. Vielmehr dürften die Ehegatten den gemeinsamen Willen gehabt haben, dass auf jeden Fall ein fachlich geeigneter Testamentsvollstrecker bestellt werden sollte. Eine Schlechterstellung der Erben durch den Wechsel der Person des Testamentsvollstreckers, dessen Befugnisse die Erblasserin nicht geändert habe, sei nicht erkennbar. Ein wichtiger Grund nach § 2227 BGB zur Entlassung der Testamentsvollstreckerin liege nicht vor. Diese sei zu einer ordnungsgemäßen Führung der Geschäfte in der Lage und gewillt. Es spreche nicht gegen eine ordnungsgemä-

ße Geschäftsführung, dass die Testamentsvollstreckerin bislang noch kein vollständiges Nachlassverzeichnis erstellt habe. Ihr fehlten noch die dafür erforderlichen vollständigen Bankauskünfte. Es sei zudem nicht erkennbar, dass die Testamentsvollstreckerin zu Lasten der Beteiligten zu 2 und 3 handle. Nach Inbesitznahme des Nachlasses müssten noch eine Vielzahl von Kontoauszügen ausgewertet werden. Vor Vervollständigung der Unterlagen, mit denen sich die Testamentsvollstreckerin umfassend einen Überblick verschaffen könne, müsse sie keine Gesamtprüfung vornehmen. Es sei nicht ihre Aufgabe, auf reine Vermutungen eines oder mehrerer Beteiligter übereilt tätig zu werden. Die Beteiligte zu 4 sei auch geeignet, das Amt als Testamentsvollstreckerin zu übernehmen. Die pauschale Unterstellung einer bewussten Zusammenarbeit mit Rechtsanwältin C. zur Aushöhlung des Nachlasses zu Lasten der Beteiligten zu 2 und 3 entbehre jeder Grundlage.

[5] Die Beteiligte zu 2 hat Beschwerde eingelegt. In der Beschwerdebegründung wiederholt sie zusammengefasst ihren bisherigen Vortrag.

[6] Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Es hat auf die im angefochtenen Beschluss genannten Gründe verwiesen und ergänzend ausgeführt, dass ein Verstoß gegen die guten Sitten nach § 138 BGB durch die Einsetzung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckerin weiterhin nicht zu erkennen sei. Die immer wieder behauptete Zusammenarbeit der Testamentsvollstreckerin mit der Beteiligten zu 1 könne das Gericht nicht erkennen. Hinsichtlich der Wechselbezüglichkeit der Anordnung der Testamentsvollstreckung habe das Gericht bereits dargelegt, dass es keine Wechselbezüglichkeit hinsichtlich der Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers sehe. Eine solche liege bereits bei der Anordnung der Testamentsvollstreckung als solcher nicht vor. Es gebe auch keine Entlassungsgründe nach § 2227 BGB. Weder bestünde der Verdacht der Bereicherung der Testamentsvollstreckerin noch habe diese die Erteilung von Auskünften und Einsichtnahme in die Belege verweigert.

[7] Die Beteiligten zu 1 und 4 verteidigen den angefochtenen Beschluss.

[8] Der Senat hat die Beteiligten vorab auf seine vorläufige rechtliche Bewertung der Sache hingewiesen (Bl. 368-370 d. A.).

[9] Die Beteiligte zu 1 hat gemeint (Bl. 388-393 d. A.), dass höchstrichterliche Rechtsprechung zum nachträglichen Austausch eines in einem Erbvertrag eingesetzten Testamentsvollstreckers auf gemeinschaftliche Testamente nicht anwendbar sei. Abgesehen davon habe der BGH die nur wirtschaftliche Beeinträchtigung der Vertragserben durch den Austausch eines ehrenamtlichen Testamentsvollstreckers gegen einen vergütungspflichtig tätigen für zulässig erachtet. Die Zulässigkeit eines Austauschs der Person des Testamentsvollstreckers verbunden mit der Bestimmung eines Vergütungsanspruchs ergebe sich hier auch aus einer Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments. Die Eltern hätten den ursprünglich eingesetzten Beteiligten zu 3 nicht aus familiären Gründen gewählt, sondern weil sie davon ausgegangen seien, dass er als Rechtsanwalt und Steuerberater den Nachlass korrekt aufteilen werde. Da dies nicht geschehen sei, habe die Erblasserin einen neuen Testamentsvollstrecker einsetzen dürfen. Es handle sich auch nicht um eine jahrelange Dauertestamentsvollstreckung mit Einfluss auf familienbezogene Belange, sondern um eine reine Abwicklungsvollstreckung.

Dabei solle keiner der drei gleichberechtigten Miterben bevorzugt werden. Die durch das Testament begünstigten Miterben genössen nicht in gleicher Weise Vertrauensschutz wie Vertragserben.

[10] Die Beteiligte zu 4 verweist darauf (Bl. 388-393 d. A.), dass die Wirksamkeit der nachträglich getroffenen Regelung zur Testamentsvollstreckung nach dem Inhalt des gemeinschaftlichen Testaments sowie danach zu beurteilen sei, ob eine Beeinträchtigung der Rechte der Schlusserben festzustellen sei. Im Hinblick auf die Beeinträchtigung komme es ausschließlich auf eine Einschränkung ihres Handlungsrahmens an; auf wirtschaftliche Aspekte sei nicht abzustellen. In Abschnitt 3 des Testaments werde verfügt, dass sämtliche Bestimmungen wechselbezüglich seien, soweit nichts anderes bestimmt und dies gesetzlich zulässig sei. Da die Regelung zur Testamentsvollstreckung erst im nachfolgenden Abschnitt 4 geregelt werde, ergebe schon die systematische Auslegung, dass die hier folgenden Regelungen nicht wechselbezüglich sein sollten. Deshalb komme es auf eine etwaige Rechtsbeeinträchtigung der Miterben nicht an. Die Erblasserin sei sowohl im Hinblick auf die Person des Testamentsvollstreckers als auch die Anordnung einer Vergütung frei gewesen. Wie die Beteiligte zu 1 so geht auch die Beteiligte zu 4 davon aus, dass der Beteiligte zu 3 nicht aus familiären Gründen, sondern aufgrund seiner Ausbildung ursprünglich zum Testamentsvollstrecker berufen worden sei. Im Rahmen einer ergänzenden Auslegung sei zu berücksichtigen, dass die Ehegatten, hätten sie bei der Errichtung des Testaments eine – wie geschehen – sachwidrige Ausübung des Amtes durch den Beteiligten zu 3 bedacht, dem Längstlebenden die Befugnis eingeräumt hätten, eine familienfremde Person für die übliche Vergütung zum Testamentsvollstrecker zu bestimmen. Der Fall sei mit demjenigen vergleichbar, dass ein namentlich benannter Testamentsvollstrecker weg falle, ein Ersatztestamentsvollstrecker aber nicht benannt sei. In einem solchen Fall entnehme die Rechtsprechung regelmäßig dem Testament ein stillschweigendes Ersuchen an das Amtsgericht, einen Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen. Der Vergütungsanspruch sei entgegen der Rechtsauffassung des Senats auch nicht als Vermächtnis anzusehen.

## Aus den Gründen:

II.

[11] Die Beschwerde hat Erfolg. Der Beteiligten zu 4 kann ein Testamentsvollstreckerzeugnis nicht erteilt werden. Maßgeblich hierfür sind nicht die Einwände des Beteiligten zu 3 gegen die Eignung der Beteiligten zu 4 zur ordnungsgemäßen Amtsführung und die von ihm erhobenen Vorwürfe der Parteilichkeit, die bereits das Amtsgericht für nicht durchgreifend erachtet hat. Die Berufung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckung im Ergänzungstestament vom 9. April 2015 ist vielmehr wegen Verstoßes gegen die Schlusserbeneinsetzung im gemeinschaftlichen Testament unwirksam.

### Die testamentarische Erbeinsetzung der Kinder ist wechselbezüglich

[12] 1. In ihrem gemeinschaftlichen Testament hatten die Ehegatten die Kinder zu Erben eines jeden von ihnen bestimmt. Die Wechselbezüglichkeit dieser Bestimmung ergibt sich aus der ausdrücklichen Anordnung in Ziffer 3 des gemeinschaftlichen Testaments. Die Wechselbezüglichkeit hat zur Folge, dass die Erbeinsetzung für die Ehegatten

bindend war. Sie konnte zu Lebzeiten des anderen Ehegatten nur formgebunden (§ 2296 BGB) und nach dessen Tod gar nicht mehr widerrufen werden (§ 2071 Abs. 2 BGB). Die Erblasserin durfte somit nach dem Tode ihres Ehemannes keine letztwilligen Verfügungen treffen, die die Erbeinsetzung der Kinder in irgendeiner Form beeinträchtigte, denn in jeder Beeinträchtigung läge der Sache nach ein teilweiser – unzulässiger – Widerruf der weitergehenden Schlusserbeneinsetzung.

### Die Berufung der neuen Testamentsvollstreckerin ist eine Beeinträchtigung der Schlusserbeinsetzung

[13] 2. Eine derartige unzulässige Beeinträchtigung der Schlusserbeneinsetzung der Kinder im gemeinschaftlichen Testament stellt die nachträglich einseitig verfügte Berufung der Beteiligten zu 4 zur Testamentsvollstreckerin dar.

[14] a) Eine zweifellos unzulässige Beeinträchtigung läge in der erstmaligen Anordnung der Testamentsvollstreckung (s. nur Senat. Beschluss vom 13.5.2013 – 3 Wx 43/13 – SchlHAnz 2013, 480). Dies steht hier nicht in Rede. Die Testamentsvollstreckung war bereits im gemeinschaftlichen Testament angeordnet worden.

### Es ist umstritten, ob der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers in Form einer einseitigen Änderung eines gemeinschaftlichen Testaments zulässig ist

[15] b) In Rede steht vielmehr der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers.

[16] aa) Die Zulässigkeit einer solchen Änderung des gemeinschaftlichen Testaments wird nicht einheitlich beantwortet. Teilweise wird die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers ohne Weiteres für zulässig gehalten, weil sie nicht zu einer zusätzlichen Beeinträchtigung der wechselbezüglich eingesetzten Erben führe (jeweils zu § 2271 Braun in Beck-OGK, Stand 1.3.2019, Rn. 14 – anders ders. in Burandt/Rojahn, s. u.; Kiessinger in Damrau, 2. Aufl. 2011, Rn. 25; Reymann in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, Rn. 52; Musielak in MüKo-BGB, 7. Aufl. 2017, Rn. 17; Wolf in Soergel, 13. Aufl. 2003, Rn. 16; Kanzleiter in Staudinger, Bearb. 2019, Rn. 19). Nach anderer Auffassung ist die Auswechslung der Person des Testamentsvollstreckers grundsätzlich zulässig, ausnahmsweise aber dann nicht, wenn die Ehegatten an die Person des Testamentsvollstreckers bestimmte Vorstellungen geknüpft hatten (jeweils zu § 2271 Burandt/Rojahn/Braun, Rn. 40; Müßig in Kroiß/Ann/Meyer, 5. Aufl. 2018, Rn. 18).

### Ob ein solcher Austausch zu einer unzulässigen Beeinträchtigung führt, ist ebenso wie beim Erbvertrag durch Auslegung der Verfügung zu ermitteln

[17] Der Bundesgerichtshof hat sich mit der Frage – soweit ersichtlich – bislang nur in Fällen befasst, die den Austausch der Person eines erbvertraglich benannten Testamentsvollstreckers betrafen. Er hat die Zulässigkeit offengelassen. Auf einseitige Verfügungen in Erbverträgen sei § 2289 BGB zwar nicht anwendbar. Grundsätzlich sei ein Erblasser damit weiterhin berechtigt, den von ihm für seinen Nachlass benannten Testamentsvollstrecker auszuwechseln. Gleichwohl könne eine Änderung der Person des Testamentsvollstreckers nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam sein. Dies sei der Fall, wenn die Auswechslung den Vertragserben beeinträchtige, was sich wiederum nur durch eine Auslegung des Vertragsinhalts ermitteln lasse (BGH ZEV 2013, 36, 38 Rn. 22; BGH ZEV 2011, 306, 308, Rn. 25-30).

[18] Diese Betrachtung hält der Senat für richtig. Grundsätzlich besteht Testierfreiheit. Auch nach Abschluss eines Erbvertrags können die Beteiligten noch letztwillig verfügen. Daran gehindert sind sie nur insoweit, als sie mit dem späteren Testament in vertraglich begründete Rechte eingreifen (BGH ZEV 2011, 306, 308 Rn. 18). Dies gilt in gleicher Weise für die Beschränkung der Testierfreiheit aufgrund eines gemeinschaftlichen Testaments, denn § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB ist auf bindend gewordene wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten entsprechend anzuwenden (s. nur Beck-OGK/Müller-Engels, § 2289 Rn. 6). Die Beteiligte zu 1 zieht dies zu Unrecht in Zweifel. Sie meint, dass gemeinschaftlich getroffene Regelungen zur Testamentsvollstreckung nachträglich einseitig änderbar sein müssten, weil ansonsten die Bestimmung des § 2270 Abs. 3 BGB umgangen würde. Nach der im Jahr 2001 – dem Jahr der Testamentserrichtung geltenden Fassung der Vorschrift konnten nur Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen wechselbezüglich sein; in heutiger Fassung ist die Vorschrift auf die Wahl des anzuwendenden Erbteils erweitert. Die Testamentsvollstreckung betreffende Regelungen konnten und können somit nur einseitig getroffen werden und sind damit frei abänderbar. Dies gilt auch dann, wenn in einem gemeinschaftlichen Testament sämtliche darin getroffenen Bestimmungen als wechselbezüglich bezeichnet werden (OLG Hamm ZEV 2001, 271, 272 a.a.O.; Staudinger/Kanzleiter § 2271 Rn. 19).

[19] An diesem Grundsatz rührt die Übertragung der Rechtsprechung des BGH zu Erbverträgen auf gemeinschaftliche Testamente jedoch nicht. Der BGH ist in den beiden oben genannten Entscheidungen nicht von einer vertragsmäßig bindenden Benennung der Person des Testamentsvollstreckers ausgegangen (die in einem Erbvertrag allerdings zulässig wäre, BGH ZEV 2011, 306, 309 Rn. 30), sondern hat allgemein darauf abgestellt, ob sich aus der Änderung bei einem Blick auf den gesamten Vertragsinhalt eine Beeinträchtigung der Vertragserben ergibt. Bei dieser Fragestellung kann dem Grundsatz freier Widerruflichkeit der Testamentsvollstreckerbenennung ohne Weiteres Rechnung getragen werden. Bezeichnenderweise hat der BGH zum Beleg der auch von ihm vertretenen Auffassung u. a. auf obergerichtliche Entscheidungen Bezug genommen, die gemeinschaftliche Testamente betraf (BGH ZEV 2011, 306, 309 Rn. 28, dort u.a. OLG Hamm ZEV 2001, 271, 272; KG ZEV 2010, 40, 42; s. ebenso Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 21. Aufl. 2013, Rn. 63 f.).

[20] Die Beteiligte zu 1 meint ferner, dass Miterben, die jeweils nur „Begünstigte“ aus dem gemeinschaftlichen Testament seien, nicht in gleicher Weise Vertrauensschutz verdienten wie Vertragserben. Dem ist schon deshalb nicht zu folgen, weil auch ein Vertragserbe begünstigt werden kann, ohne dass er eine Gegenleistung dafür zu erbringen hätte. Zudem berücksichtigt die Sichtweise der Beteiligten zu 1 nicht, dass die Bindungswirkung wechselbezüglicher Verfügungen Vertrauensschutz vornehmlich nicht etwa zugunsten der Schlusserben – die möglicherweise von dem Testament nicht einmal wissen –, sondern zugunsten des zuerst versterbenden Ehegatten entfaltet. Er soll Gewissheit haben, dass nach seinem Tode von der gemeinsam getroffenen Regelung nicht mehr abgewichen wird.

[21] bb) Im vorliegenden Fall erweist sich der Austausch der Person des Testamentsvollstreckers als unzulässig. Sie ist mit einer Beeinträchtigung der Erben verbunden, zu der die Erblasserin nicht befugt war.

### **Die Beeinträchtigung der Schlusserben ergibt sich aus der durch Einzeltestament erstmals angeordneten Vergütungsregelung**

[22] aaa) Die Beeinträchtigung der Schlusserben ergibt sich aus der mit dem Austausch der Person verbundenen Vergütungsregelung. Im gemeinschaftlichen Testament war ausdrücklich verfügt, dass der Testamentsvollstrecker – sei es der überlebende Ehemann, sei es der Sohn – die Aufgabe unentgeltlich ausüben solle. Der in den späteren Testamenten der Erblasserin eingesetzten Testamentsvollstreckerin sollte jedoch eine Vergütung nach den Empfehlungen des Deutschen Notarvereins zustehen. Dies wäre für sich betrachtet unschädlich, weil, wie ausgeführt, auch gemeinschaftlich getroffene Regelungen zur Testamentsvollstreckung niemals wechselbezüglich sind und deshalb einseitig frei widerrufen werden können. Unzulässig ist aber, wie ebenfalls ausgeführt, eine damit einhergehende Beeinträchtigung der wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung. Die Beeinträchtigung ergibt sich aus der Vergütungsanordnung. Mit dieser Anordnung wird ein Anspruch des Testamentsvollstreckers gegen den Nachlass begründet. Gegen diesen – und damit gegen die Erben als Gesamtschuldner – richtet sich sein Vergütungsanspruch (Winkler Rn. 639).

### **Es ist nach der Rechtsprechung des BGH nicht klar, ob auch eine bloß wirtschaftliche Beeinträchtigung unzulässig ist**

[23] Darin liegt nicht etwa, wie die Beteiligten zu 1 und 4 meinen, eine rechtlich unbedenkliche rein wirtschaftliche Beeinträchtigung der Schlusserben. Sie beziehen sich hierzu auf eine Passage in der Entscheidung des BGH ZEV 2011, 306 (dort S. 309 Rn. 34), in der es heißt, dass in dem Umstand, dass von den neuen Testamentsvollstreckern eine ehrenamtliche Tätigkeit nicht zu erwarten sei, keine Beeinträchtigung der Rechte des Vertragserben lägen. Abgesehen davon, dass damit allenfalls wirtschaftliche Aspekte angesprochen würden, sehe der Erbvertrag die Bewilligung einer Testamentsvollstreckervergütung vor. Dies liest sich in der Tat so, als wäre eine rein wirtschaftliche Belastung der Schlusserben unschädlich. Gegenteiliges ergibt sich allerdings aus der in der Entscheidung BGH ZEV 2011, 306 an anderer Stelle (S. 308 Rn. 18) angeführten Entscheidung BGHZ 26, 204 (= NJW 1958, 498). Dort wird (NJW 1958, 498, 499) ausgeführt, dass aus der Verwendung des Begriffs „beeinträchtigen“ in § 2289 BGB einerseits und des Begriffs „in Widerspruch stehen“ andererseits in § 2258 BGB (Testamentswiderruf) nicht folge, dass eine der vertragsmäßigen Verfügung widersprechende Verfügung das Recht des vertragsmäßig Bedachten an sich noch nicht beeinträchtigt, sondern dass, um eine Beeinträchtigung festzustellen, immer ein Vergleich nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten angestellt werden müsste. Im Gegenteil sei davon auszugehen, dass eine dem Recht des vertragsmäßig Bedachten widersprechende Verfügung dessen Recht notwendig auch beeinträchtigt. Der Gesetzgeber habe in § 2289 Abs. 1 BGB nur deswegen nicht wie in § 2258 Abs. 1 BGB auf den einander widersprechenden Inhalt der Verfügungen abgestellt, sondern auf die Beeinträchtigung des Rechts des Bedachten, um die Unwirksamkeit früherer oder später errichteter letztwilliger Verfügungen in einem weiteren Umfang eintreten zu lassen, als es sich bei einer dem § 2258 Abs. 1 BGB entsprechenden Fassung des Gesetzes ergäbe. Auch die Verfügungen, die nicht in Widerspruch zu den vertragsmäßigen stünden, die aber dennoch das

Recht des vertragsmäßig Bedachten wirtschaftlich beeinträchtigten, sollten unwirksam sein. § 2289 Abs. 1 S. 1 BGB lege dem Erbvertrag eine weitergehende Wirkung bei, als sie nach § 2258 Abs. 1 BGB einem (Anm. des Senats: einseitigen) Testament zukomme. Diesen Ausführungen zufolge wäre eben doch jede wirtschaftliche Beeinträchtigung des Rechts des Vertragserben nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unzulässig. Bei entsprechender Anwendung der Vorschrift auf gemeinschaftliche Testamente gälte dort Gleiches.

### **In der Vergütungsanordnung liegt jedenfalls auch eine rechtliche Belastung der Schlusserben**

[24] Der Senat braucht indes nicht zu entscheiden, welcher Auffassung zu folgen ist. Die hier zu beurteilende Beeinträchtigung ist nicht nur „rein wirtschaftlich“. Mit der testamentarischen Neuregelung der Testamentsvollstreckung hat die Erblasserin einen Vergütungsanspruch der Testamentsvollstreckerin gegen den Nachlass geschaffen (s. o.). Die Erben sind gesamtschuldnerisch zur Erfüllung des Anspruchs verpflichtet. Die Neuregelung führt damit auch zu einer rechtlichen Belastung. Vergleichbar ist dies mit der – nach § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unzulässigen (s. nur Beck-OGK/Braun § 2271 Rn. 13) – nachträglichen Anordnung eines Vermächtnisses. Der Vergütungsanspruch des Testamentsvollstreckers ist freilich kein Vermächtnis; dies hat der Senat in seinem Hinweisschreiben vom 13.9.2019 aber auch nicht zum Ausdruck gebracht. Die unzulässige Belastung der Schlusserben folgt nicht aus der Rechtsnatur des Anspruchs, sondern aus der Begründung eines Anspruchs gegen die Schlusserben überhaupt, dem sie nach den Bestimmungen des gemeinschaftlichen Testaments nicht ausgesetzt gewesen wären.

### **Die Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ergibt auch nicht, dass ein Ehegatte durch Einzeltestament zur Einsetzung eines Testamentsvollstreckers mit Vergütungsanspruch befugt sein sollte**

[25] bbb) Die Beeinträchtigung der Erben führt nicht zwingend zur Unwirksamkeit der geänderten Regelung der Testamentsvollstreckung. Beeinträchtigende Verfügungen sind zulässig, soweit sie dem überlebenden Ehegatten gestattet sind. Auch wechselbezügliche Verfügungen können unter Änderungsvorbehalt stehen. Da es den Ehegatten freistellt, ihre Verfügungen wechselbezüglich zu gestalten, steht es ihnen auch frei, die aus der Wechselbezüglichkeit folgende Bindungswirkung aufzulockern.

[26] Trotz der ausdrücklich angeordneten Wechselbezüglichkeit der getroffenen Bestimmungen könnte sich demnach auch aus dem vorliegenden gemeinschaftlichen Testament im Wege der Auslegung entnehmen lassen, dass der überlebende Ehegatte die Regelung zur Testamentsvollstreckung auch zu Lasten der Schlusserben ändern durfte. Eine solche Auslegung könnte an die Rechtsprechung zu § 2200 BGB anknüpfen, auf die die Beteiligte zu 4 verweist. Vielfach kann die Benennung eines Testamentsvollstreckers in einem Testament so ausgelegt werden, dass sie zugleich das Ersuchen an das Nachlassgericht nach § 2200 BGB enthält, bei Wegfall der benannten Person einen Ersatztestamentsvollstrecker zu bestimmen. Dem Testament muss sich nur wenigstens andeutungsweise entnehmen lassen, dass der Erblasser die Testamentsvollstreckung auch nach dem Wegfall der von ihm benannten Person fort dauern lassen wollte. An die Feststellung eines solchen Willens sind keine hohen Anforderungen zu stellen (Senat. B. v. 6.7.2015 – 3 Wx 41/15 –, FamRZ 2016, 667).

[27] Auf diese Rechtsprechung lässt sich hier allerdings schon deshalb nicht recht zurückgreifen, weil die Erblasserin die Beteiligte zu 4 nicht ersatzweise zur Testamentsvollstreckerin bestimmt hat, nachdem der ursprünglich vorgesehene Testamentsvollstrecker – der Beteiligte zu 3 – weggefallen war. Sie hat den Austausch vorgenommen, obwohl der Beteiligte zu 3 noch zur Verfügung stünde. Doch auch wenn sie hierzu befugt gewesen sein sollte, wäre weiter danach zu fragen, ob sie auch befugt war, die Benennung mit der Anordnung einer Testamentsvollstreckervergütung zu verbinden. Beides lässt sich nicht voneinander trennen. Die Erblasserin hat mit der Beteiligten zu 4 eine Testamentsvollstreckerin ausgewählt, von der feststand, dass sie das Amt professionell und nur gegen Vergütung ausüben werde. Es war von vornherein auszuschließen, dass die Beteiligte zu 4 das Amt unentgeltlich übernehmen werde.

[28] Die Befugnis der Erblasserin, den Beteiligten zu 3 gegen eine professionelle Testamentsvollstreckerin auszutauschen, ließe sich zwar damit rechtfertigen, dass der Beteiligte zu 3 im gemeinschaftlichen Testament offenkundig deshalb zum Testamentsvollstrecker vorgesehen war, weil die Eltern ihn aufgrund seiner Ausbildung für fachlich geeignet hielten. Dennoch kann das gemeinschaftliche Testament nicht dahin ausgelegt werden, dass es ihnen entscheidend auf die Durchführung der Testamentsvollstreckung durch eine dafür qualifizierte Person ankam, an die notfalls auch eine Vergütung zu entrichten wäre. Einer solchen Auslegung stünde die in dem gemeinschaftlichen Testament ausdrücklich angeordnete Unentgeltlichkeit der Tätigkeit des Testamentsvollstreckers entgegen. Aus der Anordnung ergibt sich unmissverständlich die Vorstellung der Ehegatten, dass die Testamentsvollstreckung den Nachlass nichts kosten dürfe. Damit ist der Auswahl eines vergütungspflichtig tätigen Testamentsvollstreckers unvereinbar. Auch aus einer Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments ergibt sich damit keine Befugnis der Erblasserin, die Beteiligte zu 4 zur Testamentsvollstreckerin zu berufen.

[29] c) Aus dem Vorgenannten ergibt sich notwendig, dass auch die Bestimmung der Erblasserin in ihrem letzten Testament vom 19.10.2017, dass ersatzweise das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker bestimmen solle, unwirksam ist. Auch das Nachlassgericht müsste einen professionell tätigen Testamentsvollstrecker auswählen, der das Amt jedoch nur gegen Vergütung ausüben würde.

### **Die gänzliche Aufhebung der Testamentsvollstreckung ist wirksam**

[30] Unbedenklich wirksam ist hingegen die ersatzweise Anordnung des gänzlichen Wegfalls der Testamentsvollstreckung in Abschnitt III des notariellen Testaments vom 9.4.2015 (vgl. Burandt/Rojahn/Braun § 2271 Rn. 40).

[...]

[33] Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen. Ein Zulassungsgrund nach § 70 Abs. 2 FamFG liegt nicht vor. Die Sache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch ist eine höchstrichterliche Entscheidung zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich. Die vorliegende Entscheidung beruht maßgeblich auf der individuellen Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, bei der der Senat nicht von anerkannten Grundsätzen oder anderslautender Rechtsprechung oder Literatur abgewichen ist. ■

#### 4. Familienrecht – Zur Fortführung des bisherigen Namens bei Volljährigenadoptionen

(OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.8.2019 – 15 UF 184/19)

BGB §§ 1757, 1767, 1770, 1776 Abs. 2  
FamFG §§ 59, 197 Abs. 3 S. 1

1. Die annehmende und die anzunehmende Person, deren Anträge auf Beibehaltung des Geburtsnamens des volljährigen Anzunehmenden abgewiesen werden, sind zur Anfechtung der ablehnenden Entscheidung beschwerdebefugt.
2. Bei der Adoption einer volljährigen Person ist dieser nicht gestattet, ihren bisherigen Geburtsnamen als alleinigen Familiennamen fortzuführen. Eine dahingehende erweiternde Auslegung der §§ 1767 Abs. 2, 1757 BGB kommt nicht in Betracht.

##### Zur Einordnung

Das OLG Stuttgart befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, ob im Rahmen einer Volljährigenadoption der Anzunehmende seinen bisherigen Familiennamen als alleinigen Namen behalten darf.

§ 1757 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass das angenommene Kind als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden erhält. Zweck der Regelung ist es, die neue Familienzugehörigkeit des Angenommenen auch namensrechtlich zu verdeutlichen (BeckOGK BGB/Löhnig, Stand 1.5.2019, § 1757 Rn. 2). Sie gilt nicht nur bei der Minderjährigen-, sondern über § 1767 Abs. 2 S. 1 BGB auch bei der Volljährigenadoption (MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, § 1767 Rn. 74; BeckOK BGB/Pöcker, Stand 1.2.2020, § 1767 Rn. 13). Allerdings gestattet es § 1757 Abs. 3 Nr. 2 BGB, dem neuen Familiennamen des Kindes den bisherigen Familiennamen voranzustellen oder anzufügen, wenn dies aus schwerwiegenden Gründen zum Wohl des Kindes erforderlich ist. Bei Volljährigen stellt die Rechtsprechung dabei keine allzu hohen Anforderungen an die Beifügung des bisherigen Namens, um die Identifikation des Volljährigen mit seinem bisherigen Namen angemessen zu berücksichtigen (LG Bonn BeckRS 2009, 88617; LG Köln BeckRS 1996, 11290; LG Regensburg MittBayNot 2008, 481; vgl. auch BeckOK BGB/Pöcker, Stand 1.2.2020, § 1767 Rn. 13 ff.).

In der Literatur wird vertreten, dass die fehlende Möglichkeit der Weiterführung allein des bisherigen Familiennamens verfassungswidrig sei. Der darin liegende Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (vgl. BVerfG NJW 2009, 1657) sei auch durch die Zuordnungs- und Integrationsfunktion des neuen Namens verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigen (Löhnig FamRZ 2012, 679; Molls ZRP 2012, 174 [176 f.] für die Volljährigenadoption). Auch die Rechtsprechung hat mitunter über den Gesetzeswortlaut hinaus die Namensfortführung bei der Adoption von Volljährigen zugelassen (AG Leverkusen RNotZ 2009, 544; OLG Hamm NJOZ 2012, 1578 [1581]). Die überwiegende Auffassung lehnt diese Möglichkeit allerdings ab; verfassungsrechtlich sei der Eingriff vom Anzunehmenden wegen der gesellschaftlichen Zuordnungsfunktion des Namens hinzunehmen (OLG Celle BeckRS 1996, 09067; BayObLG DNotZ 2003, 290; OLG

Hamm MittBayNot 2011, 501; MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, Vor § 1741 Rn. 56).

Das OLG Stuttgart schließt sich der herrschenden Linie an und betont, dass den Interessen des Anzunehmenden an der Weiterführung seines Namens durch die Option zur Beifügung hinreichend Rechnung getragen wird. Gegen die Entscheidung ist die Rechtsbeschwerde beim BGH anhängig (Az. XII ZB 427/19).

Auch unter strikter Anwendung der gesetzlichen Vorschriften kann jedenfalls für einen verheirateten, volljährigen Anzunehmenden die Möglichkeit der Beibehaltung seines Namens bestehen: Wurde dessen bisheriger Geburtsname zum Ehenamen bestimmt, ändert sich dieser durch die Adoption nur dann, wenn der andere Ehegatte sich der Namensänderung anschließt (§ 1767 Abs. 2 S. 3 BGB). Anderenfalls bleibt der Ehepartner erhalten, obwohl er nach der Adoption keinem Geburtsnamen der Eheleute mehr entspricht (BayObLG NJW-RR 1986, 498 f.; MüKoBGB/Maurer, 8. Aufl. 2020, § 1767 Rn. 86).

Die Schriftleitung (TH)

##### Zum Sachverhalt:

I.

[1] Im Beschwerdeverfahren im Streit ist die Namensführung der Beteiligten zu 1 nach erfolgter Adoption durch die Beteiligte zu 2. Die Beteiligte zu 1 ist mit Herrn H. D. verheiratet. Die Ehegatten haben keinen gemeinsamen Ehenamen bestimmt, sondern nach der Eheschließung ihren jeweiligen Geburtsnamen beibehalten. Die vier aus der Ehe hervorgegangenen Söhne, von denen der jüngste noch minderjährig ist, tragen den Familiennamen der Beteiligten zu 1 „W.“.

[2] Das Familiengericht hat auf den Antrag der Beteiligten zu 1 und 2 vom 19.11.2018 die Annahme der Beteiligten zu 1 durch die Beteiligte zu 2 ausgesprochen. Weiter hat es auf den insoweit hilfsweise von beiden Beteiligten gestellten Antrag bestimmt, dass dem neuen Familiennamen der Angenommenen der bisherige Familienname beigefügt wird und dieser künftig „W.-B.“ lautet. Der Antrag auf Weiterführung des bisherigen Geburtsnamens „W.“ als alleinigen Familiennamen der Angenommenen wurde abgewiesen.

[3] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss (Bl. 70/71 d. A.) Bezug genommen.

[4] Mit ihren Beschwerden wenden sich die Beteiligten zu 1 und 2 gegen die Abweisung ihres Antrags auf Fortführung des Geburtsnamens der Beteiligten zu 1 als alleinigen Familiennamen.

[5] Ihre Beschwerdebefugnis stützen sie unter Hinweis auf die Zurückweisung ihres Antrags auf § 59 Abs. 1, 2 FamFG.

[6] Sie machen geltend, dass das Familiengericht verkannt habe, dass eine verfassungskonforme Auslegung des § 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB über seinen Wortlaut hinaus gebiete, dem volljährigen Adoptierten die Weiterführung des bisherigen Familiennamens als alleinigen Familiennamen zu gestatten.

[7] Der Name eines Menschen sei Ausdruck seiner Identität und Individualität. Das Interesse an namensmäßiger

Kontinuität sei deshalb Teil der durch Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Identität und damit zugleich des durch Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Persönlichkeitsrechts seines Trägers. Eingriffe in die grundrechtlich geschützte Namenskontinuität bedürften einer verfassungsmäßigen Rechtfertigung. Der Gesetzeszweck der in § 1757 Abs. 1 BGB vorgeschriebenen Namensänderung, der in Übereinstimmung mit dem Prinzip der Volladoption eine umfassende Eingliederung des Anzunehmenden in die neue Familie im Blick habe, sei erkennbar auf die Minderjährigenadoption zugeschnitten. Demgegenüber führe die Volljährigenadoption mit schwacher Wirkung nicht zu einem Herauslösen aus der alten Familie und keiner Vollintegration in die Familie des Annehmenden. Vor diesem Hintergrund sei in Literatur und Rechtsprechung anerkannt, dass die Regelung des § 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB (Anfügen oder Vorstellen des bisherigen Familiennamens) großzügig auszulegen sei.

[8] Darüber hinaus sei auf Grund der verfassungsgemäßen Vorgaben in Ausnahmefällen auch ein Erhalt des Geburtsnamens auszusprechen. Vom Vorliegen einer solchen Ausnahmekonstellation sei vorliegend auszugehen.

[9] Dem Interesse der Angenommenen an der Beibehaltung ihres bisherigen Namens komme im Hinblick auf ihr Alter von nunmehr 54 Jahren und der damit einhergehenden Verfestigung ihrer gesellschaftlichen und beruflichen Stellung als selbständig tätiger H... ein erhebliches Gewicht zu.

[10] Hinzu komme, dass der unter dem Schutz des Art. 6 GG stehende Geburtsname eine gesellschaftliche Integrationsfunktion erfülle. Sofern der Geburtsname „W.“ der Angenommenen entfiere oder nur noch als zusätzlicher Familienname geführt werden könne, könnten die vier Söhne der Angenommenen ihren Geburtsnamen weder von der Mutter noch dem Vater (dessen Name nicht Familienname geworden ist) ableiten. Dies gelte insbesondere auch für den Fall des Führens eines Doppelnamens, da für einen außenstehenden Dritten der Eindruck entstehen könnte, dass die gemeinsamen Söhne der Eheleute W./D. aus einer ersten Ehe der Angenommenen mit einem Herrn W... stammen.

[11] Wegen der weiteren Einzelheiten des Beschwerdevorbringens wird auf die Beschwerdebegründung (Bl. 74/83 d. A.) Bezug genommen.

## Aus den Gründen:

### II.

[12] 1. Die Beschwerden sind zulässig. Zwar ist ein Beschluss, der die Annahme als Kind ausspricht nach § 197 Abs. 3 S. 1 FamFG nicht anfechtbar. Indessen sind Folgeregelungen, die nicht die Annahme selbst betreffen, anfechtbar. Hierunter fällt insbesondere die Namensänderung (vgl. MüKoFamFG/Maurer 3. Aufl. § 197 Rn. 93; Staudinger/Helms [2019] § 1757 Rn. 35; offen gelassen BGH, FamRZ 2017, 1025 Rn. 7).

### Annehmende und Anzunehmende sind beschwerdebefugt

[13] Die Beteiligten zu 1 und 2 sind auch beschwerdebefugt im Sinne des § 59 FamFG. Ihr insoweit gestellter Hauptantrag, dass die Annahme in Ansehung des Geburtsnamens der Angenommenen zu keiner Änderung führt, ist erfolglos geblieben, während das Familiengericht nur dem

– lediglich zur Vermeidung der Abweisung der Annahme gestellten Hilfsantrag – den bisherigen Familiennamen voranzustellen, stattgegeben hat. Dadurch sind die Beteiligten zu 1 und 2 in ihren eigenen Rechten beeinträchtigt, weil die Annahme eines Volljährigen gemäß § 1768 BGB nur auf Antrag des Annehmenden und des Anzunehmenden auszusprechen ist. Bei der Adoption eines Erwachsenen ist auch für die Voranstellung des bisherigen Familiennamens nach § 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB ein Antrag sowohl des Annehmenden als auch des Anzunehmenden erforderlich (vgl. OLG Bamberg, FamRZ 2018, 1929). Dass die Beteiligten zu 1 und 2 eine über die gesetzliche Regelung des § 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB hinausgehende Namensregelung erstreben, ändert hieran nichts.

### Die Beibehaltung des bisherigen Familiennamens eines Angenommenen ist nicht möglich

[14] 2. Die Beschwerden sind jedoch unbegründet. Entgegen dem Beschwerdevorbringen ist eine verfassungskonforme Auslegung des § 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB i. V. m. § 1767 Abs. 2 BGB dahingehend, dass über seinen ausdrücklichen Wortlaut hinaus in Einzelfällen im Rahmen der Volljährigenadoption die Beibehaltung des bisherigen Familiennamens des Angenommenen möglich ist, nicht geboten.

### Eine planwidrige Regelungslücke liegt insoweit nicht vor

[15] Eine planwidrige Lücke der gesetzlichen Regelung der §§ 1767 Abs. 2, 1757 BGB, die für den Fall der Volljährigenadoption nicht die Beibehaltung des Familiennamens des Angenommenen vorsieht, liegt nicht vor (a. A. AG Leverkusen, FamRZ 2008, 2058). Der Gesetzgeber hat die namensrechtlichen Wirkungen der Volljährigenadoption bewusst nicht abweichend von den für die Minderjährigenadoption geltenden Bestimmungen geregelt. Trotz sich ändernder Anschauungen hinsichtlich Ehe und Familie und der in der Literatur und Rechtsprechung geäußerten Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit der namensrechtlichen Bestimmungen der Volljährigenadoption hat der Gesetzgeber auch in der zuletzt mit Gesetz v. 17.7.2017 erfolgten Änderung des § 1757 BGB (BGB. I 2017, 2429) keine abweichende inhaltliche Änderung vorgenommen.

### Die gesetzliche Regelung zum Namensrecht bei Adoption ist verfassungsgemäß

[16] Die für den Fall der Adoption vorgesehene namensrechtliche Regelung des § 1757 Abs. 1 BGB, wonach der Angenommene gemäß § 1757 Abs. 1 BGB als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden erhält und bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen gemäß § 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB dem neuen Familiennamen der bisherige Familienname des Kindes vorangestellt oder angefügt werden kann, ist auch in Ansehung der Besonderheiten der Volljährigenadoption verfassungsgemäß. Der Senat schließt sich den zutreffenden Ausführungen des 4. Senats für Familiensachen des OLG Hamm (Beschluss v. 30.6.2011 – II – 4 UF 186/10, FamRZ 2012, 138; siehe auch Staudinger/Helms [2019] BGB, § 1757 Rn. 9; Maurer, FamRZ 2009, 440 f.) an. Die nicht näher begründete Gegenmeinung des 2. Senat für Familiensachen des OLG Hamm (Beschluss v. 29.6.2012 – II – 2 UF 274, FamRZ 2013, 557-559) sowie den in der Literatur geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. Löhnig, FamRZ 2012, 679 ff., ders. Beckonline Großkommentar, Stand 1.5.

2019, § 1757 BGB Rn. 53-54; Molls ZRP 2012, 174) teilt der Senat nicht.

**Der Geburtsname ist als Teil des allgemeinen Persönlichkeitsrechts geschützt, allerdings nicht uneingeschränkt**

[17] a) Der Geburtsname eines Menschen wird vom allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 1, 2 GG umfasst. Über seine Funktion als Unterscheidungs- und Zuordnungsmerkmal hinaus ist er Ausdruck der Identität und Individualität des Namensträgers. Der Einzelne kann daher verlangen, dass die Rechtsordnung seinen Namen respektiert (vgl. BVerfG, Beschluss v. 8.3.1988 – 1 BvL 9/85 –, FamRZ 1988, 1577-1579). Indessen ist dieser Schutzanspruch nicht uneingeschränkt gewährleistet, vielmehr bedarf das Namensrecht gesetzlicher Ausgestaltung. Dem Namen kommt als Unterscheidungsmerkmal auch eine gesellschaftliche Funktion zu, so dass weiter Belange der Allgemeinheit zu berücksichtigen sind. Von daher steht dem Einzelnen kein uneingeschränktes Recht auf Beibehaltung seines bisher geführten Namens zu. Angesichts des hohen Werts, dem das Recht am eigenen Namen zukommt, dürfen Eingriffe jedoch nicht ohne gewichtige Gründe und nur unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes erfolgen (vgl. BVerfG aaO.).

**Die Übernahme des Familiennamens des Annehmenden soll auch bei Adoptionen mit schwacher Wirkung die Zusammengehörigkeit der Familienmitglieder sichtbar machen**

[18] Ausgehend von diesen Grundsätzen hat der Senat keine Zweifel daran, dass die Regelungen des § 1757 BGB – auch für den Fall der Volljährigenadoption – verfassungsgemäß sind (siehe auch Maurer FamRZ 2009, 440 f.). Denn mit der Regelung, dass das angenommene Kind gemäß § 1757 Abs. 1 BGB grundsätzlich als Geburtsnamen den Familiennamen des Annehmenden erhält, wird dem Umstand Rechnung getragen, dass der Name auch den Zweck hat, die Zusammengehörigkeit der Familienmitglieder äußerlich sichtbar zu machen (vgl. hierzu BVerfG aaO.).

[19] Zwar führt die Volljährigenadoption nicht zu einer Vollintegration der angenommenen Person in die Familie des Annehmenden. Die Wirkungen der Annahme erstrecken sich gemäß § 1770 Abs. 1 BGB nicht auf die Verwandten des Annehmenden. Auch werden die Rechte und Pflichten aus dem Verwandtschaftsverhältnis des Angenommenen und seiner Abkömmlinge zu ihren Verwandten durch die Annahme nicht berührt. Gleichwohl sieht § 1770 Abs. 3 BGB ausdrücklich vor, dass der Annehmende dem Angenommenen und dessen Abkömmlingen vor den leiblichen Verwandten zum Unterhalt verpflichtet ist.

[20] Hinzu kommt, dass die Volljährigenadoption sittlich gerechtfertigt sein muss, § 1767 Abs. 1 BGB. Hiervon ist insbesondere dann auszugehen, wenn zwischen der annehmenden und der anzunehmenden Person bereits ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden ist. Durch die kraft Gesetzes eintretende Änderung des Geburtsnamens der anzunehmenden Person (vgl. hierzu BGH, FamRZ 2017, 1583) wird das Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses auch nach außen hin dokumentiert.

**Dem Kontinuitätsinteresse der Anzunehmenden wird durch die Möglichkeit der Bildung eines Doppelnamens hinreichend Rechnung getragen**

[21] b) Dem Kontinuitätsinteresse der Beteiligten zu 1, dem angesichts ihres Alters von 54 Jahren und dem Um-

stand, dass sie seit Jahren unter ihrem Namen „W.“ als H. selbständig tätig ist, ist durch die nach §§ 1776 Abs. 2, 1757 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB eingeräumte Möglichkeit der Wahl eines Doppelnamens ausreichend Rechnung getragen. Denn durch die Voranstellung ihres bisherigen Namens ist gewährleistet, dass sie als Person auch im geschäftlichen Verkehr ohne Weiteres identifizierbar bleibt. Außerhalb des behördlichen Verkehrs besteht ohnehin keine starre Namensführungspflicht, so dass sie weiterhin unter ihrem bisherigen Namen in Erscheinung treten kann. Denn die unvollständige Namensangabe ist bedeutungslos, solange die Identität des Namensträgers feststeht (vgl. BVerfG, aaO.). Im Übrigen ist die Beteiligte zu 1 auch weiterhin befugt, ihre berufliche Tätigkeit unter ihrem bisherigen Namen ohne Hinzufügen ihres durch die Adoption erworbenen Geburtsnamens auszuüben (sog. Künstler- oder Berufsname). Die Berechtigung zur Führung eines solchen Namens setzt weder Berühmtheit noch überhaupt einen „Ruf“ voraus; der Schutz entsteht durch Annahme und Gebrauch eines unterscheidungsfähigen Namens in der Öffentlichkeit (vgl. BVerfG FamRZ 1988, 587/589 mwN.).

**Auch im Hinblick auf die Kinder der Anzunehmenden ist die Führung eines Doppelnamens zumutbar**

[22] c) Schließlich rechtfertigt auch der Einwand der Beschwerdeführerinnen, dass dem unter dem Schutz des Art. 6 GG stehenden Geburtsnamen eine gesellschaftliche Integrationsfunktion zukomme und bei Entfallen des Geburtsnamens „W.“ oder wenn dieser nur noch als zusätzlicher Familienname geführt werden könne, die vier Söhne der Angenommenen ihren Geburtsnamen weder von der Mutter noch dem Vater (dessen Name nicht Familienname geworden ist) ableiten könnten, keine abweichende Beurteilung. Denn durch die Voranstellung des früheren Geburtsnamens „W.“ bleibt dieser gerade erhalten, wodurch auch die namensmäßige Zuordnung der Kinder zu der Beteiligten zu 1 erkennbar wird.

[23] Die weitere Annahme, dass die fehlende Erkennbarkeit der Ableitung des Namens der Kinder vom Namen der Beteiligten zu 2 insbesondere für den Fall des Führens eines Doppelnamens gelte, da für einen außenstehenden Dritten der Eindruck entstehen könnte, dass die gemeinsamen Söhne der Eheleute W./D. aus einer ersten Ehe der Angenommenen mit einem Herrn W. stammten, ist eher fernliegend. Denn der Umstand, dass sich die Herkunft der gemeinsamen Kinder von dem Ehemann der Beteiligten zu 1 H. D. im Namen nicht niedergeschlagen hat, folgt allein daraus, dass die Ehegatten keinen gemeinsamen Familiennamen und den Namen „W.“ als Geburtsnamen ihrer Kinder bestimmt haben.

III.

[24] Der Senat hat gemäß § 68 Abs. 3 FamFG von der Durchführung einer erneuten mündlichen Verhandlung abgesehen, da von ihr keine zusätzlichen Erkenntnisse zu erwarten sind.

[25] Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG. Die Festsetzung des Verfahrenswerts beruht auf § 42 FamGKG.

[26] Die Rechtsbeschwerde wurde gemäß § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG im Hinblick auf die abweichende Entscheidung des 2. Senats für Familiensachen des OLG Hamm vom 29.6.2012 (II-2 UF 274/11) zugelassen. ■

## 5. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur Vertretungsbefugnis des Prokuristen bei der Veräußerung von Grundstücken im Rahmen einer Testamentsvollstreckung des Prinzipals

(OLG Köln, Beschluss vom 9.12.2019 – 2 Wx 346/19, mitgeteilt durch *RiOLG Thomas Bosbach*)

### HGB § 49 Abs. 2

Der für einen als Testamentsvollstrecker eingesetzten Kaufmann handelnde Prokurist ist zur Veräußerung und Belastung von fremden Grundstücken nicht ermächtigt, sofern ihm diese Befugnis nicht besonders erteilt ist (§ 49 Abs. 2 HGB).

#### Zur Einordnung

Gelegentlich kommt es vor, dass in Verfügungen von Todes wegen ein Kaufmann (§§ 1 ff. HGB) zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird. Klassisches Beispiel ist das den Erblasser in Vermögensangelegenheiten seit Jahren vertrauensvoll betreuende Kreditinstitut. Nach Eintritt des Erbfalls kann sich die Frage stellen, ob und in welchem Umfang der Prokurist eines solchen Kaufmanns auch in dem durch die Testamentsvollstreckung vermittelten fremdnützigen Wirkungskreis vertretungsberechtigt ist.

Ein Testamentsvollstrecker kann sich zur Besorgung einzelner Geschäfte Hilfspersonen bedienen und insoweit auch Vollmachten erteilen (MüKoBGB/*Zimmermann*, 8. Aufl. 2020, § 2218 Rn. 7). Die Grenze erlaubter Delegation ist erst überschritten, wenn er sein Amt als Ganzes auf Dritte zu übertragen versucht (vgl. §§ 2218 Abs. 1, 664 Abs. 1 S. 1 BGB, ausführlich BeckOK BGB/*Lange*, 53. Ed., 1.2.2020, § 2218 Rn. 4). Dementsprechend werden auch in weitem Umfang erteilte Vollmachten nach hM als zulässig angesehen, wenn sie jederzeit frei widerruflich sind und der Wille des Erblassers nicht entgegensteht (MüKoBGB/*Zimmermann*, 8. Aufl. 2020, § 2218 Rn. 7). Durch Auslegung der betreffenden Vollmacht ist zu beantworten, ob sie auch nachlassbezogen zur Vertretung berechtigt (vgl. für den Fall einer General- und Vorsorgevollmacht des nicht berufsmäßig agierenden Testamentsvollstreckers mit unterschiedlichen Sichtweisen einerseits KG RNotZ 2019, 274 m. Einordn. d. Schriftltg., andererseits Müller/Renner/*Müller*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn. 1099; *Weber* DNotZ 2019, 306 [308]; DNotI-Report 2018, 185 [186]). Zu diesem Problemkreis gehört auch die Frage nach der Vertretungsbefugnis eines Prokuristen, wenn dessen Prinzipal zum Testamentsvollstrecker ernannt ist, aber die Übernahme dieses Amtes nicht zu dem von ihm betriebenen Handelsgeschäft gehört. Denn die Prokura ist bekanntlich eine vom Gesetzgeber des HGB mit weitgehend festgelegtem Inhalt vorgegebene Vollmachtsform (vgl. nur MüKoHGB/*Krebs*, 4. Aufl. 2016, § 48 Rn. 1).

In Rechtsprechung und Schrifttum ist insbesondere umstritten, ob in diesem Kontext für einen Prokuristen auch die gesetzliche Vertretungsbeschränkung aus § 49 Abs. 2 HGB (Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nur mit besonderer Ermächtigung) gilt. Nach überwiegend vertretener Ansicht ist die Vorschrift angesichts ihres Zwecks – Schutz des vom Kaufmann betriebenen Handelsgeschäfts – nur anwendbar, wenn ihm selbstgehörende Grundstücke betroffen sind (OLG Hamm DNotZ 2012, 230 [231]; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht,

15. Aufl. 2012, Rn. 3592; *Baumbach/Hopt/Hopt*, HGB, 39. Aufl. 2020, § 49 Rn. 4; BeckOK HGB/*Meyer*, 27. Ed., 15.1.2020, § 49 Rn. 42; MüKoHGB/*Krebs*, 4. Aufl. 2016, § 49 Rn. 42 mwN). Die Gegenmeinung steht auf dem Standpunkt, § 49 Abs. 2 HGB sei wörtlich zu verstehen und gelte auch für Grundstücksengeschäfte im fremden Wirkungskreis des Kaufmanns (LG Freiburg BWNNotZ 1992, 58 [59]; *Staub/Joost*, HGB, 5. Aufl. 2008, § 49 Rn. 31). Mit seiner hier mitgeteilten Entscheidung hat sich das OLG Köln der letztgenannten Auffassung angeschlossen.

Die Entscheidung erinnert daran, dass die Ermächtigung nach § 49 Abs. 2 HGB auch außerhalb des vom Kaufmann eigentlich betriebenen Handelsgeschäfts und in Bezug auf Dritten gehörende Grundstücke Bedeutung erlangen kann. Hat der nicht entsprechend befugte Prokurist ein Grundstück veräußert oder belastet, ist das Rechtsgeschäft auf Basis der vom OLG Köln vertretenen Ansicht nach den Grundsätzen der vollmachtlosen Vertretung schwebend unwirksam, aber der Genehmigung des Prinzipals bzw. seines organschaftlichen Vertreters zugänglich.

*Die Schriftleitung (JHB)*

#### Zum Sachverhalt:

##### I.

[1] Im Grundbuch des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes ist der am 12.5.2018 verstorbene V. B. als Eigentümer eingetragen. Die Beteiligte zu 2) ist ausweislich des Testamentsvollstreckerzeugnisses des Amtsgerichts Bonn vom 26.10.2018, 34 VI 745/18, als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des Herrn V. B. ernannt worden (Bl. 30 d. A.).

[2] Mit notarieller Urkunde vom 13.8.2019 – UR. Nr. 2008/2019 des Notars Dr. I. in H. – hat die Beteiligte zu 2) in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin, vertreten durch die zur gemeinsamen Vertretung berechtigten Gesamtprokuristen Frau Dr. P. und Herrn L., den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz an die Beteiligte zu 1) für 1.700.000,00 € verkauft, aufgelassen und die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs der Käuferin auf Übertragung des Eigentums ins Grundbuch bewilligt und beantragt (Bl. 15 ff. d. A.). Mit Schriftsatz vom 16.8.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligte zu 1) beantragt (Bl. 14 d. A.).

[3] Durch am 31.10.2019 erlassene Zwischenverfügung vom 11.10.2019 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass zur Eintragung der Auflassungsvormerkung die Genehmigung der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder der Beteiligten zu 2) erforderlich seien und eine Frist zur Behebung der Eintragungshindernisse eine Frist bis einschließlich 27.11.2019 gesetzt (Bl. 82 ff. d. A.). Zur Begründung hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass eine Ermächtigung für die Gesamtprokuristen gem. § 49 Abs. 2 HGB im Handelsregister nicht eingetragen sei. Eine solche Ermächtigung sei zum Verkauf von Grundbesitz aber erforderlich.

[4] Gegen diese dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten am 5.11.2019 zugestellte Zwischenverfügung haben diese mit am 11.11.2019 beim Amtsgericht Bonn eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt (Bl. 113 d. A.). Zur Begründung haben sie ausgeführt, dass

eine Ermächtigung gem. § 49 Abs. 2 HGB nur erforderlich sei, wenn es sich um eigene Grundstücke des Unternehmens handele. Die Veräußerung von fremden Grundstücken sei vom „normalen“ Umfang der Prokura gem. § 49 Abs. 1 HGB abgedeckt.

[5] Durch am 13.11.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 114 f. d. A.).

### Aus den Gründen:

II.

**Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg: Die nicht gem. § 49 Abs. 2 HGB ermächtigten Prokuristen konnten ihren Prinzipal bei Abschluss des Grundstückskaufvertrages nicht wirksam vertreten**

[6] Die Beschwerde ist gem. § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise gem. § 73 GBO eingelegt worden.

[7] In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat in der Zwischenverfügung vom 31.10.2019 zu Recht die Vorlage von Genehmigungen der vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder der Beteiligten zu 2) zu dem notariell beurkundeten Vertrag vom 13.8.2019 verlangt. Denn die beiden für die Beteiligte zu 2) handelnden Prokuristen sind zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nicht ermächtigt (§ 49 Abs. 2 HGB) und konnten die Beteiligte zu 2) bei Abschluss des Vertrages vom 13.8.2019 nicht wirksam vertreten.

**Nach Auffassung des Senats bedarf es der Ermächtigung nach § 49 Abs. 2 HGB auch dann, wenn der Prokurist seinen Prinzipal außerhalb seines Handelsgeschäfts (hier: in Ausführung einer Testamentsvollstreckung) vertritt**

[8] In Literatur und Rechtsprechung wird zwar die Auffassung vertreten, dass eine Ermächtigung eines Prokuristen im Sinne des § 49 Abs. 2 HGB nur zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken des Kaufmanns erforderlich sei, nicht aber zur Veräußerung und Belastung fremder Grundstücke. Hierfür spreche, dass § 49 Abs. 2 HGB nur dem Schutz des Inhabers des Handelsgeschäfts diene (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3592; MüKo-HGB/Krebs, 4. Aufl. 2016, § 49 Rn. 42; Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl. 2018, § 49 Rn. 4; OLG Hamm, Beschluss vom 13.10.2011 – 15 Wx 117/11, Rpfleger 2012, 209-211). Nach anderer Auffassung besteht die Beschränkung des § 49 Abs. 2 HGB unabhängig davon, wem das Grundstück gehört. Mangels Vertretungsmacht sei daher auch die Veräußerung eines fremden Grundstücks durch einen hierzu nicht ermächtigten Prokuristen im Namen des Inhabers des Handelsgeschäfts (schwebend) unwirksam. Hierfür spreche neben dem Wortlaut der Vorschrift, dass die Veräußerung oder Belastung von Grundstücken traditionell kein Handelsgeschäft sei und der Kaufmann bei Bedarf jederzeit eine Ermächtigung gem. § 49 Abs. 2 HGB erteilen könne (Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Wagner/Wöstmann, HGB, 5. Aufl. 2019, § 49 Rn. 14; Staub/Joost, HGB, 5. Aufl. 2008, § 49 Rn. 31; LG Freiburg DNotZ 1992, 58, 59, bestätigt vom OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.9.1991 – 4 W 78/91, soweit ersichtlich nicht veröffentlicht). Der Senat schließt sich im Hinblick auf den eindeutigen Wortlaut der Vorschrift und die Möglichkeit des Kaufmanns, einem

Prokuristen jederzeit die Ermächtigung zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken einräumen zu können, der letztgenannten Auffassung an.

[9] Da die in der Zwischenverfügung gesetzte Frist zur Behebung des Eintragungshindernisses bereits abgelaufen ist, ist die Frist angemessen zu verlängern.

III.

[...]

IV.

### Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen

[12] Die Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde beruht auf § 78 Abs. 2 Nr. 1 und 2 GBO. Die hier entscheidungserhebliche Rechtsfrage, ob § 49 Abs. 2 HGB auch dann eingreift, wenn es sich nicht um die Veräußerung oder Belastung eines Grundstücks des Kaufmanns handelt, sondern um die Veräußerung oder Belastung eines fremden Grundstücks, hat grundsätzliche Bedeutung und stellt sich zudem in einer Vielzahl von Fällen, so dass die Zulassung der Rechtsbeschwerde auch zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung angezeigt ist. Bislang gibt es zu dieser Frage – soweit ersichtlich – keine höchstrichterliche Rechtsprechung. ■

## 6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zur entsprechenden Anwendung von § 122 d und § 122 e UmwG auf den grenzüberschreitenden Herausformwechsel

(OLG Saarbrücken, Beschluss vom 7.1.2020 – 5 W 79/19)

UmwG §§ 1 Abs. 1 Nr. 4, 122 d, 122 e, 190  
RL (EU) 2019/2121 Art. 3 Abs. 1

Zur Notwendigkeit, auf den gesetzlich (noch) nicht geregelten, aus Gründen der Freizügigkeit anzuerkennenden grenzüberschreitenden „Herausformwechsel“ einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch gläubigerschützende Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung entsprechend anzuwenden.

### Zur Einordnung

Gegenstand dieser Entscheidung des OLG Saarbrücken ist der Herausformwechsel einer deutschen GmbH und die entsprechende Anwendung gläubigerschützender Vorschriften zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen auf einen solchen grenzüberschreitenden Formwechsel.

Unter dem Begriff des „Herausformwechsels“ versteht man aus deutscher Sicht die Sitzverlegung einer Gesellschaft deutschen Rechts in einen anderen Mitgliedstaat unter gleichzeitiger Umwandlung in eine Rechtsform dortigen Rechts (EuGH NZG 2009, 61 [67 Rz. 111] (Cartesio); vgl. auch Kallmeyer/Meister/Klöcker/Berger, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 190 Rn. 19; ausführlich Hushahn RNotZ 2014, 137). Eine gesetzliche Grundlage für solche grenzüberschreitenden Formwechsel fehlt bislang. Die Vorschriften zum Formwechsel gem. §§ 190 ff. UmwG finden nach der in § 191 UmwG enthaltenen Aufzählung formwechselnder Rechtsträger nur Anwendung auf rein inländische Formwechsel. Darüber hinaus enthält das UmwG zum grenzüberschreitenden Formwechsel im Gegensatz zu der in den §§ 122 a ff. UmwG geregelten grenzüberschreitenden Verschmelzung keine Vorschriften. Nach

Rechtsprechung des EuGH ist aber ein grenzüberschreitender Formwechsel von der in Art. 49 und Art. 54 AEUV geregelten Niederlassungsfreiheit geschützt (EuGH NJW 2012, 2715 [VALE]; s.a. schon EuGH NZG 2009, 61 [Cartesio]): Zur Vermeidung einer Beschränkung der Niederlassungsfreiheit müssen Mitgliedstaaten, die inländischen Gesellschaften Umwandlung ermöglichen, dieselben Möglichkeiten auch Gesellschaften eines anderen Mitgliedsstaats eröffnen (vgl. EuGH NJW 2012, 2715 [2716 f. Rz. 33 ff.] [VALE]). Gesellschaften deutschen Rechts können damit in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Rechtsform umgewandelt werden, sofern dieser andere Mitgliedstaat diesen Formwechsel zulässt (vgl. schon EuGH NZG 2009, 61 [67 Rz. 112] [Cartesio]). Umgekehrt muss das deutsche Recht auch einen Formwechsel einer Gesellschaft, die bislang dem Recht eines anderen Mitgliedsstaats unterlag, in eine Gesellschaft deutschen Rechts zulassen (s. zum Ganzen Semler/Stengel/Drinhausen, UmwG, 4. Aufl. 2017, Einl. C Rn. 29). Bei einem solchen grenzüberschreitenden Formwechsel kommen dabei sukzessive die Vorschriften des Zuzugs- und des Wegzugsstaats zur Anwendung (EuGH NJW 2012, 2715 [2717 Rz. 43 f.] [VALE]). Der Formwechsel führt im Zuzugsstaat zu einer Gründung der Gesellschaft nach dortigem Recht, so dass die Gesellschaft dessen Anforderungen an die Gründung und die Funktionsweise erfüllen muss (EuGH NJW 2012, 2715 [2718 Rz. 51] [VALE]).

Für den Vollzug eines grenzüberschreitenden Formwechsels einer Gesellschaft deutschen Rechts in eine Gesellschaftsform eines anderen Mitgliedstaats sind die §§ 190 ff. UmwG nach obergerichtlicher Rechtsprechung unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung zu VALE europarechtskonform anzuwenden (OLG Frankfurt RNotZ 2017, 257 [262] mAnm *Hushahn*; KG RNotZ 2016, 618 f. [Hineinformwechsel] mAnm *Hushahn*; OLG Nürnberg RNotZ 2014, 120 mEinordn. d. Schriftl.; OLG Düsseldorf DStR 2017, 2345 f.; Krafka, RegisterR, 11. Aufl. 2019, Rn. 1211 b). Bei Anwendung innerstaatlicher Umwandlungsvorschriften darf der Formwechsel allerdings nur solchen Beschränkungen unterworfen werden, die aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses wie dem Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern gerechtfertigt sind (EuGH NJW 2012, 2715 [2717 Rn. 39] [VALE]; s. a. Lutter/Bayer, UmwG, 6. Aufl. 2019, Einl. I Rn. 47). Um den Schutz Dritter zu gewährleisten, wird eine entsprechende Anwendung der §§ 122 a ff. UmwG zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen – insbesondere der §§ 122 d und e UmwG zur Bekanntmachung des Umwandlungsbeschlusses und Erstellung eines Umwandlungsberichts – oder ein Rückgriff auf die zur grenzüberschreitenden Sitzverlegung einer SE gem. Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG geltenden Regelungen in Erwägung gezogen (OLG Frankfurt RNotZ 2017, 257 [262] mAnm *Hushahn*; Schmitt/Hörtnagel/Stratz/Winter, UmwG, 8. Aufl. 2018, § 191 Rn. 49 f. (für §§ 122 a ff. UmwG); Winter/Marx/De Decker DStR 2017, 1664 [1666 f.] (für §§ 122 a ff. UmwG); Heckschen/Strnad notar 2018, 83 [87]; *Hushahn* RNotZ 2014, 137 [139] mwN; Krafka, RegisterR, 11. Aufl. 2019, Rn. 1211 b [für §§ 122 a ff. UmwG]).

Das KG hat in einer Entscheidung zum Hineinformwechsel im Jahre 2016 bereits eine entsprechende Anwendung der Vorschriften über die grenzüberschreitende Sitzverlegung einer SE mit der Begründung abgelehnt, dass die Rechtsform der SE vor allem auf Großunternehmen zugeschnitten ist und deren wesentlich strengeres

Umwandlungsrecht bei einem Hineinformwechsel zu einer nicht gerechtfertigten Schlechterstellung der dem Recht eines anderen Mitgliedstaates unterliegenden Gesellschaft führen könnte (KG RNotZ 2016, 618 f. mAnm *Hushahn*). Für den Herausformwechsel befürwortet nun auch das OLG Saarbrücken in der vorliegenden Entscheidung eine entsprechende Anwendung der §§ 122 a ff. UmwG auf den grenzüberschreitenden Formwechsel und bestätigt die Entscheidung des Registergerichts, das die gem. § 122 d UmwG erforderliche Bekanntmachung des Umwandlungsbeschlusses und einen Umwandlungsbericht nach § 122 e UmwG verlangt hat.

Für die notarielle Praxis stellt diese Entscheidung klar, dass auf einen Herausformwechsel einer deutschen Gesellschaft die gläubigerschützenden Vorschriften aus §§ 122 d f. UmwG derzeit entsprechend Anwendung finden. Eine gesetzliche Regelung ist bis 31.1.2023 zu erwarten, da der deutsche Gesetzgeber bis zu diesem Zeitpunkt die Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 vom 27.11.2019 (Abl. EU L 321/1 v. 12.12.2019) in nationales Recht umzusetzen hat, die nunmehr auch das Verfahren für grenzüberschreitende Formwechsel adressiert (s. hierzu auch Kallmeyer/Meister/Klöcker/Berger, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 190 Rn. 21).

Die Schriftleitung (IK)

## Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Antragstellerin ist im Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB ... als Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in L. eingetragen. Mit Schreiben vom 2. August 2019 meldete ihr Verfahrensbevollmächtigter als beurkundender Notar gemäß § 378 Abs. 2 FamFG unter Vorlage eines notariellen Protokolls vom 1. August 2019 über einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss (UR. Nr. ... des Notars ... pp. Folgendes zur Eintragung in das Handelsregister an:

„(1) Die außerordentliche Gesellschafterversammlung vom 1. August 2019 hat die formwechselnde Umwandlung und grenzüberschreitende Sitzverlegung der ... pp. GmbH mit dem Sitz in L. in die Rechtsform einer französischen Société par actions simplifiée (Aktiengesellschaft) unter Annahme französischen Rechtsstatus beschlossen.

Die Firma der Zielrechtsträgerin lautet: ... pp. SARL.

Sie wird ihren Sitz in Frankreich haben.

Im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern bzw. zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft soll der Formwechsel zum 31.12.2018, 24:00 Uhr/ 1.1.2019, 0:00 Uhr als erfolgt gelten.

(2) Die neue Geschäftsanschrift lautet sodann: ... pp., Frankreich.

(3) Es wird beantragt, die Sitzverlegung vorbehaltlich der Eintragung im französischen Register T. vorzunehmen.

(4) Der Unterzeichner erklärt,

a) dass sämtliche Gesellschafter der formwechselnden GmbH auf Klageerhebung gegen die Wirksamkeit des Sitzverlegungsbeschlusses nach deutschem GmbHG verzichtet

haben und daher eine Klageerhebung nicht mehr statthaft ist (§§ 198 Abs. (3), 16 Abs. (2) UmwG);

b) die ... pp. GmbH keine Arbeitnehmer zum Umwandlungsstichtag und auch heute keine Arbeitnehmer hat und dass keine Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung geschlossen wurde sowie auch kein Betriebsrat besteht;

c) am Sitzungssitz in T., Frankreich eine wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit tatsächlich ausgeübt werden wird;

d) dass gegen die ... pp. GmbH bis zum Sitzverlegungsstichtag und auch heute kein Verfahren wegen Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit oder vorläufiger Zahlungseinstellung, Insolvenz oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist.“

[2] Mit Schreiben vom 16. August 2019 teilte das Amtsgericht – Registergericht – dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin mit, dass die Eintragung des – mangels Bekanntmachung analog § 122 d UmwG nichtigen – Formwechsels nicht vollzogen werden könne. Darüber hinaus sei analog § 122 e UmwG der Verzicht auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichtes nicht möglich. In seiner hierzu abgegebenen Stellungnahme vom 19. September 2019 wies der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin u. a. darauf hin, dass eine analoge Anwendung der §§ 122 a ff. UmwG auf den vorliegenden Fall des Herausformwechsels in der Literatur abgelehnt werde, weil die in den vorgenannten Normen getroffenen Regelungen große Unterschiede zum Formwechsel aufwiesen. Da nur ein Rechtsträger beteiligt sei, der auch den Gläubigern nach dem Formwechsel weiter zur Verfügung stehe, gehe die Schutzvorschrift des § 122 d UmwG ins Leere. Da die Gesellschaft kaum Verbindlichkeiten gegenüber Dritten aufweise und abgesehen von dem Geschäftsführer hier keine Arbeitnehmer für diese tätig seien, könne auch ein möglicher Umwandlungsbericht im Sinne des § 122 e UmwG zur Information der Gläubiger und Arbeitnehmer über die Auswirkungen des grenzüberschreitenden Formwechsels auf sie seine Funktion nicht erfüllen.

[3] Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht die Handelsregisteranmeldung vom 2. August 2019 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass in Ermangelung derzeit existierender nationaler Vorschriften zur Behandlung des grenzüberschreitenden Formwechsels eine analoge Anwendung der §§ 122 a ff. UmwG i. V. m. den §§ 190 ff. UmwG angezeigt sei, um die Regelungslücke bezüglich des Schutzes von Arbeitnehmern, Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern zu schließen. Gestützt werde diese Auffassung auch dadurch, dass der Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen für Fälle wie den vorliegenden die Einführung einer dem § 122 d UmwG vergleichbaren Regelung vorsehe. Gegen diesen ausweislich des zur Akte gereichten Empfangsbekennnisses am 16. Oktober 2019 als zugestellt angenommenen Beschluss richtet sich die am 6. November 2019 durch die amtlich bestellte Vertreterin des beurkundenden Notars „namens des Beschwerdeführers zur vorgenannten Registersache“ eingelegte Beschwerde, zu deren Begründung im Wesentlichen auf die früheren Rechtsausführungen aus dem Schreiben vom 19. September 2019 verwiesen wurde, und der das Amtsgericht mit Beschluss vom 11. November 2019 nicht abgeholfen hat.

## Aus den Gründen:

### II.

#### Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet

[4] Die gemäß §§ 374 Nr. 1, 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 58 ff. FamFG) Beschwerde der Antragstellerin, die – unbeschadet der missverständlichen Ausführungen in der Beschwerdeschrift – angesichts der Bezugnahme auf § 378 Abs. 2 FamFG in der Anmeldung als im Namen der Antragstellerin eingelegt anzusehen ist (vgl. OLG Bamberg, ZIP 2012, 2058; Heinemann, in: Keidel, FamFG 19. Aufl. § 378 Rn. 14), bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Amtsgericht hat die Vornahme des zur Eintragung angemeldeten grenzüberschreitenden Formwechsels zu Recht abgelehnt, weil wesentliche, bei zutreffender europarechtskonformer Auslegung anwendbare nationale Schutzvorschriften unbeachtet geblieben sind und dies einem Vollzug des Eintragungsantrages entgegensteht.

#### Der grenzüberschreitende Formwechsel einer in Deutschland ansässigen GmbH in eine Kapitalgesellschaft französischen Rechts ist grundsätzlich möglich

[5] 1. Der zur Eintragung angemeldete grenzüberschreitende Formwechsel einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Kapitalgesellschaft nach französischem Recht – die genaue Rechtsform erscheint klärungsbedürftig, weil im Antrag einerseits von einer „Société par actions simplifiée“ (SAS = vereinfachte Aktiengesellschaft) und andererseits von einer „SARL“ (Société à responsabilité limitée = Gesellschaft mit beschränkter Haftung) die Rede ist – ist grundsätzlich möglich. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG können zwar nur Rechtsträger mit Sitz im Inland durch Formwechsel umgewandelt werden. Für den hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Formwechsel hält das nationale Recht – bislang – keine Regelungen vor; die zwischenzeitlich beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 vom 27. November 2019 (Abl. EU L 321/1 vom 12. Dezember 2019) werden vom deutschen Gesetzgeber bis zum 31. Januar 2023 in das nationale Recht umzusetzen sein (Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/2121). Es entspricht aber mittlerweile allgemeiner Ansicht, dass ein Formwechsel aus bzw. in das EU-Ausland auch schon gegenwärtig aus Gründen der Freizügigkeit möglich sein muss (u. a. Schürnbrand/Forster, in: Beck-OGK-UmwG Stand: 1. Oktober 2019, § 190 Rn. 6 ff.; Althoff/Narr, in: Böttcher/Harbig-horst/Schulte, Umwandlungsrecht 2. Aufl., § 190 UmwG Rn. 16 ff.; Drinhausen/Keinaht, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. § 190 UmwG Rn. 17 f.; Hoger, in: Lutter, Umwandelungsgesetz 6. Aufl., Einf. Rn. 38 ff.; aus der obergerichtlichen Rechtsprechung bislang: OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611 – Herausformwechsel; OLG Düsseldorf, ZIP 2017, 2057; KG, ZIP 2016, 1223; OLG Nürnberg, ZIP 2014, 128 – jeweils: Hineinformwechsel). Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verpflichten die Art. 49 AEUV und 54 AEUV, die die Niederlassungsfreiheit regeln, einen Mitgliedstaat, der für inländische Gesellschaften die Möglichkeit der Umwandlung vorsieht, dieselbe Möglichkeit auch Gesellschaften untergeben, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen und sich in Gesellschaften nach dem Recht des erstgenannten Mitgliedstaats umwandeln möchten (EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715; vgl.

auch schon EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2008 – C-210/06, NJW 2009, 569). Verallgemeinernd gesprochen, umfasst die Niederlassungsfreiheit damit den Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft, soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist (EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639). Dass die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden „Herausformwechsels“ in unionskonformer Auslegung des geltenden Rechts grundsätzlich auch für die Antragstellerin gegeben sein kann, hat das Amtsgericht seiner Entscheidung dementsprechend auch richtigerweise zugrunde gelegt.

**Das Amtsgericht hat mit zutreffenden Erwägungen auch die unmittelbar für grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffenen drittschützenden Bestimmungen der §§ 122 d, 122 e UmwG analog zur Anwendung gebracht**

[6] 2. Die zum Vollzug des grenzüberschreitenden Formwechsels erforderliche Anpassung des geltenden deutschen Sachrechts hat vorrangig anhand der für den inländischen Formwechsel geltenden gesetzlichen Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG zu erfolgen, die insoweit richtlinienkonform ausgelegt werden müssen (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; OLG Düsseldorf, ZIP 2017, 2057; KG, ZIP 2016, 1226; OLG Nürnberg, ZIP 2014, 128; Althoff/Narr, in: Böttcher/Harbigorhorst/Schulte a.a.O. § 190 UmwG Rn. 22 a; Hoger, in: Lutter a.a.O. Einf. Rn. 39); darüber hinausgehend hat das Amtsgericht mit zutreffenden Erwägungen für den vorliegenden Fall eines „Herausformwechsels“ auch die unmittelbar für grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffenen drittschützenden Bestimmungen der §§ 122 d, 122 e UmwG analog zur Anwendung gebracht und insbesondere das Fehlen der dort vorgesehenen Bekanntmachungen mit Recht als Eintragungshindernis angesehen:

**Für die rechtliche Behandlung des grenzüberschreitenden Herausformwechsels werden vornehmlich zwei Lösungsansätze diskutiert, ein Rückgriff auf die in §§ 122 a ff. UmwG oder die in Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG getroffenen Regelungen**

[7] a) Konkrete Vorgaben dazu, wie die nationalen Vorschriften für den Formwechsel bei grenzüberschreitenden Sachverhalten analog anzuwenden bzw. auszulegen sind, hat der Europäische Gerichtshof in seinen oben erwähnten Urteilen nicht gemacht. Insoweit entspricht es aber allgemeiner Auffassung, dass die bei richtlinienkonformer Auslegung anwendbaren §§ 190 ff. UmwG nicht ausnahmslos auf grenzüberschreitende Sachverhalte passen und daher einer Ergänzung durch andere Rechtsvorschriften bedürfen, soweit es um die besonderen Anforderungen an eine Verbindung unterschiedlicher beteiligter nationaler Rechtsordnungen geht. Für die rechtliche Behandlung des grenzüberschreitenden Herausformwechsels werden vornehmlich zwei Lösungsansätze diskutiert: Soweit aufgrund der Heranziehung der §§ 190 ff. UmwG Schutzlücken verbleiben, sollen diese entweder durch einen Rückgriff auf die in den §§ 122 a ff. UmwG oder die in Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG getroffenen Regelungen gefüllt werden können (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; Althoff/Narr, in: Böttcher/Harbigorhorst/Schulte a.a.O. § 190 UmwG

Rn. 22 a; Hoger, in: Lutter a.a.O. Einf. Rn. 40; Maulbetsch/Klumpp/Rose, Umwandlungsgesetz 2. Aufl., § 190 Rn. 14; Winter/Marx/De Decker, DStR 2017, 1664, 1665 ff.; Seibold, ZIP 2017, 456, 458 ff.; Heckschen/Strnad, notar 2018, 83, 87; Heckschen, ZIP 2015, 2049, 2060; Hushahn, RNotZ 2014, 137, 139). Beide Regelungskomplexe betreffen Sachverhalte mit Auslandsbezug und enthalten besondere Regelungen zur Bekanntmachung und Offenlegung, die dem besonderen Schutzbedürfnis Außenstehender, insbesondere Gläubigern und Arbeitnehmern, Rechnung tragen sollen. Die von der Beschwerde offenbar erstrebte Beurteilung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung ins EU-Ausland – nur – auf Grundlage der §§ 190 ff. UmwG ließe diese zwingenden Notwendigkeiten vollkommen außer Acht und vermag auch vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen (vgl. Heckschen/Strnad, notar 2018, 83, 86). Gerade in Ansehung der hier in Rede stehenden Belange des Gläubiger- und des Arbeitnehmerschutzes wird dies – soweit ersichtlich – auch von niemandem vertreten.

**Der Senat hält es für angezeigt, den hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Herausformwechsel nach den §§ 190 ff. UmwG zu beurteilen und ergänzend zum Schutze Außenstehender §§ 122 a ff. UmwG entsprechend heranzuziehen**

[8] b) Der Senat hält es mit gewichtigen Stimmen in der Literatur, denen die bislang zur Thematik ergangene obergerichtliche Rechtsprechung nicht entgegensteht, und im Vorgriff auf die bevorstehende Neuregelung des grenzüberschreitenden Formwechsels nach der mittlerweile geänderten Richtlinie (EU) 2017/1132 für angezeigt, den hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Herausformwechsel im Ausgangspunkt nach den §§ 190 ff. UmwG zu beurteilen und ergänzend die Bestimmungen über grenzüberschreitende Verschmelzungen (§ 122 a ff. UmwG) entsprechend heranzuziehen, soweit dies zum Schutze Außenstehender, insbesondere von Gläubigern und Arbeitnehmern, erforderlich ist (so auch Winter/Marx/de Decker, DStR 2017, 1664, 1666; Teichmann, ZIP 2017, 1190, 1191; Wicke, DStR 2012, 1756, 1758; vgl. auch OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; Heckschen/Strnad, notar 2018, 83, 87, die dies zumindest für denkbar halten; speziell in Bezug auf § 122 d UmwG – entgegen der Darstellung der Antragstellerin – auch Hushahn, RNotZ 2014, 137, 140). Einen alternativ diskutierten Rückgriff auf die – auf Großunternehmen zugeschnittenen – Vorschriften über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel bei der Europäischen Aktiengesellschaft (so etwa Seibold, ZIP 2017, 456, 459; Bayer/Schmidt, ZIP 2012, 1481, 1488 und im Grundsatz auch Hushahn, RNotZ 2014, 137, 140 ff.) hat das Kammergericht in seinem Beschluss vom 21. März 2016 (ZIP 2016, 1223) für den – hier gegebenen – Fall des Formwechsels einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit überzeugenden, vom Senat geteilten Erwägungen abgelehnt. Die anstelle dessen zur Verfügung stehenden §§ 122 a ff. UmwG betreffen demgegenüber alle in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG genannten Kapitalgesellschaften; sie regeln die grenzüberschreitende Verschmelzung in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1132 und erscheinen von daher geeignet, den besonderen Belangen grenzüberschreitender Sachverhalte angemessen Rechnung zu tragen (vgl. Winter/Marx/de Decker, DStR 2017, 1664, 1665 ff.; Teichmann, ZIP 2017, 1190, 1194). Soweit dies zur Anwendung von Regelungen führt, die über das nationale Formwechselregime der §§ 190 ff. UmwG hinausgehen, ist dies unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (Urteil vom 12. Juli 2012 – C-

378/10, NJW 2012, 2715) jedenfalls insoweit gerechtfertigt, als dadurch zwingenden Gründen des Allgemeinwohls Rechnung getragen wird, wie sie hier in Gestalt des Schutzes von Gläubigern oder Arbeitnehmern in Rede stehen (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; Winter/Marx/de Decker, DStR 2017, 1664, 1666; Wicke, DStR 2012, 1756, 1758; Heckschen/Strnad, notar 2018, 83, 87). Dass dafür ein dringendes Bedürfnis besteht, wird – soweit ersichtlich – von niemandem in Zweifel gezogen. Die vorliegend in Rede stehenden Berichtspflichten (§§ 122 d, 122 e UmwG analog) zählen grundsätzlich dazu, weil sie geeignet sind, die damit angestrebten Ziele einer frühzeitigen Information und Beteiligung der betroffenen Kreise zu erreichen und angesichts der geringen Eingriffsintensität nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715; Urteil vom 25. Oktober 2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639). Im Übrigen macht das Amtsgericht völlig zu Recht darauf aufmerksam, dass – de lege ferenda – auch für das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels vergleichbare Regelungen vorgesehen werden müssen, weil die mittelweile beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 dies in den Artikeln 86 a ff. ausdrücklich vorschreiben (vgl. Artikel 86 g Abs. 1 der Richtlinie, wonach sichergestellt werden muss, dass die Gesellschaft bestimmte Unterlagen, insbes. den Plan für die grenzüberschreitende Umwandlung, spätestens fünf Arbeitstage vor dem Tag der Gesellschafterversammlung offenlegt und im Register des Wegzugmitgliedstaats öffentlich zugänglich macht). Auch darin sowie dem Umstand, dass diese neuerlichen Änderungen im Rahmen derselben Richtlinie vollzogen wurden, auf deren Grundlage die geltenden Schutzbestimmungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen (§§ 122 a ff. UmwG) geschaffen wurden, zeigt sich, dass diese auf allgemeinen Grundgedanken des Unionsrechts beruhen und deshalb für Altfälle wie den vorliegenden im Rahmen des Zulässigen und des Gebotenen durch analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall des Herausformwandels analog herangezogen werden müssen.

**Das Amtsgericht hat daher zu Recht darauf abgestellt, dass zwingende drittschützende Vorgaben bislang nicht erfüllt sind**

[9] c) Dies berücksichtigend, hat das Amtsgericht zu Recht darauf abgestellt, dass zwingende drittschützende Vorgaben, die in entsprechender Anwendung des § 122 d UmwG im vorliegenden Fall eines Herausformwechsels zu beachten gewesen wären, bislang nicht erfüllt sind, und dass dies der beantragten Eintragung derzeit entgegensteht. Die Bekanntmachung, die sich nach dem Gesetzeswortlaut auf den „Verschmelzungsplan“ bezieht und bei der hier gebotenen entsprechenden Anwendung auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel den Entwurf des Umwandlungsbeschlusses meint (Winter/Marx/de Decker, DStR 2017, 1664, 1668; Hushahn, RNotZ 2014, 137, 144), bezweckt den Schutz von Gesellschaftern und Dritten durch eine möglichst frühe Information. Die grundsätzliche Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 122 d UmwG auf den vorliegenden Herausformwechsel folgt aus dem vergleichbaren Informationsbedürfnis der geschützten Personen, das unbeschadet des Hinweises der Antragstellerin auf die auch nach dem Formwechsel fortbestehende Existenz des Rechtsträgers schon wegen des grenzüberschreitenden Bezuges und des damit verbundenen Wechsels der Rechtsordnung anzuerkennen ist. Soweit dadurch die Voraussetzungen gegenüber reinen Inlandssachverhalten (§§ 190 ff. UmwG) – geringfügig – erschwert werden, er-

scheint dies aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt, weil nur auf diese Weise mittels eines moderaten formalen Erfordernisses die mit grenzüberschreitenden Sachverhalten verbundene Gefährdung von Interessen besonders schützenswerter Betroffenen eingeschränkt und alle berechtigten Belange der Beteiligten ausreichend berücksichtigt werden können (vgl. Winter/Marx/de Decker, DStR 2017, 1664, 1668; Hushahn, RNotZ 2014, 137, 144; vgl. auch die Artikel 86 g und 86 j der Richtlinie (EU) 2017/1132 in der Fassung der Richtlinie (EU) 2019/2121 und den 12. Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie, Abl. (EU) L 321/1, S. 3). Die unterlassene Einreichung des Umwandlungsbeschlusses durch die Antragstellerin stellt deshalb auch nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall ein von Amts wegen zu beachtendes Eintragungshindernis dar (vgl. Polley, in: Henssler/Strohn a.a.O. § 122 d Rn. 1 f., 14; Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz 8. Aufl., § 122 d Rn. 40, § 122 i Rn. 14 f.; Mayer, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 2019, § 122 d Rn. 42). Daran ändert es auch nichts, dass – so der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin in seiner Stellungnahme vom 19. September 2019 – die Gesellschaft „kaum Verbindlichkeiten gegenüber Dritten“ aufweise. Soweit in der Literatur teilweise angenommen wird, dass die Voraussetzungen des § 122 d UmwG entbehrlich sein können, wenn sämtliche Gläubiger bekannt und verzichtsbereit sind (vgl. Klett, in: BeckOGK-UmwG, Stand: 1. Oktober 2019, § 122 d Rn. 18; a.A. Drinhausen, in: Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz 4. Aufl., § 122 d Rn. 13), ist dafür hier nichts ersichtlich. Inwieweit darüber hinaus auch dem in § 122 e UmwG geregelten Berichtserfordernis zu genügen gewesen wäre, das in grenzüberschreitenden Sachverhalten auch dem Schutze der Arbeitnehmer dient und das sich bei entsprechender Anwendung der Bestimmung auf den Herausformwechsel auf den Umwandlungsbericht beziehen soll (so Winter/Marx/de Decker, DStR 2017, 1664, 1668; Hushahn, RNotZ 2014, 137, 145; zur etwaigen Verzichtbarkeit in Fällen, in denen keine Arbeitnehmerinteressen betroffen sind, Klett, in: BeckOGK-UmwG a. a. O. § 122 e Rn. 23 m. w. N.), kann hiernach dahinstehen.

[10] 3. Die Kostenentscheidung folgt aus § 84 FamFG. Die Wertfestsetzung beruht auf § 36 Abs. 3 GNotKG.

[11] Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, bestand mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 70 Abs. 2 FamFG) nicht. Nach dem Inkrafttreten der Richtlinie (EU) 2019/2121 wird eine Änderung der Rechtslage im vorbeschriebenen Sinne erfolgen müssen. Eine Rechtsfrage, die – wie mithin hier – auslaufendes Recht betrifft, hat jedoch in aller Regel keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 70 Abs. 2 Nr. 1 FamFG, sofern nicht – wofür jedoch nichts ersichtlich ist – die Klärung für einen nicht überschaubaren Personenkreis in nicht absehbarer Zukunft von Bedeutung ist (BGH, Beschluss vom 12. Juli 2006 – X ZR 22/05, NJW-RR 2006, 1719; Meyer-Holz, in: Keidel a.a.O. § 70 Rn. 23). Auch § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG ist nicht einschlägig; denn mangels erkennbarer Relevanz für eine Vielzahl von anhängigen Altverfahren ist eine Zulassung zum Zwecke der Fortbildung des Rechts nicht erforderlich (BGH, Beschluss vom 13. August 2003 – XII ZR 303/02, BGHZ 156, 97; Meyer-Holz, in: Keidel a.a.O. § 70 Rn. 27), und ein Fall der Divergenz, der die Zulassung zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung rechtfertigen könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Oktober 2002 – XI ZR 71/02, BGHZ 152, 182), liegt mangels abweichender Rechtsprechung zur vorliegenden Fallgestaltung nicht vor. ■

## 7. Steuerrecht – Zur Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei vorbehaltenen Nutzungen

(BFH, Urteil vom 5.12.2019 – II R 37/18)

FGO § 118 Abs. 2

GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1

BGB § 446 S. 2

Verpflichtet sich der Käufer beim Kauf eines Grundstücks, dieses dem Verkäufer ohne angemessenes Entgelt zur Nutzung zu überlassen, liegt darin eine Gegenleistung für das Grundstück.

### Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung betrifft die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer in Fällen, in denen dem Verkäufer gestattet wird, den Kaufgegenstand teilweise weiter zu nutzen.

Die Grunderwerbsteuer bemisst sich nach der Gegenleistung (§ 8 Abs. 1 GrEStG). Für Kaufverträge definiert § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung den Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Unter Kaufpreis ist dabei allgemein das Entgelt für das Kaufobjekt zu verstehen, und zwar in seiner tatsächlich vereinbarten Höhe. Legen daher die Beteiligten (ggf. bewusst) einen Kaufpreis fest, der unter dem Verkehrswert des Grundstücks liegt, ist für die Grunderwerbsteuer dieser geringere Kaufpreis maßgeblich (BFH MittRhNotK 1990, 110 [112]), unbeschadet einer etwaigen Schenkungssteuerrelevanz (Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 9 Rn. 208). Ist dagegen in Wahrheit überhaupt kein Kaufpreis vereinbart (bspw. bei einem symbolischen Kaufpreis von einem Euro), bemisst sich die Steuer gem. § 8 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 GrEStG nach den Grundbesitzwerten des BewG (vgl. BFH MittRhNotK 1995, 155; BFH DStRE 2006, 1018 [1020]; Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 9 Rn. 209).

Zu den sonstigen Leistungen des Käufers können zB zählen: die Übernahme der Vermessungskosten (BFH BeckRS 1995, 11335; vgl. ferner Verf. d. OFD Rheinl. BeckVerw 074404); die Übernahme einer Maklercourtage, die nach dem Maklervertrag vom Verkäufer geschuldet wird (FG Brandenburg DStRE 2006, 945; Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 9 Rn. 309); die Übernahme von Erschließungskosten, für die der Verkäufer bereits öffentlich-rechtlich beitragspflichtig geworden ist (vgl. Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 9 Rn. 279 ff.) oder die Verpflichtung zum Vertragsabschluss mit einem Dritten, wenn dieser Vertrag zu Lasten des Käufers unausgewogen ist (Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 9 Rn. 305; vgl. auch BFH BeckRS 1989, 22009303; BFH MittRhNotK 1995, 155 [156]).

Der Begriff der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen iSd § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG orientiert sich an § 100 BGB (vgl. Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 9 Rn. 232; Lippross/Seibel/Zöllner, Basiskomm. SteuerR, Stand 1/2007, § 9 Rn. 7). Hierzu zählen einerseits der Verkauf unter Vorbehalt von dinglichen Rechten für den Veräußerer, wie Nießbrauchs- oder Wohnungsrecht (vgl. BFH BeckRS 1970, 22000758; Lippross/Seibel/Zöllner, Basiskomm. SteuerR, Stand 1/2007, § 9 Rn. 7). Andererseits erhöhen auch solche schuldrechtlichen Verein-

barungen die Bemessungsgrundlage, die dem Verkäufer entgegen § 446 S. 2 BGB nach der Übergabe Nutzungen zugestehen, zB die Weitervermietung von Mietzahlungen oder der Abschluss eines Mietvertrages mit dem Veräußerer zu verbilligten Konditionen (Boruttau/Loose, GrEStG, 19. Aufl. 2018, § 9 Rn. 231 f., 234 mwN).

In seiner Entscheidung sieht der BFH ein dem Verkäufer eingeräumtes Recht zur unentgeltlichen Weiternutzung von mehreren Gebäuden eines verkauften Gebäudekomplexes als vorbehaltenes Nutzungsrecht an und verlangt dessen Berücksichtigung bei der Bemessungsgrundlage.

In der Praxis dürfte die aufgeworfene Problematik vor allem im Rahmen von Kaufverträgen bei gestatteter (ggf. kurzfristiger) Weiternutzung durch den Verkäufer auftreten. Im Übrigen kann sich eine Grunderwerbsteuerpflicht wegen § 3 Nr. 2 S. 2 GrEStG auch bei vorbehaltenen Rechten in Schenkungsverträgen ergeben, zB bei Grundstücksübertragungen unter Geschwistern oder Lebensgefährten unter Wohnungsvorbehalt (vgl. etwa BFH NJW 2014, 1759).

*Die Schriftleitung (TH)*

### Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) erwarb mit notariell beurkundetem Vertrag vom 9.5.2012 (Kaufvertrag) ein Grundstück vom Verkäufer. Das als Kulturdenkmal erfasste, parkähnliche Gelände war mit acht Gebäuden bebaut, von denen drei (Nr. 1 a, 2 und 5) genutzt wurden; die anderen befanden sich in schlechtem baulichen Zustand und standen leer. In § 2 des Kaufvertrags räumte die Klägerin dem Verkäufer das Recht ein, seine bisherige Nutzung der Gebäude 2 und 5 zunächst für 30 Jahre unentgeltlich fortzusetzen. § 4 des Kaufvertrags lautet:

[2] „Kaufpreis, Verpflichtung des Verkäufers

Objektiv wird festgestellt, dass das Grundstück mit einer Vielzahl alter Bausubstanz sowie einer maroden Erschließung belastet ist und sich im Übrigen zu großen Teilen in einem schlechten Gesamtzustand befindet. Das Grundstück ist daher insgesamt mit einem negativen Kaufpreis zu bewerten. Aus diesem Grunde bestimmen die Vertragsparteien keinen Kaufpreis.

Der Verkäufer verpflichtet sich für die Ablösung aufgezeigter „Lasten“ des Grundstücks zur Zahlung eines einmaligen Geldbetrages in Höhe von 100.000 Euro ... an den Käufer. ....“

[3] Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA -) setzte mit Bescheid vom 13.11.2013 Grunderwerbsteuer fest und zog dabei einen nach § 138 des Bewertungsgesetzes gesondert festgestellten Grundbesitzwert als Bemessungsgrundlage heran.

[14] Auf den Einspruch hin legte das FA der Besteuerung stattdessen den Kapitalwert der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen als Gegenleistung zugrunde, den es mit 620.018 € bezifferte.

[5] Im Klageverfahren nahm das FA eine geringere zur Nutzung überlassene Grundstücksfläche an. Der Nut-

zungswert als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer sei daher auf 491.462,20 € herabzusetzen.

[6] Auf den – protokollierten und deshalb maßgebenden – Antrag der Klägerin, den Grunderwerbsteuerbescheid dahingehend zu ändern, dass die Steuer auf 0 € festgesetzt wird, hob das Finanzgericht (FG) den Bescheid auf. Die Steuer sei nach dem Wert der Gegenleistung zu bemessen. Diese betrage 0 €. Die Vertragsparteien hätten einen Kaufpreis von ./. 100.000 € festgelegt, da sie mit Abbruchkosten gerechnet hätten, die „den Wert des Grund und Bodens und der noch nutzbaren Gebäudeteile sowie des 30-jährigen Nutzungsrechts“ überstiegen. Von erwarteten Kosten in Höhe von ca. 500.000 € sei lediglich ein Anteil von 80 % durch Fördermittel gedeckt gewesen. Deshalb habe sich der Verkäufer „auf einen negativen Kaufpreis eingelassen ...“, obwohl er ein 30-jähriges Nutzungsrecht an den Gebäuden 2 und 5 erhalten hat“. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2019, 1327 veröffentlicht.

[7] Mit der Revision macht das FA eine Verletzung von § 9 Abs. 1 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) und der §§ 133, 157 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) geltend. Bei der Bestimmung der Gegenleistung habe das FG das dem Verkäufer vorbehaltene Nutzungsrecht außer Acht gelassen. Allerdings sei die Zuzahlung des Verkäufers in Höhe von 100.000 € in Abzug zu bringen, die Bemessungsgrundlage daher mit 391.462,20 € anzusetzen.

[8] Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage, soweit nicht eine Herabsetzung der Bemessungsgrundlage auf 391.462,20 € zugesagt wurde, abzuweisen.

[9] Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

## Aus den Gründen:

II.

[10] Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 der Finanzgerichtsordnung – FGO -). Das FG hat § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verletzt, indem es die dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen nicht in die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer einbezogen hat.

### Die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer richtet sich nach §§ 8, 9 GrEStG

[11] 1. Gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Grunderwerbsteuer grundsätzlich nach dem Wert der Gegenleistung.

[12] a) Was zur Gegenleistung gehört, bestimmt § 9 GrEStG, der eine Legaldefinition des Begriffs enthält und – zusammen mit § 8 Abs. 1 GrEStG – darauf abzielt, die Gegenleistung so umfassend wie möglich zu erfassen (Begründung zum GrEStG 1940, RStBl 1940, 387, 405; vgl. Beschlüsse des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 2.3.2011 – II R 23/10, BFHE 232, 358, BStBl II 2011, 932, Rz. 17, und vom 2.3.2011 – II R 64/08, BFH/NV 2011, 1009, Rz. 21). Dem Grunderwerbsteuergesetz liegt ein eigenständiger, über das bürgerlich-rechtliche Verständnis hi-

nausgehender Gegenleistungsbegriff zugrunde (vgl. BFH-Urteile vom 16.2.1977 – II R 89/74, BFHE 122, 338, BStBl II 1977, 671, unter 2., und vom 8.9.2010 – II R 28/09, BFHE 231, 244, BStBl II 2011, 227, Rz. 14).

### Zur Gegenleistung beim Kauf zählt gem. § 9 Abs. 1 S. 1 GrEStG auch der Wert der Nutzungen, die entgegen § 446 S. 2 BGB dem Verkäufer verbleiben

[13] b) Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG gilt als Gegenleistung bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Nutzungen sind gemäß § 100 BGB u. a. die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Sie gebühren nach § 446 Satz 2 BGB von der Übergabe der Sache an dem Käufer. Wird die Norm vertraglich abbedungen, belässt der Grundstückskäufer also die Nutzungen dem Verkäufer über diesen Zeitpunkt hinaus, liegt darin ein geldwerter Vorteil, den der Käufer für den Erwerb der Sache hingibt. Dies rechtfertigt die Einbeziehung der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen in die Gegenleistung (vgl. Begründung zum GrEStG 1940, RStBl 1940, 387, 406; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 13.11.1981 – IX 153/81, IX 154/81, EFG 1982, 428; Loose in Boruttau, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl., § 9 Rz. 231; Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 6. Aufl., § 9 Rz. 104; Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 11. Aufl., § 9 Rz. 28; Konrad in Behrens/Wachter, Grunderwerbsteuergesetz, § 9 Rz. 154; Jochum in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, § 9 GrEStG Rz. 64; im Ergebnis auch BFH-Urteil vom 6.12.1989 – II R 95/86, BFHE 159, 255, BStBl II 1990, 186, unter 1.c).

### Soweit die vorbehaltenen Nutzungen angemessen vergütet werden, liegt keine Grunderwerbsteuerliche Gegenleistung vor

[14] c) Wenn jedoch der Grundstücksverkäufer die vorbehaltenen Nutzungen angemessen vergütet, liegt in der Nutzungsüberlassung keine Gegenleistung für das Grundstück i. S. von § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG (ähnlich BFH-Urteil vom 6.12.2017 – II R 55/15, BFHE 261, 58, BStBl II 2018, 406, Rz. 13).

### Ob dies der Fall ist, ist durch Auslegung des Kaufvertrages zu ermitteln

[15] d) Für die Bestimmung der Gegenleistung ist nicht maßgebend, was die Vertragsschließenden als Gegenleistung für das Grundstück – bezeichnen, sondern zu welchen Leistungen sie sich tatsächlich verpflichtet haben (BFH-Urteil in BFHE 231, 244, BStBl II 2011, 227, Rz. 14). Ob sich der Verkäufer Nutzungen ohne angemessenes Entgelt vorbehalten hat, ist durch Auslegung des Kaufvertrages zu ermitteln. Die Auslegung von Verträgen und Willenserklärungen gehört zum Bereich der tatsächlichen Feststellungen und bindet den BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO, wenn sie den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB entspricht und nicht gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze verstößt, d. h. jedenfalls möglich ist. Das Revisionsgericht prüft, ob das FG die gesetzlichen Auslegungsregeln sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet und die für die Vertragsauslegung bedeutsamen Begleitumstände erforscht und rechtlich zutreffend gewürdigt hat. Dagegen ist die rechtliche Einordnung des von den Vertragspartnern Gewollten am Maßstab der jeweils einschlägigen Normen für das Revisionsgericht nicht nach § 118 Abs. 2 FGO bindend, sondern in vollem Umfang nachprüfbar Rechts-

anwendung (ständige Rechtsprechung, z. B. BFH-Urteil vom 30.1.2019 – II R 26/17, BFHE 264, 47, Rz. 31).

**Die finanzgerichtlichen Feststellungen lassen nicht den Schluss zu, dass die vorbehaltenen Nutzungen nicht in die Bemessungsgrundlage einzufließen haben**

[16] 2. Nach diesen Maßstäben tragen die Feststellungen des FG nicht den Schluss, dass die dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen nicht in die Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG einzubeziehen seien.

[17] a) Gemäß § 4 des Kaufvertrags hat die Klägerin als Käuferin des Grundstücks keinen Kaufpreis zu entrichten; stattdessen hat der Verkäufer eine Zuzahlung in Höhe von 100.000 € zu leisten. Hieraus ergibt sich der von der Vorinstanz angenommene Kaufpreis von ./ 100.000 €.

[18] b) Daneben hat die Klägerin aber in § 2 des Kaufvertrags dem Verkäufer das Recht eingeräumt, seine bisherige Nutzung der Gebäude 2 und 5 für 30 Jahre unentgeltlich fortzusetzen. Sie hat Nutzungen des Grundstücks, die mit dessen Übergabe ihr als Käuferin zustünden, dem Verkäufer überlassen, ohne von diesem eine Vergütung zu erhalten. „Unentgeltlich“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin vom Verkäufer kein gesondertes Entgelt für die Überlassung der Gebäude fordert. Der Wert der Nutzungen stellt vielmehr eine – grunderwerbsteuerrechtliche – Gegenleistung der Klägerin für den Erhalt des Grundstücks dar. Soweit die Klägerin einwendet, das Nutzungsrecht des Verkäufers sei in den Leistungsaustausch einbezogen worden, bestätigt sie in der Sache gerade diese Beurteilung.

[19] Sollte das FG angenommen haben, das Nutzungsrecht sei wertlos, bestehen dafür keine Anhaltspunkte. Nach den im Urteil getroffenen Feststellungen gehören die dem Verkäufer überlassenen Gebäude gerade nicht zu denen, die sich zum Zeitpunkt des Erwerbs in schlechtem Zustand befanden.

[20] c) Bemessungsgrundlage i. S. von § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist demgemäß der Wert der Nutzungen abzüglich der Zuzahlung des Verkäufers in Höhe von 100.000 €.

[21] 3. Die Sache ist nicht spruchreif. Das FG wird im zweiten Rechtsgang Feststellungen zum Umfang der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen zu treffen und das Nutzungsrecht zu bewerten haben.

[22] 4. Die Übertragung der Entscheidung über die Kosten des Verfahrens beruht auf § 143 Abs. 2 FGO. ■

**8. Kostenrecht – Zu den Notarkosten einer zu Beweis Zwecken erfolgenden Verwahrung eines Datenträgers**

(LG Düsseldorf, Beschluss vom 4.2.2020 – 25 OH 80/18, mitgeteilt durch *Dipl.-Rpfl. Joachim Volpert*, Willich)

BeurkG § 62 Abs. 1  
GNotKG §§ 124 S. 2, 126 Abs. 1 S. 2  
KV GNotKG Nr. 25300, 25301

Für die Verwahrung eines als „Datenraum“ bezeichneten Datenträgers, die lediglich zu Beweis Zwecken erfolgt, kann keine Gebühr nach KV-Nummer 25301, § 124 GNotKG in Rechnung gestellt werden, da ein solcher Da-

tränger nicht als Kostbarkeit im Sinne der genannten Vorschriften anzusehen ist.

(RNotZ-Leitsatz)

**Zur Einordnung**

Das LG Düsseldorf befasst sich in diesem Beschluss mit den Kosten der Verwahrung eines Datenträgers, auf dem Daten gespeichert sind, die im Vorfeld der Beurkundung eines Kaufvertrags in einem Datenraum offengelegt wurden.

Notare sind gem. § 23 Hs. 1 BNotO auch zuständig für die Verwahrung von Geld, Kostbarkeiten und Wertpapieren. Geregelt ist die Verwahrung dieser Gegenstände namentlich in § 62 BeurkG (BGBl. 2017 I S. 1396 [1408]). Für die hierbei anfallenden Notarkosten bestimmt § 124 GNotKG, dass sich der Geschäftswert bei der Verwahrung von Geldbeträgen nach der Höhe des jeweils ausgezahlten Betrags, bei der Entgegennahme von Wertpapieren und Kostbarkeiten nach deren Wert richtet. Abzurechnen ist für die Verwahrung von Geldbeträgen gem. KV GNotKG Nr. 25300 je Auszahlung eine 1,0-Gebühr. Für die Entgegennahme von Wertpapieren und Kostbarkeiten ist gem. KV GNotKG Nr. 25301 ebenfalls eine 1,0-Gebühr zu erheben, mit der die Verwahrung mit abgegolten wird. Übersteigt der Auszahlungsbetrag bei Verwahrung von Geld bzw. der Wert der verwahrten Wertpapiere oder Kostbarkeiten 13 Mio. EUR, beträgt die Gebühr 0,1 % des Auszahlungsbetrags bzw. des Gegenstandswerts (GNotKG KV Nr. 25300, 25301).

Gegenstand einer notariellen Verwahrung können aber auch sonstige Gegenstände sein, die nicht als Wertpapier oder Kostbarkeit einzuordnen sind. Es handelt sich bei dieser Verwahrung um eine sonstige Betreuung der Beteiligten auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege gemäß § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO (BeckOK BNotO/Sander, 1. Ed., Stand 1.10.2019, § 24 Rn. 40). Die Verwahrung von Gegenständen, die nicht Wertpapiere oder Kostbarkeiten sind, wird von § 124 GNotKG und KV GNotKG Nr. 25301 allerdings nicht erfasst (BeckOK KostR/Berger, 29. Ed., Stand 1.9.2019, § 124 GNotKG Rn. 6). Es bedarf in diesen Fällen des Abschlusses eines öffentlich-rechtlichen Gebührenvertrags gem. § 126 Abs. 1 S. 2 GNotKG (Schneider/Volpert/Fölsch/Hering, Gesamtes KostenR, 2. Aufl. 2016, KV GNotKG Nr. 25300-25301 Rn. 14).

Für die Abrechnung der Verwahrung eines Gegenstandes nach KV GNotKG Nr. 25301 kommt es also darauf an, ob es sich bei dem Gegenstand um eine Kostbarkeit handelt. Überwiegend werden Kostbarkeiten definiert als bewegliche Sachen, deren Wert nach allgemeiner Verkehrsanschauung besonders groß im Verhältnis zu ihrem Gewicht und Umfang ist (Korintenberg/Schwarz, GNotKG, 21. Aufl. 2020, GNotKG KV 25300 Rn. 27; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 3. Aufl. 2019, GNotKG KV 25301 Rn. 6; LeipzigerKomm/Renner, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 124 Rn. 20; BeckOK KostR/Berger, 29. Ed., Stand 1.9.2019, § 124 GNotKG Rn. 6 mwN). Als Beispiele für Kostbarkeiten werden u. a. Schmuck, Edelmetalle und -steine, Bilder, Kunstwerke, Münzen, Briefmarken und Luxusuhren aufgeführt (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 3. Aufl. 2019, GNotKG KV 25301 Rn. 6). Ob auch Datenträger als Kostbarkeiten einzuordnen sind, ist umstritten. Teilweise wird darauf abgestellt, ob die auf dem Datenträger gespeicherten Daten wertvoll sind (Bormann/Diehn/Som-

merfeldt/Diehn, GNotKG, 3. Aufl. 2019, GNotKG KV 25301 Rn. 6 u. § 124 Rn. 5). Andere verneinen die Eigenschaft als Kostbarkeit und verweisen darauf, dass der Datenträger lediglich die Hülle werthaltiger Daten sei (Schneider/Volpert/Fölsch/Hering, Gesamtes KostenR, 2. Aufl. 2016, KV GNotKG Nr. 25300-25301 Rn. 18, ebenso Korintenberg/Schwarz, GNotKG, 21. Aufl. 2020, GNotKG KV 25300 Rn. 28; LeipzigerKomm/Renner, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 124 Rn. 23). Für die Verwahrung eines Datenträgers sei daher ein öffentlich-rechtlicher Gebührenvertrag abzuschließen (LeipzigerKomm/Renner, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 124 Rn. 23).

Das LG Düsseldorf verneinte nun für die rein zu Beweis-zwecken erfolgte Verwahrung eines als „Datenraum“ bezeichneten Datenträgers die Erhebung der Verwahrunggebühren nach KV GNotKG Nr. 25301 aufgrund der fehlenden Eigenschaft als Kostbarkeit. Es ließ offen, ob für die Verwahrung von Datenträgern, auf denen Daten von besonderem Wert wie Betriebsgeheimnisse oder Patente gespeichert sind, die gesetzliche Gebühr nach KV GNotKG Nr. 25301 anfällt oder auch hierfür ein öffentlich-rechtlicher Gebührenvertrag erforderlich ist. Für die notarielle Praxis liegt hiermit die – soweit ersichtlich – erste Entscheidung vor, die zumindest die Frage der Notarkosten einer lediglich Beweis-zwecken dienenden Verwahrung eines Datenträgers klärt.

*Die Schriftleitung (IK)*

## Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beteiligte zu 1.) erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom 5.6.2015 des Notars K in E (Urkundenrolle Nr.) Grundbesitz zu einem Kaufpreis von 7.570.000,00 €.

[2] In der notariellen Urkunde ist unter Ziffer 3.5 das Folgende festgehalten:

[3] „Der Verkäufer hat dem Käufer Informationen und Unterlagen zum Kaufgegenstand in einem elektronischen Datenraum („Datenraum“) zur Verfügung gestellt. Der Inhalt des Datenraums, der dem Käufer bekannt ist, sowie der Fragen und Antworten-Prozess werden im Datenraumindex Anlage 3.5 zusammengefasst. Drei Kopien des Datenträgers, der eine vollständige Speicherung der Dokumente des Datenraums enthält, wurden heute dem Notar von den Parteien, die diesen zuvor auf deren Vollständigkeit in Bezug auf den Inhalt des Datenraums gesichtet haben, zu Beweis-zwecken zur Verwahrung übergeben, mit dem Auftrag, die Datenträger bis zum 31.12.2020 bei der Urschrift aufzubewahren und jeder Partei auf deren schriftliches Verlangen und deren Kosten eine Kopie zur Verfügung zu stellen. Nach Ablauf des 31.12.2020 soll der Notar die Kopien des Datenträgers vernichten. Sich aus dem Inhalt des Datenraums ergebende Tatsachen oder Umstände gelten als dem Käufer bekannt.“

[4] Unter dem 24.2.2018 hat der Notar seine Kostenrechnung an die Beteiligte zu 1.) erstellt und in dieser unter anderem eine Gebühr gemäß KV-Nummer 25301 für die Verwahrung von Wertpapieren und Kostbarkeiten gemäß § 124 GNotKG in Höhe von 735,00 € zuzüglich Umsatzsteuer erhoben. Auf die Kostenrechnung (Bl. 3 Gerichtsakte) wird Bezug genommen.

[5] Anlässlich seiner Geschäftsprüfung hat der Beteiligte zu 3.) die Kostenrechnung des Notars insoweit beanstandet und sich auf den Standpunkt gestellt, der Notar sei nicht berechtigt, eine Gebühr gemäß KV-Nummer 25301 zu erheben. Bei dem Datenraum handele es sich nicht um eine Kostbarkeit im Sinne dieser Vorschrift.

[6] Dem ist der Notar entgegengetreten.

[7] Der Beteiligte zu 3.) hat den Notar daraufhin angewiesen, gemäß § 130 Abs. 2 Satz 1 GNotKG die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen.

[8] Der Beteiligte zu 3.) hat unter dem 17.6.2019 (Bl. 58 ff. Gerichtsakte) und ergänzend unter dem 8.8.2019 (Bl. 64 f. Gerichtsakte) Stellung genommen. Auf die Stellungnahmen wird Bezug genommen.

[9] Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

## Aus den Gründen:

II.

### Die Kostenrechnung war abzuändern

[10] Auf den Antrag nach § 130 Abs. 2 Satz 1 GNotKG i. V. m. § 127 Abs. 1 GNotKG war die streitgegenständliche Kostenrechnung abzuändern.

### Ob Datenträger als Kostbarkeiten angesehen werden können, ist umstritten

[11] In der kostenrechtlichen Literatur ist umstritten, ob Datenträger als Kostbarkeiten im Sinne von § 124 GNotKG, KV-Nummer 25301 angesehen werden können.

[12] Zum Teil wird dies verneint und darauf verwiesen, für die Verwahrung von Datenträgern könne nur eine Vergütung durch öffentlich-rechtlichen Vertrag nach § 126 GNotKG vereinbart werden (vgl.: Schwarz in: Korintenberg, GNotKG, 20. Aufl., GNotKG Nr. 25330, 25301 KV Rn. 28; Hering in: Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., KV GNotKG Nr. 25300-25301 Rn. 17; Berger in: BeckOK Kostenrecht, GNotKG § 124 Rn. 6; Renner in: Leipziger-GNotKG, 2. Aufl., § 124 Rn. 23).

[13] Nach der Gegenansicht können Datenträger als Kostbarkeiten angesehen werden, wenn die darauf gespeicherten Daten wertvoll sind (vgl.: Diehn in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., GNotKG § 124 Rn. 5 und GNotKG KV 25301 Rn. 6; Diehn in: Diehn/Volpert, Praxis des Notarkostenrechts, Rn. 1422; für § 149 InsO so auch: Jaeger, InsO, 1. Aufl., § 149 Rn. 7).

[14] Eine gerichtliche Entscheidung liegt zu dieser Problematik, soweit ersichtlich, bislang nicht vor.

### Nach Ansicht der Kammer ist der als „Datenraum“ bezeichnete Datenträger in der vorliegenden Konstellation keine Kostbarkeit

[15] Die Kammer ist jedenfalls für die vorliegende Konstellation der Ansicht, dass für die Verwahrung des Datenträgers keine Gebühr nach KV-Nummer 25301, § 124 GNotKG in Rechnung gestellt werden kann. Vorliegend ist der als „Datenraum“ bezeichnete Datenträger nicht als Kostbarkeit im Sinne der genannten Vorschriften anzusehen.

## Die Verwahrung erfolgt ausdrücklich zu Beweis Zwecken

[16] Ausweislich Ziffer 3.5 der notariellen Urkunde des Beteiligten zu 2.) vom 5.6.2015 erfolgt die Verwahrung des „Datenraums“ ausdrücklich „zu Beweis Zwecken“.

[17] Aus dem in Anlage 3.5 zusammengefassten Inhalt des Datenraums geht hervor, dass es sich um Dokumente betreffend das Kaufobjekt sowie dessen Vermietung handelt, so zum Beispiel unter „1.0 Allgemeine Objektinformationen“ über Grundbuch, Liegenschaftskataster, Steuern oder „2.0 Objekt- u technische Unterlagen“ betreffend Baugenehmigung, Pläne und Aufmaß, Gutachten, Gewährleistungen sowie Modernisierungen und Umbauten. Ferner sind Dokumente über „3.0 Mietverhältnisse“ und „4.0 Verwaltung“ enthalten.

[18] Die ausdrückliche Erwähnung der Verwahrung „zu Beweis Zwecken“ sowie der Inhalt der Dokumente des Datenträgers belegen vorliegend unzweifelhaft, dass die Verwahrung durch den Notar ausdrücklich und allein zu dem Zweck erfolgen soll, dass bei eventuellen späteren Meinungsverschiedenheiten und Rechtsstreitigkeiten nachweisbar ist, über welche Informationen die Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses verfügt haben. Dies hat nichts mit der Werthaltigkeit der Informationen und des Datenträgers zu tun. Der gleiche Nachweis wie durch die Verwahrung des Datenträgers bei dem Notar hätte auch in der Form erfolgen können, dass der gesamte Inhalt des Datenträgers ausgedruckt und in Papierform als Anlage zum Vertrag genommen wird. Wäre diese Form des Nachweises gewählt worden, würde wohl nicht ernsthaft in Streit

stehen, dass eine Gebühr für die Verwahrung von Kostbarkeiten nicht erhoben werden kann. Die Verwahrung des Datenträgers erfolgte vorliegend aus rein praktischen Erwägungen zu Beweis Zwecken.

## In einer solchen Konstellation ist die Verwahrung eines Datenträgers nicht vergleichbar mit der Verwahrung von Geldbeträgen, Wertpapieren oder Kostbarkeiten

[19] Jedenfalls in einer solchen Fallkonstellation ist die Verwahrung eines Datenträgers nach Ansicht der Kammer nicht vergleichbar mit der Verwahrung von Geldbeträgen, Wertpapieren oder Kostbarkeiten im Sinne von § 124 GNotKG, KV-Nummer 25300, 25301.

[20] Ob dies anders zu beurteilen ist, wenn der Notar Datenträger in Verwahrung nimmt, auf denen Daten von besonderem Wert lagern, so zum Beispiel Betriebsgeheimnisse, Patente oder Ähnliches, braucht vorliegend nicht entschieden zu werden.

[21] Die Gebühr KV-Nummer 25301 ist somit nicht angefallen.

[22] Aus den dargelegten Gründen war die streitgegenständliche Kostenrechnung daher wie geschehen abzuändern.

### III.

[23] Für eine Auferlegung außergerichtlicher Kosten gemäß § 130 Abs. 2 GNotKG i. V. m. § 81 FamFG besteht vorliegend keine Veranlassung, da solche nicht angefallen sind. ■

## RNotZ-Forum

## Rechtsprechung in Leitsätzen

### 1. Liegenschaftsrecht – Notarhaftung bei Beurkundung eines Kaufvertragsangebots mit unbefristeter Fortgeltungsklausel

(BGH, Urteil vom 23.1.2020 – III ZR 28/19)

BeurkG § 17 Abs. 1  
BNotO §§ 14 Abs. 1 S. 2, 19 Abs. 1 S. 2  
BGB §§ 146, 150 Abs. 1, 308 Nr. 1  
ZPO § 287

1. Bei Verwendung einer (unwirksamen) unbefristeten Fortgeltungsklausel in einem von ihm vorformulierten Angebot zum Kauf einer Immobilie handelt der Zentral- beziehungsweise Vollzugsnotar amtspflichtwidrig, wenn er ohne vorherige Abklärung des Willens der Käufer in Bezug auf das weitere Vorgehen im Rahmen der ihm obliegenden „betreuenden“ Belehrung die Annahme der Verkäuferin beurkundet und den Kaufvertrag vollzieht, insbesondere, indem er die Fälligkeit des Kaufpreises gegenüber den Käufern bestätigt.
2. Da die haftungsausfüllende Kausalität dieser Pflichtverletzung für den eingetretenen Kaufpreisschaden feststeht, betrifft die hypothetische Frage, ob dieser auch bei pflichtgemäßem Verhalten des beklagten Notars entstanden wäre, weil die Urkundsbeteiligten ungeach-

tet der ihnen gegenüber offengelegten Zweifel an der fortbestehenden Wirksamkeit ihres Angebots an dem Abschluss des Kaufvertrags festgehalten hätten, eine im Rahmen des haftungsausfüllenden Zurechnungszusammenhangs zu beachtende Reserveursache, für die der Notar nachweispflichtig ist.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, juris) ■

### 2. Liegenschaftsrecht – Zur rechtlichen Zuordnung einer für die einzelnen Wohnungseigentümer eingetragenen Zwangssicherungshypothek

(KG, Beschluss vom 12.3.2019 – 1 W 56/19)

BeurkG § 44 a Abs. 2  
GBO §§ 13 Abs. 1 S. 1, 19, 22 Abs. 1 S. 1, 78 Abs. 2 S. 1  
GNotKG §§ 36 Abs. 3, 61  
WEG §§ 10 Abs. 6, Abs. 8, 27 Abs. 3  
ZPO § 319 Abs. 1

Ist für die namentlich bezeichneten Mitglieder einer Wohnungseigentumsgemeinschaft im Jahr 2002 aufgrund des notariellen Schuldanerkenntnisses eines Wohnungseigentümers eine Sicherungshypothek im Grundbuch eingetragen worden, hat die nachfolgende Anerkennung der Teil-

rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft an der rechtlichen Zuordnung der Sicherungshypothek nichts geändert. Eine Unrichtigkeit des Grundbuchs kann in diesem Fall auch nicht durch einen im Jahr 2018 erfolgten Nachtragsvermerk gemäß § 44 a BeurkG, wonach Gläubigerin der Forderung die Wohnungseigentümergeinschaft sein soll, nachgewiesen werden. (Fortsetzung von Senat, Beschluss vom 11. Oktober 2013 – 1 W 195-196/13 – FGPrax 2014, 4 = GE 2013, 1593 = MDR 2013, 1391 = NotBZ 2013, 470).

(Fundstellen: *beck-online*, *Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, juris*) ■

### 3. Liegenschaftsrecht – Zur gerichtlichen Ersetzung der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung eines Erbbaurechts

(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.2.2019 – I-3 Wx 137/18)

BGB § 463

Erbbaurecht §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 3 S. 1

FamFG §§ 38 Abs. 3 S. 3, 40 Abs. 3 S. 1

GNotKG §§ 60 Abs. 1, 61 Abs. 1 S. 1

1. Bedarf die Veräußerung des Erbbaurechts nach dem Inhalt des der Bestellung des Erbbaurechts zugrunde liegenden Erbbaurechtsvertrages der Zustimmung des Grundstückseigentümers, so steht dessen Erklärung, sein ihm im Erbbaurechtsvertrag vorbehaltenes Vorkaufsrecht auszuüben, der gerichtlichen Ersetzung der Zustimmung nicht entgegen und ist insbesondere kein beachtlicher Grund für eine Zustimmungsverweigerung.
2. Hängt die Wirksamkeit eines Vertrages über die Veräußerung eines Erbbaurechts von der Zustimmung des Grundstückseigentümers ab, (hier mit Blick auf ein dem Grundstückseigentümer im Erbbaurechtsvertrag selbst eingeräumtes Vorkaufsrecht), so ist der Veräußerungsvertrag unwirksam, solange dieser seine Zustimmung zu der Veräußerung nicht erteilt hat und entsteht das Vorkaufsrecht erst dann, wenn die Zustimmung durch rechtskräftige gerichtliche Entscheidung ersetzt ist.

(Fundstellen: *beck-online*, *Rechtsprechungsdatenbank NRW, juris*) ■

### 4. Liegenschaftsrecht – Keine Zuweisung eines Sondernutzungsrechts durch Eigenurkunde des Notars aufgrund ihm erteilter Vollzugsvollmacht

(OLG Köln, Beschluss vom 7.1.2019 – 2 Wx 379/18)

BGB § 181

GBO §§ 29, 53 Abs. 1 S. 2, 71 Abs. 1, 73, 78 Abs. 2

WEG § 8

Eine unwirksame Zuweisung eines Sondernutzungsrechts durch den Berechtigten kann der Notar nicht mittels der ihm eingeräumten Vollzugsvollmacht durch Erstellung einer Eigenurkunde klarstellend heilen, da insoweit der Gegenstand des Rechtsgeschäfts ausgewechselt wird.

(Fundstellen: *beck-online*, *Rechtsprechungsdatenbank NRW*) ■

### 5. Erbrecht – Zur Bindung des Nachlassgerichts an den Erbscheinsantrag und zu den Voraussetzungen der Erteilung eines quotenlosen Erbscheins

(OLG München, Beschluss vom 10.7.2019 – 31 Wx 242/19)

BGB §§ 2353, 2361, 2371

FamFG §§ 352 Abs. 2 S. 2, 352 a Abs. 1 S. 2

1. Der Grundsatz der (strengen) Bindung des Nachlassgerichts an den gestellten Erbscheinsantrag führt zur Aufhebung einer Entscheidung, in der das Nachlassgericht die Tatsachen für die Erteilung eines Erbscheins als festgestellt erachtet, der die Erbteile ausweist, der Antrag hingegen auf die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins gerichtet ist.
2. Die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins setzt voraus, dass alle in Betracht kommenden Miterben auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten. Da ein Erbschaftsverkauf die Erbenstellung des Veräußerers unberührt lässt, ist auch dessen Verzichtserklärung für die erstrebte Erteilung erforderlich.

(Fundstellen: *beck-online*, *Bayern.Recht, juris*) ■

### 6. Erbrecht – Keine Eintragung eines Nacherbenvermerks im Grundbuch ohne vorherige oder gleichzeitige Eintragung des Vorerben

(OLG Naumburg, Beschluss vom 9.7.2019 – 12 Wx 28/19)

BGB §§ 894, 895

GBO §§ 51, 71 Abs. 1

1. Die Eintragung eines Nacherbenvermerks in das Grundbuch ohne Eintragung des Vorerben ist unzulässig.
2. Der Nacherbe kann die Eintragung des Vorerben erst beantragen, wenn er einen Titel über einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung durch Eintragung des Vorerben erlangt hat.

(Fundstellen: *beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank Sachsen-Anhalt*) ■

### 7. Erbrecht – Zur Widerlegung der Vermutung des § 2142 Abs. 2 BGB bei Ausschlagung des Nacherbenrechts

(LG Bremen, Urteil vom 19.8.2019 – 2 O 179/19)

BGB §§ 816 Abs. 1 S. 2, 892 Abs. 1, 2069, 2096, 2113

Abs. 2, 2124 Abs. 2, 2142, 2306

ZPO §§ 91, 522 Abs. 2 S. 1, 709

Die tatsächliche Vermutung gemäß § 2142 Abs. 2 BGB kann widerlegt sein (vgl. § 2069 BGB), wenn die pflichtteilsberechtigten Nacherben eines Stammes ihr Nacherbenrecht ausschlagen, der Nachlass überschuldet ist und der Erblasser Ersatznacherben berufen hat (§ 2096 BGB). Eine ungewollte Doppelberücksichtigung des Stammes, welches die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt, kommt dann nicht in Betracht.

(Fundstellen: *beck-online, juris*) ■

## 8. Familienrecht – Zum Recht des Vorsorgebevollmächtigten auf Einsichtnahme in ärztliche Behandlungsunterlagen

(OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.8.2019 – 7 U 238/18)

BGB §§ 630 g Abs. 3 S. 3, 1901 a Abs. 1 S. 1, Abs. 5

Kein Recht von Angehörigen, aufgrund einer Vorsorgevollmacht Einsicht in Behandlungsunterlagen eines Verstorbenen zu nehmen, gegen dessen ausdrücklich erklärten oder mutmaßlichen Willen.

(Fundstellen: beck-online, juris) ■

## 9. Familienrecht – Zur Reichweite der betreuungsgerichtlichen Genehmigung der in einem Grundstückskaufvertrag enthaltenen Erklärungen

(OLG Naumburg, Beschluss vom 29.4.2019 – 12 Wx 16/19)

BGB §§ 883, 1812, 1821, 1908 i Abs. 1  
GBBerG § 10  
GBO §§ 18 Abs. 1, 71, 73  
GNotKG § 25 Abs. 1

Hat das Betreuungsgericht die Erklärungen der Betreuerin in der notariellen Urkunde betreffend den Verkauf eines Grundstücks genehmigt, umfasst diese Genehmigung nach Auslegung alle Erklärungen, die durch die Betreuerin in der genannten Urkunde abgegeben wurden, auch die Löschung einer Grundschuld in Abteilung III des Grundbuchs.

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank Sachsen-Anhalt) ■

## 10. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zum Vorliegen einer Vollversammlung der GmbH-Gesellschafter bei Verwendung einer fremdsprachigen Stimmrechtsvollmacht

(OLG Bremen, Beschluss vom 14.2.2019 – 2 W 66/18)

BeurkG §§ 36, 37  
FamFG § 382 Abs. 4 S. 2  
GmbHG §§ 47 Abs. 3, 51 Abs. 1, Abs. 3

Eine – eventuelle Einberufungsmängel heilende – Vollversammlung liegt auch dann vor, wenn ein Gesellschafter zwar abwesend, aber durch Stimmrechtsvollmacht vertreten ist; dies gilt auch dann, wenn die Vollmacht in chinesischer Sprache abgefasst ist, von einem anwesenden, ordnungsgemäß vereidigten Dolmetscher übersetzt wird und dieser Vorgang zum Bestandteil der notariellen Beurkundung der Gesellschafterversammlung gemacht wird.

(Fundstellen: beck-online, juris) ■

## 11. Steuerrecht – Zur Erhebung von Grunderwerbsteuer bei Begründung des Anspruchs auf Übereignung von Grundbesitz einer GbR auf ihre Gesellschafter

(BFH, Urteil vom 20.2.2019 – II R 28/15)

GrEStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 6, 8 Abs. 1

1. Der Vertrag zwischen einer Gesellschaft und ihrem Gesellschafter, mit dem ein Anspruch des Gesellschafters auf Übereignung eines Grundstücks begründet wird, unterliegt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer.
2. Die Bemessungsgrundlage richtet sich nach dem Wert der Gegenleistung und nicht nach dem Grundbesitzwert, wenn der Erwerb des Gesellschafters nicht zu Rechtsänderungen der Gesellschafterstellung führt.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof, juris) ■

## 12. Steuerrecht – Zur schenkungsteuerlichen Würdigung einer Kettenschenkung im Verhältnis Großelternteil-Elternteil-Kind

(FG Hamburg, Urteil vom 20.8.2019 – 3 K 123/18)

ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1

1. Überträgt ein Großelternteil ein Grundstück schenkweise auf ein Kind und schenkt das bedachte Kind unmittelbar im Anschluss an die ausgeführte Schenkung einen Grundstücksteil an das Enkelkind weiter, ohne zur Weiterschenkung verpflichtet zu sein, liegt schenkungsteuerrechtlich keine Zuwendung des Großelternteils an das Enkelkind vor.
2. Dass die Weiterübertragung in einem gemeinschaftlichen Testament der Großeltern vorgesehen ist, reicht für sich nicht aus, um eine Zuwendung des Großelternteils an das Enkelkind zu begründen.

(Fundstellen: beck-online, juris, Justiz Hamburg) ■

## 13. Kostenrecht – Keine rechtsgeschäftliche Beziehung zum Notar, der zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses kostenpflichtige anwaltliche Ermittlungshilfe in Anspruch nimmt

(AG Aachen, Urteil vom 13.2.2020 – 107 C 301/19, mitgeteilt durch Notar Martin Rudersdorf, Aachen)

BGB §§ 164 Abs. 1 S. 2, 611, 675, 2314

Nimmt der mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses beauftragte Notar bei seinen Ermittlungen zum Bestand des Nachlasses kostenpflichtige anwaltliche Hilfe in Anspruch, hängt es von den Umständen des Einzelfalls ab, ob der Notar den Geschäftsbesorgungsvertrag im eigenen Namen oder im Namen seines Auftraggebers (des auskunftspflichtigen Erben) abschließt. Der Umstand, dass den Notar im Rahmen der Erstellung des Nachlassverzeichnisses selbständige Ermittlungspflichten treffen, genügt für sich allein nicht zur Annahme, er habe den Anwalt im eigenen Namen beauftragt und schulde selbst die für dessen Tätigkeit vereinbarte Vergütung.

(RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: beck-online, juris, Rechtsprechungsdatenbank NRW) ■