

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
September 2010
ISSN 1434-3460

17/2010

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2314; BNotO § 20 – Vertretungsmöglichkeit des auskunftspflichtigen Erben bei Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses

GmbHG § 47 Abs. 4 – Stimmverbote in der Einheitsgesellschaft

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

GBO §§ 20, 29 Abs. 1 – Nachweisanforderungen bei Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR

GmbHG § 40 Abs. 2 – Kein Zurückweisungsrecht des Registergerichts bei Listenerstellung und Einreichung durch den Geschäftsführer und den Notar

GG Art. 103 Abs. 1; ZPO § 544 Abs. 7; BGB § 328 – Abfindungsbeschränkung in schuldrechtlicher Nebenabrede zur Satzung

BGB § 2314; ZPO § 888 – Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis im Pflichtteilsrecht

BGB §§ 140, 2247, 2265, 2267, 2270 – Umdeutung eines wegen Testierunfähigkeit eines Ehepartners unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2314; BNotO § 20 Vertretungsmöglichkeit des auskunftspflichtigen Erben bei Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses

I. Sachverhalt

Der Notar wird mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses beauftragt, wobei die Erbengemeinschaft aus sieben Personen besteht. Mitglieder dieser Erbengemeinschaft wohnen in den USA und in Australien. Bei der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses soll ein Mitglied der Erbengemeinschaft die anderen Mitglieder auf Grundlage einer privatschriftlichen Vollmacht vertreten.

II. Frage

Ist es vor dem Hintergrund der Entscheidung des OLG Koblenz vom 29.12.2006 (1 W 662/06, DNotZ 2007, 773) zulässig, wenn Mitglieder einer Erbengemeinschaft sich bei der Aufstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses durch ein Mitglied der Erbengemeinschaft vertreten lassen?

III. Zur Rechtslage

1. Urteil des OLG Koblenz v. 29.12.2006 – 1 W 662/06
Nach der Entscheidung des **OLG Koblenz** vom 29.12.2006 (1 W 662/06, DNotZ 2007, 773) setzt die **Aufnahme eines**

Nachlassverzeichnisses durch einen Notar im Regelfall voraus, dass der Verpflichtete persönlich anwesend ist und für Belehrungen, Nachfragen und Erläuterungen zur Verfügung steht. Eine Vertretung sei daher grundsätzlich nicht möglich, da die hervorgehobene Stellung des durch einen Notar aufgenommenen Nachlassverzeichnisses mit den damit korrespondierenden Amtspflichten des aufnehmenden Notars eine Vertretung des Verpflichteten im Regelfall ausschließe. Gerade auch durch Rückfragen, Belehrungen und Aufklärungen, d. h. durch den unmittelbaren Dialog zwischen Notar und Verpflichtetem, könne die besondere, gesetzlich geforderte Qualität dieses Nachlassverzeichnisses erst erreicht werden (vgl. OLG Koblenz DNotZ 2007, 773 f.; so auch Terner, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 22. Aufl. 2008, § 18 Rn. 33; jurisPK-BGB/Klink, 4. Aufl. 2008, § 2003 Rn. 7).

2. Die Reaktion der Literatur

Das vorgenannte **Urteil des OLG Koblenz ist in der Literatur überwiegend auf Ablehnung gestoßen** (vgl. Sandkühler, RNotZ 2008, 33; Zimmer, ZEV 2008, 365, 366; Roth, ZErB 2007, 402, 403; MünchKommBGB/Krüger, 5. Aufl. 2009, § 2003 Rn. 7, Fn. 2; G. Müller, in: Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 10 Rn. 64). Insbesondere *Sandkühler* kritisiert bereits den Ausgangspunkt des OLG Koblenz, wonach die hervorgehobene Stellung des durch einen Notar aufgenommenen Nachlassverzeichnisses es grundsätzlich erfordere, den Auskunftspflichti-

gen persönlich anzuhören. Es sei vielmehr **Aufgabe des Notars, das Verfahren nach eigenem Ermessen in der Weise auszugestalten**, dass es seinen Zweck erreichen könne. Zwar sei der Notar mangels eigener Sachkenntnisse dabei häufig auf Auskünfte des Auskunftspflichtigen angewiesen (vgl. auch Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO, BeurkG, 2. Aufl. 2004, § 20 BNotO Rn. 22); es könne jedoch nicht von einem allgemeinen Grundsatz bzw. von einer starren Regel ausgegangen werden, dass die persönliche Hinzuziehung des Auskunftspflichtigen erfolgen müsse (Sandkühler, RNotZ 2008, 33; ebenfalls in diese Richtung gehend Zimmer, ZEV 2008, 365, 366). Als Fall, in dem der Notar aufgrund eigener Ermessensausübung von der Regel der persönlichen Hinzuziehung des Auskunftspflichtigen absehen kann, wird insbesondere angesehen, wenn der Auskunftspflichtige aufgrund körperlicher Gebrechen (z. B. Altersdemenz) zur Angabe des Nachlassbestands außer Stande ist, eine von ihm bevollmächtigte Person oder ein Betreuer aber zuverlässig darüber Auskunft erteilen kann (ebenso Zimmer, ZEV 2008, 365, 366; G. Müller, § 10 Rn. 64). Vergleichbares gelte für eine weit verzweigte Erbengemeinschaft. Hier stehe es im pflichtgemäßen Ermessen des Notars, wen er im Einzelfall als Auskunftsperson hinzuziehe (Sandkühler, RNotZ 2008, 33).

3. Stellungnahme

Diese Ausführungen der Literatur überzeugen insbesondere in Fällen, in denen ein Mitglied der Erbengemeinschaft die übrigen Mitglieder bei der Mitwirkung an der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses vertritt. In der Praxis wird es nämlich häufig vorkommen, dass (insbesondere aufgrund örtlicher oder sachlicher Nähe) ein oder mehrere Mitglieder der Erbengemeinschaft den Nachlass auf Grundlage einer entsprechenden Vollmacht der Miterben verwalten. **In diesen Fällen** – unabhängig von einer u. U. offensichtlichen Aussichtslosigkeit – **schematisch eine Hinzuziehung sämtlicher Erben zu verlangen, erscheint** – auch vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der Vorschrift – **zu weitgehend**, zumal von ortsfremden Miterben, die den Nachlass nicht in Augenschein genommen haben, regelmäßig keinerlei Erkenntnisgewinn zu erwarten ist.

Dogmatisch lässt sich gegen eine Pflicht zur Beteiligung der Erben auch § 2314 Abs. 1 S. 2 BGB anführen, wonach der Pflichtteilsberechtigte seine Beteiligung an der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses verlangen kann. Dem könnte ggf. im Umkehrschluss entnommen werden, dass ein Anspruch auf Beteiligung der ausgleichspflichtigen Erben in Person nicht besteht.

4. Notwendigkeit der Teilnahme an der Beurkundung

Auch wenn man mit dem OLG Koblenz davon ausgeht, dass sämtliche Miterben an der Aufnahme des Nachlassverzeichnisses in Person zu beteiligen sind, stellt sich darüber hinaus die Frage, ob diese anlässlich der Beurkundung des Nachlassverzeichnisses zugegen sein müssen oder es nicht vielmehr auch genügt, wenn der Notar die entsprechenden Miterben durch vorherige Korrespondenz oder eine mündliche bzw. fernmündliche Besprechung in seine tatsächlichen Ermittlungen miteinbezieht (vgl. hierzu Zimmer, ZEV 2008, 365, 366). U. E. dürfte ein derartiges Verfahren insbesondere bei ortsfremden Miterben, die keine nähere Kenntnis vom Nachlass haben, zulässig sein.

5. Fazit

Obwohl das OLG Koblenz seine Entscheidung durch die mehrfache Verwendung des Begriffs „grundsätzlich“ in den Gründen einschränkt und sich daher die Möglichkeit offenlässt, einzelfallabhängig anderweitig zu entscheiden, ist doch zu befürchten, dass die leitsatzartig aufgestellten Gedanken – trotz der ablehnenden Besprechungen in der Literatur – von anderen Gerichten übernommen werden (vgl. zuletzt, allerdings nur obiter, OLG Nürnberg FamRZ 2010, 584). Insofern besteht hinsichtlich der Möglichkeit der Vertretung eines Auskunftspflichtigen im Rahmen der Aufnahme eines notariellen Nachlassverzeichnisses eine erhebliche Rechtsunsicherheit. U. E. ist aber zu berücksichtigen, dass der Notar das Verfahren gem. § 20 Abs. 1 S. 2 BNotO grundsätzlich nach eigenem Ermessen ausgestalten kann und es ihm daher möglich sein muss, auf die Hinzuziehung einzelner Miterben zu verzichten. Jedenfalls bei einer weit verzweigten Erbengemeinschaft sollte im Hinblick auf ortsfremde Erben, die keinerlei nähere Kenntnis von der Zusammensetzung des Nachlasses haben, ein Verzicht auf deren persönliche Anwesenheit möglich sein.

GmbHG § 47 Abs. 4 Stimmverbote in der Einheitsgesellschaft

I. Sachverhalt

Der Gesellschaftsvertrag einer Einheitsgesellschaft (= Einheits-GmbH & Co. KG) soll dergestalt formuliert werden, dass die Rechte der KG aus dem einzigen Geschäftsanteil an der persönlich haftenden Gesellschafterin nicht durch die persönlich haftende Gesellschafterin und ihre Geschäftsführer, sondern durch die Kommanditisten wahrgenommen werden. Die KG ist alleinige Gesellschafterin des persönlich haftenden Gesellschafters. Es ist vorgesehen, dass die drei Kommanditisten eine Kommanditistenversammlung abhalten und darin über die Ausübung der Rechte aus dem Geschäftsanteil an der persönlich haftenden Gesellschafterin beschließen. Die Umsetzung der Maßnahme innerhalb der GmbH-Gesellschafterversammlung erfolgt dann durch einen einzelnen Kommanditisten. Zwei der Kommanditisten mit einer Beteiligung von 50 % und 40 % sind zugleich Geschäftsführer der persönlich haftenden Gesellschafterin.

II. Fragen

1. Bestehen in der vorgelagerten Kommanditistenversammlung Stimmverbote, woraus folgen diese und für wen gelten sie?
2. Können Stimmverbote gesellschaftsvertraglich in der Kommanditistenversammlung abgedungen werden?
3. Bestehen in der GmbH-Versammlung Stimmverbote für einen Kommanditisten (etwa bei der Entlastung der Geschäftsführung, wenn der Kommanditist zugleich Geschäftsführer ist) auch dann, wenn zuvor die Kommanditistenversammlung die Maßnahme (z. B. die Entlastung) ohne Verstoß gegen Stimmverbote beschlossen hat und dies nun durch den (befangenen) Kommanditisten in der GmbH-Versammlung umgesetzt werden soll?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätze zur Willensbildung in der Einheits-GmbH & Co. KG

Die Willensbildung in der Einheits-GmbH & Co. KG führt immer wieder zu Problemen.

a) Ausgangspunkt

Ausgangspunkt der hier aufgeworfenen Fragestellung ist die Konstruktion der Einheits-GmbH & Co. KG. Wie bei jeder GmbH & Co. KG hat sie mindestens eine Komplementär-GmbH und einen oder mehrere Kommanditisten als Gesellschafter. Die **Einheits-GmbH & Co. KG** unterscheidet sich aber dadurch vom Standardfall einer GmbH & Co. KG, dass nicht der oder die Kommanditisten gleichzeitig Gesellschafter der Komplementär-GmbH sind. Vielmehr ist **alleinige Gesellschafterin der Komplementär-GmbH die GmbH & Co. KG selbst**. Damit stehen auch alle Gesellschafterrechte aus den Geschäftsanteilen an der Komplementär-GmbH der GmbH & Co. KG zu. Die GmbH & Co. KG ist aber nur handlungsfähig durch die Komplementär-GmbH, für die wiederum der Geschäftsführer handelt. Dies kann zu Interessenkonflikten führen, wenn beispielsweise der Geschäftsführer bestellt oder ihm Entlastung erteilt werden soll.

b) Lösungsvorschlag – Kommanditistenversammlung

Als kautelarjuristische Lösung wird häufig vorgeschlagen, dass dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH die **Ausübung des Stimmrechts** aus den von der KG gehaltenen Geschäftsanteilen in der Gesellschafterversammlung **der Komplementär-GmbH entzogen** ist und dass stattdessen die Kommanditisten das Stimmrecht ausüben. Hierzu wird häufig eine sogenannte **Kommanditistenversammlung zwischengeschaltet**, die der Willensbildung unter den Kommanditisten dient (statt aller: Lüke, in: Hesselmann/Tillmann/Mueller-Thuns, Handbuch GmbHG & Co. KG, 20. Aufl. 2009, § 2 Rn. 406; Blaum/Scholz, in: Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 10. Aufl. 2010, Formular VIII D 11 und 12). In einem solchen Fall vertreten dann die Kommanditisten bzw. **vertritt ein Kommanditist**, der von der Kommanditistenversammlung entsprechend ermächtigt wurde, **die GmbH & Co. KG** in der Gesellschafterversammlung ihrer Komplementär-GmbH. Damit wird der Interessensgegensatz zumindest im Regelfall ausgeschlossen.

Die **dogmatische Begründung für die Vertretungsmacht** der Kommanditisten ist allerdings problematisch: Nach § 170 HGB kann den Kommanditisten keine (organ-schaftliche) Vertretungsmacht erteilt werden. Diese Norm ist zwingend und kann nicht gesellschaftsvertraglich abbedungen werden. Daher nimmt die h. M. an, dass dem Kommanditisten nur **rechtsgeschäftliche Vollmacht** erteilt werden kann (sogenannte Vollmachtslösung, vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 10. Aufl. 2007, Anh. zu § 45 Rn. 59; Bahnsen, GmbHR 2001, 186, 187). Demgegenüber wird auch vertreten, dass den Kommanditisten **organschaftliche Vertretungsbefugnis** eingeräumt wird. Insofern wird argumentiert, dass die Ausübung der Gesellschafterrechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH durch die Kommanditisten als gesellschaftsrechtliche Maßnahme mangels Drittbezugs außerhalb des Vertretungsverbots des § 170 HGB liege (Lüke, § 2 Rn. 407 m. zahl-reichen w. N.).

Unabhängig davon, wie man die Vertretungsmacht der Kommanditisten begründet, werden jedenfalls letztlich die **Rechte der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH von den Kommanditisten wahrgenommen**. Zur Willensbildung wird eine Kommanditistenversammlung zwischengeschaltet. Bei einer derart ausgestalteten GmbH & Co. KG findet die entscheidende Willensbildung also in

der Kommanditistenversammlung statt, diese lenkt die Geschicke der GmbH & Co. KG. Häufig haben die Kommanditisten dann auch im Innenverhältnis Geschäftsführungsbefugnis bei der KG (vgl. Riegger/Götze, in: Münchener Vertragshandbuch, Bd. 1, 6. Aufl. 2005, III. 9, § 7 Abs. 1).

2. Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG bei der Einheits-GmbH & Co. KG

a) Stimmverbote in den gängigen Vertragsmustern

In den gängigen Vertragsmustern zur Einheits-GmbH & Co. KG sind Stimmverbote enthalten, die inhaltlich dem § 47 Abs. 4 GmbHG entsprechen. So schlagen *Blaum/Scholz* (Formular VIII D 11) folgende Formulierung vor:

„Ein Kommanditist, welcher durch die Beschlussfassung entlastet oder von einer Verbindlichkeit befreit werden soll, hat hierbei kein Stimmrecht und darf ein solches auch nicht für andere ausüben. Dasselbe gilt von einer Beschlussfassung, welche die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegenüber einem Kommanditisten zum Gegenstand hat.“

In den Anmerkungen führen *Blaum/Scholz* (VIII D Anm. 7) aus, dass die Stimmverbote denen des § 47 Abs. 4 GmbHG entsprechen, welchen die Kommanditisten, wären sie wie bei einer beteiligungsidentischen GmbH & Co. KG unmittelbar an der Komplementär-GmbH beteiligt, unterliegen würden.

Auch bei Riegger/Götze (III. 9, § 7 Abs. 5) ist ein fast gleichlautendes Stimmverbot enthalten. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage, warum in die Gesellschaftsverträge derartiger Einheits-Gesellschaften entsprechende Stimmverbote aufgenommen werden, konnten wir in Rechtsprechung und Literatur nicht auffinden. Insofern ist zu untersuchen, wie sich dies begründen lässt oder ob dies sogar zwingend vom Gesetz vorgegeben ist.

Selbstverständlich ist es stets möglich, **derartige Regelungen freiwillig in den Gesellschaftsvertrag aufzunehmen**. Nachfolgend soll die Frage untersucht werden, ob § 47 Abs. 4 GmbHG bei der Einheitsgesellschaft analog anzuwenden ist und den entsprechenden Regelungen daher nur deklaratorische Bedeutung zukommt.

b) Herleitung des Stimmverbots

aa) Grundfall des § 47 Abs. 4 GmbHG

Ausgangsfall des § 47 Abs. 4 GmbHG ist, dass natürliche Personen an einer GmbH als Gesellschafter beteiligt sind. Für sie greift in bestimmten Fällen das Stimmrechtsverbot ein. Nach dem Rechtsgedanken des § 47 Abs. 4 GmbHG ist es einem Gesellschafter verwehrt, als **Richter in eigener Sache abzustimmen** (jüngst wieder BGH, Urt. v. 21.7.2010 – II ZR 230/08). Das gilt sowohl für die Einziehung des Geschäftsanteils aus einem in der Person des Gesellschafters liegenden wichtigen Grund (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 47 Rn. 40) als auch für seine Abberufung als Geschäftsführer aus wichtigem Grund, die außerordentliche Kündigung seines Geschäftsführeranstellungsvertrages oder seine Entlastung als Geschäftsführer. **Voraussetzung für ein Stimmverbot** ist, dass aufgrund eines **bestimmten Interessenkonflikts typischerweise** damit zu rechnen ist, der Gesellschafter werde sich bei der Abstimmung **von seinen eigenen Interessen leiten lassen** und die Interessen der Gesellschafter hintanstellen (Hüffer, in: Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 47 Rn. 122).

bb) Befangener Vertreter

Soweit ein Gesellschafter vom Stimmrecht ausgeschlossen ist, kann das Stimmrecht auch **nicht durch offene oder verdeckte Vertreter ausgeübt werden** (statt aller Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 47 Rn. 95 m. zahlreichen w. N.). Anerkannt ist darüber hinaus, dass ein Vertreter an der Abstimmung gehindert ist, wenn der gesetzliche Ausschlussatbestand ihn selbst und nicht den Vertretenen trifft (Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 95; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 155). *K. Schmidt* stellt insofern folgenden **Grundsatz** auf:

„Wer mit seinem Anteil vom Stimmrecht ausgeschlossen ist oder, wäre er Gesellschafter, vom Stimmrecht ausgeschlossen wäre, darf auch das Stimmrecht aus einem fremden Anteil nicht ausüben.“

Berücksichtigt man, dass die **Vertretungsmacht des Kommanditisten** von der h. M. auf der Basis der Vollmachtslösung mit einer **vom persönlich haftenden Gesellschafter erteilten Vollmacht** begründet wird, so spricht schon dies dafür, § 47 Abs. 4 GmbHG auch in der Einheitsgesellschaft anzuwenden. *K. Schmidt* führt im Zusammenhang mit der Stimmrechtsausübung durch einen Vertreter für einen fremden Anteil aus, dass gerade deshalb die **Stimmverbote des § 47 Abs. 4 GmbHG insbesondere auch bei der Einheits-GmbH & Co. KG** zum Tragen kämen (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 155).

cc) Beteiligung von Personengesellschaften

§ 47 Abs. 4 GmbHG erfasst auch den Fall, dass **Gesellschafter der GmbH** nicht natürliche Personen, sondern **juristische Personen oder Handelsgesellschaften** sind. Eine derartige juristische Person oder Handelsgesellschaft muss sich die Befangenheit solcher Personen zurechnen lassen, die **maßgeblichen Einfluss** auf ihre Entscheidungen haben (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 160; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 96). Ein solcher maßgeblicher Einfluss des Gesellschafters besteht insbesondere dann, wenn er Leitungsorgan, Komplementär oder sonstiger geschäftsführender Gesellschafter mit Einzelgeschäftsführungsbefugnis ist (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 160). **Bei geschäftsführenden Kommanditisten** wird man also regelmäßig auch eine **Anwendung von § 47 Abs. 4 GmbHG** befürworten müssen. Ist demnach ein geschäftsführender Kommanditist einer KG, die an einer GmbH beteiligt ist, in den in § 47 Abs. 4 GmbHG genannten Situationen befangen, so muss sich die KG diese Befangenheit zurechnen lassen.

c) Übertragung auf die Gesellschafterversammlung der GmbH in der Einheitsgesellschaft

aa) Grundsätzliche Übertragbarkeit

Die vorstehende Wertung lässt sich u. E. auf die Einheits-GmbH & Co. KG übertragen. Auch hier muss sich die **KG bei der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung der GmbH zurechnen lassen**, dass die geschäftsführenden Kommanditisten befangen sind. Insofern lässt sich der Fall der Einheits-GmbH & Co. KG letztlich auf den Grundfall zurückführen, dass Gesellschafter einer GmbH eine andere juristische Person oder Personengesellschaft ist. Die Wertungen sind vergleichbar.

Dies dürfte auch dann gelten, wenn die Willensbildung in der KG in einer Kommanditistenversammlung stattfindet. Zumindest wenn der vom Stimmrecht nach § 47 Abs. 4 GmbHG eigentlich ausgeschlossene Gesellschafter **beherrschenden Einfluss in der Kommanditistenver-**

sammlung hat, muss sich die KG dies (im Rahmen der Gesellschafterversammlung der GmbH) zurechnen lassen, so dass in ihrer Person grundsätzlich ein Stimmverbot i. S. v. § 47 Abs. 4 GmbHG eingreift. Fehlt es dagegen am beherrschenden Einfluss in der Kommanditistenversammlung, ließe sich womöglich auf das Stimmverbot verzichten. Ausdrückliche Stellungnahmen hierzu konnten wir allerdings nicht auffinden. Einzig *K. Schmidt* leitet die Anwendung des Stimmrechtsverbots des § 47 Abs. 4 GmbHG in der Einheitsgesellschaft aus der dargelegten Überlegung zum Ausschluss des Vertreters eines Gesellschafters her.

bb) Rechtsfolge

(1) Folgt man der Auffassung, dass die KG sich im Rahmen des § 47 Abs. 4 GmbHG ein Stimmverbot des geschäftsführenden Kommanditisten im oben bezeichneten Sinne zurechnen lassen muss, so führt dies allerdings zunächst nicht zu einem Stimmverbot dieses Kommanditisten in der Kommanditistenversammlung. Die **direkte Anwendung von § 47 Abs. 4 GmbHG** hat vielmehr zur Folge, dass sich die KG das Stimmverbot zurechnen lassen muss und deswegen in der Gesellschafterversammlung der GmbH nicht mitstimmen darf. Dieses Ergebnis ergibt aber bei der Einheits-GmbH & Co. KG keinen Sinn, da hier die KG der einzige Gesellschafter der GmbH ist.

Insofern ist zu berücksichtigen, dass § 47 Abs. 4 GmbHG nach der wohl h. M. **in der Einpersonengesellschaft keine Anwendung findet** (BGH NJW 1989, 295; Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 105; Baumbach/Hueck/Zöllner, § 47 Rn. 94; Altmeppen, NJW 2009, 3758). Allerdings führt *K. Schmidt* zutreffend aus, dass § 47 Abs. 4 GmbHG doch wieder eingreift, wenn nicht der einzige Gesellschafter selbst abstimmt, sondern ein Vertreter. Im vorliegenden Fall wäre genau ein solcher Fall gegeben: Nicht die KG als solche, sondern ein Vertreter der KG soll für sie abstimmen. Zumindest dann, wenn in dessen Person ein Stimmverbot gegeben ist, müsste die KG insgesamt dem Stimmverbot des § 47 Abs. 4 GmbHG unterliegen und folglich nicht in der Gesellschafterversammlung der GmbH abstimmen dürfen.

(2) Auf der Basis dieser Auffassung ist **Frage 3 dahingehend zu beantworten**, dass ein Kommanditist, in dessen Person ein Stimmverbot eingreift, auch dann in der Gesellschafterversammlung der GmbH nicht abstimmen dürfte, wenn er zuvor von der Kommanditistenversammlung ohne Verstoß gegen ein Stimmverbot (weil dieser Kommanditist die Kommanditistenversammlung nicht beherrscht) zu einer derartigen Abstimmung ermächtigt wurde. Es würde dann lediglich darauf abgestellt, dass dieser Kommanditist nunmehr die KG vertritt und in seiner Person ein Stimmverbot vorliegt. Folge wäre ein Stimmverbot der KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH. Dies entspricht wohl auch der **Auffassung K. Schmidts**, wenn er das Problem der Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG in der Einheitsgesellschaft auch durch einen Vertreter für einen fremden Anteil nicht beseitigt sieht (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 155).

Danach könnte es tatsächlich zu der Situation kommen, dass die KG von der Stimmrechtsausübung ausgeschlossen ist. Dies wäre einmal der Fall, wenn der Kommanditist, der die KG in der Gesellschafterversammlung vertritt, in seiner Person den Grund für das Stimmverbot verwirklicht. Dies wäre aber wohl auch dann der Fall, wenn ein Stimmverbot in der Person des die Kommanditistenversammlung beherrschenden Kommanditisten vorliegt. In beiden Fällen wäre also **die KG vollständig an der Abstimmung in der GmbH-Gesellschafterversammlung gehindert**. Dieses

Ergebnis mutet merkwürdig an. Die KG könnte dann ihre Gesellschafterrechte überhaupt nicht ausüben. Sie könnte dies weder durch den persönlich haftenden Gesellschafter noch durch die Kommanditisten. Insofern stellt sich die Frage, ob man in dieser Situation nicht – ähnlich wie bei der Einpersonen-GmbH – von der Anwendbarkeit des § 47 Abs. 4 GmbHG abzusehen hat.

cc) Teleologische Reduktion von § 47 Abs. 4 GmbHG?

Zu betonen ist nochmals, dass vorstehend allein erörtert wird, ob bzw. inwieweit § 47 Abs. 4 GmbHG auf der Ebene der GmbH eingreift. Beantwortet wird also letztlich nur die Frage, ob die KG von der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung der GmbH ausgeschlossen ist. Diesbezüglich wäre u. E. evtl. eine teleologische Reduktion des § 47 Abs. 4 GmbHG angebracht, um zu verhindern, dass das Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung der GmbH überhaupt nicht ausgeübt werden kann. Allerdings dürften zwei Fälle zu unterscheiden sein:

(1) Vertritt ein Kommanditist, in dessen Person das Stimmverbot eingreift, die KG bei der Ausübung des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung der GmbH, wird man wohl in Anwendung der oben dargestellten **Grundsätze zur Ausübung eines Stimmrechts für einen fremden Anteil durch einen Vertreter** tatsächlich von einem Stimmverbot ausgehen müssen. Die KG kann also zumindest durch diesen Kommanditisten das Stimmrecht nicht ausüben. Diese Fälle lassen sich allerdings dadurch lösen, dass ein Gesellschafter das Stimmrecht ausübt, in dessen Person das Stimmverbot nicht eingreift.

(2) Besteht das **Stimmverbot hingegen in der Person des Kommanditisten**, der die Kommanditistenversammlung beherrscht, wäre die Annahme konsequent, dass die KG insgesamt – unabhängig davon, welcher Kommanditist im Einzelfall die KG vertritt – von der Stimmrechtsausübung in der Gesellschafterversammlung der GmbH ausgeschlossen ist. Gleiches müsste auch dann gelten, wenn das Stimmverbot in der Person aller Kommanditisten eingreift. Allerdings führt dies – wie dargestellt – dazu, dass niemand die Stimmrechte der KG in der GmbH-Gesellschafterversammlung ausüben kann. Dieses Ergebnis kann schlechterdings nicht zutreffen. Insofern dürfte u. E. nur eine teleologische Reduktion des § 47 Abs. 4 GmbHG weiterhelfen.

Abschließend ist erneut darauf hinzuweisen, dass – über die zitierten Ausführungen von *K. Schmidt* hinaus – zu dieser Frage **keine Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur** vorliegen.

d) Anwendung von § 47 Abs. 4 GmbHG auch in der Kommanditistenversammlung

Zur Frage, inwieweit § 47 Abs. 4 GmbHG in der Kommanditistenversammlung zur Anwendung kommt, konnten wir ebenfalls **keine Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur** auffinden.

aa) Anwendbarkeit von § 47 Abs. 4 GmbHG bei einer Personenhandelsgesellschaft

Allerdings wird vielfach vertreten, dass § 47 Abs. 4 GmbHG **sinngemäß auch in der Gesellschafterversammlung der GmbH & Co. KG gilt** (Scholz/K. Schmidt, Anh. zu § 45 Rn. 46; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 47 Rn. 89). Auch das OLG Hamburg stellt in einer Entscheidung vom 29.10.1999 (NZG 2000, 421) fest, dass auf die GmbH & Co. KG § 47 Abs. 4 GmbHG wegen des

grundsätzlichen Charakters der Norm anzuwenden sei. In ähnlicher Weise spricht sich das OLG München für eine analoge Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG in der GbR aus (BeckRS 2009, 25396). Geht man grundsätzlich von der Anwendbarkeit des § 47 Abs. 4 GmbHG in der GmbH & Co. KG aus, so liegt es nahe, die Vorschrift auch auf die Willensbildung in der Kommanditistenversammlung der Einheitsgesellschaft anzuwenden. Folglich dürften Kommanditisten, in deren Person ein Stimmverbot vorliegt, nicht mitstimmen.

bb) Folgen der Nichtausübung des Stimmrechts auf die Beschlussfassung in der GmbH

Ob ein derartiges Nichtmitstimmen dann aber geeignet ist, die oben dargestellte **Anwendung von § 47 Abs. 4 GmbHG in der Gesellschafterversammlung der GmbH auszuschließen**, ist fraglich. So ließe sich der Fall bilden, dass der Kommanditist, der beherrschenden Einfluss auf die Kommanditistenversammlung hat und in dessen Person ein Stimmverbot vorliegt, nicht mitstimmt. Zwar wird dann **auf der Ebene der KG nicht gegen § 47 Abs. 4 GmbHG verstoßen**. Es stellt sich aber die Frage, ob nicht auf der Ebene der GmbH zu berücksichtigen wäre, dass an der KG eine von einem Stimmrechtsverbot betroffene Person mit beherrschendem Einfluss beteiligt ist. Allerdings könnte man gegen die Anwendung von § 47 Abs. 4 GmbHG in einer derartigen Situation einwenden, dass sich der **beherrschende Einfluss gerade nicht auswirkt**. Andererseits kommt es nach *K. Schmidt* nur darauf an, ob der befangene Dritte das Abstimmungsverhalten der an der GmbH beteiligten Personengesellschaft maßgeblich beeinflussen könnte. Ob der befangene Dritte von seinem Einfluss Gebrauch mache, sei unwesentlich (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 160). Demgegenüber stellt der BGH in der Entscheidung vom 16.12.1991 (NJW 1992, 977) wohl auf die Auswirkung des Stimmverhaltens ab. Letztlich könnte man einer Anwendung von § 47 Abs. 4 GmbHG auf der Ebene der GmbH in dieser Konstellation wiederum durch eine teleologische Reduktion begegnen, denn es handelt sich um eine Einpersonen-GmbH (vgl. dazu bereits oben).

Im **Ergebnis** gehen wir davon aus, dass § 47 Abs. 4 GmbHG **auch auf der Ebene der Kommanditistenversammlung** Anwendung findet. Ausgeschlossen sind alle Kommanditisten, in deren Person ein Stimmverbot vorliegt. **Praktisch** ließe sich u. E. der von § 47 Abs. 4 GmbHG erfasste Interessenkonflikt dadurch vermeiden, dass die KG in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH durch einen der **verbleibenden, nicht von einem Stimmverbot betroffenen Kommanditisten vertreten** wird.

e) Zusammenfassung

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass Stellungnahmen zur Anwendung des § 47 Abs. 4 GmbHG auf die **Kommanditistenversammlung** in der Einheits-GmbH & Co. KG fehlen. Nach den obigen Ausführungen neigen wir allerdings dazu, eine Anwendung zu bejahen.

In der **GmbH-Versammlung** besteht ein Stimmverbot auch für einen Kommanditisten, der als **Vertreter der KG** auftritt, wenn in dessen Person das Stimmverbot verwirklicht ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die Kommanditistenversammlung ihn ohne Verstoß gegen ein Stimmverbot zur Vertretung der KG ermächtigt hat. Insofern würden wir die dargestellten Grundsätze zur Stimmrechtsausübung durch einen Vertreter für einen fremden Anteil anwenden wollen.

In Betracht kommt jedoch eine **teleologische Reduktion** des § 47 Abs. 4 GmbHG, soweit die KG in der Gesellschafterversammlung der GmbH überhaupt nicht mehr abstimmen könnte. Falls der Kommanditist mit beherrschendem Einfluss bereits in der Kommanditistenversammlung nicht mitstimmt und die KG in der GmbH-Gesellschafterversammlung von einem der übrigen Kommanditisten vertreten wird, ließe sich u. E. ein Konflikt mit § 47 Abs. 4 GmbHG von vornherein vermeiden.

3. Gesellschaftsvertragliche Abbedingung der Stimmverbote für die Kommanditistenversammlung
Zu der Frage, inwieweit die **Stimmverbote für die Kommanditistenversammlung abbedungen** werden können, fehlen ebenfalls Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur.

U. E. dürften jedoch die **allgemeinen Grundsätze zur Befreiung von Stimmverboten gelten**. Die Frage ist allerdings bereits grundsätzlich außerordentlich umstritten. Die zu dieser Frage ergangene Rechtsprechung ist in sich wenig konsistent (BGH NJW 1980, 1527; NJW 1989, 2694; OLG Hamm GmbHR 1993, 815; OLG Stuttgart GmbHR 1995, 231). *K. Schmidt* hält das Verbot für abdingbar, soweit es auf dem Gedanken des In-Sich-Geschäftes beruht. Soweit es dagegen um das „Richten in eigener Sache“ gehe, handle es sich um ein zwingendes Verbot (Scholz/K. Schmidt, § 47 Rn. 173). Ob eine Übertragung dieser Grundsätze möglich ist, bleibt freilich letztlich unsicher.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

BGB § 181

Auflassung als Erfüllung einer Verbindlichkeit im Falle einer Doppelvertretung
Abruf-Nr.: 100910

WEG § 10; BGB §§ 463, 892

Vereinbarung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts als Inhalt des Verhältnisses der Wohnungseigentümer untereinander gemäß § 10 Abs. 2 WEG; Bindung für den Rechtsnachfolger
Abruf-Nr.: 101664

EGBGB Art. 25

England: Pflichtteilsansprüche in Bezug auf ein in England belegenes Grundstück
Abruf-Nr.: 102271

ZPO § 727

Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten des Rechtsnachfolgers; "Finanzierung aus einer Hand"; Anforderungen an die Nachweisführung
Abruf-Nr.: 105141

AktG §§ 121, 134, 135, 241 ff.

Formerfordernis für Aktionärsvollmachten nach dem ARUG; Einberufungsmangel bei unzutreffenden Angaben über Vollmachtsform

Abruf-Nr.: 100690

Rechtsprechung

GB0 §§ 20, 29 Abs. 1

Nachweisanforderungen bei Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR

1. Im Anwendungsbereich des § 20 GBO müssen Existenz und Identität der erwerbenden GbR sowie die Vertretungsberechtigung der für sie handelnden Personen in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.

2. Eine Erklärung der Beteiligten in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Urkunde über die Rechtsverhältnisse der GbR ist hierfür selbst dann nicht ausreichend, wenn sie durch eidesstattliche Versicherung untermauert wird (Bestätigung von OLG München, Beschl. v. 20.7.2010 – 34 Wx 063/10). (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG München, Beschl. v. 17.8.2010 - 34 W 98/10
Abruf-Nr.: 10942

Mit diesem Beschluss bestätigt das OLG München seine strenge Haltung in den Fällen des Grundstückserwerbs durch eine bestehende Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Erneut hat das Gericht die Rechtsbeschwerde zum BGH zugelassen. Bislang wurde gegen den Beschluss des OLG München vom 20.7.2010 (DNotI-Report 2010, 149 f.) keine Rechtsbeschwerde eingelegt. Es bleibt abzuwarten, ob im Nachgang zu der bestätigenden Entscheidung vom 17.8.2010 mit einer höchstrichterlichen Entscheidung zu dieser Problematik gerechnet werden kann.

GmbHG § 40 Abs. 2

Kein Zurückweisungsrecht des Registergerichts bei Listenerstellung und Einreichung durch den Geschäftsführer und den Notar

Wird eine Gesellschafterliste von allen Personen unterzeichnet, deren Befugnis bzw. Verpflichtung hierzu in Betracht kommt (Geschäftsführer und Notar), ist das Registergericht nicht berechtigt, die Einstellung der Gesellschafterliste zu verweigern. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Hamm, Beschl. v. 16.2.2010 – I-15 W 322/09
Abruf-Nr.: 10940

Problem

Die Kompetenz zur Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste ist in § 40 GmbHG zwischen dem Geschäftsführer und dem Notar verteilt. Grundsätzlich ist zwar der Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG zur Errichtung, Unterzeichnung und Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet. Immer dann, wenn ein Notar an Veränderungen in den Personen der Gesellschafter

oder des Umfangs ihrer Beteiligung mitgewirkt hat, weist jedoch § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG ihm die Pflicht zu, die Gesellschafterliste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen. Die Zuständigkeitszuweisung an den Notar bezweckt eine erhöhte Richtigkeitsgewähr (Begründung Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/6140, S. 44), zumal das Registergericht hinsichtlich der Gesellschafterliste „nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisaufnahme ermöglichende Stelle“ ist (Begründung Regierungsentwurf, BT-Drs. 16/6140, S. 38). In Rechtsprechung und Schrifttum ist derzeit noch nicht abschließend geklärt, ob eine Veränderung im Gesellschafterbestand kraft Gesetzes einer zuständigkeitsbegründenden Mitwirkung des Notars i. S. v. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG entgegensteht. Hält eine zu verschmelzende Gesellschaft selbst unmittelbar Anteile an einer GmbH, wechselt die Gesellschafterstellung aufgrund der in § 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG angeordneten Gesamtrechtsnachfolge mit Eintragung der Verschmelzung auf den übernehmenden Rechtsträger. Der Gesellschafterwechsel vollzieht sich kraft Gesetzes, beruht allerdings auf dem Verschmelzungsvertrag und den Verschmelzungsbeschlüssen, die gem. § 6 bzw. § 13 Abs. 3 S. 1 UmwG jeweils notariell zu beurkunden sind (sog. **mittelbare Mitwirkung**).

Aufgrund der unklaren Zuständigkeit wurde vorliegend eine sowohl vom Geschäftsführer als auch von dem die Umwandlungsvorgänge beurkundenden Notar unterzeichnete Gesellschafterliste eingereicht. Das Registergericht wies die doppelt unterzeichnete Gesellschafterliste als unzulässig zurück.

Entscheidung

Nach dem OLG Hamm ist die vorsorgliche Unterzeichnung einer Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer und den Notar zulässig. Unabhängig davon, wie man die Zuständigkeitsfrage bei den oben genannten Fällen der bloß mittelbaren Mitwirkung des Notars beantwortet, sei die eingereichte Gesellschafterliste **jedenfalls auch von der verpflichteten Person unterschrieben**. Dies sei ausreichend. Zwar sei nach der abschließenden Kompetenzverteilung in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG die Zuständigkeit entweder dem Geschäftsführer oder dem Notar zugewiesen. Die jeweils zuständige Person habe die persönliche Gewähr für die Richtigkeit der eingereichten Liste mit entsprechenden Haftungsfolgen für den Fall der Fehlerhaftigkeit (§ 40 Abs. 3 GmbHG für den Geschäftsführer, § 19 BNotO für den Notar) zu übernehmen. Durch die doppelte Unterzeichnung übernahmen aber sowohl der Geschäftsführer als auch der Notar die Richtigkeitsgewähr und setzten sich der korrespondierenden Haftungsgefahr aus. Hiermit sei dem Zweck der Unterzeichnung Genüge getan.

Der Entscheidung des OLG Hamm ist uneingeschränkt zuzustimmen. Sofern die Unterzeichnung der Gesellschafterliste durch eine Person erfolgt, die hierfür zwar grundsätzlich gem. § 40 GmbHG geeignet, im konkreten Fall aber unzuständig ist, und sich aus der überflüssigen Unterschrift keine Ungewissheiten im Hinblick auf die Authentizität der Liste ergeben, kommt ein Zurückweisungsgrund seitens des Registergerichts nicht in Betracht (vgl. Herrler/Blath, ZIP 2010, 129, 131). Der Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG („anstelle“) wird insoweit von der Funktion der Unterzeichnungs- und Einreichungspflicht überlagert. Nach der gesetzlichen Konzeption ist allein entscheidend, dass jedenfalls auch der „Richtige“ die (haftungsrechtliche) Verantwortung für die Liste übernommen hat.

Hinsichtlich der Frage nach der Kompetenzverteilung bei nur mittelbarer Mitwirkung des Notars, die vorliegend mangels Entscheidungserheblichkeit nicht zu beantworten war, verweist das OLG Hamm auf seinen Beschluss vom 1.12.2009 (DNotI-Report 2010, 18 = ZIP 2010, 128). Darin hat das Gericht jedenfalls die ausschließliche Zuständigkeit des Geschäftsführers in derartigen Fällen verneint. Nicht abschließend geklärt wurde, ob der Notar stets oder nur dann zuständig ist, wenn ihm die durch den Umwandlungsvorgang bewirkten Veränderungen im Gesellschafterbestand – etwa aufgrund einer vorgelegten Schlussbilanz – erkennbar sind. Wortlaut („Mitwirkung“) und Gesetzeszweck („erhöhte Richtigkeitsgewähr“) sprechen für eine generelle Notarzuständigkeit. Die Grenzen seiner Erkenntnismöglichkeiten schließen die Zuständigkeit des Notars, wie auch die Parallele zu § 18 Abs. 2 S. 2 GrEStG zeigt, nicht notwendig aus. Freilich wird dann, wenn die Beteiligten die Frage des Notars nach unmittelbaren GmbH-Beteiligungen des übertragenden Rechtsträgers unzutreffend oder gar nicht beantworten, eine Haftung nach § 19 BNotO mangels schuldhafter Amtspflichtverletzung nicht begründet (vgl. Herrler/Blath, ZIP 2010, 129, 130 f.).

Angesichts der Entscheidung des OLG Hamm erscheint die Einreichung einer von Geschäftsführer und Notar gemeinsam errichteten Gesellschafterliste nun ohne Weiteres möglich. Alternativ wird die Übermittlung zweier identischer Listen durch den Geschäftsführer und den Notar vorgeschlagen (D. Mayer, ZIP 2009, 137, 145).

GG Art. 103 Abs. 1; ZPO § 544 Abs. 7; BGB § 328 Abfindungsbeschränkung in schuldrechtlicher Nebenabrede zur Satzung

a) **Die Gesellschafter einer GmbH können im Wege einer schuldrechtlichen Nebenabrede im Interesse der Gesellschaft abweichend von einer Satzungsbestimmung eine geringere Abfindungshöhe für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft vereinbaren.**

b) **In diesem Fall kann die Gesellschaft diese Abrede gemäß § 328 BGB einem Gesellschafter entgegenhalten, der trotz seiner schuldrechtlichen Bindung aus der von ihm mit getroffenen Nebenabrede auf die in der Satzung festgelegte höhere Abfindung klagt.**

BGH, Beschl. v. 15.3.2010 – II ZR 4/09
Abruf-Nr.: 10941

Problem

Der Kläger war seit 1991 Gesellschafter und seit 1995 zugleich auch Geschäftsführer der beklagten GmbH. Nach § 15 S. 1 der Satzung muss ein Gesellschafter seinen Geschäftsanteil beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen an die Gesellschaft übertragen. Satz 3 sieht für diesen Fall eine am Reinvermögen der Gesellschaft orientierte Abfindung vor. Sämtliche Gesellschafter beschlossen am 11.9.2002 einstimmig, dass die **Abfindung** eines ausscheidenden Gesellschafter-Geschäftsführers „auf der Grundlage einer Festlegung zwischen den Gesellschaftern“ anders zu berechnen sei als nach dem Gesellschaftsvertrag, nämlich **auf der Grundlage des Nominalwerts des Geschäftsanteils**. Hierdurch sollte im Interesse des weiteren Betriebs der GmbH als einer Gesellschaft von leitenden Mitarbeitern ein Gesellschafterwechsel in Zukunft zu wirtschaftlich

erschwinglichen Bedingungen ermöglicht werden („**Mitarbeitermodell**“). Der Beschluss kam auf Betreiben des Klägers zustande und wurde weder notariell protokolliert noch im Handelsregister eingetragen. Nach Abfassung des Beschlusses veräußerten mehrere Gesellschafter ihre Geschäftsanteile weiter.

Im August 2006 beschloss die Gesellschafterversammlung dann, dass der Kläger seinen Geschäftsanteil auf die Gesellschaft gegen Abfindung zu übertragen habe und sich die Abfindung „nach dem Gesellschafterbeschluss vom 11.9.2002 und nach der Satzung“ richte. Nach Erhebung der Anfechtungsklage gegen diesen Beschluss übertrug der Kläger im Dezember 2006 seinen Geschäftsanteil gegen Zahlung von 46.200.– € an die GmbH und behielt sich vor, die Höhe des von ihm auf Grundlage der Satzungsregelung auf mehrere hunderttausend Euro bezifferten Abfindungsanspruchs gerichtlich klären zu lassen. Landgericht und Oberlandesgericht verneinten die Beachtlichkeit des Gesellschafterbeschlusses vom 11.9.2002 für die Berechnung der Abfindung mit der Begründung, dass der Beschluss nach den Grundsätzen über satzungsdurchbrechende Beschlüsse der notariellen Form und des Handelsregistervollzugs bedürft hätte, mangels Einhaltung dieser Voraussetzungen also nichtig sei (OLG Brandenburg, Urt. v. 3.12.2008 – 7 U 186/07, DB 2009, 726).

Entscheidung

Der II. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs gab der Nichtzulassungsbeschwerde des Klägers (§ 544 ZPO) statt, hob das Berufungsurteil auf und verwies die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurück. Nach Ansicht des Bundesgerichtshofs hatten die Vorinstanzen den Grundsatz des rechtlichen Gehörs missachtet. Denn sie hatten nicht geprüft, ob jedenfalls die den Beschluss vom 11.9.2002 fassenden Gesellschafter sich schuldrechtlich zugunsten der GmbH dahin gebunden hatten, dass sie bei ihrem Ausscheiden lediglich die geringere Abfindung beanspruchen können. Es sei nämlich **anerkannt, dass die Gesellschafter Rechtsverhältnisse in oder zu der Gesellschaft auch außerhalb des Gesellschaftsvertrages durch schuldrechtliche Nebenabreden regeln könnten**, und zwar formfrei und auch in Abweichung zum Gesellschaftsvertrag der GmbH (Tz. 7). Eine schuldrechtliche Vereinbarung über die Abfindungsberechnung **binde zwar grundsätzlich nur die Vertragsparteien**; dies schließe jedoch nicht aus, dass die **Gesellschaft gem. § 328 Abs. 1 BGB** aus der Vereinbarung der Gesellschafter **eigene Rechte herleiten könne** (Tz. 8). Der Wortlaut des Beschlusses vom 11.9.2002 weise auf eine solche Nebenvereinbarung ausdrücklich hin. Im Übrigen komme aber auch eine Umdeutung des Beschlusses in eine schuldrechtliche Nebenabrede in Betracht, weil es nicht um eine organisationsrechtliche Regelung, sondern um eine Sozialverpflichtung der Gesellschaft gegenüber einem Gesellschafter gehe (Tz. 9 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 17.6.1993, II ZR 81/96, BGHZ 123, 15, 20 = DNotZ 1994, 313 = DNotI-Report 6/1993, 6).

Liege eine solche schuldrechtliche Bindung vor, sei es dem Kläger verwehrt, sich im Hinblick auf sein eigenes Ausscheiden auf die Satzungsregelung zu berufen. Eine Unwirksamkeit der vereinbarten Abfindungsregelung könne sich auch nicht aus einem groben Missverhältnis zu dem wahren Wert der Beteiligung ergeben, da nach der Rechtsprechung des Senats Abfindungsbeschränkungen sachlich gerechtfertigt seien, die auf den Besonderheiten eines Mitarbeitermodells beruhten, wenn also einem verdienten Mitarbeiter eine Minderheitenbeteiligung eingeräumt wer-

de, die er bei seinem Ausscheiden aus dem Unternehmen zurückzuübertragen habe (Tz. 11 unter Hinweis auf BGH, Urt. v. 19.9.2005 – II ZR 342/03, BGHZ 167, 107, 115 f. = DNotZ 2006, 140).

Eine weitere Auseinandersetzung mit dem Problem des satzungsdurchbrechenden Beschlusses enthält der Beschluss des BGH nicht. Die Entscheidung macht deutlich, dass es den Gesellschaftern einer GmbH freisteht, außerhalb der Satzung durch schuldrechtliche Vereinbarungen („side letters“) nicht nur ihr Verhältnis untereinander, sondern auch die Rechtsbeziehungen zur GmbH zu regeln, vorausgesetzt, dass es nicht um organisationsrechtliche Regelungen geht (die zwingend einer Regelung im Gesellschaftsvertrag vorbehalten sind). Aus dem allgemeinen Verbot des Vertrags zulasten Dritter folgt, dass durch eine solche Vereinbarung zwischen den Gesellschaftern kein Vertrag zulasten der Gesellschaft ohne deren Mitwirkung geschlossen werden kann. **Schuldrechtliche Nebenvereinbarungen binden allerdings nur diejenigen Gesellschafter, die an der Vereinbarung beteiligt sind** (und deren Gesamtrechtsnachfolger), nicht deren Sonderrechtsnachfolger.

BGB § 2314; ZPO § 888 Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis im Pflichtteilsrecht

Ein notarielles Verzeichnis i. S. d. § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB genügt den dort statuierten Anforderungen nur dann, wenn der Notar den Nachlassbestand eigenständig ermittelt hat und durch Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringt, für den Inhalt verantwortlich zu sein.

OLG Saarland, Beschl. v. 26.4.2010 – 5 W 81/10
Abruf-Nr.: 10936

Problem

Die Pflichtteilsgläubiger erhoben gegen den Pflichtteilschuldner im August 2008 beim zuständigen Landgericht eine Stufenklage und verlangten auf der ersten Stufe Auskunft über den pflichtteilerheblichen Nachlass gem. § 2314 BGB. Mit für vorläufig vollstreckbar erklärtem Teilanerkenntnisurteil wurde der Schuldner verurteilt, Auskunft über den Bestand des Nachlasses des im Januar 2008 verstorbenen Erblassers durch Vorlage eines notariell aufgenommenen Verzeichnisses zu erteilen. Der Schuldner legte nach erstmaliger Festsetzung eines Zwangsgelds ein vom Notar im April 2009 erstelltes Verzeichnis vor, das im November 2009 ergänzt wurde. Da die erteilten Auskünfte nach wie vor unvollständig waren, wurde auf Antrag der Gläubiger ein weiteres Zwangsgeld festgesetzt.

Entscheidung

Das OLG Saarland hält die gegen die Zwangsgeldfestsetzung eingelegte Beschwerde für unbegründet, da der Schuldner seine Verpflichtung nicht erfüllt habe. Im Anschluss an die Entscheidung des OLG Celle (DNotZ 2003, 62) geht das OLG Saarland davon aus, dass die **bloße Beurkundung von Erklärungen** des Auskunftspflichtigen **kein notarielles Verzeichnis i. S. d. § 2314 Abs. 1 S. 3 BGB** darstelle, sondern ein solches voraussetze, dass der Notar den Nachlassbestand selbst und eigenständig – wenn auch zunächst ausgehend von den Angaben des Auskunftspflichtigen – ermittelt habe und durch Bestätigung des

Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck gebracht habe, für den Inhalt verantwortlich zu sein. Das OLG Saarland moniert, dass sich der Notar im vorliegenden Fall auf die Auflistung dessen beschränkt habe, was ihm vorgelegt worden sei. Dabei ergab sich bereits aus den Angaben des Erben, dass noch weitere Nachlassgegenstände (u. a. Bankkonten im Ausland) vorhanden waren, eine vollständige Verzeichnung des Nachlasses (trotz Ergänzung) also nicht erfolgt war.

BGB §§ 140, 2247, 2265, 2267, 2270 Umdeutung eines wegen Testierunfähigkeit eines Ehepartners unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments

1. Ein wegen Testierunfähigkeit des beigetretenen Ehepartners unwirksames gemeinschaftliches Testament kann als Einzeltestament des testierfähigen Ehepartners aufrechterhalten werden.

2. Es kommt nicht darauf an, aus welchen Gründen die erstrebte Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gescheitert ist. Eine Umdeutung kann auch hinsichtlich solcher Verfügungen vorgenommen werden, die – im Falle der Wirksamkeit – zu einer Verfügung des anderen Ehegatten wechselbezüglich i. S. d. § 2270 BGB wären. Maßgebend ist allein die Feststellung, dass der Erblasser auch in Kenntnis der unwirksamen oder fehlenden entsprechenden Verfügung des anderen Testierenden seine eigene Verfügung zu dessen Gunsten treffen wollte (Leitsätze der Redaktion).

OLG München, Beschl. v. 19.5.2010 – 31 Wx 38/10
Abruf-Nr.: 10935

Problem

Der im Jahre 2007 verstorbene Erblasser hatte mit seiner Ehefrau – die seit mehreren Jahren an einer fortschreitenden Demenz vom Alzheimer-Typ litt – im Jahr 2003 ein privatschriftliches Ehegattentestament errichtet, das vom Erblasser eigenhändig geschrieben und unterschrieben worden war. Die Ehefrau hatte hierauf ihre Zustimmung vermerkt und ebenfalls unterschrieben. Im Testament hatten sich die Ehegatten gegenseitig als alleinige Erben eingesetzt. Zu Schlusserben wurden die Enkel zu gleichen Teilen bestimmt. Die beiden Söhne wurden aufgrund des zerrütteten Verhältnisses der Eltern zu ihnen enterbt.

Der nach dem Tod des Erblassers der überlebenden Ehefrau erteilte Erbschein als Alleinerbin wurde wieder eingezogen, nachdem ein Sachverständiger Testierunfähigkeit der Ehefrau zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung festgestellt hatte. Die beiden Söhne beantragten daraufhin die Erteilung eines Erbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge, der sie neben der Mutter als Miterben zu je ¼ ausweist. Der Betreuer der Mutter hielt dagegen eine Umdeutung des unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments für möglich und beantragte die Erteilung eines Erbscheins, der diese als Alleinerbin ausweist, beschränkt durch Nacherbfolge zugunsten der Enkel.

Entscheidung

Zunächst stellt das OLG München fest, dass das gemeinschaftliche Testament aus dem Jahr 2003 wegen Testierunfähigkeit der beigetretenen Ehefrau als gemeinschaftliches Testament unwirksam ist (vgl. § 2270 Abs. 1 BGB).

Das OLG München hält allerdings – wie beim gemeinschaftlichen Testament von Nichtehegatten – eine **Umdeutung (§ 140 BGB)** des unwirksamen gemeinschaftlichen Testaments für zulässig, und zwar auch hinsichtlich solcher Verfügungen, die zu einer Verfügung des anderen Ehegatten **wechselbezüglich i. S. d. § 2270 BGB** sind (wie hier die gegenseitige Erbeinsetzung der Ehegatten). Voraussetzung ist nur die **Formwirksamkeit** der Verfügung, die hinsichtlich der eigenhändig geschriebenen Verfügungen des Erblassers gegeben war (vgl. § 2247 Abs. 1 BGB). Außerdem muss festgestellt werden können, dass der Erblasser **auch in Kenntnis der unwirksamen oder fehlenden entsprechenden Verfügung** des anderen Testierenden seine eigene Verfügung zu dessen Gunsten treffen wollte. Dies wird im Ergebnis für den vorliegenden Fall bejaht, obwohl die bisher h. A. bei wechselbezüglichen Verfügungen mit der Annahme eines derartigen Willens sehr zurückhaltend war. Im Ergebnis gelangt das OLG München im Wege der Umdeutung nicht nur zur Annahme einer wirksamen testamentarischen Erbeinsetzung der Ehefrau, sondern im Hinblick auf den Ausschließungswillen gegenüber den Söhnen sogar zur Annahme einer Nacherbeinsetzung der Enkel.

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, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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