

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
Dezember 2012
ISSN 1434-3460

23/2012

Inhaltsübersicht

Hinweis in eigener Sache

Klarstellender Hinweis zu Gutachten DNotI-Report 2012, 175

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 181; GmbHG §§ 35, 47; HGB §§ 48, 54 – Bestellung eines Geschäftsführers bei der Tochter-GmbH; Stimmabgabe durch personenidentischen Geschäftsführer als Vertreter der Alleingesellschafterin; In-sich-Geschäft; Handeln durch Untervertreter, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten

BGB §§ 2069, 2094, 2269, 2270 – Rechtsfolgen einer Pflichtteilsstrafklausel; Bindungswirkung bei Anwendung von zwei Auslegungsregeln

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

WEG § 12 Abs. 1, 3; BGB § 878; GBO § 29 – Wirksamkeit der Verwalterzustimmung auch bei Ende des Verwalteramts vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt

BGB § 2198 Abs. 1; BeurkG § 7 Nr. 1 – Unwirksame Ermächtigung des Urkundsnotars zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers

Literaturhinweise

Hinweis in eigener Sache

**BGB §§ 2315, 2316
Anrechnung von Pflegeleistungen auf den Pflichtteil des behinderten Abkömmlings (klarstellender Hinweis zu Gutachten DNotI-Report 2012, 175)**

Wir möchten darauf hinweisen, dass im Gutachten aus DNotI-Report 21/2012, 175 unter Ziff. III ausschließlich die Frage behandelt wird, ob der Wert der Pflegeleistungen, die die Mutter gegenüber ihrem behinderten Sohn erbracht hat, im Falle des Todes der Mutter von dessen Pflichtteil **am Nachlass der Mutter** abgezogen werden kann. Sachverhalt und Fragestellung des Gutachtens sind allerdings nicht hinreichend klar formuliert. Es mag der unzutreffende Eindruck entstanden sein, Fragestellung und Lösung bezögen sich auf den Pflichtteil am Nachlass des bereits verstorbenen Vaters. Dies ist nicht der Fall. Wir bitten die missverständliche Formulierung zu entschuldigen.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

**BGB § 181; GmbHG §§ 35, 47; HGB §§ 48, 54
Bestellung eines Geschäftsführers bei der Tochter-GmbH; Stimmabgabe durch personenidentischen Geschäftsführer als Vertreter der Alleingesellschafterin; In-sich-Geschäft; Handeln durch Untervertreter, Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten**

I. Sachverhalt

In der S-GmbH wurde durch Beschluss vom 22.5.2012 der K zum Geschäftsführer bestellt. Dabei sollte die Alleingesellschafterin der S-GmbH, die W-GmbH, zunächst durch ihren nicht von § 181 BGB befreiten Geschäftsführer K vertreten werden. Um einen Verstoß gegen § 181 BGB zu vermeiden, hatte jedoch K in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der W-GmbH Herrn Rechtsanwalt M eine schriftliche Vollmacht erteilt, ihn in der Gesellschafterversammlung der S-GmbH zu vertreten. Aufgrund dieser Vollmacht bestellte M den K zum alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführer der S-GmbH.

II. Frage

Ist K als Geschäftsführer der S-GmbH wirksam bestellt worden?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendung des § 181 BGB auf Gesellschafterbeschlüsse

Das in § 181 Alt. 1 BGB verankerte Verbot des In-sich-Geschäfts ist nach überwiegender Ansicht **im Grundsatz auch auf Beschlüsse anwendbar**, die in der Gesellschafterversammlung einer GmbH gefasst werden (Cramer, NZG 2012, 765, 767; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 47 Rn. 178; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 181 Rn. 19; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 222; Suttman, MittBayNot 2011, 1, 13). Die gegenteilige Auffassung, wonach es sich beim Gesellschafterbeschluss um einen Sozialakt handele, auf den § 181 BGB generell nicht anzuwenden sei (so noch BGH NJW 1970, 33), findet heute kaum noch Zustimmung (abl. z. B. MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 19; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 181 Rn. 24). Die herrschende Auffassung versteht § 181 BGB damit nicht als bloß formale Ordnungsvorschrift, die nur bei strikter Personenidentität greift. Vielmehr soll zur Verhinderung von Interessenkonflikten nach dem Sinn und Zweck der Norm eine **erweiternde Auslegung** geboten sein (Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 24; Götze, GmbHR 2001, 217, 219; Baetzgen, RNotZ 2005, 193; Pluskat/Baßler, Der Konzern 2006, 403, 404; krit. Schemmann, NZG 2008, 89, 90).

Allerdings ist die Geltung des § 181 BGB nicht für sämtliche Beschlüsse anerkannt (Cramer, NZG 2012, 765, 767). Die h. M. differenziert nach dem Beschlussinhalt (krit. Schemmann, NZG 2008, 89, 90; Suttman, MittBayNot 2011, 1, 13). **Grundlagenbeschlüsse** wie Satzungsänderungen oder die Auflösung der Gesellschaft müssen sich danach an den Kriterien des § 181 BGB messen lassen, sog. **Maßnahmebeschlüsse** (insbesondere Beschlüsse betreffend Geschäftsführungsmaßnahmen), bei denen der von § 181 BGB vorausgesetzte Interessenkonflikt nicht denkbar sein soll, hingegen nicht (BGHZ 112, 339 = NJW 1991, 691, 692; MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 19; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 24; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 180).

2. Selbstbestellung zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH

In diesem Zusammenhang bejaht die h. M. in Rechtsprechung und Literatur einen **Verstoß gegen § 181 BGB auch dann, wenn sich das (nicht befreite) Vertretungsorgan der Muttergesellschaft selbst zum Geschäftsführer der Tochtergesellschaft bestellt**, und zwar unabhängig davon, ob der Bestellungsbeschluss seinerseits eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB vorsieht (BGHZ 112, 339; BayObLG DNotZ 2001, 887; Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 47 Rn. 60; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 181; Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 1097; Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 6 Rn. 36; Götze, GmbHR 2001, 217, 219; Baetzgen, RNotZ 2005, 193, 222 f.; Gutachten DNotI-Report 2006, 61, 62; vgl. auch MünchKommBGB/Schramm/Drescher, 2012, § 47 Rn. 223 für eine Mutter-AG). Dabei steht nicht ein eventueller Interessenkonflikt zwischen dem Abstimmenden und der GmbH im Fokus; dieser wäre bereits vom Stimmrechtsverbot nach § 47 Abs. 4 GmbHG erfasst (vgl. Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 60). Vielmehr geht es um einen **Konflikt zwischen den Interessen des abstimmenden Vertreters und des vertretenen Gesellschafters**. Auch in der konkret einschlägigen Einpersonenkonstellation würde die Berufung zum Vertretungsorgan der Tochtergesellschaft die **rech-**

liche Stellung des Geschäftsführers der Muttergesellschaft verstärken. Damit liegt in der Person des Vertreters ein Interessenkonflikt vor, wie ihn § 181 BGB im Auge hat. Diese Vorschrift soll nämlich verhindern, dass verschiedene und daher möglicherweise widerstreitende Interessen durch ein und dieselbe Person ohne Gestattung durch Gesetz oder Vollmacht vertreten werden.

Will man nicht allein auf den von § 181 BGB erfassten abstrakten Interessenkonflikt abstellen, kann man bei genauerer Betrachtung – auch und gerade in der **Einpersonenkonstellation – zwischen dem Bestellungsbeschluss einerseits und dem Bestellungsakt andererseits differenzieren**. Zwar ist der Bestellungsbeschluss mit der Stimmabgabe des einzigen Gesellschafters kein Rechtsgeschäft, das dem Vertretungsorgan der Muttergesellschaft gegenüber vorzunehmen ist, und ein Verstoß gegen § 181 BGB diesbezüglich evtl. sogar zu verneinen. Anders verhält es sich u. E. aber jedenfalls mit dem zusätzlich erforderlichen Bestellungsakt als Handlung der Gesellschafterversammlung der Tochtergesellschaft gegenüber dem neu bestellten Vertretungsorgan. Im Ergebnis teilen wir somit die Einschätzung der h. M. Die Differenzierung zwischen Bestellungsbeschluss und Bestellungsakt in der Einpersonenkonstellation wird allerdings in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich nachvollzogen. So hat etwa das **BayObLG** (DNotZ 2001, 887) **bereits die Stimmabgabe** im Rahmen eines Einpersonenbestellungsbeschlusses **wegen Verstoßes gegen § 181 BGB als unwirksam** angesehen. *Götze* (GmbHR 2001, 217, 219) hält eine Differenzierung für formalistisch, da die für die Außenwirkung noch erforderliche Bestellungserklärung ein rein vollziehender Akt sei.

Im Fall des **Mehrpersonenbeschlusses**, bei dem der zu bestellende Geschäftsführer mehrfach als Vertreter oder für sich selbst und als Vertreter eines anderen Gesellschafters auftritt, ist dagegen auch u. E. ein **Verstoß gegen § 181 BGB bereits unmittelbar durch den Bestellungsbeschluss** zu bejahen (vgl. den Fall von BGHZ 112, 339 zur GbR). Auch wenn die Abgabe mehrerer Stimmen im Rahmen des Gesellschafterbeschlusses strukturell gleichgerichtete Willenserklärungen betrifft, liegt in der mehrfachen Beteiligung des zu bestellenden Geschäftsführers schon abstrakt ein relevanter Konflikt mit den Interessen des oder der von ihm vertretenen Mitgesellschafters vor.

3. Bestellung eines Untervertreeters

Nach ganz h. M. lässt sich ein **Verstoß gegen § 181 Alt. 1 BGB nicht dadurch verhindern, dass ein nach § 181 BGB verhinderter Vertreter einen Untervertreter bestellt** (BGHZ 112, 339; MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 24 m. w. N.; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 36). Ein nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Vertreter kann nämlich wegen seiner eigenen eingeschränkten Vertretungsmacht auch einen Untervertreter nicht befreien (BayObLG MittBayNot 1993, 150, 152 = MittRhNotK 1993, 117; Staudinger/Schilken, § 167 Rn. 67). Diese Einschränkung wird allerdings nur relevant, wenn der Untervertreter und sein Gegenüber personenidentisch sind, wenn sich konkret also der Untervertreter zum Geschäftsführer bestellt hätte.

Vorliegend wurde eine **Personenidentität i. S. d. § 181 BGB** aber gerade **vermieden**, da M als Untervertreter den personenverschiedenen K zum Geschäftsführer bestellt und dabei sowohl die Stimme der alleinigen Gesellschafterin als auch die Bestellungserklärung gegenüber K abgegeben hat. Dennoch wird wegen des **abstrakten Interessenkonfliktes**

zwischen K und der von ihm vertretenen W-GmbH ein Verstoß gegen § 181 BGB angenommen (vgl. BGH NJW 1975, 1117, 1118; OLG Frankfurt OLGZ 1974, 347; OLG Hamm DNotZ 1981, 383; Scholz/U. H. Schneider, § 35 Rn. 91; Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, § 35 Rn. 136; MünchHdbGmbHG/Marsch-Barner/Diekman, Bd. 3, 4. Aufl. 2012, § 44 Rn. 34; GroßkommGmbHG/Paefgen, 2006, § 35 Rn. 57). Insoweit sei entscheidend, dass der **Unterbevollmächtigte vom Geschäftsführer ausgewählt** werde und typischerweise von den Weisungen seines **Vollmachtgebers abhängig** sei (im Ergebnis auch Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 35 Rn. 80; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 35 Rn. 51). Dadurch sei der Vertreter auch als Vollmachtgeber am betroffenen Rechtsgeschäft beteiligt (MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 24; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 36).

4. Handeln durch unmittelbare Vertreter der GmbH a) Handeln des anderen Geschäftsführers

Existiert neben K ein **weiterer alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer**, hätte dieser die W-GmbH bei der Bestellung des K zum Geschäftsführer der Tochter-GmbH auch ohne Befreiung **wirksam vertreten** können. Es hätte weder Personenidentität bei der Geschäftsführerbestellung noch ein durch die Regelung des § 181 BGB zu vermeidender Interessenkonflikt zulasten des Vertretenen vorgelegen, da der alleinvertretungsberechtigte Mitgeschäftsführer ausschließlich die Interessen der von ihm vertretenen GmbH wahrgenommen hätte.

b) Ermächtigung des anderen Geschäftsführers

Sind zwei **gesamtvertretungsberechtigte Geschäftsführer** vorhanden, besteht nach **h. M.** die Möglichkeit, den nicht betroffenen Geschäftsführer vor der Beschlussfassung **analog § 78 Abs. 4 S. 1 AktG, § 25 Abs. 3 S. 1 GenG, § 125 Abs. 2 S. 2 HGB zur Alleinvertretung zu ermächtigen** (BGH NJW 1975, 1117; NJW 1992, 618 = MittRhNotK 1992, 17; MünchKommAktG/Spindler, 3. Aufl. 2008, § 78 Rn. 115; MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 22; Scholz/U. H. Schneider, § 35 Rn. 94; Michalski/Lenz, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 35 Rn. 89; GroßkommGmbHG/Paefgen, § 35 Rn. 56). Gegen diese Auffassung formiert sich in der neueren Kommentarliteratur zunehmend Widerstand (Zöllner/Noack, § 35 Rn. 135; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 51 m. w. N. in Fn. 8; GroßkommAktG/Habersack, 4. Aufl. 2003, § 78 Rn. 55). Die **Gegenansicht** argumentiert damit, dass die Geschäftsführer die beabsichtigte **gegenseitige Kontrolle** bei einem besonders gefährlichen Geschäft im Wege der Einzelermächtigung **ausschalten** könnten. Diese Argumentation verkennt u. E. aber, dass nicht die Gefährlichkeit der Alleinvertretung, sondern der abstrakte Interessenkonflikt zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen nach § 181 BGB in Rede steht.

c) Handeln des Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten

Anstelle des Geschäftsführers kann nach **h. M.** auch der Prokurist für die W-GmbH handeln (BGHZ 91, 334 = DNotZ 1985, 215; Staudinger/Schilken, § 181 Rn. 37; MünchKommBGB/Schramm, § 181 Rn. 25; Robles y Zepf, BB 2012, 1876, 1878; Zöllner/Noack, § 35 Rn. 136). Der **Prokurist** ist nämlich **kein Untervertreter** des durch § 181 BGB ausgeschlossenen Geschäftsführers, **sondern unmittelbarer Vertreter** des Geschäftsherrn, also vorliegend **der GmbH**. Nach Ansicht des BGH (BGHZ 91, 334) lässt sich bei der für § 181 BGB gebotenen generalisierenden und

nicht auf die Interessenlage im Einzelfall abstellenden Betrachtungsweise die Prokura nicht mit einer Untervollmacht vergleichen. Gegen eine Vergleichbarkeit sprächen entscheidend ihr typisierter Inhalt (§§ 49, 50 HGB), ihre Verlautbarung im Handelsregister (§ 53 HGB) und – im Fall der GmbH – das Erfordernis eines Bestellungsbeschlusses der Gesellschafter (§ 46 Nr. 7 GmbHG), ungeachtet dessen, dass dieser keine Wirksamkeitsvoraussetzung für die vom Geschäftsführer vorzunehmende Bestellung sei. **Nicht von ausschlaggebender Bedeutung** sei, dass den Prokuristen ihre **Vertretungsmacht** für die GmbH durch deren **Geschäftsführer erteilt** werde. Allerdings deutet der BGH unter Verweis auf BGHZ 49, 117, 120 an, dass bei einer Bestellung des Prokuristen nur für ein einzelnes Geschäft ein Missbrauch der Vertretungsmacht vorliegen könnte. Die vom BGH im Hinblick auf die Prokura angeführten besonderen Kriterien zeichnen – abgesehen von der Verlautbarung im Handelsregister nach § 53 HGB – **gleichermaßen die Handlungsvollmacht i. S. d. § 54 HGB** aus, sodass u. E. auch ein Handlungsbevollmächtigter vertreten dürfte. Für einen sonstigen rechtsgeschäftlichen Vertreter der GmbH könnte dagegen lediglich ins Feld geführt werden, dass er als unmittelbarer Vertreter der GmbH handelt, formal betrachtet also nicht Untervertreter des GmbH-Geschäftsführers ist.

In der Literatur ist die **Einschaltung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten** allerdings **nicht unumstritten**. Dagegen spricht sich etwa **Koppensteiner** (in: Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl. 2002, § 35 Rn. 34) unter Hinweis auf die Abhängigkeit dieser Personen vom Geschäftsführer aus; die Vertretungsmacht des Letztgenannten erstreckte sich nämlich auf den Widerruf von Prokura und Handlungsvollmacht. **Kleindiek** (in: Lutter/Hommelhoff, § 35 Rn. 51) lehnt – ohne genaue Differenzierung – die Wirksamkeit des In-sich-Geschäfts bei Mitwirkung eines „Prokuristen, Handlungsbevollmächtigten oder sonstwie Unterbevollmächtigten“ ebenfalls ab. Anderenfalls könnten Geschäftsführer – ähnlich wie bei der gegenseitigen Ermächtigung von gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern – bei einem besonders gefährlichen Geschäft die vom Gesetz (§ 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG) oder vom Gesellschaftsvertrag beabsichtigte gegenseitige Kontrolle ausschalten.

U. H. Schneider (in: Scholz, § 35 Rn. 92) will hingegen differenzieren: Es sei zwar bedenklich, dass der Prokurist weisungsabhängig sei und der Geschäftsführer den Dienstvertrag der Gesellschaft mit dem Prokuristen kündigen könne. Insoweit sei aber zu berücksichtigen, dass die Prokura „nur“ im Außenverhältnis durch den Geschäftsführer erteilt und widerrufen werde, im Innenverhältnis aber die Gesellschafterversammlung hierüber entscheide. Diese Funktionsteilung verleihe dem Prokuristen und entsprechend dem Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb eine gewisse Selbständigkeit. Fehle dem Prokuristen jedoch die Möglichkeit, sich an die Gesellschafterversammlung zu wenden, weil der **Geschäftsführer zugleich der alleinige Gesellschafter** sei, und müsse er aus demselben Grund mit dem Widerruf seiner Prokura rechnen, so sei der Prokurist nicht anders zu behandeln als ein Unterbevollmächtigter. **Stephan/Tieves** (in: MünchKommGmbHG, § 35 Rn. 206) argumentieren ähnlich: Entgegen dem BGH sei nicht entscheidend, dass die Prokuristen einer GmbH ihre Vertretungsaufgaben in eigener Verantwortung gegenüber der Gesellschaft erfüllten. Dies sei beim rechtsgeschäftlichen Vertreter nicht anders. Da die Zuständigkeit für den Abschluss des Anstellungsvertrags mit den Prokuristen und den Wi-

derruf der Prokura bei den Geschäftsführern liege, sei das Risiko, dass ein Prokurist bei Abschluss eines Vertrags mit einem Geschäftsführer dessen Interessen und nicht nur die der Gesellschaft berücksichtige, ähnlich einzuschätzen wie bei einem Bevollmächtigten. Maßgeblich muss nach Ansicht von *Stephan/Tieves* letztlich auch bei der Vertretung durch Prokuristen sein, ob die Erteilung der Prokura gerade zur Ermöglichung des fraglichen Geschäfts erfolgt ist.

5. Genehmigung

Wurde K unter Verstoß gegen § 181 BGB bestellt, kann die Bestellung nachträglich genehmigt werden (Heidinger, § 6 Rn. 36). Ein **ohne Gestattung vorgenommenes In-sich-Geschäft** ist trotz des Wortlauts von § 181 BGB („kann ... nicht“) nämlich nicht nichtig (Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 181 Rn. 15), sondern **entsprechend § 177 BGB schwebend unwirksam** (BGH NJW 1976, 104; BayObLG DNotZ 2001, 887; Blasche/König, NZG 2012, 812, 815; Scholz/Schneider, § 35 Rn. 95). Durch die Genehmigung des Geschäftsherrn erlangt es also Wirksamkeit (BGH NJW 1976, 104). Dies gilt auch in der vorliegenden Einpersonenkonstellation, da weder die Stimmabgabe noch die Geschäftsführerbestellungserklärung einseitige nicht empfangsbedürftige Willenserklärungen i. S. d. § 180 S. 1 BGB darstellen.

Laut BGH (NJW-RR 1994, 291, 292) ist die GmbH Geschäftsherrin im Hinblick auf ein von ihrem Geschäftsführer unter Verstoß gegen § 181 BGB vorgenommenes Rechtsgeschäft und somit regelmäßig die **Gesellschafterversammlung zur Erteilung der Genehmigung berufen** (ebenso GroßkommGmbHG/Paefgen, § 35 Rn. 67; Scholz/Schneider, § 35 Rn. 95; Zöllner/Noack, § 35 Rn. 131; Blasche/König, NZG 2012, 812, 815). *Stephan/Tieves* (in: MünchKommGmbHG, § 35 Rn. 198) nehmen dagegen offenbar nur eine subsidiäre Zuständigkeit der Gesellschafterversammlung für den Fall an, dass keine weiteren Geschäftsführer vorhanden sind, die nicht an der Vornahme des fraglichen Rechtsgeschäfts gehindert gewesen wären. Einen strengeren – u. E. zu strengen – Standpunkt hinsichtlich der Genehmigungszuständigkeit und –berechtigung der weiteren Geschäftsführer vertreten *Blasche/König* (NZG 2012, 812, 816). Danach soll auch ein weiterer alleinvertretungsbefugter, nicht von § 181 BGB befreiter Geschäftsführer wegen Umgehung des § 181 BGB nicht zur Genehmigung eines Rechtsgeschäfts in der Lage sein, welches er seinerseits nicht wirksam mit sich selbst hätte abschließen können.

Unseres Erachtens dürfte die **Genehmigungszuständigkeit und –berechtigung eines zweiten Geschäftsführers** davon abhängen, ob dieser die **W-GmbH bei der Bestellung des K wirksam hätte vertreten können**. Ist das der Fall, bestehen u. E. keine Bedenken dagegen, dass der zweite Geschäftsführer – frei von einem Interessenkonflikt i. S. d. § 181 BGB – die Bestellung des K als Geschäftsführer der W-GmbH genehmigen kann (vgl. auch OLG Zweibrücken MittBayNot 2012, 377 = DNotI-Report 2012, 38).

6. Ergebnis

Im Ergebnis ist die **Bestellung von K zum Geschäftsführer u. E. unwirksam**. Der fehlerhafte „Einmannbeschluss“ der vorliegenden Konstellation ist nämlich nicht nur anfechtbar, sondern unwirksam (siehe nur BayObLG DNotZ 2001, 887, 889). Ob ein unmittelbarer Vertreter der GmbH – ein Prokurist, Handlungsbevollmächtigter oder sonstiger rechtsgeschäftlicher Vertreter – den K zum Geschäftsführer bestellen könnte, ist streitig, zulässig dürfte aber lediglich

die Bestellung durch den Prokuristen oder Handlungsbevollmächtigten sein. Da M nicht zum Handlungsbevollmächtigten der W-GmbH, sondern zum Untervertreter des K bestellt worden war, fehlte es an einer wirksamen Vertretung der W-GmbH. Die schwebende Unwirksamkeit der Bestellung kann durch Genehmigung eines anderen Geschäftsführers der GmbH oder einen genehmigenden Gesellschafterbeschluss beseitigt werden.

BGB §§ 2069, 2094, 2269, 2270 Rechtsfolgen einer Pflichtteilsstrafklausel; Bindungswirkung bei Anwendung von zwei Auslegungsregeln

I. Sachverhalt

Ehegatten errichteten ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben und die drei gemeinsamen Kinder A, B und C zu gleichen Teilen zu Schlussserben einsetzten. Das Testament enthält eine sog. Pflichtteilsstrafklausel. Danach sollen diejenigen Kinder von der Schlusserbfolge ausgeschlossen sein, die vom überlebenden Ehegatten den Pflichtteil nach dem Tod des erstversterbenden Ehegatten verlangen.

Der Ehemann ist verstorben. Zwei der drei Kinder (A und B) haben den Pflichtteil gegen den Willen ihrer Mutter verlangt und auch erhalten. Jedes dieser Kinder hat wiederum eigene Abkömmlinge.

II. Fragen

1. Was gilt für die Erbteile der den Pflichtteil verlangenden Kinder? Greift die Auslegungsregel des § 2069 BGB ein oder erstreckt sich die Verwirkung jeweils auf den gesamten Stamm mit der Folge der Anwachsung nach § 2094 Abs. 1 S. 1 BGB?

2. Unterstellt, die Abkömmlinge der den Pflichtteil verlangenden Kinder treten gem. § 2069 BGB an deren Stelle und sind damit Mitschlusserben: Hat der überlebende Ehegatte die Möglichkeit, die Schlusserbfolge insoweit abweichend zu bestimmen, oder ist er hieran wegen der Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung gehindert?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Pflichtteilsstrafklausel

a) Allgemeine Grundsätze

Dem Sachverhalt nach ist eine herkömmliche Pflichtteilsstrafklausel im Sinne einer **automatisch wirkenden Strafstrafklausel** gegeben. Ein Verstoß führt folglich ohne weiteres Zutun der Erblasser zum Verlust der Erbenstellung des betreffenden Schlussserben (zur Frage, welches Verhalten die Sanktionen auslöst, vgl. etwa Kornexl, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2006, Rn. 898; Radke, ZEV 2001, 136; Worm, RNotZ 2003, 535, 552). Grundsätzlich ist es **Sache des Erblassers**, in der Verfügung von Todes wegen **festzulegen, welche weiteren Rechtsfolgen** ein Verstoß gegen die Verwirkungsklausel haben soll. Denkbar ist insoweit insbesondere das Eingreifen einer **Ersatzerbenbestimmung** oder die **Anwachsung** des frei werdenden Schlusserteils an die übrigen Schlussserben (J. Mayer, in: Mayer/Süß/Tanck/Bittler/Wälzholz, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl. 2010, § 12 Rn. 59). Im Falle einer Regelungslücke ist die Rechtsfolge der Pflichtteilsstrafklausel durch ergänzende Auslegung zu ermitteln (vgl. BayObLG DNotZ 1996, 312).

b) Vorliegender Sachverhalt

Vorliegend fehlt es an einer ausdrücklichen Ersatzzschlusserebeneinsetzung. Unterstellt, eine solche ergibt sich weder aus der erläuternden noch aus der ergänzenden Auslegung des Testaments, könnte die Auslegungsregel des § 2069 BGB eingreifen, wonach die Abkömmlinge der ausgeschlossenen Kinder an deren Stelle treten. Dies wäre allerdings nur dann zu bejahen, wenn sich der Ausschluss nach dem kundgetanen Willen der Erblasser nicht auf den gesamten Stamm bezieht.

Im (konkret nicht gegebenen) Fall der Ausschlagung zwecks Geltendmachung des Pflichtteils gehen Rechtsprechung und Literatur davon aus, dass nach dem Grundgedanken des § 2069 BGB der **Stamm nicht doppelt bedacht** werden soll und § 2069 BGB daher nicht eingreift (BGHZ 33, 60; Palandt/Weidlich, BGB, 71. Aufl. 2012, § 2069 Rn. 4; Kössinger, in: Nieder/Kössinger, Hdb. der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2011, § 15 Rn. 189y). Gleichwohl befürworten einzelne Stimmen in der Literatur im vorliegenden Zusammenhang die grundsätzliche Anwendung der Zweifelsregelung des § 2069 BGB (etwa Soergel/Loritz, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2069 Rn. 20; wohl auch Staudinger/Otte, BGB, Neubearb. 2003, § 2069 Rn. 13). Die **h. M. will dagegen § 2069 BGB bei Verstößen gegen Pflichtteilsstrafklauseln generell nicht anwenden** (BayObLG FamRZ 2004, 1672, 1673 = DNotZ 2004, 804; MünchKommBGB/Leipold, 5. Aufl. 2010, § 2069 Rn. 16) bzw. sieht die in § 2069 BGB gesetzlich niedergelegte Vermutung jedenfalls im Regelfall als widerlegt an (KG JW 1938, 1600; DNotZ 1942, 147; Palandt/Weidlich, § 2069 Rn. 5; Bamberger/Roth/Litzenburger, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2069 Rn. 12).

Die letztgenannte Ansicht überzeugt, da die Ehegatten im Zweifel nicht die Mehrbegünstigung eines Stammes wünschen. Daher **dürfte das Pflichtteilsverlangen eines Abkömmlings u. E. nicht die Ersatzberufung der jeweiligen Enkel** nach Maßgabe von § 2069 BGB zur Folge haben. Vielmehr führt ein Verstoß einzelner Abkömmlinge gegen die Pflichtteilsstrafklausel gem. **§ 2094 Abs. 1 S. 1 BGB** grundsätzlich zur **Anwachsung** von deren Erbteilen bei den übrigen Abkömmlingen, die den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben (vgl. BayObLG FamRZ 2004, 1672, 1673; FamRZ 1995, 1447, 1449; Wacke, DNotZ 1990, 403, 410; Reymann, MittBayNot 2011, 411, 412).

2. Problematik der Bindungswirkung

a) Keine kumulative Anwendung der Auslegungsregeln aus §§ 2069 und 2270 Abs. 2 BGB

Sollte man entgegen den vorstehenden Ausführungen davon ausgehen, dass die Abkömmlinge der den Pflichtteil im ersten Erbfall verlangenden Kinder gem. § 2069 BGB an deren Stelle treten und somit als Ersatzzschlusserven berufen sind, ist damit aber noch nichts über die Bindungswirkung dieser Ersatzerbenberufung ausgesagt. Mit Beschluss vom 16.1.2002 hat der BGH (DNotZ 2002, 661, 665 m. Anm. Schmucker) festgestellt, dass die Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB betreffend die Wechselbezüglichkeit einer letztwilligen Verfügung voraussetzt, dass sich „*ein Wille der Testierenden, bestimmte Verwandte oder nahe stehende Personen oder auch die nach der gesetzlichen Erbfolge berufenen Abkömmlinge als Schlusserven einzusetzen, zumindest im Wege ergänzender Auslegung aus dem Testament entnehmen lässt*“. Eine **kumulative Anwendung der §§ 2069, 2270 BGB scheidet danach aus**.

Selbst wenn man also im vorliegenden Fall die Auslegungsregel des § 2069 BGB anwenden wollte, mit der Folge, dass die Abkömmlinge der den Pflichtteil verlangenden Kinder als Ersatzzschlusserven berufen wären, wäre diese Verfügung nicht wechselbezüglich und **könnte damit vom Längerlebenden jederzeit einseitig abgeändert werden**. Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn sich die Ersatzberufung der Abkömmlinge ohne Heranziehung des § 2069 BGB bereits aufgrund individueller Testamentsauslegung ergäbe (zu den Anforderungen an eine Ersatzerbenberufung kraft individueller Auslegung vgl. OLG Schleswig FamRZ 2011, 66; OLG München FamRZ 2010, 1846; OLG Hamm FamRZ 2004, 662 sowie im Überblick jurisPK-BGB/Reymann, 6. Aufl. 2012, § 2270 Rn. 53 ff.).

b) Kumulative Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB und der Ergänzungsregel des § 2094 Abs. 1 S. 1 BGB?

Geht man mit der hier vertretenen Ansicht davon aus, dass die Erbteile der den Pflichtteil verlangenden Abkömmlinge A und B dem C nach § 2094 Abs. 1 S. 1 BGB anwachsen, ist weiter zu klären, ob die **Anwachsung ihrerseits nach § 2270 Abs. 2 BGB wechselbezüglich bindend** ist. Klarstellend sei erwähnt, dass stets nur die Bindungswirkung der durch Anwachsung hinzukommenden Erbquote von 2/3 in Frage steht.

Auf den ersten Blick scheint sich eine **Übertragung der vom BGH zur kumulativen Anwendung von §§ 2069, 2270 BGB aufgestellten Grundsätze** anzubieten. Nur hinsichtlich des dem verbleibenden „braven“ Abkömmling ausdrücklich zugewiesenen Drittels liegt eine unmittelbare testamentarische Verfügung des Erblassers vor, an welche die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB anknüpfen kann. Im Übrigen – so könnte man jedenfalls argumentieren – fehlt es an einem kundgetanen Willen des Erblassers. Die Literatur – Stellungnahmen aus der Rechtsprechung sind uns nicht bekannt – geht hingegen wohl überwiegend davon aus, dass die beiden **Konstellationen nicht vergleichbar** sind, da die Erbeinsetzung desjenigen, dem die „frei gewordenen“ zwei Drittel des Nachlasses anwachsen, ausdrücklich vom Erblasser angeordnet wurde (Ivo, ZEV 2004, 205). Es ließe sich allerdings erwägen, zwischen der personalen und der sachlichen Berufung zu differenzieren. Nur hinsichtlich des ursprünglichen Drittels hat der Erblasser die Schlusserebeneinsetzung des C angeordnet. Sofern es an einer Ersatzzschlusservenberufung fehlt, wird u. E. aber zutreffend darauf verwiesen, dass die Enterbung eines oder mehrerer Schlusserven notwendig mit der Anwachsung an den oder die anderen Schlusserven korrespondiert (J. Mayer, § 12 Rn. 59).

Vorbehaltlich der fehlenden Stellungnahmen in der Rechtsprechung sprechen u. E. daher die **besseren Argumente gegen eine Übertragung der vom BGH zur kumulativen Anwendung von §§ 2069, 2270 BGB aufgestellten Grundsätze auf eine kumulative Anwendung der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB und der Ergänzungsregel des § 2094 Abs. 1 S. 1 BGB**, d. h., der Längerlebende wäre im Zweifel an die Schlusserebeneinsetzung des C unter Berücksichtigung der Anwachsung gebunden, sofern kein Änderungsvorbehalt vorgesehen ist (hierzu sogleich unter Ziff. 3).

3. Änderungsvorbehalt des Längerlebenden?

Im Einzelfall mag die Pflichtteilsstrafklausel aber dahingehend ausgelegt werden können, dass eine Bindung im Hinblick auf die „frei gewordenen“ Erbteile im Schluss-

erbfall nicht eintritt, sondern der Längerlebende berechtigt ist, die Ersatzregelung in Gestalt der Anwachsung durch Verfügung von Todes wegen einseitig zu ändern. In diesem Sinne hat das **BayObLG** in einer von ihm zu entscheidenden Konstellation die vereinbarte Pflichtteilsstrafklausel ausgelegt (NJW-RR 1990, 969 = MittBayNot 1990, 251, Ls.: „so kann diese Klausel dahin ausgelegt werden, daß der Überlebende endgültig Vollerbe wird und an die erbvertragliche Schlußerbeneinsetzung nicht mehr gebunden ist, wenn der Abkömmling den Pflichtteil verlangt“). In der Literatur wird ebenfalls auf die Möglichkeit einer im Einzelfall bestehenden Änderungsbefugnis hingewiesen. Strittig ist lediglich, ob eine derartige Änderungsbefugnis nur bei Vorliegen besonderer Umstände (so tendenziell Ivo, ZEV 2004, 205: erneute Erbeinsetzung der illoyalen Kinder bei Rückzahlung des Pflichtteils; J. Mayer, in: Reimann/Bengel/J. Mayer, Testament und Erbvertrag, 5. Aufl. 2006, § 2270 BGB Rn. 87) oder generell hinsichtlich der „Ersatzregelung“ bei Eingreifen einer Pflichtteilsstrafklausel bestehen soll (so Bamberger/Roth/Litzenburger, § 2269 Rn. 49). **Ggf. führt daher die Auslegung im vorliegenden Fall zur Befugnis des überlebenden Ehegatten, über den verwirkten Erbteil neu zu verfügen.**

4. Praxishinweis

Aus den vorstehenden Überlegungen wird deutlich, dass die **Rechtslage** bei einfachen (unvollständigen) Pflichtteilsstrafklauseln nach wie vor **nicht vollständig geklärt** ist. Es mag sich daher empfehlen, nicht nur die unmittelbare Folge eines Verstoßes gegen die Verwirkungsklausel (automatischer Verlust der Erbenstellung) **zu regeln**, sondern auch, welches Verhalten konkret die Sanktionen auslöst und **was mit einem verwirkten Erbteil geschehen soll** (Anwachsung, Anfall an Ersatzberufene etc.). Regelungsbedürftig ist schließlich, **inwieweit** der überlebende Ehegatte hinsichtlich des verwirkten Erbteils noch testamentarischen oder erbvertraglichen **Bindungen** unterliegen soll.

In der Literatur wird beispielsweise eine Bestimmung vorgeschlagen, wonach die durch Verstoß gegen die Verwirkungsklausel frei werdende Erbquote den übrigen Miterben entsprechend ihren Erbteilen anwächst, der Längerlebende jedoch berechtigt ist, über die frei gewordene Erbquote beliebig zu verfügen (vgl. G. Müller, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 10 Rn. 201). Alternativ könnte dem Längstlebenden im Sinne eines eingeschränkten Änderungsvorbehalts das Recht eingeräumt werden, nach freiem Ermessen einem oder mehreren Personen aus dem Kreis der gemeinschaftlichen Abkömmlinge den frei werdenden Erbteil zuzuwenden. Unterlässt der Längstlebende eine solche Verfügung, wächst der Erbteil den übrigen Abkömmlingen – soweit sie nicht ebenfalls von der Erbfolge ausgeschlossen sind – zu gleichen Teilen nach Stämmen an (vgl. Worm, RNotZ 2003, 535, 551).

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.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 §§ 428, 2033

Erwerb eines Erbteils als Gesamtgläubiger

Abruf-Nr.:

BGB § 83

Errichtung einer Stiftung von Todes wegen; Versagung der Anerkennung durch die Stiftungsbehörde

Abruf-Nr.:

GrEStG §§ 3, 6

Nachlassinsolvenz; Anwendbarkeit des § 6 GrEStG und der Steuerbefreiungsvorschrift des § 3 GrEStG

Abruf-Nr.:

InsO § 270a

Verfügungsbefugnis des Insolvenzschuldners bei Anordnung einer vorläufigen Eigenverwaltung

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

WEG § 12 Abs. 1, 3; BGB § 878; GBO § 29

Wirksamkeit der Verwalterzustimmung auch bei Ende des Verwalteramts vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt

1. Die Zustimmung des Verwalters zu der Veräußerung von Wohnungseigentum nach § 12 Abs. 1, 3 WEG bleibt auch dann wirksam, wenn die Bestellung des Verwalters vor dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt endet.

2. Im Grundbuchverfahren ist grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der Verwalter, dessen Zustimmung zur Veräußerung nach § 12 WEG in der Form des § 29 Abs. 1 GBO dem Grundbuchamt vorliegt, auch noch in dem Zeitpunkt zum Verwalter bestellt war, in dem der Umschreibungsantrag eingereicht worden ist.

BGH, Beschl. v. 11.10.2012 – V ZB 2/12

Abruf-Nr.:

Problem

Im Grundbuch eines veräußerten Wohnungseigentums war eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 Abs. 1 WEG eingetragen. Die **im April 2011 zum Grundbuchvollzug eingereichte Zustimmung der Verwalterin vom Dezember 2010** wurde vom Grundbuchamt mit der Begründung beanstandet, aus dem Bestellungsprotokoll ergebe sich, dass die **Verwalterin nur bis zum 31.12.2010 bestellt** gewesen sei. Daher müsse ein Nachweis über die Verlängerung ihrer Bestellung oder die Zustimmung des derzeitigen Verwalters vorgelegt werden.

Entscheidung

Ausgehend von der Prämisse, dass die Zustimmungserklärung in der Form des § 29 GBO sowie die Verwaltereigenschaft desjenigen, der die Erklärung abgegeben hat, gem. § 26 Abs. 3 WEG nachzuweisen ist, widmet sich der BGH der Frage, **ob eine vom Verwalter erklärte Zustimmung über die Zeit seiner Bestellung hinaus wirkt**. Dabei referiert er zunächst den bisherigen Streitstand (vgl. hierzu Gutachten DNotI-Report 2010, 209).

Das **Beschwerdegericht** (OLG Frankfurt ZWE 2012, 273 = RNotZ 2012, 330) hatte sich einer in der obergerichtlichen Rechtsprechung weit verbreiteten Auffassung an-

geschlossen, wonach das **Zustimmungserfordernis gem. § 12 WEG** – ähnlich wie bei der parallelen Zustimmungspflicht nach § 5 ErbbauRG – als **Beschränkung der Verfügungsmacht** des jeweiligen Eigentümers zu begreifen ist. Die Berechtigung zur Erteilung einer nach § 12 WEG erforderlichen Zustimmung müsse deshalb gem. § 878 BGB noch in dem Zeitpunkt vorliegen, in welchem die Einigung nach §§ 925, 873 BGB für den Veräußerer bindend geworden und der Antrag auf Umschreibung des Eigentums beim Grundbuchamt eingereicht worden sei (OLG Celle RNotZ 2005, 542, 543; OLG Hamm DNotZ 2011, 375; OLG Hamburg ZfR 2011, 528).

Die **in der Literatur** (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 2904) **überwiegend vertretene Gegenmeinung**, der sich auch einige Oberlandesgerichte angeschlossen haben (KG DNotZ 2012, 773; OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 1456, 1457 = DNotZ 2011, 625; OLG München NZM 2012, 388, 389 = MittBayNot 2011, 486), sieht in **§ 12 WEG** dagegen **lediglich eine Beschränkung der Fungibilität**. Demzufolge beeinträchtigt die einmal wirksam erteilte Zustimmung die Wirksamkeit des Vertrags einschließlich der Auflassung selbst dann nicht mehr, wenn der Zustimmungseiner Verwalterschaft vor dem für § 878 BGB maßgeblichen Zeitpunkt verliert.

Nur vereinzelt wurde die Beendigung des Amtes des Verwalters nach Erklärung der Zustimmung deshalb als unbeachtlich angesehen, weil dieser nicht selbst Zustimmungsberechtigter sei, sondern für die übrigen Wohnungseigentümer handele. Hiernach bleibt die Zustimmung nach den allgemeinen für die Vertretung geltenden Grundsätzen wirksam (LG Mannheim BWNNotZ 1979, 125).

Laut BGH hängt die Wirksamkeit der vom Verwalter erklärten Zustimmung nicht davon ab, dass er das Verwalteramt noch in dem in § 878 BGB genannten Zeitpunkt innehat. Dabei lässt der Senat offen, ob die Auffassung des Beschwerdegerichts, § 12 Abs. 1 WEG sei als Beschränkung der Verfügungsbefugnis des Wohnungseigentümers anzusehen, im Einklang mit der h. M. in der Literatur abzulehnen ist. Die Zustimmung des Verwalters wirke jedenfalls deshalb fort, weil sie eine Entscheidung ersetze, die – ohne die Übertragung der Zustimmungsbefugnis auf ihn – von den anderen Wohnungseigentümern (allen mit Ausnahme des Veräußerers) durch Beschluss zu treffen wäre (vgl. Tz. 12). Der **Verwalter**, dem in der Gemeinschaftsordnung die Befugnis zur Zustimmung zu einer Veräußerung nach § 12 Abs. 1 WEG übertragen worden sei, nehme bei seiner Entscheidung kein eigenes Recht wahr, sondern **werde lediglich als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer tätig**. Seine Zustimmung zur Veräußerung ersetze den (anderenfalls notwendigen) Beschluss der anderen Wohnungseigentümer (vgl. Tz. 13).

Die **Verwaltungsbefugnis der Wohnungseigentümer werde durch die Übertragung der Zustimmungskompetenz auf den Verwalter jedoch nicht verdrängt**. Vielmehr sei es den Wohnungseigentümern jederzeit möglich, durch Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft die Zustimmungsbefugnis an sich zu ziehen und über die Erteilung der Zustimmung zu entscheiden. Ein solcher Zustimmungsbeschluss sei gem. § 10 Abs. 4 S. 1 WEG auch für Sonderrechtsnachfolger bindend und vom Grundbuchamt zu beachten. Nichts anderes könne aber für die Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung gelten. Diese sei (sofern man eine Widerruflichkeit der Zustimmungserklärung überhaupt bejahen könne, was der BGH ausdrücklich offenlässt) für

die anderen Wohnungseigentümer jedenfalls so lange bindend, wie diese nichts anderes beschließen (Tz. 15).

Schließlich stellt der BGH für das Grundbuchverfahren fest, dass das Grundbuchamt nach dem ihm unterbreiteten Sachverhalt zu entscheiden habe. Es sei nicht berechtigt, von sich aus von Amts wegen Ermittlungen zur Erteilung oder Versagung der Zustimmung anzustellen. Im Grundbuchverfahren sei deshalb grundsätzlich nicht zu prüfen, ob der in der Form des § 29 GBO zustimmende Verwalter auch noch in dem Zeitpunkt zum Verwalter bestellt gewesen sei, in dem der Umschreibungsantrag eingereicht worden sei (Tz. 16).

BGB § 2198 Abs. 1; BeurkG § 7 Nr. 1 Unwirksame Ermächtigung des Urkundsnotars zur Bestimmung des Testamentsvollstreckers

Die Regelung in einem notariellen Testament, dass der Notar die Person des Testamentsvollstreckers bestimmen soll (vgl. § 2198 Abs. 1 Satz 1 BGB), ist wegen des Verbots der Verschaffung eines rechtlichen Vorteils zugunsten des Notars gemäß § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam.

BGH, Beschl. v. 10.10.2012 – IV ZB 14/12
Abruf-Nr.:

Problem

Der Erblasser ließ beim Notar ein Testament mit Erbeinsetzungen, Teilungsanordnungen und Vermächtnissen beurkunden. Im Testament wurde Testamentsvollstreckung zur Abwicklung bzw. Erfüllung der darin enthaltenen Verfügungen und Vermächtnisse angeordnet. Ferner wurde der Urkundsnotar ermächtigt, den Testamentsvollstrecker zu bestimmen (vgl. § 2198 Abs. 1 S. 1 BGB).

Nach dem Tod des Erblassers ernannte der Urkundsnotar Frau X zur Testamentsvollstreckerin. Diese nahm das Amt an und beantragte die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, das ihr vom zuständigen Notariat als Nachlassgericht auch erteilt wurde. Auf die Beschwerde eines anderen Beteiligten hin wurde der Beschluss vom Beschwerdegericht abgeändert und der Antrag der Frau X zurückgewiesen (OLG Stuttgart, Beschl. v. 29.3.2012 – 8 W 112/12, ZEV 2012, 486 = RNotZ 2012, 393). Hiergegen richtet sich die Rechtsbeschwerde der Frau X.

Entscheidung

Der BGH hält die Rechtsbeschwerde für **unbegründet**. Aus seiner Sicht kann Frau X die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach § 2368 Abs. 1 BGB nicht verlangen. Der Urkundsnotar sei nicht befugt gewesen, sie zur Testamentsvollstreckerin zu bestimmen, da die entsprechende Regelung im notariellen Testament wegen Verstoßes gegen § 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam sei. Das **Recht des Erblassers gem. § 2198 Abs. 1 S. 1 BGB**, die Bestimmung der Person des Testamentsvollstreckers einem Dritten zu überlassen, wird nach Auffassung des BGH **durch § 7 Nr. 1 BeurkG eingeschränkt**. Nach dieser Vorschrift ist die Beurkundung von Willenserklärungen unwirksam, soweit diese darauf gerichtet sind, dem Notar einen rechtlichen Vorteil zu verschaffen.

Rechtlicher Vorteil i. S. d. Bestimmung ist jede Verbesserung der Rechtsposition durch die Einräumung vorher nicht bestehender Rechte oder die Verminderung bestehender

Verpflichtungen; der Vorteil muss sich **unmittelbar** aus der in der Urkunde niedergelegten Willenserklärung ergeben und nicht einmal auf vermögensrechtlichem Gebiet liegen (vgl. auch Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 7 Rn. 3). Die Ermächtigung des Urkundsnotars zur Benennung des Testamentsvollstreckers sieht der BGH als „rechtlichen Vorteil“ i. S. d. Bestimmung an, da der Notar die rechtliche Möglichkeit, „auf die Person des Testamentsvollstreckers Einfluss zu nehmen“, ohne die entsprechende Verfügung des Erblassers nicht gehabt habe. Dieser rechtliche Vorteil erbege sich auch unmittelbar durch die Urkunde.

Der BGH weist ferner darauf hin, dass **§ 7 BeurkG neben § 27 BeurkG** (wonach der beurkundende Notar in einer Verfügung von Todes wegen nicht wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt werden kann; vgl. dazu ausführlich Gutachten DNotI-Report 2012, 143) einen **eigenständigen Anwendungsbereich** besitzt. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers sei bei § 7 BeurkG „ein strenger Maßstab geboten, um das **Ansehen des Notarstandes zu wahren** und eine **Übervorteilung Beteiligter zu verhindern**“ (BT-Drs. V/3282, S. 3, 29). In diesem Zusammenhang gelte es vor allem zu verhindern, dass der Notar durch die Einräumung ihm ansonsten nicht zustehender rechtlicher Vorteile in der Urkunde in die Gefahr eines Konflikts mit seinen sonstigen Pflichten komme, insbesondere mit den Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG. Ein eigenes Interesse des Urkundsnotars an der Person des von ihm zu bestimmenden Testamentsvollstreckers könne der Urkundsnotar beispielsweise haben, wenn im Rahmen der Testamentsvollstreckung Tätigkeiten erforderlich seien, die ihrerseits einer notariellen Beurkundung bedürften (wie vorliegend die Erfüllung von Teilungsanordnungen und Vermächtnissen betreffend Grundbesitz).

Es stellt schließlich laut BGH keine unzulässige Beschränkung der Rechtsposition des Erblassers dar, wenn ihm die Ermächtigung des Notars zur Testamentsvollstreckerbestimmung versagt wird. Dem Erblasser bleibe es nämlich unbenommen, entweder selbst den Testamentsvollstrecker zu ernennen oder einen Dritten – außer dem Urkundsnotar – mit der Bestimmung gem. § 2198 Abs. 1 S. 1 BGB zu betrauen oder das Nachlassgericht als Bestimmungsberechtigten einzusetzen.

Literaturhinweise

D. Bredemeyer/M. Tews, Erbteilung durch dingliche Abschiebung, ZEV 2012, 352

H. Hofmeister, Der verschmelzungsrechtliche Squeeze-out: Wichtige Aspekte und Besonderheiten der Verschmelzung, NZG 2012, 688

G. Jennißen/F. Bartholome, Die Entwicklung des Wohnungseigentumsrechts im Jahre 2011, NJW 2012, 2164

R. Kanzleiter, Der Irrtum über die Bindungswirkung als Grundlage der Selbstanfechtung von wechselbezüglichen Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament durch den Erblasser, MittBayNot 2012, 264

J. Kohler, Wiederaufladung stehengebliebener Hypothekenvormerkungen?, BauR 2012, 1164

J. Reichert, Vinkulierung von GmbH-Geschäftsanteilen – Möglichkeiten der Vertragsgestaltung, GmbHR 2012, 713

T. Spanke, Der persönlich beschränkte Pflichtteilsverzicht, ZEV 2012, 345

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: Notar a. D. Sebastian Herrler

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg