

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang
Juli 2015
ISSN 1434-3460

14/2015

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2293, 2296 Abs. 2, 131, 164 Abs. 3, 181 – Rücktritt vom Erbvertrag ggü. General- und Vorsorgebevollmächtigtem; In-sich-Geschäft; Missbrauch der Vertretungsmacht

BGB §§ 912 Abs. 2, 914 Abs. 2, 880 Abs. 1 – Rangrücktrittserklärung dinglicher Gläubiger bei Verzicht auf Überbaurente

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2; BNotO § 19 Abs. 1 S. 1 – Amtspflichtverletzung bei Unterschreitung der Zwei-Wochen-Frist; vertragliches Rücktrittsrecht; Darlegungs- und Beweislast für hypothetischen Kausalverlauf

AktG § 296 – Aufhebung eines Unternehmensvertrags mit abhängiger GmbH; zulässiger Zeitpunkt

BGB §§ 2271, 1896, 1902, 130 – Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments ggü. Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Postvollmacht“

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2293, 2296 Abs. 2, 131, 164 Abs. 3, 181

Rücktritt vom Erbvertrag ggü. General- und Vorsorgebevollmächtigtem; In-sich-Geschäft; Missbrauch der Vertretungsmacht

I. Sachverhalt

Die Eheleute M und F haben einen Ehevertrag errichtet, sich darin gegenseitig als Erben eingesetzt und sich den Rücktritt vorbehalten. Des Weiteren haben sie sich jeweils eine General- und Vorsorgevollmacht unter Befreiung von § 181 BGB erteilt. Im Außenverhältnis ist diese unbeschränkt, im Innenverhältnis dahingehend eingeschränkt, dass von ihr nur auf Weisung des Vollmachtgebers Gebrauch gemacht werden darf oder dann, wenn ansonsten ein Betreuer zu bestellen wäre.

M möchte vom Erbvertrag zurücktreten und den Rücktritt aufgrund der Vollmacht entgegennehmen. F ist geschäftsfähig.

II. Fragen

1. Wäre der Rücktritt wirksam?
2. Wäre der Fall anders zu beurteilen, wenn Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der F bestünden?

III. Zur Rechtslage

1. Rücktritt vom Erbvertrag

Der Rücktritt vom Erbvertrag ist möglich, wenn sich der Erblasser den Rücktritt vorbehalten hat (§ 2293 BGB). Er erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden und bedarf der notariellen **Beurkundung** (§ 2296 Abs. 2 BGB). Dabei ist erforderlich, dass dem anderen Vertragschließenden die Rücktrittserklärung **in Urschrift bzw. Ausfertigung zugeht** (vgl. BGHZ 31, 5, 7 = NJW 1960, 33; NJW-RR 1986, 371).

2. Rücktrittserklärung ggü. Generalbevollmächtigtem

Fraglich ist, ob der Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber einem Generalbevollmächtigten erklärt werden darf. Nach einer Mindermeinung zum gemeinschaftlichen Testament ist nämlich ein Widerruf gegenüber einem General- oder Vorsorgebevollmächtigten des anderen Ehegatten ausgeschlossen (Zimmer, ZEV 2007, 159, 162). Begründet wird dies damit, dass § 131 BGB einen Zugang nur beim gesetzlichen Vertreter des Geschäftsunfähigen vorsieht und eine Regelung entsprechend § 51 Abs. 3 ZPO im materiellen Recht fehlt. Die **überwiegende Auffassung** geht dagegen – u. E. zu Recht – davon aus, dass der Widerruf bzw. beim Erbvertrag der Rücktritt nach § 164 Abs. 3 BGB grundsätzlich **auch gegenüber einem Bevollmächtigten** erklärt werden kann (zum gemeinschaftlichen Testament: LG Leipzig FamRZ 2010, 403 = DNotI-Report 2010, 49; Keim, ZEV 2010, 358, 360; G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 197; zum Erbvertrag: Keim,

ZEV 2010, 358, 360; G. Müller, Rn. 202; jurisPK-BGB/Hamdan/Hamdan, 7. Aufl. 2014, § 2296 Rn. 7; BeckOGK-BGB/G. Müller, Std.: 10.2.2015, § 2296 Rn. 12).

3. Missbrauch der Vertretungsmacht

Im vorliegenden Fall besteht die Besonderheit, dass der rücktrittswillige M zugleich General- und Vorsorgebevollmächtigter seiner Ehefrau ist. Ist M allerdings von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit, so dürfte er die Erklärung grundsätzlich auch gegenüber sich selbst abgeben können (zur Anwendung des § 181 BGB auf einseitige Rechtsgeschäfte vgl. MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rn. 13).

Möglicherweise ist die Erklärung jedoch missbräuchlich i. S. d. § 242 BGB und gilt daher als dem Erbvertragsgegner nicht zugegangen (vgl. Keim, ZEV 2010, 358, 360). Fehlt es unzweifelhaft an den Voraussetzungen, unter denen der Vollmachtgeber im Innenverhältnis von der Vollmacht Gebrauch machen kann, und hat der den Rücktritt erklärende Erbvertragspartner hiervon Kenntnis, dürfte ein Missbrauch der Vertretungsmacht zu bejahen sein (zum bloßen Kennenmüssen als Voraussetzung des Vertretungsmisbrauchs Palandt/Ellenberger, BGB, 74. Aufl. 2015, § 164 Rn. 14). Es ist **missbräuchlich**, wenn der **Rücktritt** gegenüber dem Vertreter selbst erklärt wird, um ihn **gegenüber dem Vertretenen zu verheimlichen**. In einem solchen Fall dürfte der **Rücktritt** vom Erbvertrag daher **unwirksam** sein.

4. Rücktrittserklärung ggü. geschäftsunfähigem Erbvertragspartner

Sollte F geschäftsunfähig sein, so fragt sich, ob ein Rücktritt vom Erbvertrag ihr gegenüber überhaupt noch erklärt werden kann. Beim **gemeinschaftlichen Testament** ist dies umstritten, weil gem. § 2271 Abs. 2 S. 1 BGB nach dem Tod des anderen Ehegatten ein Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen ausscheidet. Eine Mindermeinung wendet daher die Vorschrift entsprechend auf den Verlust der Geschäftsfähigkeit an (Damrau/Bittler, ZErB 2004, 77). Dagegen bleibt nach **h. M.** der **Widerruf auch** dann möglich, **wenn der Widerrufsgegner geschäftsunfähig** ist (OLG Nürnberg DNotZ 2013, 868; OLG Hamm FGPrax 2014, 71, 72 f.; G. Müller, Rn. 190). Gleiches muss für den Erbvertrag gelten (vgl. BeckOGK-BGB/G. Müller, Std.: 10.2.2015, § 2296 Rn. 12; Gutachten DNotI-Report 2014, 97, 98).

Im Hinblick auf die genannten Mindermeinungen, dass eine Erklärung gegenüber dem Generalbevollmächtigten (s. Ziff. 2) bzw. gegenüber dem geschäftsunfähigen Erbvertragsgegner ausscheidet, empfiehlt die Literatur die **Bestellung eines Betreuers** (vgl. G. Müller, Rn. 198; Keim, ZEV 2010, 358, 360). Verzichtet man darauf, so mag man in Fällen zweifelhafter Geschäftsfähigkeit den Rücktritt sowohl gegenüber dem Erbvertragsgegner persönlich als auch gegenüber dem Bevollmächtigten erklären, selbst wenn kein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegt.

Ist besondere Eile geboten und noch kein Betreuer bestellt, kann die Erklärung des Rücktritts zunächst gegenüber dem Erbvertragsgegner persönlich und dem Bevollmächtigten und anschließend dann gegenüber dem (ggf. nur vorläufig bestellten) Betreuer abgegeben werden.

BGB §§ 912 Abs. 2, 914 Abs. 2, 880 Abs. 1 Rangrücktrittserklärung dinglicher Gläubiger bei Verzicht auf Überbaurente

I. Sachverhalt

Es besteht ein Überbau. Die Eigentümer des überbauten und des überbauenden Grundstücks haben einen Verzicht auf die Überbaurente beurkundet. Für den Verzicht sind Rangrücktritte der Grundpfandrechtsgläubiger sowohl am überbauenden als auch am überbauten Grundstück eingeholt worden.

II. Frage

Lässt sich der Rangrücktritt jeweils in das Grundbuch des überbauenden und des überbauten Grundstücks eingetragen?

III. Zur Rechtslage

1. Eintragung des Rentenverzichts im Grundbuch

Die Überbaurente wird gem. § 914 Abs. 3 BGB wie eine **subjektiv-dingliche Reallast** behandelt. Anders als eine Reallast kann sie jedoch nicht in das Grundbuch eingetragen werden, da sie bereits zum gesetzlichen Inhalt des Eigentums gehört (vgl. § 914 Abs. 2 S. 1 BGB).

Verzichtet der Eigentümer des überbauten Grundstücks auf die Überbaurente, bedarf jedoch dieser Verzicht zu seiner dinglichen Wirkung der **Eintragung in das Grundbuch (§ 914 Abs. 2 S. 2 BGB)**, und zwar in **Abteilung II des überbauenden Grundstücks**. Dagegen ist eine Eintragung am verzichtenden überbauten Grundstück nicht – auch nicht als zusätzliche Eintragung – zulässig (BGH NJW 2014, 1179 = DNotI-Report 2014, 21; BayObLG NJW-RR 1998, 1389 = MittBayNot 1998, 343; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1168; vgl. zum Ganzen Kessler, in: Grziwotz, Notarielle Vertragsgestaltung im Immobilienrecht, 2014, S. 95, 97 ff.).

Die Eintragung hat die Form eines **Löschungsvermerks**. Die Grundbuchlage ist so anzusehen, als wäre die Rente auf dem belasteten Grundstück eingetragen (KG OLGZ 1967, 328; BayObLG Rpfleger 1976, 180; LG Düsseldorf Mitt-RhNotK 1991, 18). Eine Eintragung des Löschungsvermerks in der Löschungsspalte des Grundbuchs (§ 46 GBO) und Rötung nach § 17 GBV sind wegen der Regelung des § 914 Abs. 2 S. 1 BGB jedoch technisch nicht möglich. Daher wird der Rentenverzicht im Grundbuch des rentenbelasteten Grundstücks in Abteilung II Spalte 3 gem. § 10 Abs. 1 lit. a, Abs. 4 GBV analog eingetragen (Staudinger/Roth, BGB, Neubearb. 2009, § 914 Rn. 4; Böhringer, Rpfleger 2008, 177, 180).

2. Eintragung eines Rangrücktritts

Es fragt sich, ob die Inhaber dinglicher Rechte **am überbauenden Grundstück** einen Rangrücktritt hinter den (eingetragenen) Verzicht erklären können. Das Rentenrecht ist wegen § 914 Abs. 2 S. 1 BGB nicht eintragbar. Selbst wenn die Rente in Abteilung II des rentenpflichtigen Grundstücks einzutragen wäre, bedürfte es eines Rangrücktritts älterer Rechte nicht, denn aus der gesetzlichen Regelung des § 914 Abs. 1 BGB ergibt sich, dass dieses Recht allen Rechten am belasteten Grundstück vorgeht.

Ein solcher **Rangrücktritt** ist auch **bei der Eintragung des Verzichts** auf die Überbaurente **nicht denkbar**. Nach § 880 Abs. 1 BGB kommt ein Rangrücktritt nur in Betracht, wenn ein Rangverhältnis zwischen Rechten am Grundstück besteht. Der Verzicht auf die Überbaurente ist

die Beseitigung einer gesetzlichen Belastung des rentenpflichtigen Grundstücks (KG OLGZ 1967, 328, 331). Es handelt sich bei ihm um die **Aufgabe eines dinglichen Rechts am überbauenden Grundstück** (BGH NJW 2014, 1179, 1180 Tz. 13). Ein Rangrücktritt hinter ein gelöschtes Recht ist jedoch nicht möglich. Es besteht kein Rangverhältnis zum gelöschten Recht.

Weiter ließe sich erwägen, ob im **Grundbuch des überbauten Grundstücks** ein Rangrücktritt der dinglich Berechtigten hinter den Rentenverzicht eingetragen werden kann. Dies käme nur in Betracht, wenn der Verzicht eine Belastung des überbauten Grundstücks wäre. Nach Ansicht des BGH ist dies jedoch nicht der Fall; der **Rentenverzicht hat nicht den Charakter einer Dienstbarkeit am überbauten Grundstück** (vgl. BGH NJW 2014, 1179, 1180 Tz. 13; s. auch Kessler, S. 95, 106 f.). Es handelt sich nicht um ein dingliches Recht am überbauten Grundstück, sondern um die Aufhebung eines Rechts zugunsten des Eigentümers des überbauten Grundstücks am überbauten Grundstück. Auch in diesem Kontext ist ein **Rangrücktritt** der am rentenpflichtigen Grundstück dinglich Berechtigten **nicht möglich**.

Die Grundpfandrechtsgläubiger des herrschenden Grundstücks sind dadurch geschützt, dass sie bei der Eintragung des Verzichts mitwirken müssen. Hierzu hat der BGH (NJW 2014, 1179, 1180 Tz. 16) ausgeführt (Hervorhebungen/Ergänzungen i. F. durch die DNotI-Redaktion):

„Sie [die Grundpfandrechtsgläubiger des überbauten Grundstücks] müssen der Eintragung des Verzichts in das für das Grundstück des rentenverpflichteten Eigentümers angelegte Grundbuchblatt materiell-rechtlich zustimmen (§ 876 S. 2 BGB) und grundbuchverfahrensrechtlich gem. § 1 GBO [Druckfehler, gemeint: § 19 GBO] die Eintragung des Verzichts in das Grundbuch bewilligen [...]. Die Ausnahmeregelung in § 21 GBO [...] kommt hier nicht zur Anwendung, weil ihre Voraussetzungen nicht vorliegen. Das Rentenrecht kann – anders als ein subjektiv-dingliches Recht iSv § 9 GBO – nicht auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks vermerkt werden, weil es nicht auf dem für das Grundstück des rentenverpflichteten Eigentümers angelegten Grundbuchblatt eingetragen werden kann (§ 914 II 1 BGB).“

3. Überbaudienstbarkeit

Sollte eine Überbaudienstbarkeit am überbauten Grundstück bestellt und eingetragen werden, wäre ein Rangrücktritt der Grundpfandrechtsgläubiger des überbauten Grundstücks hinter die Überbaudienstbarkeit möglich, zur Sicherung des Fortbestands der Dienstbarkeit im Versteigerungsfalle sogar geboten (zum Verhältnis von Überbaudienstbarkeit und Überbaurente vgl. Gutachten DNotI-Report 2014, 153).

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.

BGB §§ 312 Abs. 2 Nr. 1 u. 2, 312c n. F.

Durch Angebot und Annahme zustande kommender Grundstückskaufvertrag als Fernabsatzvertrag i. S. v. § 312c BGB n. F.

Abruf-Nr.:

BGB §§ 2111, 2124, 2303, 2311, 2325; FlurbG §§ 61, 68 Einbeziehung von Grundstücken, die der Vor- und Nacherbschaft unterliegen, in ein Flurbereinigungsverfahren; dingliche Surrogation; Aufwendungen des Vorerben auf einen Erbschaftsgegenstand; Pflichtteilsanspruch

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2; BNotO § 19 Abs. 1 S. 1

Amtspflichtverletzung bei Unterschreitung der Zwei-Wochen-Frist; vertragliches Rücktrittsrecht; Darlegungs- und Beweislast für hypothetischen Kausalverlauf

a) Die Vereinbarung eines freien Rücktrittsrechts in einem notariellen Kaufvertrag rechtfertigt es nicht, dass der Notar die Beurkundung ohne Einhaltung der Regelfrist von zwei Wochen nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (hier: in der Fassung vom 23.7.2002) vornimmt.

b) Nimmt der Notar die Beurkundung trotzdem vor, trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Käufer, wenn der Notar die Beurkundung abgelehnt hätte, diese nach Ablauf der Regelfrist genauso wie gesehen hätte vornehmen lassen.

BGH, Urt. v. 25.6.2015 – III ZR 292/14

Problem

Die Auslegung des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG beschäftigt die notarielle Praxis nach wie vor stark (s. bereits BGH DNotZ 2013, 552 = DNotI-Report 2013, 62; DNotZ 2015, 314 = DNotI-Report 2015, 37). Bei Verbraucherverträgen soll der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhalten, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verträgen i. S. v. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB geschieht dies dadurch, dass **dem Verbraucher der Text des beabsichtigten Rechtsgeschäfts im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt** wird. Die Übersendung muss nach der Neufassung der Vorschrift der Urkundsnotar oder sein Sozium übernehmen.

Der beklagte Notar beurkundete einen Grundstückskaufvertrag zwischen einem Unternehmer (Verkäufer) und einem Verbraucher (Käufer). Der Käufer verzichtete in der Urkunde auf die Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist. Der Vertrag räumte dem Käufer ein vertragliches Rücktrittsrecht bis zum 20.11.2006 ein (fünf Wochen nach Vertragsschluss). Am 11.11.2006 besichtigte der Käufer erstmals die Wohnung und bestätigte dies. Er zahlte daraufhin den Kaufpreis. Von seinem Rücktrittsrecht machte er keinen Gebrauch.

Der Käufer (Kläger) nimmt den Urkundsnotar wegen einer Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch. Er

meint, er hätte den Kaufvertrag nicht geschlossen, wenn der Notar die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG eingehalten hätte. Das Berufungsgericht hat die Klage abgewiesen. Ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG liege nicht vor. Außerdem fehle es an der Kausalität zwischen Amtspflichtverletzung und Schaden.

Entscheidung

Die Revision vor dem BGH hat Erfolg. Nach Auffassung des III. Zivilsenats hat der Notar § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG verletzt.

Die **Zwei-Wochen-Frist, auf die selbst der Verbraucher nicht verzichten kann** (so bereits BGH DNotZ 2013, 552, 555 Tz. 20 = DNotI-Report 2013, 62), sei nicht eingehalten worden. Diese Frist sei eine **Regelfrist**. In besonderen Fällen könne eine längere Frist geboten sein. Eine **Verkürzung** der Frist komme nur in Betracht, „**wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe** – auch unter Berücksichtigung der Schutzinteressen des Verbrauchers – es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen. Voraussetzung für die Nichteinhaltung der Frist ist deshalb ein sachlicher Grund für ihre Abkürzung. Der vom Gesetz bezweckte **Übereilungs- und Überlegungsschutz muss auf andere Weise als durch die Einhaltung der Regelfrist gewährleistet sein**“ (Tz. 16; Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion).

„Das Berufungsgericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass es – entgegen der Auffassung des Klägers – für eine zulässige Abweichung von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG **nicht** nötig ist, dass in einem Fall, in dem der gesetzlich geforderte Übereilungsschutz in ausreichendem Maße anderweitig gewährleistet ist, **zusätzlich (kumulativ) ein sachlicher Grund für die Abweichung vorliegen muss; bei Erfüllung des Gesetzeszwecks besteht kein Anlass für eine weitergehende Prüfung** [...] vgl. auch BT-Drucks. 14/9266 S. 51, wonach ein Abweichen von der Frist möglich sein soll, wenn der Verbraucher den Text schon vorher vom Unternehmer erhalten hat oder wenn im Einzelfall Eile geboten, aber überlegtes Handeln gleichwohl sichergestellt ist.“ (Tz. 18; Hervorhebungen durch die DNotI-Redaktion).

Die Einräumung eines **Rücktrittsrechts genüge nicht**, um den Notar von der Einhaltung der Regelfrist freizustellen (mit Bezug auf BNotK-Rundschreiben Nr. 20/2003 v. 28.4.2003, S. 9). Zweck des Gesetzes sei es, das Aufklärungspotenzial des Beurkundungsverfahrens zu optimieren. Dem Verbraucher solle u. a. ermöglicht werden, **sich frühzeitig mit den rechtlichen Besonderheiten** des abzuschließenden Rechtsgeschäfts **vertraut zu machen** und zu überlegen, **welche Fragen** und/oder ggf. **Änderungswünsche** er in das Beurkundungsverfahren einbringen möchte. Auch lasse sich bereits im Vorfeld der Beurkundung klären, dass der Notar für manche Themen – wie z. B. grundsätzlich für wirtschaftliche, steuerliche oder bautechnische Fragen – nicht zuständig sei, der Verbraucher somit bei Bedarf versuchen könne, solche Fragen noch rechtzeitig anderweitig zu klären. Diese Ziele vermöge ein Rücktrittsrecht nachträglich nicht ausreichend zu erfüllen. Das dem Verbraucher insoweit eingeräumte Lösungsrecht habe eine andere Qualität („alles oder nichts“) als eine vorangehende Überlegungsfrist, die sich zur inhaltlichen Gestaltung des beabsichtigten Vertrags nutzen lasse.

Der BGH bejaht damit die Amtspflichtverletzung des Notars. Ein Schadensersatzanspruch bestehe aber nur, **wenn die**

Amtspflichtverletzung kausal für den Schaden sei. Der Zweck des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG gehe „*nicht so weit, den Notar zum ‚Ausfallbürgen‘ des Verbrauchers für fehlgeschlagene wirtschaftliche Investitionen zu machen*“. Der Notar könne sich darauf berufen, dass der Käufer die **Beurkundung auch nach Ablauf der Regelfrist genauso wie geschehen** hätte vornehmen lassen. **Für diesen hypothetischen Verlauf treffe den Notar die Darlegungs- und Beweislast**. Im Zweifel gehe sie zu seinen Lasten. Die Anforderungen an die Beweisführung dürften indes nicht überspannt werden; auch insoweit gelte (zugunsten des Schädigers) das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO.

Vorliegend habe der Kläger von seinem vertraglichen Rücktrittsrecht keinen Gebrauch gemacht, obwohl die Rücktrittsfrist doppelt so lang wie die Zwei-Wochen-Frist gewesen sei und er sich vor ihrem Ablauf durch Besichtigung einen eigenen Eindruck von der gekauften Wohnung verschafft habe. Diesen Umstand müsse das Berufungsgericht berücksichtigen.

AktG § 296

Aufhebung eines Unternehmensvertrags mit abhängiger GmbH; zulässiger Zeitpunkt

Entsprechend § 296 Abs. 1 Satz 1 AktG kann ein Unternehmensvertrag mit einer abhängigen GmbH nur zum Ende des Geschäftsjahrs oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums aufgehoben werden.

BGH, Urt. v. 16.6.2015 – II ZR 384/13

Problem

Die B-AG ist die Konzernmutter der beklagten GmbH. Diese schloss ihrerseits mit einer ihrer Tochtergesellschaften, der M-GmbH, im Jahre 1996 einen Ergebnisabführungsvertrag (im Folgenden: EAV), der bis zum Ende des Jahres 2000 laufen sollte. Im April 2000 übertrug die beklagte GmbH ihre Anteile auf eine Ltd., die ebenfalls zum B-Konzern gehörte. Am 25.4.2000 vereinbarte die beklagte GmbH auf Veranlassung der B-AG mit ihrer Tochtergesellschaft, der M-GmbH, den EAV mit sofortiger Wirkung aufzuheben. Die Ltd. stimmte dem Abschluss des Aufhebungsvertrags zu. Die Aufhebung wurde ins Handelsregister eingetragen. Der Kläger, Insolvenzverwalter der M-GmbH, nimmt die beklagte GmbH wegen eines Jahresfehlbetrags für das Jahr 2000 zum 31.12. in Anspruch. Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass sich der Jahresfehlbetrag zum 31.12. errechnet. Nach § 296 Abs. 1 AktG könne der EAV nur zum Jahresende aufgehoben werden. Dies gelte auch für eine abhängige GmbH.

Entscheidung

Die dagegen eingelegte Revision hat keinen Erfolg. Der Verlustausgleich (§ 302 Abs. 1 AktG) bestimmt sich laut BGH nach dem Ende des Geschäftsjahrs am 31.12.2000. Entsprechend **§ 296 Abs. 1 S. 1 AktG** könne ein Unternehmensvertrag mit einer abhängigen GmbH **nur zum Ende des Geschäftsjahrs oder des sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums** aufgehoben werden.

Der BGH wendet die Vorschriften des AktG über Begründung und Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags mit einer abhängigen Aktiengesellschaft auf Unternehmensverträge mit

einer abhängigen GmbH entsprechend an, soweit der Schutzzweck der Vorschriften gleichermaßen zutrifft und diese nicht auf Unterschieden der Binnenverfassung von Aktiengesellschaft und GmbH beruhen. So werde auch § 296 Abs. 1 S. 2 AktG, wonach eine **rückwirkende Aufhebung des Unternehmensvertrags unzulässig** sei, **entsprechend auf die GmbH** angewendet.

Der **Zeitpunkt der Beendigung** eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags bei einvernehmlicher Aufhebung **habe keinen Bezug zur Binnenverfassung der GmbH**. Der **Schutzzweck** des § 296 Abs. 1 S. 1 AktG treffe auf die GmbH in gleicher Weise wie auf die Aktiengesellschaft zu. Die Beschränkung der Vertragsaufhebung auf das Ende des Geschäftsjahres oder den sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraum sei im Interesse der **Rechtssicherheit** geboten. Dass in anderen Fällen unterjähriger Vertragsbeendigung, etwa durch Insolvenz oder Kündigung, eine Stichtagsbilanz für die Berechnung der Ansprüche der Gesellschafter und zum Schutz der Gläubiger genüge, stehe dem nicht entgegen. In diesen Fällen überwiege das Interesse an einer unterjährigen Beendigung des Unternehmensvertrags, sodass die damit verbundenen Nachteile hinzunehmen seien.

Es **vereinfache die Abrechnung** der Ansprüche von Minderheitsgesellschaftern wie auch der Ergebnisabführung, wenn die ohnehin zum Ende des Geschäftsjahres oder eines vereinbarten Abrechnungszeitraums zu erstellende Bilanz zugrunde gelegt werden könne. Da die Bilanz zum Ende des Geschäftsjahres regelmäßig geprüft werde, sei die Gefahr einer Manipulation geringer als bei einer unterjährigen Zwischenrechnung, ebenso geringer die Gefahr, dass die Bilanz gar nicht erstellt werde. Die in **§ 296 Abs. 1 S. 1 AktG** zum Ausdruck kommende Einschränkung der Vertragsfreiheit sei **auch im GmbH-Recht zu beachten**.

Die Beeinträchtigung der Vertragsfreiheit wiege nicht besonders schwer, weil die Obergesellschaft als Mehrheits- oder Alleingesellschafterin der abhängigen GmbH regelmäßig ein **Rumpfgeschäftsjahr** beschließen könne. Die Gesellschafter könnten durch Satzungsänderung das Geschäftsjahr verändern.

Der Bestimmung des Verlustausgleichs sei das Ende des Geschäftsjahres am 31.12.2000 zugrunde zu legen. Der EAV sei bis zum 31.12.2000 befristet gewesen. Deswegen dürfe dahinstehen, ob die Unwirksamkeit der Aufhebung mit sofortiger Wirkung nur zur Unwirksamkeit der Regelung des Beendigungstermins führe und an seine Stelle das Ende des laufenden Geschäftsjahres zum 31.12.2000 als nächstzulässiger Beendigungstermin trete oder ob die Aufhebungsvereinbarung insgesamt unwirksam sei.

Die Erklärung der Beklagten lasse sich **nicht in eine Kündigung des EAV aus wichtigem Grund umdeuten**. Ob die Veräußerung der Beteiligung durch die Obergesellschaft einen wichtigen Grund für die fristlose Kündigung durch die Obergesellschaft entsprechend § 297 Abs. 1 S. 1 AktG darstelle, könne offenbleiben. Ein wichtiger Grund liege nur vor, wenn dem Kündigenden unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und Abwägung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Unternehmensvertrags bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf einer Kündigungsfrist **nicht zumutbar** sei. Selbst wenn die Beteiligungsveräußerung als wichtiger Grund für eine fristlose Kündigung grundsätzlich in Betracht käme, scheitere eine Umdeutung, denn es sei **nicht ersichtlich**, dass es

der beklagten GmbH am 25.4.2000 unzumutbar gewesen wäre, den Ergebnisabführungsvertrag bis zum Jahresende fortzuführen. Die Beteiligung an der M-GmbH sei an eine Gesellschaft veräußert worden, die ebenfalls zum B-Konzern gehört habe.

Abschließend stellt der BGH fest, dass der **Verlustausgleichsanspruch nicht durch Übertragung einer Kontokorrentdarlehensforderung** der B-AG (Konzernmutter) gegen die M-GmbH (Enkelgesellschaft) auf die Ltd. **gegen eine Kapitalisierungsverpflichtung erfüllt** sei. Zwar seien zur Erfüllung des Verlustausgleichsanspruchs auch **Leistungen an Erfüllungs statt zulässig**, sofern sie werthaltig seien. Das herrschende Unternehmen könne Geld- oder Sachmittel der abhängigen Gesellschaft unter vorher vereinbarter Anrechnung auf eine bestehende oder künftige Verlustausgleichsverpflichtung zur Verfügung stellen, wobei allerdings klar gestellt sein müsse, ob die Leistung auf einen vorjährigen oder künftig entstehenden Anspruch zu verrechnen sei. Im vorliegenden Fall sei eine **Vereinbarung** über die Verwendung der abgetretenen Darlehensforderung zum Verlustausgleich nicht getroffen worden. Die Vorstellungen der Vertragsparteien seien insoweit nicht von Bedeutung, da die M-GmbH nicht in die Vertragsbeziehung eingebunden gewesen sei. In der später durch Patronatserklärung und Rangrücktrittserklärung erfolgten Kapitalisierung liege keine Erfüllung des Verlustausgleichsanspruchs.

Hinweis

Soll ein EAV unterjährig einvernehmlich aufgehoben werden, so kann dies laut BGH nur im Wege einer Satzungsänderung geschehen, die das Geschäftsjahr zum Rumpfgeschäftsjahr macht. Diese Satzungsänderung aber muss vor Ablauf des Geschäftsjahres im Handelsregister eingetragen sein (vgl. Sailer-Coceani, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 9 Rn. 3; Suttmann, MittBayNot 2010, 248; Mayer/Weiler, in: Beck'sches Notarhandbuch, 6. Aufl. 2015, D I Rn. 61, mit dem Hinweis, dass die Gerichte mitunter auch die Anmeldung vor Ablauf ausreichen lassen). Im Übrigen ist die Umstellung des Wirtschaftsjahres auf einen vom Kalenderjahr abweichenden Zeitraum steuerlich nur wirksam, wenn sie im Einvernehmen mit dem Finanzamt erfolgt (§ 7 Abs. 4 S. 3 KStG; hierzu BFH MittBayNot 2010, 247 m. Anm. Suttmann).

BGB §§ 2271, 1896, 1902, 130

Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments ggü. Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Postvollmacht“

Die Erklärung eines Ehegatten über den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments kann dem Betreuer des anderen Ehegatten jedenfalls nicht aufgrund des Geschäftskreises „Postvollmacht“ wirksam zugestellt werden.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 9.6.2015 – 11 Wx 12/15

Problem

Der Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments muss notariell beurkundet und dem anderen Ehegatten gegenüber erklärt werden (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 Abs. 2 BGB). Nach Ansicht der Rechtsprechung und h. M. muss

die Erklärung dem anderen Ehegatten in Urschrift oder Ausfertigung zugehen. Die Übersendung einer beglaubigten Abschrift genügt nicht (BGH NJW 1960, 33; Palandt/Weidlich, BGB, 74. Aufl. 2015, § 2271 Rn. 5).

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe beschäftigt sich mit der Frage, ob ein Widerruf gegenüber einem Betreuer erfolgen kann und die Entgegennahme der Erklärung vom Aufgabenkreis des Betreuers (§ 1902 BGB) gedeckt ist.

Der Erblasser und seine Ehefrau setzten sich durch gemeinschaftliches privatschriftliches Testament gegenseitig zu Alleinerben ein, ohne einen Schlusserben zu bestimmen oder sonst weitere Verfügungen zu treffen. Im Jahre 2009 ließ der Erblasser einen Widerruf des Testaments beurkunden. Die Übersendung der Urkunde übernahm er selbst. Eine Zustellung an die Ehefrau erfolgte nicht. Das Betreuungsgericht bestellte einen Betreuer. Als Aufgabenkreise wurden u. a. die Verwaltung zweier näher bezeichneter Immobilien, eine „Postvollmacht einschließlich der Entgegennahme, des Öffnens und Anhaltens der Post“ und die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber Behörden und Sozialleistungsträgern bestimmt. Der Betreuer nahm eine Ausfertigung des Testamentswiderrufs entgegen. Der Erblasser errichtete daraufhin eine neue letztwillige Verfügung. Er starb im März 2010. Wenige Wochen später wurde die Betreuung für die Ehefrau um den Aufgabenkreis „Vermögensangelegenheiten“ erweitert.

Im Rahmen des Erbscheinsverfahrens streiten die Beteiligten nunmehr über den Widerruf des Testaments. Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag einer Beteiligten zurückgewiesen. Das Testament sei mit dem Zugang beim Betreuer wirksam widerrufen worden. Der Erblasser habe daher eine neue Verfügung von Todes wegen treffen können. Die Beteiligte wendet sich hiergegen mit der Beschwerde.

Entscheidung

Die Beschwerde vor dem OLG Karlsruhe hat Erfolg. Das OLG sieht das gemeinschaftliche Testament als gültig an.

Solange das gemeinschaftliche Testament wirksam war, konnte der Erblasser keine abweichende letztwillige Verfügung errichten, soweit sie mit den wechselbezüglichen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments in Widerspruch stand (§§ 2271 Abs. 1 S. 2, 2270 Abs. 2 BGB). Das neu errichtete Testament führte laut OLG Karlsruhe zu einer Beeinträchtigung der Alleinerbeneinsetzung der Ehefrau. Diese **Alleinerbeneinsetzung sei wechselbezüglich**. Hierfür spreche die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB. Der Umstand, dass die Testierenden keinen Schlusserben bestimmt hätten, sei ohne weitere Anhaltspunkte kein Indiz dafür, dass sie jeweils an einer wechselseitigen Bindung nicht interessiert gewesen seien.

Der Erblasser habe das gemeinschaftliche Testament **nicht wirksam widerrufen** (§§ 2271 Abs. 1 S. 1, 2296 BGB). Nach der einhelligen (veröffentlichten) Rechtsprechung und ganz überwiegenden Ansicht im Schrifttum sei zwar der **Widerruf** eines gemeinschaftlichen Testaments **auch gegenüber einem geschäfts- und testierunfähigen Ehepartner** möglich (vgl. hierzu auch Gutachten DNotI-Report 2015, 105, 106 – in diesem Heft). Ob die gegen die ganz h. M. angeführten Argumente tragfähig seien und ob die Ehefrau des Erblassers bei Zugang des Widerrufs beim Betreuer geschäftsunfähig gewesen sei, bedürfe jedoch keiner Entscheidung.

Die Widerrufserklärung sei nämlich **nicht wirksam zugegangen**. Die Entgegennahme der Erklärung sei **nicht vom Geschäftskreis des Betreuers** und damit von dessen Empfangsvollmacht **gedeckt** gewesen. Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum sei der Betreuer für die Entgegennahme des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testaments zuständig, wenn ihm der Aufgabenkreis „**Vermögensangelegenheiten**“ übertragen sei (hierzu Gutachten DNotI-Report 2015, 51, 52). Im vorliegenden Fall war dies zu dem Zeitpunkt, als dem Betreuer die Widerrufserklärung übergeben wurde, (noch) nicht der Fall.

Der Aufgabenkreis „**Postvollmacht** einschließlich der Entgegennahme, des Öffnens und Anhaltens der Post“ **decke die Entgegennahme** der Widerrufserklärung **nicht ab**. Mit dem Begriff „Postvollmacht“ werde **kein eigenständiger Aufgabenkreis** beschrieben. Die in § 1896 Abs. 4 BGB eigenständig geregelte Vollmacht trage vielmehr dem Postgeheimnis (Art. 10 Abs. 1 GG) Rechnung mit der Folge, dass der Betreuer Briefsendungen an den Betroffenen nur dann eigenständig öffnen dürfe, wenn ihm die Postvollmacht ausdrücklich vom Gericht übertragen worden sei. Das führe nicht zu einer Erweiterung seiner Aufgaben, sondern solle ihm – im Sinne einer **Annexkompetenz** – die sachgerechte Erledigung der übertragenen Aufgaben ermöglichen.

Die „Postvollmacht“ sei in dem Betreuungsbeschluss durch die Worte „einschließlich der Entgegennahme, des Öffnens und Anhaltens der Post“ näher umschrieben. Hierin liege aber – wie die Verwendung des Wortes „einschließlich“ zeige – nur eine Erläuterung des Begriffs der „Postvollmacht“; man könne die Formulierung vor diesem Hintergrund nicht so verstehen, dass der Betreuer habe berechtigt sein sollen, Willenserklärungen aller Art mit Wirkung gegen den Betroffenen entgegenzunehmen. Die dem Schutz des Betroffenen und der Rechtssicherheit dienende Begrenzung der Aufgabenkreise des Betreuers würde ihre Wirksamkeit erheblich einbüßen, wenn die zum Grundrechtsschutz erforderliche ausdrückliche Übertragung der Postvollmacht dazu führte, dass der Betreuer schriftliche Erklärungen für den Betroffenen in allen Lebensbereichen entgegennehmen könnte. Dies hätte die nicht verständliche Folge, dass der Betreuer zwar schriftliche Erklärungen wirksam entgegennehmen könnte, aber nicht solche, die bei gleichem Inhalt ihm gegenüber persönlich oder fernmündlich abgegeben würden; Folge einer solchen Beurteilung wäre zudem, dass die Vollmachten für die Entgegennahme und die Abgabe von Erklärungen voneinander abweichen würden.

Teilnehmer des Rechtsverkehrs könnten dem Umstand, dass die „Postvollmacht“ u. a. durch den Zusatz „Entgegennahme von Post“ erläutert werde, nicht entnehmen, dass sie dem Betreuer jegliche für den Betroffenen bestimmten Sendungen zustellen könnten. Ihnen sei es vielmehr zumutbar, den Aufgabenkreis des Betreuers zu prüfen und notfalls auf dessen Erweiterung hinzuwirken, ggf. auch ausdrücklich für einzelne Geschäfte.

Die Entgegennahme des Widerrufs könnte für einen mit der Vermögenssorge beauftragten Betreuer Anlass geben, den – möglicherweise noch testierfähigen – Betroffenen über die Auswirkungen aufzuklären und eigene Handlungsoptionen aufzuzeigen.

Die Zustellung an den Betreuer sei auch **nicht durch die spätere Anordnung des Geschäftskreises der**

Vermögenssorge wirksam geworden. Der Akt der Entgegennahme des Schriftstücks sei abgeschlossen gewesen, als dieses in den Machtbereich des Betreuers gelangt sei. Sei die Entgegennahme von der Vertretungsmacht nicht gedeckt gewesen, könne sie nicht allein durch eine nachträgliche Erweiterung der Vertretungsmacht wirksam werden; vielmehr müsste der **Wille**, das Schriftstück im Rahmen der erweiterten Vertretungsmacht nunmehr (**nochmals**) **entgegenzunehmen**, in irgendeiner Weise nach außen treten, etwa durch die Erteilung einer Empfangsquittung.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Veranstaltungen

Weitere Termine für **September 2015** – Anmeldung und nähere Informationen bitte direkt beim **DAI-Fachinstitut für Notare**, Postfach 250254, 44740 Bochum, Tel. (0234) 970 64 18, Fax (0234) 70 35 07 (www.anwaltsinstitut.de).

Notarkosten: Spezielle Sachverhalte aus dem Gesellschafts- und Registerrecht (Tiedtke/Schmidt), 2.9.2015 Hamburg

Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen (Tondorf), 9.9.2015 Köln

Aus der Praxis des GNotKG (Tiedtke), 11.9.2015 Kiel

13. Jahresarbeitstagung des Notariats (Stresemann/Herrler/Müller/Bergmann/Heidinger/Brückner/Schmidt-Räntsch/Kessler/Viskorf/Gottwald/Keim/Mayer/Schlick/Gaier/Galke/Huttenlocher/Schäfer/Reul/Günter/Rapp), 17.-19.9.2015 Berlin

26. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung (Huttenlocher/Simon/Krauß/Rapp/Block/Naumann/Monreal), 21.-26.9.2015 Oldenburg

Aktuelles Steuerrecht für Notare (Spiegelberger), 25.9.2015 Oldenburg

Gestaltungen im Pflichtteilsrecht (Müller/Herrler), 28.9.2015 Bochum, 29.9.2015 Heusenstamm

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. Johannes Weber

Redaktion: Dr. Simon Blath

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg