

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

24. Jahrgang
Dezember 2016
ISSN 1434-3460

23/2016

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGBGB Art. 22, 23 – Syrien: Volljährigenadoption

BGB § 2113 – Entgeltlichkeit der Verfügung; Berücksichtigung eines vorbehaltenen Wohnungsrechts bei der Verkehrswertermittlung

EuErbVO Art. 25 – Tschechien: Pflichtteilsverzichtsvertrag eines deutschen Staatsangehörigen (Erblasser) mit einem Abkömmling tschechischer Staatsangehörigkeit

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG §§ 66, 68 Abs. 1; BGB § 181 – Befreiung eines Liquidators von § 181 BGB als zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

EGBGB Art. 22, 23 Syrien: Volljährigenadoption

I. Sachverhalt

Ein lediger und kinderloser deutscher Staatsangehöriger möchte einen syrischen Flüchtling adoptieren. Der Anzunehmende ist 18 Jahre alt und damit auch nach syrischem Recht volljährig. Er befindet sich bereits seit November 2015 im Haushalt des Annehmenden.

II. Frage

Sieht das nach Art. 23 S. 1 EGBGB berufene syrische Heimatrecht des Anzunehmenden zusätzliche Zustimmungserfordernisse vor?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbares Recht

Das auf die Annahme als Kind anwendbare Recht bestimmen aus deutscher Sicht die Art. 22, 23 EGBGB. Danach ist bei einer Einzeladoption grundsätzlich das **Heimatrecht des Annehmenden**, bei der Adoption durch ein Ehepaar das Recht der persönlichen Wirkungen ihrer Ehe berufen. Darüber hinaus findet das **Heimatrecht des Kindes** für seine **Zustimmung** zur Adoption und die Zustimmung seiner Verwandten Anwendung.

a) Das nach Art. 22 Abs. 1 EGBGB berufene Recht

Gemäß Art. 22 Abs. 1 S. 1 EGBGB unterliegt die Annahme durch eine Einzelperson deren Heimatrecht. Da der Anzunehmende die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt, ist

nach Art. 22 Abs. 1 S. 1 EGBGB das deutsche Recht berufen. Dies betrifft die Voraussetzungen (insbesondere Altersgrenzen, Probezeit u. Ä.), die Art und Weise des Zustandekommens (Mitwirkungsrechte usw.) und teilweise auch die Wirkungen der Adoption.

b) Das nach Art. 23 S. 1 EGBGB berufene Recht

Gemäß Art. 23 S. 1 EGBGB ist im Hinblick auf die erforderlichen Zustimmungen grundsätzlich auch das Recht des Staates berufen, dem der Anzunehmende angehört. Da der Anzunehmende syrischer Staatsangehöriger ist, ist insoweit gem. Art. 23 S. 1 EGBGB das syrische Recht anwendbar. Fraglich und **umstritten** ist, ob im Rahmen des Art. 23 S. 1 EGBGB **Rück- und Weiterverweisungen beachtlich** sind. Während eine Ansicht die allgemeinen Regeln für beachtlich erklärt (Staudinger/Henrich, BGB, 2014, Art. 23 EGBGB Rn. 6), lehnt dies eine andere Ansicht ab (BayObLG FamRZ 1988, 868; Palandt/Thorn, BGB, 76. Aufl. 2017, Art. 23 EGBGB Rn. 2 m. w. N.).

Das **islamische Recht Syriens** kennt allerdings – wie auch andere islamische Staaten – die Adoption nicht, verbietet sie vielmehr aus religiösen Gründen (vgl. beispielhaft Art. 83 Abs. 3 des marokkanischen Gesetzbuches des Personen- und Erbrechts und Paret, Der Koran, 8. Aufl. 2012, Sure 33, 4: „*Gott hat keinem Mann zwei Herzen in seinem Bauch gemacht. Und er hat eure Gattinnen, von denen ihr euch scheidet mit der Formel, sie seien euch verwehrt, wie der Rücken eurer Mütter, nicht zu euren wirklichen Müttern gemacht. Und er hat eure Nennsöhne (d. h. Adoptivsöhne) nicht zu euren (wirklichen) Söhnen gemacht, sodass sie zwei Väter hätten*“).

Insoweit stellt sich die Frage, ob und wie dieses **Adoptionsverbot** i. S. v. Art. 23 S. 1 EGBGB zu berücksichti-

gen ist. Nach wohl h. M. führt es nicht dazu, dass damit eine Adoption ausgeschlossen wäre (Staudinger/Henrich, Art. 23 EGBGB Rn. 19 m. w. N.; MünchKommBGB/Helms, 6. Aufl. 2013, Art. 23 EGBGB Rn. 23; Andrae, Internationales Familienrecht, 3. Aufl. 2014, § 7 Rn. 52). Über die Statthaftigkeit der Adoption entscheidet nämlich Art. 22 Abs. 1 EGBGB. Da gem. Art. 22 Abs. 1 S. 1 EGBGB vorliegend aber deutsches Recht berufen ist, kann sich das Adoptionsverbot des islamischen Rechts hier nicht auswirken.

Es ist vielmehr davon auszugehen, dass das **Heimatrecht keine zusätzlichen Einwilligungen** vorsieht (so auch AG Ahrensburg IPRspr. 1989 Nr. 150; LG Wuppertal IPRspr. 1992 Nr. 154; Jayme, NJW 1989, 3069; Lorenz, IPRax 1990, 193; jurisPK-BGB/Behrentin, 7. Aufl. 2014, Art. 23 EGBGB Rn. 8).

Für die vorliegend vorgesehene Adoption sind also lediglich die nach den Bestimmungen des BGB verlangten Zustimmungen einzuholen. Die **Zustimmung der leiblichen Eltern** des volljährigen Anzunehmenden ist somit **nicht erforderlich**.

Sollte es sich bei dem anzunehmenden Syrer um einen Flüchtling i. S. d. Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) handeln, so wird bei der Prüfung im Rahmen des Art. 23 S. 1 EGBGB gem. Art. 12 GFK statt des Heimatrechts des Flüchtlings das Wohnsitzrecht oder – in Ermangelung eines Wohnsitzes – das Recht des Aufenthaltsstaates zum Personalstatut des Flüchtlings bestimmt. Die Prüfung der Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft erfolgt anhand der in § 3 AsylVfG und Art. 1 GFK genannten Kriterien (Grünenwald, NZFam 2016, 389). Sollte die Prüfung im Einzelfall zu dem Ergebnis führen, dass der Anzunehmende tatsächlich als Flüchtling i. S. d. GFK anzusehen ist, wäre über das Wohnsitz- bzw. Aufenthaltsrecht als Zustimmungsstatut also das deutsche Recht berufen. An dem Ergebnis des veröffentlichten Gutachtens würde sich hierdurch nichts ändern.

2. Internationale und örtliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte

Die deutschen Gerichte sind für eine Adoption gem. § 101 FamFG in all den Fällen international zuständig, in denen der Annehmende, einer der annehmenden Ehegatten oder der Anzunehmende die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat. Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist vorliegend somit zweifelsfrei zu bejahen. Die örtliche Zuständigkeit folgt aus § 187 Abs. 1-3 FamFG. Entscheidend ist nach § 187 Abs. 1 FamFG, in welchem Bezirk der Annehmende seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. § 187 Abs. 4 FamFG, welcher in bestimmten Fällen eine Zuständigkeitskonzentration vorsieht, gilt nur für Minderjährigenadoptionen (BeckOK-FamFG/Nickel, Stand: 1.8.2016, § 187 Rn. 10).

BGB § 2113 Entgeltlichkeit der Verfügung; Berücksichtigung eines vorbehaltenen Wohnungsrechts bei der Verkehrswertermittlung

I. Sachverhalt

Eine ältere Dame hat von ihrer Mutter ein Wohnhausgrundstück als befreite Vorerbin geerbt. Nacherben sind

die drei Söhne der Vorerbin und ihres Mannes. Zu zwei Söhnen besteht ein schlechtes Verhältnis. Der Ehemann hat nach eigenen Angaben sein gesamtes Einkommen über die Jahre in das Haus investiert. Er möchte daher Eigentümer des Hauses werden. Die Vorerbin möchte nun mit ihrem Ehemann einen Darlehensvertrag schließen, bezogen auf die durch Belege nachweisbaren Aufwendungen des Ehemannes auf das Wohnhaus. Sodann möchte die Vorerbin das Wohnhausgrundstück an ihren Ehemann verkaufen und der Kaufpreis soll durch Verrechnung mit der Darlehensforderung des Ehemannes und unter Einräumung eines Wohnungsrechts für die Vorerbin getilgt werden.

II. Fragen

1. Stellt der vorstehend beschriebene Kaufvertrag eine entgeltliche Verfügung der Vorerbin dar, die nicht nach § 2113 Abs. 2 BGB im Falle des Eintritts des Nacherbfalls unwirksam ist?

2. Wie berücksichtigt ein Gutachter in einem Verkehrswertgutachten den Wert des als Gegenleistung einzuräumenden Wohnungsrechts für die verkaufende Vorerbin?

III. Zur Rechtslage

1. Verfügungsbefugnis des Vorerben

a) Rechtsstellung des Vorerben

Der Vorerbe ist **echter Erbe** des Erblassers, Eigentümer der Nachlassgegenstände und von daher grundsätzlich auch Verfügungsberechtigt (vgl. § 2112 BGB). Einschränkungen in seiner Verfügungsbefugnis sieht aber § 2113 BGB in unterschiedlichem Umfang, je nach Befreiung (vgl. §§ 2136, 2137 BGB), vor. Ist der Vorerbe wie im vorliegenden Fall befreit, kann er entgeltlich, **nicht aber unentgeltlich** über den zum Nachlass zugehörigen Grundbesitz verfügen. Eine Verfügung, die vom Vorerben entgegen § 2113 BGB vorgenommen wird, ist nicht sofort, wohl aber mit Eintritt des Nacherbfalls unwirksam, sofern hierdurch der Nacherbe beeinträchtigt ist.

b) Unentgeltliche Verfügung

Für den Begriff der Unentgeltlichkeit i. S. d. § 2113 Abs. 2 BGB kommt es nach h. M. nur darauf an, **ob** für das vom Vorerben Weggegebene eine **objektiv gleichwertige Gegenleistung in den Nachlass fließt** und der Vorerbe weiß, dass dem Opfer keine gleichwertige Gegenleistung an die Erbmasse gegenübersteht, oder doch bei ordnungsmäßiger Verwaltung der Masse unter Berücksichtigung seiner künftigen Pflicht, die Erbschaft dem Nacherben herauszugeben, das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen (BGH NJW 1984, 366; NJW 1963, 1613; Staudinger/Avenarius, BGB, 2013, § 2113 Rn. 62). § 2113 Abs. 2 BGB erfasst **auch die nur teilweise unentgeltliche** Verfügung, so dass in einem solchen Fall die ganze Verfügung bei Eintritt des Nacherbfalls unwirksam wäre (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 13 m. w. N.).

Will der Vorerbe also dem Erwerber eine beständige Rechtsposition verschaffen und ihn vor eventuellen Zahlungsansprüchen (bzw. Herausgabeansprüchen) schützen, muss er darauf achten, dass die Verfügung **in vollem Umfang entgeltlich** erfolgt.

Die Gegenleistung des Erwerbers muss der Leistung des Vorerben gleichwertig sein oder es muss wegen des subjektiven Moments der Unentgeltlichkeit zumindest eine im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung der Vorerbschaft noch vertretbare Gegenwertvereinbarung getroffen werden (vgl. Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn. 69).

c) Wohnungsrecht

Bei der Vereinbarung der Gegenleistung ist darauf zu achten, dass diese wegen § 2111 BGB grundsätzlich **dem Nachlass selbst** zugutekommen muss. Das bedeutet, dass als Entgelt grundsätzlich nur solche Leistungen in Betracht kommen, durch die dem Nachlass ein Vermögensvorteil zugewandt wird, der seine durch die Verfügung eingetretene Verringerung aufwiegt (vgl. Johannsen, WM 1970, 3). Soll als Gegenleistung beispielsweise eine **Leibrente** vereinbart werden, ist dies problematisch, da diese grundsätzlich dem Vorerben selbst für seinen Unterhalt zufließt. Der BGH (BGHZ 69, 47, 51 f.) hat daher für den nicht befreiten Vorerben entschieden, dass dieser Nachlassgegenstände nicht gegen die Gewährung einer Leibrente veräußern dürfe, da dieses „Entgelt“ keine in den Nachlass fließende Gegenleistung darstelle.

Anders ist dies jedoch **bei einem befreiten Vorerben**, da dieser nach den §§ 2136, 2134 BGB Nachlassgegenstände (also auch Grundstücke) für sich verwenden darf. Beim befreiten Vorerben ist die Verfügung also auch dann entgeltlich, wenn eine gleichwertige Gegenleistung dem Vorerben selbst zugutegekommen ist (vgl. Johannsen, WM 1970, 3).

Demzufolge ist in der Rechtsprechung auch anerkannt, dass der befreite Vorerbe ein Grundstück veräußern und sich dafür ein gleichwertiges Altenteil oder eine ebensolche Leibrente gewähren lassen darf (vgl. BGH NJW 1955, 1354; NJW 1977, 1631, 1632; BayObLG DNotZ 1958, 89, 91; so auch Johannsen, WM 1970, 4).

Für die Frage der Gleichwertigkeit kommt es auf den **Zeitpunkt des Vertragsabschlusses**, also den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts an (vgl. BGH NJW 1977, 1631, 1632; BayObLG DNotZ 1958, 89, 92). An der Beurteilung der Gleichwertigkeit ändert es also nichts, wenn sich der Kaufvertrag nachträglich infolge des alsbaldigen Ablebens des Verkäufers als für diesen unvorteilhaft erweist (vgl. BayObLG DNotZ 1958, 89, 91).

Was den Vorbehalt eines Wohnungsrechts anbelangt, so liegen hierzu u. E. bislang keine ausdrücklichen Gerichtsentscheidungen vor. Vergleichbar ist die Rechtslage aber mit dem Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts. Zum Nießbrauchsvorbehalt hat das OLG Braunschweig (FamRZ 1995, 443) entschieden, dass der beim Grundstücksverkauf durch den Vorerben vorbehaltene Nießbrauch bzw. der Nießbrauch, den der Erwerber zugunsten des Vorerben bestellt, **keine Gegenleistung** des Erwerbers **darstelle, sondern den Wert der Leistung des Vorerben mindere**. Insoweit hat das OLG Braunschweig (a. a. O) ausgeführt:

„Offen bleiben kann auch, ob entsprechend der Auffassung der Kläger der Wert des Nießbrauchs für die Bewertung der Gegenleistung der Beklagten unberücksichtigt bleibt (so BGH bei Johannsen in WM 1970, 2, 4; MüKo-Grunsky, § 2113 Rn. 25; Soergel-Harder, BGB, 12. Aufl., 1992, § 2113 Rdnr. 22). Gegen diese Auffassung könnte sprechen, dass es für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses ankommt (BayObLGZ 1957, 285, 289) und dass zu diesem Zeitpunkt der Grundstückswert durch die Belastung mit dem Nießbrauch gemindert ist (vgl. BGH FamRZ 1991, 552, 553 und 1992, 802 f. jew.m. abl. Anm. Reiff; zu § 2325 BGB). Jedenfalls kann aber die Einräumung des Nießbrauchs nicht als Gegenleistung der Beklagten angesehen werden, sondern mindert vielmehr den Wert der ihr überlassenen Eigentumswohnung. Denn unabhängig von der Art der rechtstechnischen Durchführung des Geschäfts ist die Beklagte bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise

so gestellt gewesen, als hätte sie von vornherein die mit einem Nießbrauch belastete Wohnung erworben (vgl. jew. zu § 107 BGB RGZ 148, 321, 324 -für bewegliche Sachen-, BayObLGZ 1979, 49, 54; vgl. auch BGHZ 24, 372, 374 f.). Dies hat zur Folge, dass der von der Beklagten behauptete Verkehrswert der Eigentumswohnung von 120.000,- DM um den Wert des Nießbrauchs, den die Beklagte sachgerecht mit 20.000,- DM annimmt, herabzusetzen ist, so dass sich der Gesamtwert der mit dem Nießbrauch belasteten Wohnung auf 100.000,00 DM und der Wert der der Nacherbfolge unterliegenden Wohnungshälfte auf 50.000,00 DM stellen würden.“

Dem hat sich die Literatur angeschlossen (Staudinger/Avenarius, § 2113 Rn. 75; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.5.2016, § 2113 Rn. 17; Palandt/Weidlich, § 2113 Rn. 10). Auch der BGH hat diese Auffassung bestätigt (zuletzt Urt. v. 28.9.2016 – IV ZR 513/15, Rn. 9 m. w. N.).

Die jeweiligen Leistungen sind dabei mit den **Verkehrswerten** anzusetzen, die sich bei objektiver Betrachtung aufgrund der für die einzelnen Vermögensgegenstände geltenden Bewertungsgrundsätze ergeben. Bei Grundbesitz kommt es auf den erzielbaren Verkaufspreis an (BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2113 Rn. 17). Das vorbehaltene Wohnungsrecht mindert dabei den Wert der Leistung der Vorerbin (zur Wertbestimmung sogleich).

d) Darlehensverbindlichkeit

Der Erlass einer Darlehensforderung kann grundsätzlich als Gegenleistung für eine Grundstücksübertragung vereinbart werden. Es kommt dadurch unmittelbar zu einem Vermögenszuwachs bei der Schuldnerin (Vorerbin), da diese von ihrer Rückzahlungsverpflichtung befreit wird. Allerdings dürften diese Investitionen unter Umständen auch den Wert des Grundbesitzes entsprechend erhöht haben.

Die Begründung der Darlehensverbindlichkeit ist im Übrigen nach der Rechtsprechung des BGH auch nicht als Schenkung der Vorerbin an den Ehemann anzusehen. Denn selbst wenn der Ehemann zunächst unentgeltlich Investitionen vorgenommen hat, ist es den Parteien nicht verwehrt, für die Leistungen nachträglich ein Entgelt zu vereinbaren, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht (BGH DNotZ 1991, 498 = NJW-RR 1989, 706; NJW-RR 1996, 705, 706; ZEV 2007, 326 Rn. 14; krit. Keim, FamRZ 2004, 1081, 1084).

Insoweit wäre dann im Einzelfall zu prüfen, ob der Wert des Grundbesitzes durch die nachträglich vereinbarte Gegenleistung tatsächlich abgedeckt wird. Ist dies der Fall, dürfte vorliegend von einer entgeltlichen Verfügung der Vorerbin auszugehen sein.

2. Ermittlung des Verkehrswertes

Da das Wohnungsrecht den Wert des Kaufobjektes senkt (s. o.), dürfte es bei der Ermittlung des Wertes des Grundbesitzes für den Käufer zu berücksichtigen sein.

Der BGH hat in seinen Entscheidungen bislang immer **offengelassen**, wie die Kapitalisierung eines Nutzungsrechts, etwa im Rahmen von § 2325 BGB, zu erfolgen hat. In seiner Entscheidung vom 30.5.1990 (FamRZ 1991, 552 = DNotZ 1991, 902) hat er lediglich ausgeführt, dass der Wert der kapitalisierten Nutzungen unter **Berücksichtigung der Lebenserwartung des Nießbrauchers** (Nutzungsberechtigten) zu ermitteln sei.

Eine Aussage dazu, wie die Lebenserwartung des Berechtigten wiederum konkret zu ermitteln ist, enthält die Entscheidung nicht. Lediglich in einem nicht veröffentlichten Urteil des BGH vom 8.4.1968 (Az.: III ZR 49/66; zitiert bei RGRK-BGB/Johannsen, 12. Aufl. 1975, § 2325 Rn. 22) stellt dieser fest, dass sich für die Ermittlung dieser Lebenserwartung Anhaltspunkte aus § 24 KostO und § 14 BewG i. V. m. Anlage 9 ergeben können. Dies hat der BGH nunmehr in seiner Entscheidung vom 28.9.2016 (IV ZR 513/15, Rn. 10) bestätigt. Zur Kapitalisierung sei der **jährliche Nettobetrag** des Nießbrauchs **mit der Lebenserwartung** des Nießbrauchers **auf der Grundlage des Vervielfältigungsfaktors aus Anlage 9 zu § 14 BewG zu multiplizieren**.

Im Übrigen wird überwiegend in Literatur und Rechtsprechung für **die Bewertung von Nutzungsrechten auf § 14 Abs. 1 BewG i. V. m. der jährlichen Tabelle des BMF** (<http://bundesfinanzministerium.de>) zurückgegriffen (vgl. BeckOGK-BGB/Schindler, Stand: 1.10.2016, § 2325 Rn. 181; OLG Celle ZEV 2003, 83; ZErB 2003, 383; BeckOK-BGB/J. Mayer, Stand: 1.8.2015, § 2325 Rn. 26). Bei diesem Verfahren erfolgt die Kapitalisierung unter Berücksichtigung eines **Zinssatzes von 5,5 %**. Wegen der Zukunftsbezogenheit der Leistung ist eine Abzinsung des Wertes der lebenslangen Nutzung erforderlich (vgl. BeckOK-BGB/J. Mayer, § 2325 Rn. 26 m. w. N.). Einige halten diesen Zinssatz allerdings für überhöht und schlagen stattdessen einen **Zinssatz von 2,5 bis 3 %** als Abgeltungszinssatz und einen Rückgriff auf die aktuelle Sterbetafel vor (Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 1264, 1540; Gehse, RNotZ 2009, 361, 375).

Im Rahmen der Bewertung sind Nutzungsrechte dann mit ihren kapitalisierten Jahreswerten als Abzugsposten anzusetzen (BeckOGK-BGB/Schindler, § 2325 Rn. 185).

EuErbVO Art. 25

Tschechien: Pflichtteilsverzichtungsvertrag eines deutschen Staatsangehörigen (Erblasser) mit einem Abkömmling tschechischer Staatsangehörigkeit

I. Sachverhalt

Es soll ein Pflichtteilsverzicht des Sohnes X gegenüber seinem Vater Y beurkundet werden. Der Vater ist deutscher Staatsangehöriger und hat seinen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Ein Umzug ins Ausland ist derzeit nicht geplant. Der Sohn ist tschechischer Staatsangehöriger und hat seinen Wohnsitz und gewöhnlichen Aufenthalt in Tschechien.

II. Fragen

1. Unterliegt der Pflichtteilsverzicht hinsichtlich der materiellen Wirksamkeit und der formalen Anforderungen dem deutschen Recht? Genügt die notarielle Beurkundung in Deutschland?

2. Sollte evtl. rein vorsorglich im Verzichtsvertrag eine Rechtswahl getroffen werden? Wäre eine separat getroffene Rechtswahl durch den Vater in einem Testament ausreichend? Könnte die Rechtswahl auch erst später (nach einem Umzug ins Ausland) getroffen werden?

3. Gibtes im tschechischen Rechte einen Pflichtteilsverzicht? Umfasst der nach deutschem Recht beurkundete Pflichtteilsverzicht auch den tschechischen Pflichtteil?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbares Erbrecht

Das anwendbare Erbrecht richtet sich sowohl aus deutscher als auch aus tschechischer Sicht für Erbfälle seit dem 17.8.2015 nach der **Europäischen Erbrechtsverordnung** (vgl. Art. 83 Abs. 1 EuErbVO).

Nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO bestimmt sich das anwendbare Erbrecht nach **dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt** des Erblassers, sofern nicht eine offensichtlich engere Verbindung zu einem anderen Staat besteht (vgl. Art. 21 Abs. 2 EuErbVO). Der Vater (Erblasser) hat derzeit seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Sollte er mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland versterben, käme damit grundsätzlich **deutsches Erbrecht** zur Anwendung. Anderes würde jedoch gelten, wenn der Erblasser in einem anderen Staat seinen gewöhnlichen Aufenthalt begründet und dort verstirbt, ohne vorher das Recht seiner deutschen Staatsangehörigkeit gewählt zu haben (Art. 22 EuErbVO). Dann würde das Erbrecht dieses Staats gelten. Zum **Erbstatut** zählt auch das **maßgebliche Pflichtteilsrecht** (vgl. Art. 23 Abs. 2 lit. h EuErbVO).

Dass der pflichtteilsberechtigte Sohn in Tschechien lebt und die tschechische Staatsangehörigkeit hat, spielt für die Frage des anwendbaren Erb- und Pflichtteilsrechts keine Rolle.

2. Statut des Pflichtteilsverzichtungsvertrags

Von der Frage des anwendbaren Erb- und Pflichtteilsrechts ist die Frage zu unterscheiden, welchem Recht ein zu Lebzeiten des Erblassers geschlossener Pflichtteilsverzicht unterliegt.

Bei einem Erb- und Pflichtteilsverzichtungsvertrag handelt es sich um einen **Erbvertrag** i. S. d. EuErbVO (Art. 3 Abs. 1 lit. b EuErbVO; allgemeine Auffassung, vgl. Palandt/Thorn, BGB, 76. Aufl. 2017, Art. 25 EuErbVO Rn. 2). Bei einem Erbvertrag handelt es sich wiederum um eine Verfügung von Todes wegen, wie sie in Art. 3 Abs. 1 lit. d EuErbVO definiert ist.

Art. 25 Abs. 1 EuErbVO enthält für Erbverträge und damit auch für Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge eine Sonderkollisionsnorm. **Die Zulässigkeit, materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung** des Verzichtsvertrags richten sich nach demjenigen Recht, das anwendbar gewesen wäre, wenn der Erblasser **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses** gestorben wäre. Dies wäre im vorliegenden Fall wegen des bestehenden gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers im Zeitpunkt des bevorstehenden Abschlusses des Verzichtsvertrags das **deutsche Recht**.

Es ist jedoch unstrittig, dass sich das **Pflichtteilsrecht** nach dem **anwendbaren Erbstatut** richtet. Kommt es nach dem Abschluss des Pflichtteilsverzichtsvertrags zu einem Wechsel des anwendbaren Erbrechts (z. B. weil der Erblasser mit gewöhnlichem Aufenthalt in einem anderen Staat verstirbt), richtet sich das Erbstatut und damit auch das **Pflichtteilsstatut** nach einem anderen Recht als dem des Pflichtteilsverzichtsvertrags.

In der Literatur ist derzeit stark **umstritten, ob** sich die **Wirkungen** des Erb- und Pflichtteilsverzichtsvertrags **nach dem effektiven Erbstatut oder nach dem Statut des Pflichtteilsverzichtsvertrags** richten. Nach **teilweise ver-**

treterer Auffassung wird ein **Pflichtteilsverzichtsvertrag wirkungslos**, wenn das effektive Erbstatut den Pflichtteilsverzichtsvertrag nicht kennt (Döbereiner, MittBayNot 2013, 437, 443; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rn. 3384 ff.; Kroll-Ludwigs, notar 2016, 75, 81; Meise, RNotZ 2016, 553, 563; Odersky, notar 2014, 139 ff.; Wachter, ZNotP 2014, 2, 13). Sollte der Vater mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat versterben, der den Pflichtteilsverzicht nicht kennt, wäre der Pflichtteilsverzicht nach dieser Auffassung unwirksam. Nach der **Gegenansicht behält der einmal wirksam geschlossene Pflichtteilsverzichtsvertrag seine Wirkung**, auch wenn das effektive Erbstatut keinen Pflichtteilsverzicht kennt (BeckOGK-BGB/Everts, Stand: 1.10.2016, § 2346 Rn. 65.4; Krug/Eule, Pflichtteilsprozess, 2014, § 13 Rn. 307; Hertel, in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, Teil 7, Kap. 3 Rn. 142; Keim/Wandel, in: Die Europäische Erbrechtsverordnung in der notariellen Praxis, DAI-Skript, 2015, S. 143; Weber, ZEV 2015, 503, 506; Staudinger/Schotten, BGB, 2016, Einl. zu §§ 2346–2352 Rn. 56).

Ist das maßgebliche Erbstatut mit dem Pflichtteilsverzicht als solchem vertraut, muss eine **Umdeutung** des nach deutschem Recht abgeschlossenen Pflichtteilsverzichtsvertrags in ein entsprechendes Äquivalent des ausländischen Rechts erfolgen. Dabei handelt es sich um eine Auslegungsfrage. Vor diesem Hintergrund könnte sich empfehlen, in der **Urkunde ausdrücklich klarzustellen**, dass der Verzicht auch für Pflichtteilsansprüche nach ausländischem Recht, insbesondere nach tschechischem Recht, gelten soll. Dies könnte mit der Belehrung verbunden werden, dass der Notar ausländisches Recht nicht geprüft hat und auch nicht prüfen muss.

3. Form

Da es sich beim Pflichtteilsverzichtsvertrag um einen Erbvertrag handelt, richtet sich das für die formellen Anforderungen geltende Recht nach Art. 27 Abs. 1 EuErbVO. Ausreichend ist nach Art. 27 Abs. 1 lit. a EuErbVO die **Ortsform**. Demzufolge genügt eine notarielle Beurkundung vor einem deutschen Notar. Der Pflichtteilsverzichtsvertrag wäre daher auch aus tschechischer Sicht wirksam.

4. Schlussfolgerung

Kein Risiko besteht, wenn der Vater mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland verstirbt oder eine (vorsorgliche) Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts getroffen hat. Auch wenn eine Rechtswahl zugunsten des gesamten deutschen Erbrechts im Pflichtteilsverzichtsvertrag möglich ist, dürfte sich aus gestalterischen Gründen eine Trennung empfehlen. Bei der **Rechtswahl** handelt es sich um eine **letztwillige Verfügung** (vgl. Art. 22 Abs. 2 EuErbVO). Sie sollte sinnvollerweise in einer separaten Niederschrift beurkundet werden. Eine **isolierte Rechtswahl nur des Pflichtteilsrechts ist nicht möglich**.

Die Rechtswahl muss der Erblasser nicht jetzt treffen. Er kann sie auch erst vornehmen, wenn er zu einem späteren Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt in einen anderen Staat verlegt.

Bei Abschluss des Pflichtteilsverzichtsvertrags empfiehlt es sich, den Erblasser auf das **Risiko** der Wirkungslosigkeit des Pflichtteilsverzichts bei einem Wechsel des maßgeblichen Erbrechts **ausdrücklich hinzuweisen** und ihn über die **Möglichkeit einer Rechtswahl** zugunsten des deutschen Erbrechts zu **belehren**.

5. Pflichtteilsverzicht in Tschechien

Auf die Bestimmungen des tschechischen Pflichtteilsrechts kommt es nur an, wenn tschechisches Erbrecht anzuwenden sein sollte. Dies wäre denkbar, wenn der Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Tschechien verstirbt und keine Rechtswahl zugunsten des deutschen Rechts getroffen hat.

Nach dem neuen tschechischen Zivilrecht (Art. 1484 ZGB) ist es möglich, dass ein Erbe durch Vertrag mit dem Erblasser auf seinen Erbteil verzichtet (Rombach, in: Süß, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, Länderbericht Tschechien, Rn. 104). Dieser Verzicht erfasst dann das Erbrecht im Gesamten, unabhängig vom Rechtsgrund. Erfasst wird also auch das Pflichtteilsrecht. Der Verzicht kann sogar auf den Pflichtteil beschränkt werden.

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 §§ 181, 2205; GBO §§ 29, 32; GmbHG § 35; HGB §§ 48, 53

Einschaltung eines Prokuristen zur Vermeidung einer Mehrfachvertretung; Erteilung der Prokura im Grundstückskaufvertrag; Nachweis der Prokura gegenüber dem Grundbuchamt unabhängig von Eintragung im Handelsregister

Abruf-Nr.:

GO NRW § 64; BGB § 164

Grundstücksgeschäfte bis zu 1 Mio. € als Geschäft der laufenden Verwaltung; Vollmacht für den Geschäftskreis „Grundstücksgeschäfte“; Trabrennbahntscheidung des BGH

Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

GmbHG §§ 66, 68 Abs. 1; BGB § 181

Befreiung eines Liquidators von § 181 BGB als zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung

Eine angemeldete konkrete Vertretungsregelung („Zum Liquidator der Gesellschaft wird bestellt: Herr G. S., ... Er ist stets einzelvertretungsbefugt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.“) ist hinsichtlich der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB dann nicht eintragungsfähig, wenn die die abstrakte Vertretungsbefugnis von Liquidatoren regelnde Ergänzung der Satzung in den Gesellschafterbeschlüssen („... Der Gesellschaftsvertrag der Gesellschaft wird ergänzt: Die Gesellschaft hat einen oder mehrere Liquidatoren. Ein Liquidator vertritt die Gesellschaft

allein, bei mehreren Liquidatoren wird die Gesellschaft durch zwei Liquidatoren gemeinschaftlich vertreten. Durch Gesellschafterbeschluss kann allen oder einzelnen Liquidatoren erteilt werden: – Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, und – Befugnis zur Einzelvertretung der Gesellschaft. ...“) nicht mindestens gleichzeitig mit eingetragen werden kann, weil der sich insoweit mit Blick auf seine Dauerwirkung als „zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung“ darstellende Gesellschafterbeschluss nicht notariell beurkundet und daher – selbst bei allstimmiger Beschlussfassung – unwirksam ist.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23.9.2016 – I-3 Wx 130/15

Problem

In der Satzung einer GmbH ist bestimmt, dass die Gesellschafterversammlung den gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführern durch Beschluss Alleinvertretungsbefugnis erteilen und/oder sie von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien kann.

Die Gesellschafter haben einen privatschriftlichen Beschluss über die Auflösung der Gesellschaft gefasst. Ferner wurde (ebenfalls nur privatschriftlich) beschlossen, dass die Gesellschafterversammlung den Liquidatoren Einzelvertretungsbefugnis erteilen und sie von § 181 BGB befreien kann. Es wurde ein Liquidator bestellt und ihm eine Befreiung von § 181 BGB erteilt.

Das Registergericht hat die Anmeldung wegen dieser konkreten Vertretungsregelung beanstandet. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten.

Entscheidung

Das OLG Düsseldorf weist die Beschwerde zurück. Die angemeldete konkrete Vertretungsregelung ist hinsichtlich der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB nur eintragungsfähig, wenn die **abstrakte Vertretungsbefugnis** von Liquidatoren regelnde Ergänzung der Satzung **mindestens gleichzeitig miteingetragen** werden kann. Die Vertretungsregelung des Geschäftsführers gilt nicht für die Liquidatoren (vgl. bereits BGH DNotZ 2009, 300 Tz. 11).

Die **abstrakte Regelung** ist nicht eintragungsfähig, weil der Gesellschafterbeschluss über die **Satzungsänderung** unwirksam ist. Grundsätzlich muss ein Gesellschafterbeschluss über eine Satzungsänderung **notariell beurkundet** werden, § 53 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 GmbHG.

Differenzierter ist die Lage bei einer sog. **Satzungsdurchbrechung** zu beurteilen. Satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse sind solche, die, ohne eine Satzungsbestimmung zu ändern, **im Einzelfall** von dieser abweichen, bei denen mithin für künftige Fälle die Satzung mit ihrem bisherigen Inhalt fortgelten soll. Die Wirkungen des Beschlusses erschöpfen sich hier in einem Einzelakt. Die Satzungsdurchbrechung ist **zustandsbegründend**, wenn der Beschluss eine **Dauerwirkung** entfaltet, mag der durch ihn herbeigeführte Zustand auch auf einen bestimmten Zeitraum begrenzt sein.

Jedenfalls **zustandsbegründende Satzungsdurchbrechungen** bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der **Einhaltung sämtlicher Bestimmungen über die Satzungsänderung**. Werden diese Vorschriften nicht eingehalten, ist der Beschluss **unwirksam**, und zwar selbst dann, wenn bei ihm alle Gesellschafter mitgewirkt haben, sowie unabhängig davon, ob diese bei ihrer Beschlussfassung eine

Satzungsdurchbrechung herbeiführen wollten oder nicht. Ein solchermaßen unwirksamer Gesellschafterbeschluss kann zwar grundsätzlich in eine **schuldrechtliche Verpflichtung** zu einem der getroffenen Regelung entsprechenden Verhalten **umgedeutet** werden, doch kann eine schuldrechtliche Abrede grundsätzlich nicht bewirken, dass eine bestimmte organisationsrechtliche Regelung der Satzung geändert wird.

Ob auch eine Eintragung der zustandsbegründenden Satzungsdurchbrechung in das Handelsregister erfolgen muss (vgl. hierzu Scholz/Priester, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 30a m. w. N.), kann offen bleiben. Denn im vorliegenden Fall ist der Beschluss nicht notariell beurkundet worden.

Bei der Maßnahme handelt es sich auch um eine **zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung**. Solange nämlich ein Liquidator für die betroffene Gesellschaft handelt, soll **ständig** die **Möglichkeit** bestehen, ihn durch Gesellschafterbeschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien. Dass die Liquidation insgesamt ein abgrenzbarer Zeitraum sein wird, steht der Qualifikation als Zustandsbegründung nach den dargestellten Grundsätzen nicht entgegen. Es tritt hinzu, dass die Gesellschafter tatsächlich bereits zugleich die Befreiung des **konkret bestellten Liquidators** beschlossen haben, sich die Erweiterung der rechtlichen Befugnis also auch **faktisch während der gesamten Liquidation bei jedem rechtsgeschäftlichen Handeln ständig aktualisieren** kann. Die Lage weicht daher in diesem Fall nicht entscheidungserheblich von Sachverhalten ab, bei denen Gesellschaftern satzungsdurchbrechend Befreiung von einem **Wettbewerbsverbot** erteilt wurde und die im Schrifttum als zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung angesehen werden.

Praxishinweis

Die Vertretungsregelung für Geschäftsführer in der GmbH-Satzung gilt nicht automatisch für Liquidatoren. Dies gilt sogar dann, wenn es sich beim Liquidator um den vormaligen Geschäftsführer und damit um einen geborenen Liquidator handelt (BGH DNotZ 2009, 300 Tz. 11). Die Gesellschafter können durch einfachen Gesellschafterbeschluss von der gesetzlichen Vertretungsregelung abweichen und jedem einzelnen Liquidator Einzelvertretungsmacht erteilen, soweit die Satzung keine abweichenden Regelungen für die Vertretung der Liquidatoren enthält (BayObLG DNotZ 1986, 170, 172; OLG Frankfurt GmbHR 2012, 394, 397; OLG Naumburg NotBZ 2013, 280).

Anders ist dies nach Auffassung des OLG Düsseldorf und der ganz überwiegenden Meinung jedoch, wenn dem Liquidator eine Befreiung von § 181 BGB erteilt wird. Hier müssen die Anforderungen an eine Satzungsänderung gewahrt werden, da ein zustandsbegründender satzungsdurchbrechender Beschluss vorliegt (vgl. bereits BayObLG DNotZ 1986, 170, 171; OLG Frankfurt GmbHR 2012, 394, 397; a. A. MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 2. Aufl. 2016, § 68 Rn. 10).

In einer kürzlich veröffentlichten Entscheidung teilt auch das OLG Köln die Ansicht des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 21.9.2016 – 2 Wx 377/16, NZG 2016, 1314). Das OLG Köln vertritt dabei ausdrücklich auch die Auffassung, dass eine Ermächtigung in der Satzung, dem Geschäftsführer Befreiung von § 181 BGB zu erteilen, keine Grundlage dafür bilde, den Liquidator von § 181 BGB zu befreien (OLG Köln NZG 2016, 1314, 1315; a. A. OLG Zweibrücken RNotZ 2011, 502, 504).

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. Johannes Weber

Redaktion: Notarassessorin Karin Raude

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