

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2346, 138 – Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines Sozialhilfeempfängers

GmbHG §§ 3, 5, 30, 9c; AktG § 26 Abs. 2 – Gründungskosten; Gründungsaufwand; Bezifferung „ins Blaue hinein“; Heilung einer unzulässigen Bestimmung zum Gründungsaufwand vor Eintragung der Gesellschaft

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1 S. 1 – Formfreie Änderung eines Grundstückskaufvertrags nach Erklärung der Auffassung

BGB §§ 2269, 133, 2084 – Auslegung der Erbeinsetzung für „gemeinsamen Tod“ im gemeinschaftlichen Testament als Schlusserbeneinsetzung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2346, 138

Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines Sozialhilfeempfängers

I. Sachverhalt

Ein Ehepaar hat zwei volljährige Söhne. Diese Söhne wollen einen Pflichtteilsverzichtsvertrag mit den Eltern abschließen, in welchem sie jeweils auf den Pflichtteil gegenüber dem erstversterbenden Elternteil verzichten. Einer der beiden Söhne bezieht jedoch Sozialhilfe.

II. Fragen

Ist der Pflichtteilsverzicht eines Sozialhilfeempfängers sittenwidrig bzw. sind etwaige Anspruchskürzungen zu befürchten?

III. Zur Rechtslage

1. Zur Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts

Lange Zeit war umstritten und nicht höchstrichterlich geklärt, inwieweit der Pflichtteilsverzicht eines (potentiellen) Sozialhilfeempfängers gem. § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist. Die **früher h. M.** stellte für die Frage der Sittenwidrigkeit eines Pflichtteilsverzichtsvertrages auf die für die Sittenwidrigkeit eines Unterhaltsverzichtsvertrages zwischen Ehegatten entwickelten Grundsätze ab (vgl. VGH Mannheim NJW 1992, 2953, 2955; Bengel, ZEV 1994, 29; Schumacher, Rechtsgeschäfte zu Lasten des Sozialhilfeempfängers im Familien- und Erbrecht, 2002, S. 172). Danach wurde davon ausgegangen, dass ein Pflichtteilsverzicht sittenwidrig sei, wenn der Verzichtende sowohl im Zeitpunkt des Rechtsgeschäfts als auch im Zeitpunkt des Erbfalls hilfsbedürftig und dies den Beteiligten bekannt gewesen sei (Schumacher, S. 142; Lambrecht, Der Zugriff des Sozialhilfetragers auf den erbrechtlichen Erwerb, 2001, S. 172).

Mittlerweile hat der **BGH** zur Frage Stellung genommen und den **Pflichtteilsverzicht** eines **behinderten Sozialleistungsbeziehers für grundsätzlich nicht sittenwidrig erklärt** (DNotZ 2011, 381 ff.). Begründet hat er seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt: Für eine Einschränkung des dem Pflichtteilsberechtigten aus § 2346 Abs. 2 BGB zustehenden Rechts auf Verzicht auf einen möglichen Pflichtteil bedürfe es guter Gründe, die im Regelfall nicht vorlägen. Insbesondere könne das **sozialrechtliche Nachrangigkeits- oder Subsidiaritätsprinzip** insoweit nicht angeführt werden, weil dieses vom Gesetzgeber – gerade bei behinderten Leistungsbeziehern – an zahlreichen Stellen eingeschränkt und durchbrochen werde. Die Verneinung der Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts behinderter Sozialleistungsbezieher sei bereits in der Senatsrechtsprechung zum „**Behindertentestament**“ angelegt. Auch die **Ausschlagung** einer angefallenen und nicht überschuldeten Erbschaft durch einen Sozialhilfeempfänger sei nicht sittenwidrig, da es der privatautonomen Entscheidung jedes Einzelnen unterliege, ob er Erbe werden wolle oder nicht („**negative Erbfreiheit**“, die unter den Schutz des Art. 14 GG falle). Beim Pflichtteilsverzicht eines Leistungsbeziehers handele es sich auch schon deswegen nicht um einen unzulässigen „Vertrag zu Lasten Dritter“, weil dem Sozialleistungsträger durch den Verzicht keinerlei vertragliche Pflichten auferlegt würden. Der Nachteil der öffentlichen Hand entstehe vielmehr nur als **Reflex** durch Aufrechterhaltung der Bedürftigkeit. Lediglich mittelbar durch das Rechtsgeschäft verursachte nachteilige Drittwirkungen seien von diesen Dritten jedoch grundsätzlich hinzunehmen und berührten die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Regelfall nicht. Weiter sei anzuerkennen, dass Behinderte mit dem Pflichtteilsverzicht üblicherweise einer **Erwartungshaltung der Eltern** nachkämen, die sich gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt hätten und sicherstellen wollten, dass die Nachkommen nicht bereits mit dem Tode des Erstversterbenden Nachlasswerte für sich beanspruchten.

In der **Literatur** wurde die Entscheidung des BGH teilweise kritisch aufgenommen (vgl. nur Staudinger/Sack/Fischinger, BGB, 2017, § 138 Rn. 527 ff., aus deren Sicht sowohl das sozialrechtliche Nachrangigkeits- oder Subsidiaritätsprinzip als auch die fehlende Vergleichbarkeit eines Pflichtteilsverzichts mit der Ausschlagung einer Erbschaft für die Sittenwidrigkeit des Pflichtteilsverzichts eines Sozialhilfeempfängers sprächen). **Überwiegend** hat die Entscheidung aber – vor allem im notariellen Schrifttum – **Zustimmung** erhalten (vgl. Spall, MittBayNot 2012, 141 ff.; Ivo, DNotZ 2011, 387 ff.; Kleensang, BWNotZ 2011, 162 ff.; Zimmer, ZEV 2011, 262 f.; Dreher/Görner, NJW

2011, 1761; Staudinger/Schotten, BGB, 2016, § 2346 Rn. 70b).

Im Anschluss an die genannte Entscheidung des BGH kann daher grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Pflichtteilsverzicht eines behinderten Sozialhilfebeziehers nicht sittenwidrig ist. Hierbei macht es u. E. keinen Unterschied, ob der Pflichtteilsverzicht **nur gegenüber dem Erstversterbenden** der Eltern oder **gegenüber beiden Elternteilen** erklärt wird. Beide Varianten dürften von der Entschließungsfreiheit der Beteiligten gedeckt sein, auch wenn im ersten Fall eher mit dem für notwendig erachteten Vermögensschutz des überlebenden Ehegatten argumentiert werden kann.

2. Übertragbarkeit auf den nicht behinderten Sozialhilfebezieher

Als ungeklärt ist allerdings noch die Frage anzusehen, inwieweit die Ausführungen des BGH auch auf den **nicht behinderten Sozialhilfebezieher** Anwendung finden. Der BGH hat diese Frage offengelassen. In der Literatur wird die Frage der Übertragbarkeit auf den nicht behinderten Sozialhilfebezieher z. B. von *Ivo* (DNotZ 2011, 381, 389), *Dreher/Görner* (NJW 2011, 1761, 1766), *Kleensang* (ZErb 2011, 121, 124) und *Leipold* (ZEV 2011, 528, 529) bejaht.

Nach unserer Einschätzung dürfte die Zulässigkeit eines Pflichtteilsverzichts eines nicht behinderten Sozialhilfeempfängers (insbesondere im Falle des Bezuges von Arbeitslosengeld II) stets nach den **Umständen des Einzelfalls** zu beurteilen sein (vgl. dazu auch Staudinger/Sack/Fischinger, § 138 BGB Rn. 529: Maßgeblich seien u. a. die Motivation des Verzichtenden, die Absehbarkeit seiner Sozialhilfebedürftigkeit und eine etwaige Entgeltlichkeit des Verzichts). So ist es zwar durchaus zutreffend, dass sich die Argumente des BGH für die Rechtswirksamkeit von Behindertentestamenten und Pflichtteilsverzichtenden Behinderter nicht ohne Weiteres auf die Bedürftigenkonstellation übertragen lassen. Insbesondere greift das vom BGH hervorgehobene Prinzip des **Familienlastenausgleichs** nicht in gleicher Weise, weil volljährige Erwerbsfähige anders als Behinderte typischerweise nicht der Fürsorge ihrer Familienangehörigen bedürfen. Zudem werden Behinderte im Sozialrecht in vielfältiger Weise gegenüber anderen Hilfebeziehern, insbesondere erwerbsfähigen Arbeitslosen, privilegiert (vgl. v. Proff, RNotZ 2012, 272, 280).

Andererseits steht die vom BGH anerkannte „negative Erbfreiheit“ auch einem bedürftigen Erben bzw. Pflichtteilsberechtigten zu (v. Proff, RNotZ 2012, 272, 280). Die vorzitierte Argumentation des BGH mit der „ne-

gativen Erbfreiheit“ des Bedachten spricht u. E. daher eher dafür, dass der BGH auch insoweit einen Pflichtteilsverzicht als wirksam ansehen würde. Im zu begutachtenden Fall spricht für die Zulässigkeit zudem, dass es nur um einen Pflichtteilsverzicht nach dem erstversterbenden Elternteil geht, der lediglich die Erbfolge des längerlebenden Erbenteils sichern soll, und die Erbfolge nach dem längerlebenden Elternteil unberührt bleibt.

Zusammenfassend betrachtet ist damit festzustellen, dass es hinsichtlich der Zulässigkeit des Pflichtteilsverzichts eines nicht behinderten Sozialhilfeempfängers noch **keine endgültige Rechtssicherheit** gibt (so auch die Einschätzung von Keim, RNotZ 2013, 411, 420). In der Literatur wird daher empfohlen, eine Kombination aus „Bedürftigentestament“ und flankierendem Pflichtteilsverzicht nur mit entsprechendem Hinweis auf Wirksamkeitszweifel und unter Aufnahme einer salvatorischen Klausel zu verwenden (vgl. v. Proff, RNotZ 2012, 272, 281; Klühs, ZEV 2011, 15, 18).

3. Sonstige Folgen

Auch dann, wenn der Pflichtteilsverzicht des Abkömmlings grundsätzlich nicht sittenwidrig sein sollte und dadurch der Zugriff des Sozialhilfeträgers auf den Pflichtteilsanspruch ausgeschlossen werden könnte, bliebe zu berücksichtigen, dass sich der Abschluss des Pflichtteilsverzichtsvertrages sozialrechtlich möglicherweise als Obliegenheitsverletzung darstellen und zu **Kürzungen des Leistungsanspruchs** gem. §§ 31a, 31b SGB II (bei Bezug von Arbeitslosengeld II) bzw. § 26 SGB XII (bei Sozialhilfeempfängern) führen könnte. Präzedenzfälle zu derartigen Minderungen in Fällen wie dem vorliegenden sind uns allerdings nicht bekannt.

GmbHG §§ 3, 5, 30, 9c; AktG § 26 Abs. 2 Gründungskosten; Gründungsaufwand; Bezifferung „ins Blaue hinein“; Heilung einer unzulässigen Bestimmung zum Gründungsaufwand vor Eintragung der Gesellschaft

I. Sachverhalt

Zum Handelsregister wurde eine Ein-Personen-GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 Euro angemeldet. In § 6 der Satzung heißt es zum Gründungsaufwand:

„Die Gesellschaft trägt die mit ihrer Errichtung und mit der Erbringung und Bewertung der Einlagen verbundenen Kosten und Gebühren für Notare, Gerichte, Eintragungen und Bekanntmachungen, Entgelte für Leistungen von Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern

sowie Verkehrssteuern (Gründungsaufwand) bis zu einem Betrag von EUR 2.500.“

Das Handelsregister erlässt eine Zwischenverfügung und verlangt eine Übersicht der bezifferten Gründungsaufwendungen und – sofern bereits vorhanden – Rechnungskopien. Der Notar teilt dem Registergericht daraufhin mit, dass für die Gründung Notarkosten in Höhe von ca. 630 Euro entstanden seien und belegt dies mit einer Rechnungskopie. Des Weiteren werde der Steuerberater seinen Beratungsaufwand mit ca. 500 Euro veranschlagen. Sonstiger Aufwand werde voraussichtlich nicht entstehen.

Das Handelsregister lehnt daraufhin die Eintragung mit der Begründung ab, der Gründungsaufwand sei „aus der Luft gegriffen“ und deutlich zu hoch angesetzt. § 6 der Satzung verstoße gegen gläubigerschützende Vorschriften der Kapitalaufbringung und -erhaltung (§ 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG) und sei entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig. Die Eintragung der Gesellschaft sei deshalb zu versagen. Eine Heilung des Errichtungsmangels durch satzungsändernden Beschluss komme nicht in Betracht.

II. Fragen

1. Verstößt die in der Gründungssatzung in § 6 enthaltene Formulierung, durch die der Gründungsaufwand bis zu einem Gesamtbetrag in Höhe von 2.500 Euro von der Gesellschaft zu tragen ist, gegen gläubigerschützende Vorschriften der Kapitalaufbringung und -erhaltung?

2. Durfte oder musste gegebenenfalls das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft nach § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG versagen? Geht man von einem Eintragungshindernis aus, kann dieses durch Satzungsänderung beseitigt werden oder ist die Gründung – wie vom Registergericht angenommen – nichtig?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksamkeit der Klausel über die Gründungskosten

a) Analoge Anwendung der aktienrechtlichen Vorschriften

Das GmbHG enthält zu der Übernahme der Gründungskosten durch die Gesellschaft keine Regelung. Schweigt auch die Satzung, sind die **Kosten**, die im Zusammenhang mit der Gründung der GmbH entstehen, durch die **Gründer** zu tragen (vgl. BGH MittBay-Not 1989, 168, 169 f.; Schmidt-Leithoff, in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, 6. Aufl. 2017, § 5 Rn. 68, Cramer, NZG 2015, 373 m. w. N.). Trotz fehlender gesetzlicher Regelung ist anerkannt, dass die Gründer die Kosten

allerdings aufgrund einer Festsetzung in der Satzung **auf die Gesellschaft abwälzen** können. Gestützt wird diese Ansicht auf eine **analoge Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG**. Diese Analogie wurde im Rahmen der GmbH-Novelle 1980 vom Gesetzgeber dadurch legitimiert, dass er mit Verweis auf die bestehende Rechtslage bewusst von einer Neuregelung abgesehen hat (vgl. GroßKommGmbHG/Ulmer/Casper, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 197 mit Verweis auf BT-Drucks. 8/3908, S. 70).

Der **Gesamtbetrag** muss in der Satzung **ziffernmäßig ausgewiesen** werden, wobei Beträge, die noch nicht genau beziffert werden können, zu **schätzen** sind (BGH MittBayNot 1989, 168). Ob auch die **einzelnen Kostenpositionen benannt** werden müssen, ist im Einzelnen **umstritten** (dafür OLG Hamburg DNotZ 2011, 457, 459 mit Verweis auf BGH MittBayNot 1989, 168; dagegen mit guten Argumenten Cramer, NZG 2015, 373, 375 m. w. N.). Überzeugend dürfte sein, eine solche Aufschlüsselung nicht als notwendig zu erachten. Die Regelung im vom Gesetzgeber vorgesehenen **Musterprotokoll** sieht eine solche Aufschlüsselung nicht vor (Musterprotokoll, Anlage zum GmbHG, BGBl. I vom 23.10.2008, S. 2026). Damit hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass er eine Aufschlüsselung bei der GmbH nicht für erforderlich hält. Da das Musterprotokoll erst im Jahre 2008 eingeführt wurde, muss die frühere BGH-Rechtsprechung (MittBayNot 1989, 168) insoweit als überholt angesehen werden, falls man sie mit dem OLG Hamburg (DNotZ 2011, 457, 458 f.) – u. E. keinesfalls zwingend – dahingehend liest, dass sie neben der Offenlegung des Gesamtbetrages auch die Aufführung der einzelnen Kostenpositionen verlangt.

Nicht weiter diskutiert wird in der Literatur die Frage, ob auch **§ 37 Abs. 4 Nr. 2 AktG analog** anzuwenden ist, wonach der Handelsregisteranmeldung eine Berechnung des der Gesellschaft zur Last fallenden Gründungsaufwands unter Angabe von Art und Höhe der Vergütung sowie der Empfänger der jeweiligen Leistungen beizufügen ist. Dies wird man im Ergebnis verneinen können. § 37 Abs. 4 AktG regelt die der Anmeldung beizufügenden Unterlagen. Hierfür enthält § 8 Abs. 1 GmbHG jedoch eine eigenständige Regelung, sodass es an einer für die Analogie erforderlichen Regelungslücke fehlen dürfte.

b) Obergrenze für den Gründungsaufwand

Umstritten ist, ob es für die Höhe der (zulässigen) Abwälzung von Gründungsaufwand eine **Obergrenze** gibt. Teilweise wird dies mit Verweis auf **§ 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG** und dem darin verankerten Prinzip der Kapitalerhaltung bejaht (OLG Celle BeckRS 2014,

20464 Tz. 11). Die Aufzehrung von wesentlichen Teilen des Stammkapitals, das den Gläubigern als Mindesthaftungsmasse zur Verfügung stehen soll, sei nicht mit dem Prinzip der **Kapitalbindung** zu vereinbaren. Der Entscheidung lag allerdings ein Extremfall zugrunde. Die Gesellschafter hatten vorgesehen, dass bei einem Stammkapital von 25.000 Euro Gründungskosten in Höhe von bis zu 15.000 Euro von der Gesellschaft zu tragen seien (OLG Celle BeckRS 2014, 20464).

Demgegenüber wurde von anderen Gerichten sogar die **vollständige Aufzehrung** des Stammkapitals für zulässig erachtet (KG NJW 2015, 3175 für eine UG [haftungsbeschränkt] mit Stammkapital von 1.000 Euro). Der **Gläubigerschutz** sei ausreichend dadurch gesichert, dass sich die Höhe der zu übernehmenden Gründungskosten aus der – für jeden im Handelsregister einsehbaren – Satzung ergebe. Gläubiger könnten sich so über die Vorbelastung des Stammkapitals hinreichend **informieren** (KG NJW 2015, 3175 Tz. 13). Dass eine vollständige Aufzehrung des Stammkapitals durch die Gründungskosten zulässig sei, zeige sich auch an dem gesetzlich vorgesehenen Musterprotokoll, das eine Übernahme der Gründungskosten bis zur Höhe des Stammkapitals zulasse (KG NJW 2015, 3175 Tz. 13).

Differenzierend geht das OLG Hamburg davon aus, dass es zwar keine starre prozentuale Obergrenze für den Gründungsaufwand gebe, eine **Überschreitung der üblicherweise akzeptierten 10 % des Stammkapitals** aber eine weitergehende Prüfung rechtfertige, ob es sich um einen zulässigen Gründungsaufwand handle (OLG Hamburg DNotZ 2011, 457, 459).

c) Zu hohe Schätzung des Gründungsaufwands

Im zu begutachtenden Fall bemängelt das Registergericht hingegen nicht die absolute Höhe der Gründungskosten und stellt damit nicht auf eine Aufzehrung des Stammkapitals ab. Vielmehr wird in Zweifel gezogen, dass die **Gründungskosten** in Höhe von 10 Prozent des Stammkapitals (bei einem Stammkapital von 25.000 Euro) **tatsächlich angefallen** seien. Die Gründungskosten seien also nicht im Verhältnis zum Stammkapital zu hoch gegriffen, sondern im Verhältnis zu den tatsächlich angefallenen Kosten. Dabei stellt sich die Frage, ob es überhaupt unzulässig sein kann, die Gründungskosten mit einem „**Bis zu**“-Wert anzugeben und im Übrigen (ggf. auch zu hoch) zu **schätzen** (widersprüchlich insofern OLG Zweibrücken RNotZ 2014, 326, das eine Schätzung für zulässig, die Angabe eines „Bis zu“-Betrags jedoch für unzulässig hält). Es liegt in der Natur der Sache, dass zum Zeitpunkt der Errichtung der Satzung eine abschließende Beurteilung der

Höhe der Gründungskosten noch nicht möglich ist. Mögen die Notar- und Gerichtskosten zwar gesetzlich vorgegeben und damit absehbar sein, ist es doch nicht unüblich, dass Steuerberater und Rechtsanwälte auf Stundenbasis abrechnen und sich die **tatsächliche Höhe** der Gründungskosten **erst nach Errichtung abschätzen** lässt. Auch **Gläubigerschutzgesichtspunkte** (OLG Celle BeckRS 2014, 20464 Tz. 11) sprechen nicht gegen eine Angabe eines „Bis zu“-Betrags auf Basis einer Schätzung. Eine „Bis zu“-Angabe bzw. ein zu hoch gegriffener Wert ist für die Gläubiger insofern **günstiger**, als ihnen nach Abzug der tatsächlich angefallenen Gründungskosten eine **größere Haftungsmasse** zur Verfügung steht, als sie es auf Grundlage der Satzungsbestimmung **erwarten** konnten. In der Regel werden in der Praxis durch die Registergerichte deshalb Kosten in Höhe von bis zu 10 % des Stammkapitals ohne weiteren Nachweis akzeptiert (Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 22 Rn. 188; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 941; Langenfeld/Miras, GmbH-Vertragspraxis, 8. Aufl. 2019, Rn. 798; Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 757; s. aber Seibt, in: Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Aufl. 2018, § 2 Rn. 511, der bei einem höheren Stammkapital geringere Quoten ansetzt). Diese praktische Handhabung ist freilich kein juristisches Argument für dessen uneingeschränkte Zulässigkeit.

Die **Schätzung noch nicht feststehender Beträge** ist hingegen höchstrichterlich **anerkannt** (BGH MittBay-Not 1989, 168, 170; BGH NJW 1998, 233). Hierbei soll es nach Konkretisierung durch Instanzgerichte und Literatur allerdings unzulässig sein, eine fiktive Obergrenze ohne Bezug zu den tatsächlich anfallenden Kosten anzugeben (LG Essen BeckRS 2002, 13017 Tz. 17; MünchKommGmbHG/Schwandtner, 3. Aufl. 2019, § 5 Rn. 275; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2013, § 5 Rn. 209 m. Fn. 408; Wachter, NZG 2010, 734, 736; zur AG Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 26 Rn. 6 a. E.). Geboten ist dementsprechend eine Schätzung, die sich am **tatsächlich zu erwartenden Aufwand** orientiert. Prinzipiell dürfte dem Registergericht hierbei zwar eine Prüfung nach pflichtgemäßem Ermessen gem. **§ 26 FamFG** zuzubilligen sein (vgl. Haußleiter/Gomille, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 26 Rn. 6). Halten sich die Gründungskosten jedoch in einem **üblichen Rahmen** – wovon u. E. bei 2.500 € auszugehen sein dürfte – kann das Registergericht die Eintragung der Gesellschaft nicht mit der Begründung verweigern, die Klausel in der Satzung sei unwirksam. Die Gründer haben die Schätzung naturgemäß zum Zeitpunkt der Errichtung der Satzung vorzunehmen. Stellt sich nach-

träglich heraus, dass der Gründungsaufwand hinter der Schätzung zurückbleibt, kann dies u. E. nicht zur Unwirksamkeit der Klausel und einer Verweigerung der Eintragung führen. Einer (vom BGH ausdrücklich anerkannten) Schätzung ist immanent, dass sie mit einer **Zukunftsprognose** verbunden ist. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass im Rahmen der Gründungsphase unerwarteter Beratungsaufwand entstehen kann, der sich zum Zeitpunkt der Errichtung der Satzung noch nicht abzeichnet. Den Gründern wird deshalb ein gewisser Spielraum bei der Schätzung zuzubilligen sein. Zu streng dürfte insbesondere die Auffassung sein, dass bereits ab einer Überschreitung der angegebenen Kosten um 50 % eine unzutreffende und damit unzulässige Schätzung vorliegt (Krafka, Rn. 941). Gerade bei Gründungskosten im niedrigen vierstelligen Bereich würden dann nur wenige zusätzlich anfallende Beraterstunden schon zu einer Unzulässigkeit führen. Unzulässig sind u. E. nur völlig realitätsferne Schätzungen „ins Blaue hinein“, wovon bei einem Ansatz mit 2.500 € kaum ausgegangen werden kann.

2. Folgen einer unwirksamen Klausel, Heilung

Geht man hilfsweise davon aus, dass die Festsetzung des Gründungsaufwands in der Satzung unzulässig ist, stellt sich die Folgefrage, welche Rechtsfolge diese unzulässige Regelung zeitigt. Diese Frage wird nicht einheitlich beurteilt: Teilweise wird bei zu hoher Festsetzung ein **Eintragungshindernis** gem. § 9c Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 GmbHG angenommen (MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 282; Wachter, NZG 2010, 734, 736; Baumbach/Hueck/Servatius, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 9c Rn. 5b, und Baumbach/Hueck/Fastrich § 5 Rn. 57). Dagegen werten etwa *Ulmer/Casper* (§ 5 Rn. 209 m. Fn. 408) explizit den Fall „einer übertriebenen Schätzung ins Blaue hinein“ nicht als Eintragungshindernis (ähnlich zur AG: Spindler/Stilz/Limmer, AktG, 4. Aufl. 2019, § 26 Rn. 9: kein Eintragungshindernis, soweit nicht „völlig unsinnige“ Schätzung vorliegt). Soweit ersichtlich wird hingegen nirgends in der Literatur die Errichtung der GmbH für nichtig gehalten. Bis zur Eintragung der Gesellschaft (vgl. auch § 26 Abs. 3 S. 2 AktG) spricht u. E. nichts dagegen, die Satzung durch allseitige Änderung in der Form des § 2 Abs. 1 GmbHG (vgl. Blath, in: Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 11 Rn. 50) zu korrigieren (so auch MünchKommGmbHG/Schwandtner, § 5 Rn. 288; Scholz/Veil, § 5 Rn. 113; zur AG: GroßkommAktG/Röhrich/Schall, 5. Aufl. 2016, § 26 Rn. 49). Dementsprechend wäre eine Eintragung der GmbH mit geänderter Satzung weiterhin möglich. Die Einschätzung des Registergerichts ist u. E. daher im vorliegenden Fall unzutreffend.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

InsO § 35; BGB § 516

Schenkungsangebot bei Insolvenz des Angebots-empfängers

Abruf-Nr.:

GmbHG § 73

Sperrjahr bei einer aufgelösten GmbH & Co. KG ohne Auflösung der Komplementär-GmbH

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BGB §§ 311b Abs. 1 S. 1, 433 Abs. 1 S. 1

Formfreie Änderung eines Grundstückskaufvertrags nach Erklärung der Auflassung

Eine Vereinbarung, mit der die Parteien eines Grundstückskaufvertrags die Möglichkeit zur Nutzung des Grundstücks beschränken (hier: Verbot der Milchverarbeitung), führt nicht zu einer Änderung oder Neubegründung von Erwerbs- oder Veräußerungspflichten und ist daher nach bindend erklärter Auflassung formlos möglich.

BGH, Urt. v. 11.10.2019 – V ZR 7/19

Problem

Nach dem Abschluss eines Kaufvertrags mit bindend erklärter Auflassung schlossen die Vertragsparteien eine nicht notariell beurkundete Vereinbarung, wonach der Käufer, seine Mieter, Pächter und Rechtsnachfolger auf dem Grundstück keine Milch verarbeiten durften. Der Käufer veräußerte das Grundstück weiter. Später erklärte der Erstverkäufer den Rücktritt vom Vertrag, da der Erstkäufer das Milchverarbeitungsverbot nicht an seinen Rechtsnachfolger weitergegeben hatte, und klagte auf Übergabe des Grundstücks. Der Erstkäufer argumentierte u. a. damit, dass die Vereinbarung des Milchverarbeitungsverbots formnichtig sei. Das erstinstanzliche Gericht verwarf diese Argumentation, während das Berufungsgericht ihr folgte.

Entscheidung

Der BGH entschied, dass das Milchverarbeitungsverbot formwirksam vereinbart worden war. Die Revision hatte jedoch aus anderen Gründen keinen Erfolg. Der BGH ist nämlich der Ansicht, dass allein in der Nichtweitergabe des Milchverarbeitungsverbots im zweiten Kaufvertrag keine hinreichende Pflichtverletzung des Erstkäufers zu sehen sei. Es stehe dem Erstkäufer frei, auf welche Weise er die Pflicht gegenüber dem Rechtsnachfolger durchsetze.

Aus notarieller Perspektive ist vor allem folgender Aspekt relevant: Der BGH wiederholt zunächst die Rechtsansicht aus seinem Urteil vom 14.9.2018 zur formfreien Änderung eines Grundstückskaufvertrags (V ZR 213/17, DNotZ 2019, 183). Hiernach können **Vertragsänderungen** grundsätzlich **formlos** vereinbart werden, wenn die **Auflassung bindend** geworden ist. Dies gilt jedoch nicht für Änderungen, durch die die Erwerbs- und Veräußerungspflichten geändert oder neu begründet werden.

Im vorliegenden Fall erkannte der BGH **keine Änderung oder Neubegründung von Erwerbs- oder Veräußerungspflichten**. Vielmehr sei lediglich eine Nutzungsbeschränkung vereinbart worden. Dies sei auch nicht deswegen anders zu beurteilen, weil mit der Nutzungsbeschränkung eine Minderung des Grundstückswerts einhergehe. Denn auch eine Erhöhung oder Ermäßigung des Kaufpreises sei nach bindend erklärter Auflassung formfrei möglich. Im Ergebnis konnte daher das Milchverarbeitungsverbot formfrei vereinbart werden.

BGB §§ 2269, 133, 2084

Auslegung der Erbeinsetzung für „gemeinsamen Tod“ im gemeinschaftlichen Testament als Schluss-erbeinsetzung

In der Erbeinsetzung „im Falle eines gemeinsamen Todes“ kann im Wege der Auslegung eine Schluss-erbeinsetzung nach dem Tod des letztversterbenden Ehepartners gesehen werden, da nach allgemeinem Sprachgebrauch bei dieser Formulierung – anders als bei der Formulierung „bei gleichzeitigem Tod“ – nicht unbedingt ein identischer Todeszeitpunkt oder enger zeitlicher Zusammenhang bestehen muss (Leitsatz der DNotI-Redaktion).

KG, Beschl. v. 15.1.2020 – 6 W 45/19

Problem

Die kinderlosen Ehegatten errichteten im Jahr 1992 handschriftlich ein gemeinsames Testament, worin

sie sich gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben einsetzten. Ferner bestimmten sie dort:

„Im Falle eines gemeinsamen Todes setzen wir unser Patenkind C. H. als unseren Alleinerben ein.“

Zunächst verstarb der Ehemann, später die Ehefrau. Nach dem Tod der Ehefrau beantragte der im Testament erwähnte (und mit den Ehegatten nicht verwandte) Patensohn die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als testamentarischen Alleinerben der Erblasserin ausweist. Dem traten die Verwandten der Erblasserin entgegen; sie machten geltend, dass die auf den Fall des gemeinsamen Todes der Eheleute beschränkte testamentarische Erbinsetzung nicht eingreife, da die Eheleute im Abstand von vielen Jahren verstorben seien. Da keine Schlusserbeneinsetzung im Testament enthalten sei, sei nach der Ehefrau gesetzliche Erbfolge eingetreten.

Das Nachlassgericht beschloss, dem Erbscheinsantrag des Patensohnes stattzugeben und den Erbscheinsantrag der Verwandten der Erblasserin zurückzuweisen. Hiergegen reichten die Verwandten Beschwerde ein.

Entscheidung

Das KG hält die zulässige Beschwerde der Beteiligten für unbegründet. Aus seiner Sicht hat das Nachlassgericht mit Recht die zur Erteilung des vom Patensohn beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen festgestellt und den Antrag der Verwandten zurückgewiesen. Der Patensohn ist nach Ansicht des KG aufgrund des privatschriftlichen Testaments Schlusserbe der Ehegatten geworden. Dies schließt das KG aus der Auslegung des gemeinschaftlichen Testaments. Der für die Auslegung maßgebliche gemeinsame Wille der Ehegatten ging – nach den umfangreichen Ermittlungen des Nachlassgerichts – dahin, dem Patensohn die Erbschaft auch für den Fall zukommen zu lassen, dass die Ehegatten in einem größeren zeitlichen Abstand versterben. In diesem Zusammenhang weist das KG darauf hin, dass bereits der Wortlaut des Testaments auf diesen Willen hindeute, da die Verwendung des Begriffes „gemeinsamer Tod“ nach allgemeinem Sprachverständnis – anders als der Begriff „gleichzeitiger Tod“ – **nicht notwendig auf einen identischen Todesfall oder einen engen zeitlichen Zusammenhang beschränkt** sei. Mithin könne vielmehr auch der **Tod beider Ehegatten** nach dem Versterben des längerlebenden Ehegatten als „gemeinsamer“ Zustand verstanden werden (gleichbedeutend mit dem Zustand, in dem beide Ehegatten „gemeinsam“ tot sind).

Der gegenüber dem Begriff „gleichzeitig“ offenere Begriff des „gemeinsamen“ Todes genügt aus Sicht des KG nach den Grundsätzen der sog. Andeutungstheorie auch als **formgerecht niedergelegte Grundlage** für den

durch umfangreiche Auslegung ermittelten Erblasserwillen zur Schlusserbeneinsetzung des Patensohnes.

Postvertriebsstück: B 08129

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Dr. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Dr. Johannes Cziupka

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit