

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 103119#

letzte Aktualisierung: 11. Oktober 2010

BGB § 2302; GmbHG § 15 Abs. 4 S. 1; ErbStG § 13b Abs. 1

Unzulässigkeit von Poolvereinbarungen mit Verpflichtung hinsichtlich Verfügung von Todes wegen

I. Sachverhalt

Vier Gesellschafter der A-GmbH beabsichtigen, eine Poolvereinbarung nach § 13b Abs. 1 ErbStG abzuschließen. Vor dem Hintergrund, dass im Schrifttum vielfach angenommen wird, der Begriff der Verfügung umfasse auch den Erwerb von Todes wegen (so z. B. Langenfeld, in: ZEV 2009, 596, 598; Weber/Schwind, ZEV 2009, 16, 18; Feick/Nordmeier, DStR 2009, 893, 894; Scholten/Korezkij, DStR 2009, 73, 76), hat der Steuerberater der A-GmbH - offenbar unter Verwendung des Formulierungsvorschlages von *Langenfeld*, in ZEV 2009, 600 - vorgeschlagen, folgende Bestimmung in die Poolvereinbarung aufzunehmen:

„Die Mitglieder des Pools sind untereinander verpflichtet, über ihre Anteile nur einheitlich zu verfügen oder sie ausschließlich auf andere derselben Verpflichtung unterliegende Anteilseigner zu übertragen. Diese Verpflichtung gilt für rechtsgeschäftliche Verfügungen und Verfügungen von Todes wegen.“

II. Frage

Ist die Verpflichtung in einem Poolvertrag (§ 13b Abs. 1 ErbStG), über Anteile von Todes wegen nur einheitlich oder nur in bestimmter Weise zu verfügen, mit § 2302 BGB vereinbar?

III. Zur Rechtslage

1. Zivilrechtliche Vereinbarkeit mit § 2302 BGB

Vorab möchten wir ergänzend noch darauf hinweisen, dass die von Ihnen angesprochene Formulierung sinngemäß auch im Beck'schen Formularbuch zum GmbH-Recht (2010) verwendet wird (von *Lorz*, Teil C.III.1). In der Sache teilen wir Ihre Bedenken aber uneingeschränkt (so auch v. Oertzen, FS Schauenburg, 1050; Leitzen, ZEV 2010, 401). U.E. ist die Poolvereinbarung insoweit unwirksam, als darin die Verpflichtung vorgesehen ist, durch Verfügung von Todes wegen nur nach Maßgabe der Vereinbarung über die Anteile zu verfügen: Gem. § 2302 BGB ist ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen zu errichten oder nicht zu errichten, aufzuheben oder nicht aufzuheben, nichtig. Diese

Vorschrift dient dem Schutz der Testierfreiheit, die auch nicht durch schuldrechtliche Verträge beschränkbar sein soll. Unwirksam ist daher jeder Vertrag, der eine Verpflichtung enthält, in bestimmter Weise zu testieren oder nicht zu testieren, wobei der Inhalt der übernommenen Verpflichtung unerheblich ist (Staudinger/Kanzleiter, BGB, Neubearb. 2006, § 2302 Rn. 3 f.). In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird die Norm des § 2302 BGB naturgemäß selten erörtert. Bemerkenswerterweise halten *Langner/Heydel* die Bestimmung in einer GmbH-Satzung, den Geschäftsanteil nur bestimmten Personen zuzuwenden, ohne weiteres für zulässig (GmbHHR 2005, 377, 380). Dort wie auch hier steht der Wirksamkeit einer solchen Verpflichtung aber § 2302 BGB entgegen.

2. Widerspruch zu § 13b ErbStG?

Fraglich ist daher lediglich, ob die zivilrechtliche Nichtigkeit im Widerspruch zu § 13b ErbStG steht. Dies wäre aber nur dann der Fall, wenn die Vorschrift verlangen würde, dass die Poolvereinbarung auch Verfügungen von Todes wegen umfasst. Hierfür enthalten jedoch weder die Regierungsbegründung zu § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG noch der gleichlautende Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder zum neuen ErbStG (v. 25.6.2009, BStBl. I, 713) einen Anhaltspunkt. Im Gegenteil: In der Begründung zum Regierungsentwurf des Erbschaftsteuerreformgesetzes heißt es, dass in Familien-Kapitalgesellschaften die Unternehmensgründer oder die Nachfolger häufig dafür gesorgt haben, „dass die Anteile nicht beliebig veräußert werden können und der bestimmende Einfluss der Familie erhalten bleibt“ (BT-Drs. 16/7918, Begr. zu § 13b Abs. 1 Ziff. 3; Feick/Nordmeier, DStR 2009, 893). Dies deutet darauf hin, dass der Gesetzgeber nur Verfügungen unter Lebenden meinte. Vorbild der Neuregelung waren offenbar die üblichen Verfügungsbeschränkungen in Familiengesellschaftsverträgen (Lahme/Zikesch, DB 2009, 528). Gegen eine Einbeziehung von Verfügungen von Todes wegen spricht auch die Historie von § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG (Leitzen, ZEV 2010, 401, 402). Der Referentenentwurf sah vor, für Poolvereinbarungen die Unwiderruflichkeit der Verpflichtung zur einheitlichen Verfügung zu verlangen (Hannes/Onderka ZEV 2008, 16, 20 m. w. N.), was die Zielrichtung der gesetzgeberischen Absicht noch deutlicher werden lässt und für letztwillige Verfügungen ersichtlich wenig Sinn macht (vgl. § 2253 BGB). Für die hier vertretene Auffassung spricht schließlich, dass im gleichen Satz von der „Übertragung“ auf andere Poolmitglieder die Rede ist. Dass dieser Satzteil für die Auslegung des Begriffs der „Verfügung“ heranzuziehen ist, wird auch in der Literatur betont (Lahme/Zikesch, DB 2009, 528; Groß, ErbStB 2010, 24). Dass aber nun die Zuwendung eines Gesellschaftsanteils durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis eine „Übertragung“ in diesem Sinne darstellen soll, liegt ersichtlich fern (Leitzen, ZEV 2010, 401, 402). Für eine abweichende Auslegung besteht auch keine zwingende Notwendigkeit, weil die Verpflichtungen aus einer Poolvereinbarung (einschließlich der Verpflichtung, unter Lebenden nur einheitlich zu verfügen) vererblich sind und eine einheitliche Verfügung von Todes wegen aller Gesellschafter mangels einheitlichen Todeszeitpunkts ohnehin nicht erreicht werden kann (Leitzen, ZEV 2010, 401, 402).

3. Möglichkeit der Anknüpfung in Einziehungs- bzw. Zwangsabtretungsklauseln

Allenfalls denkbar wäre es, das Vorliegen bzw. Fehlen einer bestimmte Verfügung von Todes wegen zur Bedingung oder Geschäftsgrundlage einer anderen Vereinbarung zu machen, wie es etwa bei Einziehungsklauseln für GmbH-Geschäftsanteile üblich ist. So kann etwa nach einer Entscheidung des OLG Nürnberg (ZEV 2003, 514) die beabsichtigte Errichtung einer letztwilligen Verfügung zur auflösenden Bedingung oder zur Geschäftsgrundlage eines Pflichtteilsverzichtsvertrages gemacht werden. In diese Richtung geht auch ein Urteil des BGH v. 9.2.1977 (NJW 1977, 950), in dem dieser ausgeführt hat:

„Dass ein Vertragsbeteiligter von Todes wegen in bestimmtem Sinne zugunsten des anderen an dem Vertrag Beteiligten oder auch eines Dritten verfügt, kann Geschäftsgrundlage des von den Beteiligten geschlossenen Vertrages sein. Fällt sie fort, dann kann sich das nach § 242 BGB auf den Inhalt des auf sie gegründeten Vertrages auswirken. § 2302 BGB schließt das nicht aus. Diese Bestimmung erklärt allein vertragliche Bindungen bezüglich der Errichtung, Nichterrichtung, Aufhebung oder Nichtaufhebung von Verfügungen von Todes wegen für nichtig. Daraus folgt allerdings, dass Schadensersatzansprüche nicht entstehen, wenn eine solche nichtige Verpflichtung nicht erfüllt wird und dass ihre Erfüllung auch nicht durch Versprechen einer Vertragsstrafe gesichert werden kann. § 2302 BGB schützt insoweit die Testierfreiheit. Eine unzulässige Beschränkung der Testierfreiheit liegt nicht vor, wenn eine Person sich eine Zuwendung machen lässt unter der auflösenden Bedingung, dass sie ihrerseits den Zuwendenden oder einen Dritten durch Verfügung von Todes wegen bedenkt. Es steht dann im freien Belieben des Empfängers der Zuwendung, ob er diese Bedingung erfüllen und die Zuwendung behalten will. Er ist hinsichtlich der Errichtung seiner Verfügung von Todes wegen keine Bindung eingegangen (...). Ebenso verhält es sich, wenn die Errichtung einer Verfügung von Todes wegen mit einem bestimmten Inhalt zur Geschäftsgrundlage eines Vertrages gemacht wird. Auch in diesem Fall wird die Testierfreiheit des davon betroffenen Vertragsbeteiligten nicht eingeschränkt. Er muss sich nur gefallen lassen, dass der Inhalt des Rechtsgeschäfts nach § 242 BGB geändert und den durch den Fortfall der Geschäftsgrundlage veränderten Verhältnissen angepasst wird.“

4. Fazit

Die Frage, ob ein bestimmtes Testierverhalten Geschäftsgrundlage der Poolvereinbarung ist, ist eine solche der ergänzenden Vertragsauslegung, so dass sich eine abschließende Stellungnahme des Deutschen Notarinstituts hierzu verbietet. Entsprechendes gilt für die Anwendung von § 139 BGB im Hinblick auf den Rest des Poolvertrages. Insofern verweisen wir auf die Ausführungen von *Leitzen* (in ZEV 2010, 401, 403).