

## Herausgeber

Deutscher Notarverein

## Herausgeberbeirat

Prof. Dr. Walter Bayer

Notar Dr. Thomas Diehn, LL. M.

Prof. Dr. Nicola Preuß

Notar Dr. Christian Rupp

Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch

Notar Andreas Schmitz-Vornmoor

## Schriftleiter

Notar Dr. Michael Bernauer

Notarassessor Andreas Kuhn

Notar Dr. Stefan Schmitz

monatsschrift für die gesamte notarielle praxis

alles wichtige praxisnah

## editorial

Immobilienmarkt im Krisenmodus (*Jens-Olaf Lenschow*) 1

## beitrag des monats

Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt  
(*Matthias Damm*) 3

## jahresrückblick

Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht –  
Aktuelle Entwicklungen (*Christoph Aumann*) 15

## praxisforum

Das notarielle Protokoll über die virtuelle Hauptversammlung  
der AG (*Frank-Holger Lange*) 22

Pflichtteilergänzungsansprüche im Testament zugunsten  
eines Menschen mit Behinderung (*Ulf Schönenberg-Wessel,  
David Polzer*) 28

## rechtsprechung

BGH: Geschäftswert einer Kapitalerhöhung mit außerhalb der  
Urkunde vereinbarter sonstiger Zuzahlung (*Oliver Vossius*) 32



Immobilienmarkt im Krisenmodus

Sehr geehrte Damen und Herren,  
 liebe Kolleginnen und Kollegen,

Der Immobilienmarkt durchlebt seine zweite Krise in 20 Jahren. Die „Subprime“-Probleme 2007/2008 beruhen in erster Linie auf einem Vertrauensverlust innerhalb der Finanzmärkte. Davon war auch der deutsche Banken- und Finanzsektor stark betroffen, weniger jedoch der deutsche Immobilienmarkt. Während die US-Hauspreise stark zurückgingen und ihren Vorkrisenstand erst 2017 wieder erreichen konnten, hielt sich der deutsche Immobilienmarkt auch in den Krisenzeiten im Vergleich stabiler. Zu einer dem US-Markt vergleichbaren Wertvernichtung ist es in Europa nicht gekommen.

Als eine mögliche Ursache des milderen Krisenverlaufs in Europa wird auch der Beitrag der freiwilligen Gerichtsbarkeit, insbesondere des Notariats kontinentaleuropäischer Prägung, genannt. Das US-amerikanische Modell einer „*Regulation through Litigation*“ setzt zur juristischen Qualitätssicherung darauf, dass die Tücken zivilrechtlicher Rechtsinstitute in öffentlichen Gerichtsverfahren zutage treten. Den Rechtsteilnehmern obliegt es sodann selbst, diese Tücken zu erkennen und durch vertragliche Vorkehrungen zu meiden oder sich gegen die erkannten Risiken zu versichern. Bleiben – wie im Falle der Subprime-Mortgages – rechtliche Klippen lange unentdeckt, können daran ganze Wirtschaftssektoren zerschellen. Das vorbeugend regulierende europäische Modell setzt demgegenüber auf eine *Ex-ante* Prüfung der Verträge, des Grundstücksbestands, der Identität und Berechtigung der Beteiligten sowie auf deren informierte Entscheidung. Im Krisenfall erhöhen diese vorbeugenden Maßnahmen den Wert von Vereinbarungen und Sicherheiten.

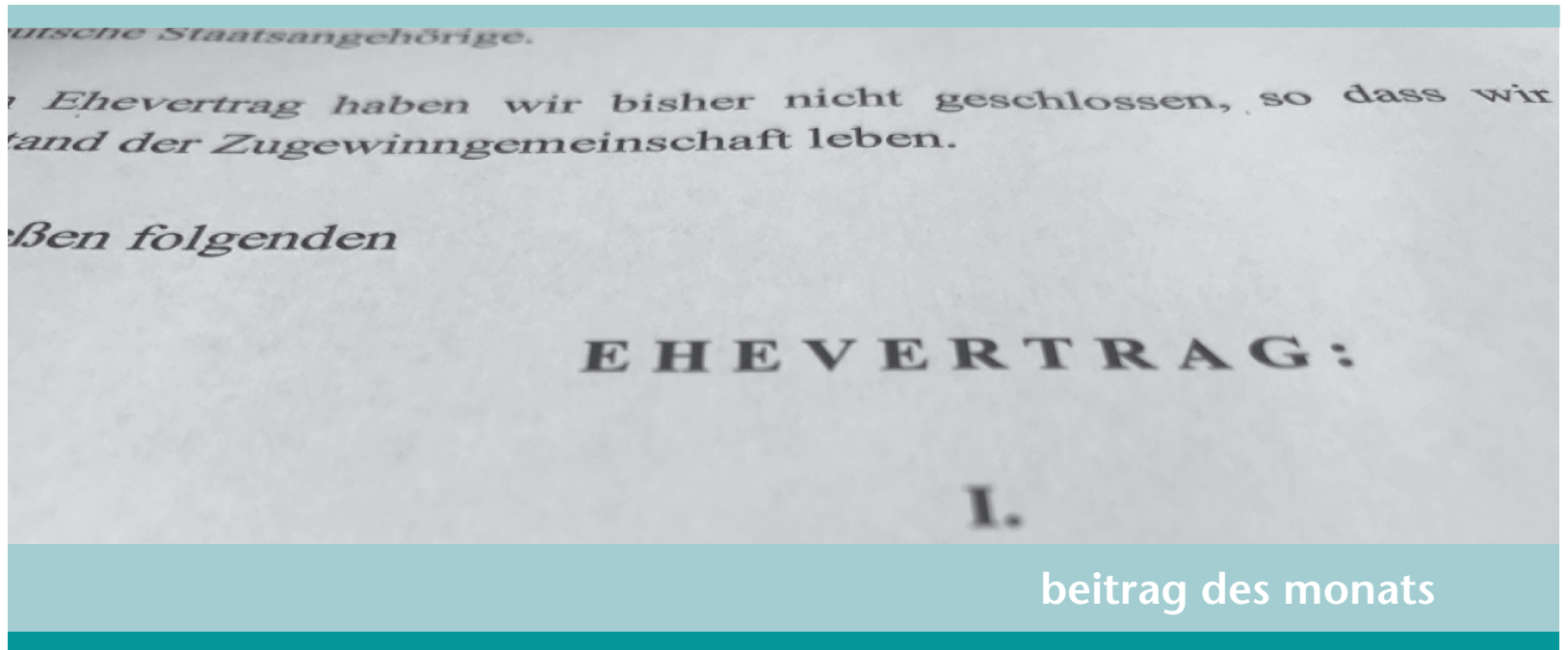
Daran sollte sich der Gesetzgeber erinnern, wenn er jetzt wieder in den Krisenmodus schaltet. Die Entwicklung von 2022/2023 ist keine Vertrauens-, sondern eine Kapitalmangelkrise. Neben Preisrückgängen von branchen- und ortsübergreifend 15 bis 20 % gegenüber dem Höchststand im Jahr 2019 besteht vor allem ein Minus bei der Zahl der Verkäufe: Gegenüber dem Höchststand hat sich die Zahl der Immobilientransaktionen halbiert. In den Notariaten spüren wir die Nervosität der Beteiligten. Die Ungewissheit über die künftige Preis- und Zinsentwicklung lässt sie an dem richtigen Zeitpunkt für ihr Geschäft zweifeln. Langwierige Verkaufsprozesse und Kapitalmangel erhöhen die Komplexität der Verträge. Damit ist auch die Arbeit der vorbeugenden rechtlichen Betreuung schwieriger und aufwendiger geworden, zumal sich durch die fortschreitende Digitalisierung und die neuen Kompetenzen im Kampf gegen Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung neue Herausforderungen stellen. Der Gesetzgeber sollte diese Arbeit der vorsorgenden Rechtspflege nicht als Kostenfaktor, sondern als unerlässlichen Teil der Krisenbewältigung sehen, der sich aufgrund der sozial ausgestalteten Wertabhängigkeit der GNotKG-Gebühren zudem mit dem Hauspreisrückgang automatisch verbilligt. Unsere Arbeit erhält das Vertrauen in die Transaktionssicherheit des Immobilienmarktes auch in Zeiten wirtschaftlicher Unsicherheit. Verlieren die Marktteilnehmer dieses Vertrauen, dürfte sich die Abwärtsspirale der Transaktionszahlen weiterdrehen.

Ihr

Dr. Jens-Olaf Lenschow, Präsident der Hamburgischen Notarkammer

## inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	Immobilienmarkt im Krisenmodus ( <i>Dr. Jens-Olaf Lenschow</i> )	1
<b>inhalt</b>		2
<b>impressum</b>		35
<b>beitrag des monats</b>	Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt ( <i>Dr. Dr. Matthias Damm</i> )	3
<b>jahresrückblick</b>	Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht – Aktuelle Entwicklungen ( <i>Christoph Aumann</i> )	15
<b>praxisforum</b>	Das notarielle Protokoll über die virtuelle Hauptversammlung der AG ( <i>Dr. Frank-Holger Lange</i> )	22
	Pflichtteilsergänzungsansprüche im Testament zugunsten eines Menschen mit Behinderung ( <i>Ulf Schönenberg-Wessel, David Polzer</i> )	28
<b>rechtsprechung</b>	BGH: Geschäftswert einer Kapitalerhöhung mit außerhalb der Urkunde vereinbarter sonstiger Zuzahlung (mit Anmerkung von <i>Dr. Oliver Vossius</i> )	32
<b>nachrichten</b>		34
<b>literatur</b>	Krug/Daragan/Bernauer (Hrsg.), Die Immobilie im Erbrecht (besprochen von <i>Dr. Claus Ulrich Beisel</i> )	36



beitrag des monats

Matthias Damm

## Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt

Das Unterhaltsrecht ist ein Schwerpunkt der familienrechtlichen Praxis, emotional aufgeladen und stellt für viele Beteiligte die wirtschaftliche Existenzfrage.<sup>1</sup> Der vorliegende Beitrag möchte eine kurze Übersicht über die Rolle des Unterhaltsrechts im Kanon der familienrechtlichen Regelungsmaterien geben und anschließend die wichtigsten Werkzeuge für den Kautelarjuristen<sup>2</sup> präsentieren.

### A. Grundlagen des gesetzlichen Unterhaltsrechts

#### I. Arten des Unterhalts und deren Bedeutung in der notariellen Praxis

Der Begriff des „Unterhalts“ ist nicht legaldefiniert – der Gesetzgeber geht vielmehr von einem vorrechtlichen Begriffsverständnis aus, wonach „jemanden unterhalten“ bedeutet, für dessen Lebensbedarf aufzukommen.<sup>3</sup> Eine Pflicht zur Leistung von Unterhalt kann sich aus dem Vertrag oder aus dem Gesetz ergeben, wobei in der Praxis Verträge meist eine bestehende gesetzliche Unterhaltspflicht ausgestalten und nicht eine neue begründen sollen. Das deutsche Recht knüpft die Unterhaltspflicht an die Verwandtschaft und die Ehe bzw. Lebenspartnerschaft. Andere Rechtsordnungen kennen andere Unterhaltstatbestände als die deutsche, so ist z. B. im angloamerikanischen Rechtsraum das (nur rudimentär vorhandene) Pflichtteilsrecht als Unterhaltsanspruch der bedürftigen Angehörigen ausgestaltet.<sup>4</sup>

Das deutsche Recht kennt im Einzelnen folgende Unterhaltsarten:

- Familienunterhalt (§§ 1360, 1360a BGB)
- Trennungunterhalt (§ 1361 BGB)
- Nachehelicher Unterhalt (§§ 1569 ff. BGB)
  - Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes (§ 1570 BGB)
  - Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB)
  - Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen (§ 1572 BGB)
  - Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt (§ 1573 BGB)
  - Unterhalt aus Billigkeitsgründen (§ 1576 BGB)
- Kindesunterhalt (§§ 1601 ff. BGB)
- Sonstiger Verwandtenunterhalt (§§ 1601 ff. BGB)
- Unterhaltsanspruch der nicht verheirateten Kindesmutter (§§ 1615a ff. BGB).

Im Verfahrensrecht sind die Unterhaltssachen als eigene Familienstreitsachen ausgestaltet (§§ 111 Nr. 8, 112 Nr. 1, 231 ff. FamFG), auf welche die Regelungen der ZPO im Kern Anwendung finden (§ 113 Abs. 1 S. 2 FamFG). Das bedeutet, dass anders als im vom Amtsermittlungsgrundsatz beherrschten FamFG-Verfahren das vom Beibringungs- und Beweisgrundsatz geprägte kontradiktorische ZPO-Verfahren zu beachten ist.<sup>5</sup>

#### II. Prinzipien des Unterhaltsrechts

Beim Unterhaltsanspruch handelt es sich um einen familienrechtlichen Anspruch, auf den die allgemeinen Regelungen des Schuldrechts in abgewandelter Form Anwendung finden. Diese müssen zum Wesen des jeweiligen familienrechtlichen Anspruchs passen – ein Zurückbehaltungsrecht wäre beispielsweise

<sup>1</sup> Handbuch Familienrecht/*Gerhardt*, 12. Aufl. 2021, Kap. 6 Rn 1.

<sup>2</sup> Der Aufsatz verwendet fast durchgehend das generische Maskulinum, insbesondere dort, wo die Berufsträger in ihrer Funktionsbezeichnung gemeint sind.

<sup>3</sup> Ebenso: *Graba*, JuS 2019, 677, 677.

<sup>4</sup> Siehe Pflichtteilsrecht/*Klingelhöffer*, 4. Aufl. 2014, 1. Teil, Rn 2. Auch in Deutschland wird dieses Modell seit neuestem nach einem entsprechenden Vorschlag von *Zimmermann* lebhaft diskutiert, siehe *Röthel*, ErbR 2023, 662 ff.

<sup>5</sup> BeckOK FamFG/*Weber*, 47. Ed., § 113 Rn 1; neben diesen grundlegenden Unterschieden die einzelnen Unterschiede ebenfalls herausarbeitend *Bumiller/Harders/Schwamb/Schwamb*, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 113 Rn 4 ff.



mit dem Wesen des den Lebensunterhalt sichernden Unterhaltsanspruchs nicht vereinbar.<sup>6</sup>

Die verschiedenen Anspruchsgrundlagen des Unterhaltsrechts definieren stets eine gewisse Menge von Tatbestandsvoraussetzungen, die kumulativ in jeder betrachteten Zeiteinheit vorliegen müssen, damit die Rechtsfolge Unterhalt für die jeweilige Zeiteinheit folgt. Mit Ausnahme des Familienunterhalts nach §§ 1360 ff. BGB (beide Ehepartner müssen zugleich ihren Beitrag zum Familienunterhalt beitragen), kann zum gleichen Zeitpunkt stets nur ein Beteiligter Unterhaltsverpflichteter und der andere Unterhaltsberechtigter sein, wobei der Schuldner eines bestimmten Zeitraums wiederum Gläubiger eines späteren Zeitraums werden kann und umgekehrt. Unterhalt ist kein gegenseitiger, sondern ein wechselseitiger Anspruch.<sup>7</sup>

Seit der Unterhaltsrechtsreform vom 1.1.2008 wird das Recht des nachehelichen Unterhalts geprägt vom gesetzgeberischen Postulat größerer Eigenverantwortung,<sup>8</sup> was umgekehrt mit einer Abschwächung der nachehelichen Solidarität verbunden ist. Dies bedeutet nicht, dass die nacheheliche Solidarität gänzlich entfallen wäre – das wäre mit dem Wesen der Ehe unvereinbar –, aber der Paradigmen-Wechsel weg von der „Haushaltsführungsehe“ hin zur „Doppelverdienersehe“ hat das gesetzliche Leitbild verschoben.<sup>9</sup> Dies kommt in § 1569 BGB zum Ausdruck, der den Grundsatz der Eigenverantwortung normiert.<sup>10</sup>

Während sich zwischen den Ehegatten der Gedanke der nachehelichen Solidarität früher eher in einer fortdauernden Solidargemeinschaft zeigte und das Familienrecht so einen bestimmten Lebensstandard garantieren wollte, ist das neuere Unterhaltsrecht eher von dem Gedanken der Kompensation ehebedingter Nachteile beherrscht.<sup>11</sup> Hierin kommt das gewandelte Verständnis der Ehe zum Ausdruck, welches der Gesetzgeber zugrunde legt und welches mittlerweile in weiten Teilen der Gesellschaft vorherrschend sein dürfte: das einer (Lebensabschnitts-)Ehe als Verbindung zweier selbstverantwortlicher Individuen zur gegenseitigen Unterstützung.<sup>12</sup>

Das dritte überragende Prinzip des nichtehelichen Unterhalts (neben Eigenverantwortung und Kompensation ehebedingter Nachteile) ist die Förderung des Kindeswohls.<sup>13</sup>

Der Rechtsanwender wird stets auch die Interdependenzen des Unterhaltsrechts mit weiteren Rechtsgebieten im Blick behalten müssen. Über die Thematik des begrenzten Realsplittings nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG (steuerliches Formblatt „Anlage U“) ergeben sich Berührungspunkte zum Einkommensteuerrecht.<sup>14</sup> Der Versorgungsausgleich kann im Unterhaltsrecht insoweit eine Rolle spielen, als dass dessen Durchführung die Leistungs-

fähigkeit des Unterhaltsverpflichteten senkt, sodass die Kürzung der laufenden Versorgung der ausgleichspflichtigen Person auf Antrag auszusetzen ist (vgl. § 33 VersAusglG).

### III. Der Unterhaltsanspruch

#### 1. Anspruchsvoraussetzungen

Ein Unterhaltsanspruch besteht, wenn die Anspruchsvoraussetzung einer einschlägigen Anspruchsgrundlage erfüllt sind. Im Falle des nachehelichen Unterhalts sind dies:

- Konkrete Anspruchsgrundlage: §§ 1569 ff. BGB
- geschiedene Ehe
- Bedürftigkeit des Unterhaltsberechtigten
- Leistungsfähigkeit des Unterhaltsverpflichteten
- Bedarf: konkrete Berechnung des zu zahlenden Unterhalts
- kein Vorliegen von Ausschlussgründen
- Kürzung des Unterhalts nach Scheidung
- Rechtsfolge: monatlich im Voraus zu zahlende Geldrente.

#### 2. Konkrete Anspruchsgrundlage

Damit ein Ehegatte vom anderen Ehegatten Unterhalt verlangen kann, muss einer der folgenden Unterhaltstatbestände einschlägig sein:

- Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes (§ 1570 BGB)
- Unterhalt wegen Alters (§ 1571 BGB)
- Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen (§ 1572 BGB)
- Unterhalt wegen Erwerbslosigkeit und Aufstockungsunterhalt (§ 1573 BGB)
- Ausbildungsunterhalt (§ 1575 BGB)
- Unterhalt aus Billigkeitsgründen (§ 1576 BGB).

Jede der Normen setzt einen „geschiedenen Ehegatten“ voraus. Die Aufhebung der Ehe ist zwar nicht in den Normen separat geregelt, die Unterhaltstatbestände sind jedoch im Rahmen des § 1318 Abs. 2 BGB grundsätzlich anwendbar zugunsten des gutgläubigen oder getäuschten/bedrohten Partners.<sup>15</sup>

##### a) Unterhalt wegen Betreuung eines Kindes

Nach § 1570 Abs. 1 BGB kann ein geschiedener Ehegatte von dem anderen wegen der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes für mindestens drei Jahre nach der Geburt Unterhalt verlangen (sog. Basisunterhalt – der auch der Mutter des nichtehelichen Kindes zusteht). Die Dauer des Unterhaltsanspruchs verlängert sich, „solange und soweit“ dies der Billigkeit entspricht, wobei die Belange des Kindes und die bestehenden Möglichkeiten der Kinderbetreuung in die Betrachtung einfließen müssen.<sup>16</sup> Tatbestandsvoraussetzungen sind also

- Pflege und Erziehung eines
- gemeinschaftlichen Kindes und
- Nichtbestehen einer Erwerbsobliegenheit.<sup>17</sup>

Der Unterhalt soll ehebedingte Nachteile ausgleichen, aber nicht eine spätere Wiedereingliederung in das Erwerbsleben ermöglichen, sondern vielmehr einzig dem Kindeswohl dienen.<sup>18</sup> Dem steht nicht entgegen, dass nach dem – von Ausnahmen abgesehen – einschränkungslos zu gewährenden Basisunterhalt sowohl kindbezogene als auch elternbezogene Verlängerungs-

<sup>6</sup> Staudinger/Verschraegen, 2014, BGB, Vorbem. zu § 1569 Rn 40.

<sup>7</sup> Graba, JuS 2019, 677, 678.

<sup>8</sup> BT-Drucks 16/1830, 1: „Der Entwurf verfolgt vor diesem Hintergrund drei Ziele: Die Stärkung des Kindeswohls, die Betonung des Grundsatzes der Eigenverantwortung nach der Ehe und die Vereinfachung des Unterhaltsrechts“.

<sup>9</sup> Münch/Schmitz, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn 1 ff.

<sup>10</sup> Bis zum 31.12.2007 lautet der Wortlaut noch „§ 1569 Abschließende Regelung: Kann ein Ehegatte nach der Scheidung nicht selbst für seinen Unterhalt sorgen, so hat er gegen den anderen Ehegatten einen Anspruch auf Unterhalt nach den folgenden Vorschriften.“ Der Unterschied fällt sofort ins Auge.

<sup>11</sup> BT-Drucks 16/1830, 14.

<sup>12</sup> Vgl. Münch/Schmitz, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn 1 ff.

<sup>13</sup> Vgl. allein BT-Drucks 16/1830, 1 (vorhergehendes Zitat).

<sup>14</sup> Vgl. einführend Linderer, NZFam, 2015, 647.

<sup>15</sup> BGB/Grüneberg/Siede, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1318 Rn 2.

<sup>16</sup> Staudinger/Verschraegen, 2014, BGB § 1570 Rn 6 ff.

<sup>17</sup> Staudinger/Verschraegen (2014), BGB § 1570 Rn 13 ff.

<sup>18</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1570 Rn 1.

gründe in Betracht kommen.<sup>19</sup> Dabei geht die Praxis heute nicht mehr von einem strengen Altersphasenmodell aus, wonach ein bestimmtes Kindesalter die Vermutung einer bestimmten Pflege- und Betreuungsbedürftigkeit nach sich gezogen hatte, sondern macht das Bestehen eines solchen Tatbestandes von den Umständen des Einzelfalls abhängig.<sup>20</sup> Das Alter des Kindes ist nur ein Kriterium unter mehreren. Das bedeutet aber nicht, dass die Ehegatten nicht selbst vertraglich eine Unterhaltsverpflichtung anhand eines individuell gewählten Altersphasenmodells vereinbaren können.<sup>21</sup>

#### b) Unterhalt wegen Alters

Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit von ihm im Zeitpunkt der Scheidung, der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes oder des Wegfalls der Voraussetzungen für den Kranken- oder Erwerbslosenunterhalt wegen seines Alters eine Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden kann (§ 1571 BGB). Die Norm setzt nach h. M. nur eine altersbedingte, aber keine ehebedingte Bedürftigkeit voraus,<sup>22</sup> was jedenfalls für Eheschließungen im fortgeschrittenen Alter m. E. kritisch zu sehen ist.<sup>23</sup>

Der Anspruch auf Altersunterhalt ist immer ein Anschlussunterhalt. Der Einsatzzeitpunkt muss also gewahrt sein. Die Ehe oder einer der nach § 1571 Nr. 2 bzw. 3 BGB genannten Unterhaltsansprüche müssen ohne zeitliche Lücke unmittelbar vor der Geltendmachung des Altersunterhalts liegen (sog. Unterhaltskette), wobei der Unterhalt nicht geltend gemacht werden muss, vielmehr genügt es, wenn der Unterhaltsanspruch jedenfalls bestanden hatte.<sup>24</sup>

Der Begriff „Alter“ ist nicht gesetzlich vorgegeben, aber es macht Sinn, im Regelfall auf die Voraussetzungen für ein Altersruhegeld aus der gesetzlichen Rentenversicherung, (Regelaltersgrenze nach § 35 SGB VI) abzustellen, was nicht heißt, dass nicht im Einzelfall auch früher ein Anspruch entstehen kann.<sup>25</sup> Ab dem Erreichen der Regelaltersgrenze kann regelmäßig die Ausübung einer Erwerbstätigkeit nicht mehr erwartet werden.<sup>26</sup>

#### c) Unterhalt wegen Krankheit oder Gebrechen

Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, solange und soweit von ihm ab dem Zeitpunkt der Scheidung, der Beendigung der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes, der Beendigung der Ausbildung, Fortbildung oder Umschulung oder des Wegfalls der Voraussetzungen für einen Erwerbslosen- bzw. Aufstockungsunterhalt wegen Krankheit oder anderer Gebrechen oder Schwächen seiner körperlichen oder geistigen Kräfte eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann (§ 1572 BGB).

Krankheit, Gebrechen oder Schwäche körperlicher oder geistiger Kräfte stehen nebeneinander. Die Begriffe sind an dieser Stelle nicht definiert, sondern anderen im Sozialversicherungsrecht angesiedelten Rechtsquellen entlehnt.<sup>27</sup>

Die Krankheit, das Gebrechen usw. müssen nach h. M. nicht ehebedingt sein, also weder erstmals in der Ehezeit noch wegen der Ehe aufgetreten sein. Selbst eine vor der Ehe bestehende Ursache kann den Anspruch begründen, egal ob der Berechtigte oder der Verpflichtete von der Krankheit gewusst hatten. Dies folgt aus der nahehelichen Solidarität, wonach schicksalhafte Entwicklungen grundsätzlich gemeinsam zu tragen sind, selbst wenn und soweit sie schon vorehelich angelegt waren.<sup>28</sup>

#### d) Erwerbslosenunterhalt, Aufstockungsunterhalt, Ausbildungsunterhalt

Hat ein geschiedener Ehegatte keinen Anspruch auf Betreuungs-, Alters- oder Krankenunterhalt, kann er trotzdem Unterhalt verlangen, solange und soweit er nach der Scheidung keine angemessene Erwerbstätigkeit zu finden vermag (§ 1573 Abs. 1 BGB; Erwerbslosenunterhalt); findet er eine solche zwar, reichen die Einkünfte aber nicht zum vollen Lebensunterhalt aus, kann er den Differenzbetrag gemäß § 1573 Abs. 2 BGB verlangen (Aufstockungsunterhalt). Dies gilt gemäß § 1573 Abs. 3 BGB auch, wenn zunächst ein anderer Unterhaltstatbestand vorgelegen hatte, dieser aber entfallen ist.

§ 1573 BGB kreiert einen (gegenüber den anderen Ansprüchen aus eingeschränkter Erwerbstätigkeit subsidiären) Unterhaltsanspruch trotz bestehender Erwerbsobliegenheit des Berechtigten, wenn dieser keine angemessene Tätigkeit finden kann oder trotz angemessener Tätigkeit die Einkünfte nicht für einen den ehelichen Lebensverhältnissen angemessenen Unterhalt ausreichen.<sup>29</sup>

Was unter einer angemessenen Erwerbstätigkeit zu verstehen ist, wird in § 1574 Abs. 2 BGB definiert: Angemessen ist eine Erwerbstätigkeit, die der Ausbildung, den Fähigkeiten, einer früheren Erwerbstätigkeit, dem Lebensalter und dem Gesundheitszustand des geschiedenen Ehegatten entspricht, soweit eine solche Tätigkeit nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen unbillig wäre. Bei den ehelichen Lebensverhältnissen sind insbesondere die Dauer der Ehe sowie die Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes zu berücksichtigen.

Auch wenn der Wortlaut selbst nicht auf die Ehedauer abstellt oder die Frage, ob der erreichte Lebensstandard gemeinsam aufgebaut wurde, gibt es schon seit geraumer Zeit in der Rechtsprechung<sup>30</sup> den Ansatz, den Anwendungsbereich auf den Ausgleich ehebedingter Nachteile und Ungleichgewichte zu beschränken. Außerdem trifft den unterhaltsberechtigten Ehegatten eine Erwerbsobliegenheit und die Verpflichtung, sich um eine angemessene Erwerbstätigkeit zu bemühen, wobei ihn die volle Beweislast dafür trifft, dass er die entsprechenden Schritte unternommen hat.<sup>31</sup>

Grundlegend ist das Auseinanderhalten der Unterhaltstatbestände und Anspruchsgrundlagen: Erwerbslosen- oder Aufstockungsunterhalt (§ 1573 BGB) setzen voraus, dass der Berechtigte seine Erwerbstätigkeit zumindest ganz oder zum Teil ausübt,

<sup>19</sup> Siehe hierzu im Einzelnen: MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1570 Rn 40 ff., 52 ff.

<sup>20</sup> Münch/Schmitz, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn 84 f. m. w. N.

<sup>21</sup> Münch/Schmitz, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn 88 ff.

<sup>22</sup> Vgl. Staudinger/Verschraegen, 2014, BGB § 1571 Rn 1 f. m. w. N.; MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1571 Rn 5.

<sup>23</sup> Grüneberg/v. Pückler, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1571 Rn 1; a. A. MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1571 Rn 7, welcher unbillige Härten über die Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nach §§ 1578b, 1579 Nr. 1 BGB ermöglichen will.

<sup>24</sup> OLG Stuttgart, Beschl. v. 11.5.1982 – 15 WF 156/82 UE, BeckRS 2010, 15053 (zum ersten Teil des Absatzes); MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1571 Rn 5.

<sup>25</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1571 Rn 8.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 12.1.2011 – XII ZR 83/08, NJW 2011, 670 Ls. 1.

<sup>27</sup> Staudinger/Verschraegen, 2014, BGB § 1572 Rn 8.

<sup>28</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1572 Rn 4.

<sup>29</sup> BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1573 Rn 1.

<sup>30</sup> BGH, Urt. v. 28.2.2007 – XII ZR 37/05, DNotZ 2007, 767; BGH, Versäumnisurt. v. 10.11.2010 – XII ZR 197/08, NJW 2011, 303.

<sup>31</sup> BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1573 Rn 5 f.

während der Altersunterhalt nach § 1571 BGB sich alleine danach richtet, dass den Berechtigten aufgrund des Alters keine Unterhaltspflicht mehr trifft.<sup>32</sup> Der Eintritt in das Renteneintrittsalter ist daher in der Literatur anschaulich auch als „Schaltstelle im Unterhaltsrecht“ bezeichnet worden.<sup>33</sup>

Ein geschiedener Ehegatte, der in Erwartung der Ehe oder während der Ehe eine Schul- oder Berufsausbildung nicht aufgenommen oder abgebrochen hat, kann von dem anderen Ehegatten Unterhalt verlangen, wenn er diese oder eine entsprechende Ausbildung so bald wie möglich aufnimmt, um eine angemessene Erwerbstätigkeit, die den Unterhalt nachhaltig sichert, zu erlangen und der erfolgreiche Abschluss der Ausbildung zu erwarten ist. Der Anspruch besteht längstens für die Zeit, in der eine solche Ausbildung im Allgemeinen abgeschlossen wird; dabei sind ehebedingte Verzögerungen der Ausbildung zu berücksichtigen (§ 1575 Abs. 1 BGB). Die Norm gibt dem Unterhaltsberechtigten einen nachehelichen Anspruch auf eine Aus- und Fortbildung, die in der Ehe nicht realisiert werden konnte; sie dient nur dem Ausgleich ehebedingter Nachteile, weshalb der Anspruch nicht voraussetzt, dass nur mit der Ausbildung eine angemessene Erwerbstätigkeit ausgeübt werden könnte.<sup>34</sup>

#### e) Unterhalt aus Billigkeitsgründen

Ein geschiedener Ehegatte kann von dem anderen Unterhalt verlangen, soweit und solange von ihm aus sonstigen schwerwiegenden Gründen eine Erwerbstätigkeit nicht erwartet werden kann und die Versagung von Unterhalt unter Berücksichtigung der Belange beider Ehegatten grob unbillig wäre. Schwerwiegende Gründe dürfen nicht allein deswegen berücksichtigt werden, weil sie zum Scheitern der Ehe geführt haben (§ 1576 BGB). Die Norm bildet einen subsidiären Auffangtatbestand, wenn kein anderer Anspruchstatbestand vorliegt.<sup>35</sup>

Die eigene, im Vergleich zu den anderen Vorschriften strengere Billigkeitsabwägung im Rahmen von § 1576 BGB soll den Verpflichteten schützen, indem dem Grundsatz der Eigenverantwortung des Berechtigten angemessen Rechnung getragen wird.<sup>36</sup> Die h. M.<sup>37</sup> verlangt erstaunlicherweise für die Bedürfnislage und die Unbilligkeit keine ehebedingten Gründe – was m. E. mit guten Gründen auch anders gesehen werden könnte. Allerdings ist *Maurer*<sup>38</sup> zuzustimmen, dass in der Praxis kaum ein Unterhalt aus Billigkeitsgründen zugesprochen werden dürfte, dessen Billigkeitsabwägung nicht aus ehebedingten Gründen herrührt.

Voraussetzung des Anspruchs ist, dass kein anderer Unterhaltstatbestand einschlägig ist und ein schwerwiegender Grund einen Unterhaltsanspruch rechtfertigt, der seinem Wesen nach einem anderen Unterhaltstatbestand entspricht. In diesem Zusammenhang werden Unterhaltsansprüche im Rahmen der Betreuung nicht gemeinsamer Kinder, insbesondere von Pflegekindern, oder die Pflege von Angehörigen diskutiert.<sup>39</sup>

### 3. Bedarf, Bedürftigkeit

Der Lebensbedarf richtet sich nach der Lebensstellung des Unterhaltsberechtigten (vgl. hierzu auch § 1610 BGB) und im Falle des

nachehelichen Unterhalts nach der Scheidung nach den ehelichen Lebensverhältnissen gemäß § 1578 Abs. 1 BGB. Zum Lebensbedarf gehören auch die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall der Krankheit und der Pflegebedürftigkeit sowie die Kosten einer Schul- oder Berufsausbildung, einer Fortbildung oder einer Umschulung, und wenn der geschiedene Ehegatte einen Unterhaltsanspruch nach den §§ 1570 bis 1573 oder § 1576 BGB hat, gehören hierzu ebenfalls die Kosten einer angemessenen Versicherung für den Fall des Alters sowie der verminderten Erwerbsfähigkeit (§ 1578 Abs. 2 und 3 BGB).

Begrifflich zu trennen ist dieser „Bedarf“ von der „Bedürftigkeit“, wobei die Bedürftigkeit den Bedarf voraussetzt. Es handelt sich bei der Bedürftigkeit um den Restbedarf des Unterhaltsberechtigten nach Berücksichtigung sowohl seiner prägenden also auch seiner nicht prägenden Einkünfte (siehe unten). Die Differenz von (an den ehelichen Lebensverhältnissen ausgerichteter) Bedarf und der genannten Summe der Einkünfte ist der „ungedeckte Bedarf“.<sup>40</sup> Bei einer Bedarfsermittlung nach den konkreten Verhältnissen ist eigenes Erwerbseinkommen des Unterhaltsberechtigten zur Ermittlung der Bedürftigkeit nicht gekürzt um einen Erwerbsbonus, sondern in vollem Umfang auf den Bedarf anzurechnen.<sup>41</sup>

Der Bedarf umfasst den Gesamtbedarf auf der Grundlage des sog. Elementarunterhalts, der durch Mehr- und Sonderbedarf sowie Vorsorge- und Ausbildungsunterhalt ergänzt wird. Er wird bei ausreichendem Einkommen als Elementarunterhalt auf der Grundlage der Einkommensdifferenz der Parteien nach deren Hälfte bemessen, was dem sog. Halbteilungsgrundsatz (der insbesondere im Familien- und Trennungunterhalt herrscht) entspricht. Bei Erwerbseinkommen wird der Halbteilungsgrundsatz durch den Erwerbstätigenbonus zum sog. Quotenunterhalt modifiziert.<sup>42</sup>

§ 1577 BGB regelt die Bedürftigkeit des Unterhaltsempfängers als Voraussetzung seines Unterhaltsanspruchs. Der geschiedene Ehegatte kann den Unterhalt nach den vorgenannten Vorschriften nicht verlangen, solange und soweit er sich aus seinen Einkünften und seinem Vermögen selbst unterhalten kann (§ 1577 Abs. 1 BGB). Die Norm folgt unmittelbar aus dem Grundsatz der Eigenverantwortung, der in § 1569 BGB dem aktuellen Unterhaltsrecht vorangestellt wurde.<sup>43</sup> Den Stamm des Vermögens braucht der Berechtigte nicht zu verwerten, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre (§ 1573 Abs. 3 BGB).

Bei den Einkünften ist zwischen prägenden und nicht prägenden Einkünften zu unterscheiden. Das Unterhaltsrecht ist von einer wertenden Betrachtungsweise gekennzeichnet: Tatsächlich vorhandenes Einkommen kann ganz oder teilweise außer Betracht bleiben; das gilt insbesondere für Einkommen aus überobligatorischer oder an sich unzumutbarer Tätigkeit.<sup>44</sup> Vielfach kommt es auf eine Wertung im Einzelfall an, wobei die Grundsätze der Rechtsprechung heranzuziehen sind und für jeden einzelnen Rechnungsposten separat zu bestimmen ist, ob es sich um die ehelichen Lebensverhältnisse prägende oder nicht prä-

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 7.3.2012 – XII ZR 145/09, NJW 2012, 2028.

<sup>33</sup> *Born*, NJW 2011, 3611.

<sup>34</sup> BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1575 Rn 1.

<sup>35</sup> BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1576 Rn 1.

<sup>36</sup> BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1576 Rn 2.

<sup>37</sup> BGH, Urt. v. 17.9.2003 – XII ZR 184/01, NJW 2003, 3481, 3484.

<sup>38</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1576 Rn 8.

<sup>39</sup> Vgl. zur Diskussion: BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1576 Rn 5 ff.

<sup>40</sup> BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1578 Rn 7.

<sup>41</sup> BGH, Versäumnisurt. v. 10.11.2010 – XII ZR 197/08, NJW 2011, 303 Ls. 2.

<sup>42</sup> BeckOK-BGB/Beutler, 67. Ed., Stand 1.8.2023, § 1578 Rn 8.

<sup>43</sup> Siehe auch Wendl/Dose/Bömelburg, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn 103.

<sup>44</sup> Schulz/Hauß/Triebs/Maier/Siebert, Familienrecht, 3. Aufl. 2018, Vorbem. zu § 1360 BGB Rn 125.



gende Einkünfte (bzw. Belastungen) handelt. So werden die ehelichen Lebensverhältnisse zum Beispiel aus Einkommen, Wohnvorteilen, Einkommen aus Vermögen oder den Verbindlichkeiten geprägt.

#### 4. Leistungsfähigkeit, Rang

Die Bedürftigkeit ist denklösig vor der Leistungsfähigkeit zu prüfen – ein Anspruch auf Unterhalt steht nur demjenigen zu, der sich aus den einzusetzenden Eigenmitteln nicht angemessen zu unterhalten vermag, der also in diesem Sinne bedürftig ist. Fehlt es an der vorstehend beschriebenen Bedürftigkeit, so scheidet ein Unterhaltsanspruch aus, auch wenn der andere Ehegatte über die größeren Mittel verfügt. Liegt Bedürftigkeit des einen vor, so steht diesem ein Unterhaltsanspruch zu, wenn der andere Ehegatte Mittel zur Verfügung hat, die höher sind als der eigene Lebensbedarf, Mittel also, die ihn leistungsfähig machen.<sup>45</sup> Ist der Verpflichtete nach seinen Erwerbs- und Vermögensverhältnissen unter Berücksichtigung seiner sonstigen Verpflichtungen außerstande, ohne Gefährdung des eigenen angemessenen Unterhalts dem Berechtigten Unterhalt zu gewähren, so braucht er nur insoweit Unterhalt zu leisten, wie es mit Rücksicht auf die Bedürfnisse und die Erwerbs- und Vermögensverhältnisse der geschiedenen Ehegatten der Billigkeit entspricht. Den Stamm des Vermögens braucht er nicht zu verwerten, soweit die Verwertung unwirtschaftlich oder unter Berücksichtigung der beiderseitigen wirtschaftlichen Verhältnisse unbillig wäre (§ 1581 BGB).

Obwohl die Leistungsfähigkeit an sich eine Voraussetzung jedes Unterhaltsanspruchs ist und damit zur Klagebegründung gehören würde, ist sie in § 1581 BGB als Einwendung ausgestaltet mit der Folge, dass den Unterhaltsverpflichteten die Darlegungs- und Beweislast für eine von ihm behauptete beschränkte oder fehlende Leistungsfähigkeit trifft. Erhebt der Verpflichtete hinsichtlich seiner Leistungsfähigkeit keine Einwendungen, wird die Leistungsfähigkeit vermutet.<sup>46</sup>

§ 1581 BGB steht im systematischen Zusammenhang mit den Vorschriften zum Rang: § 1582 BGB („Rang des geschiedenen Ehegatten bei mehreren Unterhaltsberechtigten“) ergänzt mit hin § 1581 BGB und steht daher in dessen unmittelbarer räumlichen Folge. Allerdings wirkt sich der Rang nur bei teilweiser Leistungsunfähigkeit des Verpflichteten aus, also im sog. Mangelfall, wenn die Differenz zwischen den verfügbaren und den ihm zu belassenden finanziellen Mitteln, der sog. Selbstbehalt, nicht ausreicht, alle Unterhaltsansprüche vollständig zu befriedigen.<sup>47</sup>

Die korrekte Abgrenzung verschiedener Unterhaltsansprüche (mehrere Ehen und mehrere Kinder) kann sehr komplex sein. Sie war im Jahre 2011 Gegenstand einer seinerzeit viel beachteten Entscheidung des BVerfG.<sup>48</sup> Zuvor hatte die Praxis den Fall der Konkurrenz der Unterhaltsansprüche zweier Ehegatten nach der sog. Drittelmethode nach den Grundsätzen der sog. *wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse* entschieden. Wenn ein geschiedener Ehegatte wieder heiratete, war der Halbteilungsgrundsatz in Bezug auf den vorhergehenden Ehepartner problematisch: Die Rechtsprechung betrachtete es als unbillig, dass der frühere Ehegatte die Hälfte des zur Verfügung stehenden Einkommens

(abzüglich evtl. Kindesunterhaltszahlungen, Selbstbehalte und Erwerbs-Privilegierungen) erhalten sollte, während der Unterhaltsverpflichtete und sein neuer Ehegatte zusammen nur die andere Hälfte erhalten sollten. Diesem Ungleichgewicht wollte die Rechtsprechung mit der Figur der wandelbaren ehelichen Lebensverhältnisse entgegenwirken – zu Unrecht, wie das BVerfG entschied.<sup>49</sup> Der BGH musste sich an die Wertungen des § 1578 BGB halten, wonach sich das Maß des Unterhalts nach den ehelichen Lebensverhältnissen zu richten habe, die anders lautende Rechtsprechung hatte sich zu weit vom Gesetzeswortlaut entfernt und so die Grenzen der zulässigen richterlichen Rechtsfortbildung überschritten. Die Lösung des Problems muss sich im Rahmen des geltenden Rechts anhand der ehelichen Lebensverhältnisse, der Rangfolge des Unterhaltsrechts (vgl. § 1609 BGB) und legitimen Billigkeitserwägungen bewegen.<sup>50</sup>

#### 5. Beschränkungen nach § 1578b BGB

Würden die vorstehenden Unterhaltstatbestände uneingeschränkt gelten, würde dies den Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit unterlaufen und den Unterhaltsverpflichteten unter Umständen über Gebühr belasten – dem begegnet der Gesetzgeber mit § 1578b BGB.<sup>51</sup> § 1578b Abs. 1 BGB ermöglicht die Begrenzung des unterhaltsrechtlich bedeutsamen Lebensbedarfs des Unterhaltsberechtigten, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs (auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes) unbillig wäre. Der Rechtsanwender muss bei der Herabsetzung des Unterhalts aber auch ehebedingte Nachteile für die Verdienstmöglichkeiten des Unterhaltsberechtigten und/oder die Dauer der Ehe in seine Billigkeitserwägungen mit einbeziehen.

Während Absatz 1 der Norm die Begrenzung des Lebensbedarfs des Berechtigten regelt (und damit eine Begrenzung des zu zahlenden Betrages), erlaubt § 1578b Abs. 2 BGB die zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs. Schematische Lösungen verbieten sich zwar,<sup>52</sup> in der Praxis – vor allem bei Vergleichsverhandlungen zwischen Anwälten – scheinen sich aber vielfach Befristungen zwischen einem Viertel und einem Drittel der Ehezeit eingebürgert zu haben.<sup>53</sup> Herabsetzung und zeitliche Begrenzung des Unterhaltsanspruchs können miteinander verbunden werden (§ 1578b Abs. 3 BGB).

Begrenzungen des Bedarfs oder der zeitlichen Dauer nach § 1578b BGB sind von Amts wegen zu beachtende Ausnahmen vom Grundsatz der Unterhaltsverpflichtung bei Vorliegen eines Unterhaltstatbestandes. Zu prüfen ist, ob der Fortbestand der Unterhaltungspflicht, nicht aber, ob ihre Begrenzung unbillig ist. Selbst wenn ehebedingte Nachteile vorliegen, kann der Fortbestand der Unterhaltsverpflichtung unbillig sein. Bei der Begrenzung des Unterhaltsanspruchs nach § 1578b BGB handelt es sich nicht lediglich um eine prozessuale Einrede, sondern um eine – von Amts wegen zu beachtende – rechtsvernichtende

<sup>45</sup> BGH, Urt. v. 23.9.1981 – IVb ZR 600/80, NJW 1981, 2804.

<sup>46</sup> Wendl/Dose/Gutdeutsch, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Aufl. 2019, § 4 Rn 967.

<sup>47</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1582 Rn 7.

<sup>48</sup> BVerfG, Beschl. v.25.1.2011 – 1 BvR 918/10, DNotZ 2011, 291 m. Anm. Gutdeutsch.

<sup>49</sup> Instruktiv: Wellenhofer, JuS 2011, 648 (Urteilsanmerkung zu vorstehendem Urteil).

<sup>50</sup> BGH, Urt. v. 7.12.2011 – XII ZR 151/09, NJW 2012, 384 Ls. 1–4. Siehe auch MüKo-BGB/Weber-Monecke, 9. Aufl. 2022, § 1361 Rn 14 f. m. w. N.

<sup>51</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1578b Rn 1.

<sup>52</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1578b Rn 114.

<sup>53</sup> So war zumindest in meiner Zeit als Familienrichter vor einigen Jahren der Konsens zwischen den um einen Vergleich ringenden Anwältinnen und Anwälten vor Gericht. Jede Seite versuchte natürlich, das Ergebnis in den ihr vorteilhaften Bereich zu verhandeln – die Orientierung an „einem Viertel bis zu einem Drittel der Ehezeit“ war aber *opinio communis*.



Einwendung, weil der Verpflichtete mit ihr dem Unterhaltsanspruch entgegnet.<sup>54</sup> In der Literatur wird die Konstruktion der Norm teilweise als verunglückt betrachtet, weil sie in ihrer Konzeption unklar lässt, was der Regelfall sein soll und was die Ausnahme; sie ist eine „Ausnahme von der Ausnahme“, die die Eigenverantwortlichkeit anscheinend in den Hintergrund treten lässt und die Unterhaltsgewährung als Regel suggeriert.<sup>55</sup>

## B. Rahmenbedingungen von Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt

### I. Typische Regelungsgegenstände eines Ehevertrags

Der Ausgangspunkt jeglicher Vertragsgestaltung ist die Privatautonomie des Einzelnen im Sinne einer Abschluss- und Gestaltungsfreiheit (Art. 2 Abs. 1 GG).<sup>56</sup> Diese ist auch im Familienrecht vom Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen. Der Ehevertrag ist in § 1408 BGB definiert als Vertrag über die güterrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten. Die Kautelarjurisprudenz hat den Typus des „*funktional erweiterten Ehevertrags*“<sup>57</sup> entwickelt, bei dem sich die Sachverhaltsaufklärung und Verhandlung nicht auf bloße güterrechtliche Regelungsgegenstände beschränken, sondern alle vermögensrechtlichen Ehefolgen Gegenstand der Vereinbarung im Sinne eines Kombinationsvertrags sein können. Es handelt sich insbesondere um Vereinbarungen über

- den Güterstand i. S. v. § 1408 Abs. 1 BGB
- einen eventuellen Verzicht auf einen unter Umständen entstandenen Zugewinnausgleichanspruch
- den Versorgungsausgleich i. S. v. § 1408 Abs. 2 BGB
- den nahehelichen Unterhalt i. S. v. § 1585c BGB
- sonstige schuldrechtliche, sachenrechtliche oder gesellschaftsrechtliche Verhältnisse der Ehepartner (z. B. Zuwendungen, gemeinschaftliche Immobilien, Ehegatteninnengesellschaft)
- kinderbezogene Vereinbarungen (Umgangsrechte, Vereinbarungen zur Ausübung des Sorgerechts)
- das Schicksal der Ehwohnung.

Vereinbarungen zur Regelung einer entstandenen Zugewinnausgleichsforderung unterliegen keinen Formanforderungen (zu beachten ist allerdings § 1378 Abs. 3 S. 2 BGB), Vereinbarungen zum nahehelichen Unterhalt bedürfen vor der Rechtskraft der Scheidung der notariellen Beurkundung, güterrechtliche Vereinbarungen müssen zusätzlich bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile geschlossen werden (vgl. § 1410 BGB). Dieses Anwesenheitsersfordernis des § 1410 BGB als spezifisch ehevertragliche Formvorschrift kommt nur dann zur Anwendung, wenn die Vereinbarungen der Beteiligten auch Vereinbarungen zu den güterrechtlichen Verhältnissen enthalten.<sup>58</sup>

Das Wesen von Eheverträgen lässt sich nach der zeitlichen Situation des Vertragsschlusses wie folgt unterscheiden:

- Vorsorgende Eheverträge, die meist kurz vor der Eheschließung, aber auch außerhalb einer Ehekrise von verheirateten Ehepartnern geschlossen werden.

- Krisen- und Getrenntlebensvereinbarungen, die nach Eintritt einer Ehekrise geschlossen werden.
- Scheidungsvereinbarungen, die Scheidungsfolgen regeln und ebenfalls unter der Bedingung stehen können, aber nicht müssen, dass die Ehe geschieden wird.
- Scheidungsvergleiche zur Beilegung des gerichtlichen Verfahrens über Scheidungsfolgen, wenn sie vor rechtskräftigem Ausspruch der Scheidung geschlossen werden.<sup>59</sup>

In sämtlichen dieser Vertragsregelwerke können Unterhaltsvereinbarungen als Hauptregelungsmaterie oder als Neben aspekt integriert sein.

### II. Unterhaltsvereinbarungen

Die Ehegatten können über die Unterhaltspflicht für die Zeit nach der Scheidung Vereinbarungen treffen. Eine Vereinbarung, die vor der Rechtskraft der Scheidung getroffen wird, bedarf der notariellen Beurkundung (§ 1585c S. 1 und 2 BGB). Die Vorschrift stellt nicht nur klar, dass solche Vereinbarungen bereits vor Scheidung der Ehe zulässig sind; aus ihr folgt auch, dass die den nahehelichen Unterhalt regelnden Bestimmungen nachgiebiges Recht enthalten. Zur Vermeidung unnötigen Streits im Scheidungsverfahren und im Interesse des Ausschlusses späterer Unterhaltsstreitigkeiten erschien dem Gesetzgeber eine möglichst frühzeitige und endgültige vertragliche Lösung der unterhaltsrechtlichen Beziehungen der Ehegatten für die Zeit nach der Scheidung sogar erwünscht.<sup>60</sup>

Gegenstand einer Vereinbarung nach § 1585c BGB können grundsätzlich alle Ansprüche auf nahehelichen Unterhalt (§§ 1570–1573, 1575, 1576 BGB) sein. Allerdings unterliegen die Wirksamkeit der Vereinbarung (vgl. § 138 BGB) und die Unbeachtlichkeit der Berufung auf sie (vgl. § 242 BGB) jedoch für jeden Unterhaltstatbestand unterschiedlichen Voraussetzungen.<sup>61</sup> Vertragsparteien können Ehegatten bzw. Lebenspartner sein und auch die Erben des Unterhaltsverpflichteten, auf welche die Unterhaltsverpflichtungen gemäß § 1586b Abs. 1 S. 1 BGB übergegangen sind.<sup>62</sup>

Der BGH hatte in einer jüngeren Entscheidung auch Gelegenheit, sich über Rechtsnatur und Formbedürftigkeit eines Brautgabeversprechens nach muslimischem Recht zu äußern. Je nach konkreter Ausgestaltung kann eine solche Brautgabe den Charakter einer Unterhaltsvereinbarung haben (im konkreten Fall aber verneint); in diesem Falle wäre sie unter § 1585c BGB zu subsumieren und wohl auch entsprechend notariell zu beurkunden. Andernfalls folge die Beurkundungsbedürftigkeit aus § 1410 BGB, § 7 Abs. 1 VersAusglG oder schlicht aus § 518 Abs. 1 BGB.<sup>63</sup>

Ihrem Wesen nach soll eine Vereinbarung nach § 1585c BGB zwischen den Ehegatten fast immer den gesetzlichen Unterhaltsanspruch ausgestalten. Sie schließt ihn entweder aus oder präzisiert Höhe, Dauer und Modalitäten des Unterhaltsanspruchs,

<sup>54</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1578b Rn 7.

<sup>55</sup> Born, NJW 2018, 497, 504. Weniger kritisch, aber die unbestimmte Ermittlung gerechter Ergebnisse als „die Gefahr der Vorschrift“ bewertend Schmitz, DNotZ 2014, 662, 672.

<sup>56</sup> Vgl. für viele: Dürig/Herzog/Scholz/Di Fabio, GG, 101. EL Mai 2023, Art. 2 Abs. 1 Rn 101.

<sup>57</sup> Vgl. BeckOGK/Reetz, BGB § 1408 Rn 47.

<sup>58</sup> Langenfeld/Milzer/Milzer, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2019, Rn 7–11.

<sup>59</sup> Langenfeld/Milzer/Milzer, Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen, 8. Aufl. 2019, Rn 7–11.

<sup>60</sup> BT-Drucks 7/650, 149.

<sup>61</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1585c Rn 4.

<sup>62</sup> BGH, Beschl. v. 19.3.2014 – XII ZB 19/13, NJW 2014, 1590, 1591 Rn 24: „Der Wille der Parteien, den Unterhaltsanspruch völlig auf eine vertragliche Grundlage zu stellen und ihm damit das Wesen eines gesetzlichen Unterhaltsanspruchs zu nehmen, kann nach ständiger Rechtsprechung des BGH und des Senats nur beim Vorliegen besonderer dafür sprechender Umstände angenommen werden“.

<sup>63</sup> Siehe BGH, Beschl. v. 18.3.2020 – XII ZB 380/19, NJW 2020, 2024 m. Anm. Obermann.

ohne sein Wesen zu verändern, weil die Vereinbarung den gesetzlichen Anspruch als solchen vorfindet. Im Regelfall spricht die Vermutung dafür, dass die Ehegatten keinen neuen Schuldgrund schaffen, sondern bestehende Unterhaltsansprüche einvernehmlich regeln wollen.<sup>64</sup> Eine Unterhaltsvereinbarung, die im Wege einer Novation einen selbstständigen, vom gesetzlichen Unterhalt losgelösten Schuldgrund schaffen möchte, ist daher die Ausnahme. Sollte eine solche gewünscht werden, sollte im Übrigen auf den gesetzlichen Unterhalt in Gänze verzichtet werden und auch eine Abänderung (insbesondere bei Änderung des Gesetzes oder der Rechtsprechung) ausgeschlossen werden, während zugleich ein eigener vertraglicher Anspruch zwischen den Ehegatten kreiert wird.<sup>65</sup>

### III. Inhalts- und Ausübungskontrolle

Der Komplex der „Inhalts- und Ausübungskontrolle“ beschäftigt die Kautelarjurisprudenz seit nunmehr gut 20 Jahren, seitdem das BVerfG in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2001<sup>66</sup> strengere Maßstäbe bei Eheverträgen von im konkreten Fall zwei Schwangeren verlangt hatte und der BGH in seinem Grundsatzurteil aus dem Jahr 2004 die sog. Kernbereichslehre nach Vorarbeiten in der Literatur<sup>67</sup> aus dem Gesetz abgeleitet hat.<sup>68</sup>

Der BGH geht davon aus, dass die grundsätzliche Disponibilität der Scheidungsfolgen nicht dazu führen dürfe, dass der Schutzzweck der gesetzlichen Regelung durch vertragliche Vereinbarungen beliebig unterlaufen werden könne. Das wäre der Fall, wenn eine evident einseitige und durch die individuelle Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse nicht mehr gerechtfertigte Lastenverteilung entstünde, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten – unter angemessener Berücksichtigung der Belange des anderen Ehegatten und seines Vertrauens in die Geltung der getroffenen Abrede – bei verständiger Würdigung des Wesens der Ehe unzumutbar erscheint. Bei der Ausrichtung am Kernbereich der Scheidungsfolgen könne für deren Disponibilität eine Rangabstufung vorgenommen werden, die sich in erster Linie daran orientiert, welche Bedeutung die einzelnen Regelungen für den Berechtigten in seiner individuellen Lage haben.<sup>69</sup> Zum Kernbereich des Ehe- und Scheidungsfolgenrechts zählte der BGH hierbei auf der ersten Stufe den Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB als absolut geschützten Kernbereich des Ehegattenunterhaltsrechts; ihm folgen dann der Krankenunterhalt und diesem wiederum der Erwerbslosen- und Aufstockungsunterhalt sowie anschließend der Ausbildungs- und Billigkeitsunterhalt.<sup>70</sup>

Die Inhalts- und Ausübungskontrolle wird durch die Rechtsprechung mittels einer zweistufigen Inhaltskontrolle anhand der § 138 BGB (Wirksamkeitskontrolle) und § 242 BGB (Ausübungskontrolle) durchgeführt,<sup>71</sup> wobei zunächst im Rahmen einer Nichtigkeitsprüfung nach § 138 Abs. 1 BGB zu prüfen ist, ob die

ehevertragliche Regelung überhaupt Bestand haben kann. Soweit die Regelungen des Ehevertrags der Wirksamkeitskontrolle standhalten, muss das Gericht im Rahmen einer Ausübungskontrolle prüfen, ob und inwieweit es einem Ehegatten nach Treu und Glauben unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) verwehrt ist, sich auf eine ihn begünstigende Regelung zu berufen. Maßgeblich ist insoweit, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die beiden Eheleute von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht und dadurch bei dem belasteten Ehegatten ehebedingte Nachteile entstanden sind, die durch den Ehevertrag nicht angemessen kompensiert werden. Auch die Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) erscheint möglich.<sup>72</sup>

Erhebliche gesetzgeberische Änderungen wie die Unterhaltsrechtsreform von 2008 und sich wandelnde gesellschaftliche Verhältnisse haben in der Literatur erhebliche Zweifel am Fortbestand der Kernbereichslehre aufkommen lassen, welche der *Autor* teilt. Eine im Vordringen befindliche Literaturmeinung möchte zu Recht auf den Prozess des Zustandekommens des Vertrags und der vorherigen Schaffung von Waffengleichheit abstellen, um dem Grundsatz der Privatautonomie stärker Rechnung zu tragen.<sup>73</sup> Den folgenden Ausführungen von *Bühler* ist zuzustimmen:

*„Ist aber das Beurkundungsverfahren ordentlich ausgestaltet, hatten die Beteiligten also insbesondere ein Vorgespräch und konnten sich ausreichend lange mit dem Entwurf des Ehevertrags auseinandersetzen, so machen sie von ihrer Privatautonomie Gebrauch, auch wenn sie belastenden Regelungen zustimmen. Hier bedarf es keines weitergehenden ‚Schutzes vor sich selbst‘, welcher schnell zu Paternalismus ausarten kann.“<sup>74</sup>*

Freilich sollte der vorsichtige Kautelarjurist wissen, dass die Kernbereichslehre weiterhin die h. M. darstellt.<sup>75</sup> Selbst *Milzer*, der in der Literatur sehr früh und am klarsten den Wandel von der Kernbereichsrechtsprechung zur Disparitätsrechtsprechung konstatiert hat, muss resignierend feststellen, dass

*„der BGH auch bei unter fairen Vertragsbedingungen zustande gekommenen Eheverträgen der Privatautonomie der Eheleute Grenzen setzt“.<sup>76</sup>*

Wie auch immer man sich zu den oben genannten Fragen positionieren mag – in der Urkundengestaltung findet die Thematik regelmäßig in längeren notariellen Hinweisen und Belehrungen Niederschlag, was jedenfalls im Hinblick auf § 17 BeurkG und die Tragweite der Vereinbarungen für das Leben der Beteiligten absolut gerechtfertigt ist. Schließlich können die Hinweise bei der Lektüre des Entwurfs für die Beteiligten noch einmal ein

<sup>64</sup> MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1585c Rn 10.

<sup>65</sup> So auch MüKo-BGB/Maurer, 9. Aufl. 2022, § 1585c Rn 12.

<sup>66</sup> BVerfG, Urt. v. 06.02.2001 – 1 BvR 12/92, NJW 2001, 957; Beschl. v. 29.3.2001 – 1 BvR 1766/92, NJW 2001, 2248.

<sup>67</sup> Namentlich *Dauner-Lieb*, AcP 201 (2001), 295 ff. (ihrerseits wiederum in einer Stellungnahme zur vorgenannten Rechtsprechung des BVerfG).

<sup>68</sup> BGH, Urt. v. 11.2.2004 – XII ZR 265/02, NJW 2004, 930. Vgl. auch *Rakete-Dombek*, NJW 2004, 1273, 1275 (den Begriff herausarbeitend und noch in Anführungszeichen setzend).

<sup>69</sup> Siehe instruktiv: Schwab/Ernst/Volker, Handbuch Scheidungsrecht, 8. Aufl. 2019, § 15 Rn 378.

<sup>70</sup> Das Urteil anhand eines konkreten Falls für die Praxis erläuternd *Langenfeld*, ZEV 2004, 311, 312 f.

<sup>71</sup> Darstellung der Prüfungsreihenfolge *Stöhr*, JuS 2022, 805, 806 f.

<sup>72</sup> BGH, Beschl. v. 20.6.2018 – XII ZB 84/17, NJW 2018, 2871, Rn 20.

<sup>73</sup> Wegweisend *Milzer*, NZFam 2014, 773. Ebenso *Münch/Schmitz*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn 152.

<sup>74</sup> *Bühler*, NZFam 2023, 145, 150.

<sup>75</sup> *Münch/Schmitz*, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 3 Rn 153.

<sup>76</sup> *Milzer*, NZFam 2020, 778 (Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 27.5.2020 – XII ZB 447/19).

Anlass sein, ursprünglich avisierte Vereinbarungen zu modifizieren und insgesamt auf einen fairen Ausgleich der Interessen zu achten. Von der Inhaltskontrolle abgesehen, sollten die Hinweise auch den Aspekt der Ausübungskontrolle nicht außer Acht lassen und den Beteiligten empfehlen, bei einer erheblichen Änderung der wirtschaftlichen und/oder persönlichen Verhältnisse eine Änderung der vertraglichen Vereinbarungen ins Auge zu fassen.<sup>77</sup>

Für den Notar bzw. die Notarin heißt das für die Beurkundungsgestaltung:

- Wenn möglich, vor Eheverträgen einen Beratungstermin im Notariat mit allen Beteiligten führen. Eine Beratung nur mit einem Ehegatten sollte tunlichst vermieden werden (höchstausnahmsweise kann hieran unter folgenden Bedingungen gedacht werden: Die andere Seite ist anwaltlich vertreten, von ihr geht die Initiative für den Vertrag aus und sie ist mit der entsprechenden Beratung im Vorfeld einverstanden und sie erhält eine Zusammenfassung der Beratung; diese Beratung sollte sich dann auf Erläuterungen der Gesetzeslage oder von Formulierungen eines bestehenden Entwurfs beschränken, keinesfalls darf einseitig beraten werden. Notarinnen und Notare, die solche einseitigen Beratungen gänzlich ablehnen, machen m. E. aber auch keinen Fehler).
- Sollte dies nicht möglich sein, weil „*beide Seiten bereits von einem Anwalt beraten sind*“, sollte ein solches Beratungsgespräch trotzdem angeboten und auch der Hinweis erteilt werden, dass ein Anwalt grundsätzlich einseitiger Interessenvertreter einer Seite sein dürfte.
- Vorab muss immer ein Entwurf an beide Seiten versendet werden. Ist eine Seite anwaltlich vertreten, kann die Kommunikation insoweit über den Anwalt erfolgen.
- Es ist ein ausreichender zeitlicher Abstand zu lassen zwischen Entwurfsversendung und Beurkundung. Eine ungefähre, aber nicht zwingende, Orientierung an der Zwei-Wochen-Frist wie in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG erscheint naheliegend. Die Frist kann umso kürzer sein, je mehr die Umstände des Einzelfalls dies erlauben (insbesondere, wenn beide Seiten anwaltlich vertreten sind und der Text im Vorfeld von den Beteiligten ausgehandelt worden ist).
- Sprachlich ungewandte Personen sollten unbedingt einen – wirklich neutralen – Dolmetscher an ihrer Seite haben. „Freunde der Familie“ mögen bei Immobilien-Kaufverträgen hingenommen werden; bei Eheverträgen und Scheidungsfolgenvereinbarungen sollte besonders hingeschaut werden. Es sollte darauf hingewirkt werden, dass der sprachunkundigen Person eine schriftliche Übersetzung vorliegt – zwingend ist das aber nicht, und wenn die urkundsbeteiligte Person hierauf verzichtet, ist dies hinzunehmen.
- Die persönlichen Verhältnisse der Parteien sind zu ermitteln (Alter, Nationalität, ggf. Religion, vorherige Ehen, Kinder, Schwangerschaft, Dauer der Beziehung, Bildungsgrad, Sprachkenntnisse, Beruf, Einkommen, Aufenthaltsstatus, Vermögen, Rentenanwartschaften, Schuldfolge bei Scheitern der Ehe).<sup>78</sup>

<sup>77</sup> So auch Szalaj/Jung, NZFam 2020, 654, 658.

<sup>78</sup> Es sind nur die Gegenstände zu erfassen, die im konkreten Fall zu ermitteln sind. Bei einem Ehevertrag zwischen zwei Deutschen ist der Aufenthaltsstatus irrelevant, bei einer Ehe mit einem Ausreisepflichtigen kann dieser Punkt sehr relevant sein. Die Schuldfolge bei Scheitern der Ehe ist meistens irrelevant, aber im Einzelfall muss man vorsichtig sein: Ein Ehepartner mit schlechtem Gewissen kann im Einzelfall dazu tendieren, eine evident einseitige Lastenverteilung zu akzeptieren. Das muss ins Kalkül einbezogen werden.

- Entweder in der Urkunde oder in der Nebenakte (in letzterem Fall unter Umständen mit einer längeren Aufbewahrungsdauer) sollten die grundlegenden Feststellungen der Sachverhaltsermittlung dokumentiert werden.
- Umfassende Belehrungen sollten den Beteiligten die Tragweite ihrer Entscheidungen vor Augen führen und die grundlegenden Vorgaben für Eheverträge schildern. Auch ist darauf hinzuweisen, den Vertrag in regelmäßigen Abständen zu überprüfen, ob er noch dem gemeinsam Gewollten entspricht.
- Bei jungen Eheleuten sollte von einem umfassenden, bedingungslosen Totalverzicht eher Abstand genommen werden. Zumindest der Betreuungsunterhalt nach § 1570 BGB sollte im Regelfall unberührt bleiben.
- Auch wenn die Grundsätze der Inhalts- und Ausübungskontrolle von Eheverträgen vom BGH auf Scheidungsfolgenvereinbarungen übertragen werden,<sup>79</sup> rechtfertigt die gänzlich andere Ausgangslage m. E. einen gelockerten Prüfungsmaßstab: Die Beteiligten stehen sich nach einer Trennung eher wieder wie Beteiligte im Wirtschaftsverkehr gegenüber und dürften im Regelfall stärker auf ihren eigenen wirtschaftlichen Vorteil bedacht sein – Ausnahmen bestätigen natürlich die Regel und sollten im Blick behalten werden.

#### IV. Salvatorische Klauseln

Salvatorische Klauseln können mehrere Funktionen erfüllen und finden sich in verschiedenen Gestaltungsvarianten. Im Wesentlichen lassen sich zwei Grundmuster unterscheiden: Die erste widerlegt die gesetzliche Vermutung des § 139 BGB und führt zu einer geltungserhaltenden Reduktion. Eine nichtige Vereinbarung in einem Gesamtvertrag soll, abweichend zur gesetzlichen Vermutung des § 139 BGB, gerade nicht die Nichtigkeit des gesamten Vertrags zur Folge haben. Eine darüber hinausgehende Formulierung sieht nicht nur den Erhalt der sonstigen Klauseln in einem Vertrag vor, sondern verpflichtet die Vertragschließenden darüber hinaus, in den Fällen der Nichtigkeit, Unwirksamkeit oder der Undurchsetzbarkeit eine andere Regelung zu vereinbaren, die wirtschaftlich dem am nächsten kommt, was die Beteiligten vereinbart hätten, wenn sie bereits bei Vertragsschluss von den entsprechenden Hindernissen gewusst hätten.<sup>80</sup>

Im Falle von prospektiven Eheverträgen (in der Zeit vor der oder während der intakten Ehe) sollten sich salvatorische Klauseln im Regelfall auf die Widerlegung der gesetzlichen Vermutung des § 139 BGB beschränken, denn das Gericht, welches die Inhalts- und Ausübungskontrolle durchzuführen hat, könnte eine darüber hinausgehende salvatorische Klausel geradezu als Ausfluss einer ungleichen Verhandlungsposition interpretieren, was schließlich erst recht zur Nichtigkeit des gesamten Ehevertrags führen würde. Eine in einen Ehevertrag aufgenommene salvatorische Klausel muss zwar nicht von vornherein unbeachtlich sein, aber wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit aus der Gesamtwürdigung eines einseitig belastenden Ehevertrags ergibt, dann erfasst die Nichtigkeitsfolge notwen-

<sup>79</sup> BGH, Beschl. v. 27.5.2020 – XII ZB 447/19, NJW 2020, 3243, 3245 Rn 20.

<sup>80</sup> Zu salvatorischen Klauseln in Eheverträgen vgl.: Szalaj/Jung, NZFam 2020, 654, 659 f.



dig den gesamten Vertrag, ohne dass eine salvatorische Klausel hieran etwas ändern könnte.<sup>81</sup>

Ein unbefangener Vergleich zwischen prospektivem Ehevertrag und Scheidungsfolgenvereinbarung ließe vermuten, dass insbesondere im letzteren Fall geltungserhaltende Reduktionen eigentlich nicht gewünscht sein dürften. Im Regelfall handelt es sich bei den Urkunden um genau ausgehandelte Vertragswerke, bei denen die verschiedenen Vereinbarungen insgesamt in einem echten synallagmatischen Verhältnis im Sinne eines *do ut des* stehen. Entfällt hier eine Regelung, sollte man davon ausgehen, dass dann die Parteien im Übrigen an dem Vertrag nicht festhalten wollen.<sup>82</sup> Das deckt sich allerdings nicht mit meiner Beobachtung aus der Praxis, wo das Vorhalten von salvatorischen Klauseln insbesondere von den Anwälten auch bei Scheidungsfolgenvereinbarungen regelmäßig gewünscht wird. Bei Scheidungsfolgenvereinbarungen könnten wiederum die umfassenderen salvatorischen Klauseln, die bei Unwirksamkeit einer Klausel eine Nachverhandlung zwischen den Parteien verlangen, dem tatsächlichen Willen der Parteien entsprechen, denn hier ist gerade das Gesamt-Vertragskonvolut gewünscht und regelmäßig nicht das Bestehenbleiben von Einzelregelungen.

## V. Ehegattenunterhalt und Wechselmodell

Lebensmodelle und Familienbiografien sind vielfältiger und diverser, als sie es noch vor wenigen Jahrzehnten waren. Was wohl die meisten Menschen begrüßen, stellt das Familienrecht vor neue Herausforderungen. Ein bekanntes Schlagwort ist die Betreuung von Kindern im sog. paritätischen Wechselmodell.<sup>83</sup> Das Wechselmodell entfaltet unterhaltsrechtliche Implikationen insbesondere im Bereich des Kindesunterhalts und weiterer Folgefragen, etwa der Zuordnung des staatlichen Kindergeldes.

Das Gesetz selbst geht von einem Residenzmodell aus, bei dem sich das Kind in der Obhut eines Elternteils befindet. Ein Kind befindet sich in der Obhut desjenigen Elternteils, bei dem der Schwerpunkt der tatsächlichen Fürsorge und Betreuung liegt, der sich also vorrangig um die Befriedigung der elementaren Bedürfnisse des Kindes kümmert. Leben die Eltern in verschiedenen Wohnungen und regeln sie den gewöhnlichen Aufenthalt eines Kindes in der Weise, dass es vorwiegend in der Wohnung eines Elternteils – unterbrochen durch regelmäßige Besuche in der Wohnung des anderen Elternteils – lebt, so ist die Obhut i. S. d. § 1629 Abs. 2 BGB deshalb dem erstgenannten Elternteil zuzuordnen.<sup>84</sup>

Die Vereinbarung eines paritätischen Wechselmodells führt zu Mehraufwand, der sich in einem höheren Unterhaltsbedarfs des Kindes niederschlägt.<sup>85</sup> Die Erwerbsobliegenheit des eigentlich allein betreuenden Elternteils steigt.<sup>86</sup> In der Praxis steht und fällt das Wechselmodell mit der Kommunikationsfähigkeit der Eltern. Einseitige Rechtsberater sollten vorsichtig sein, wenn der eigene Mandant das Wechselmodell ins Spiel bringt, um vermeintlich Unterhalt zu sparen, denn letztlich kann der betroffene Elternteil nie sicher sein, dass das Gericht die Lebenswirklichkeit unter die Annahme eines Wechselmodells subsumiert.<sup>87</sup> Allerdings bietet das Modell tatsächlich Raum für Eltern, die sich beide ehrlich gleichberechtigt um die gemeinsamen Kinder kümmern möchten; im Bereich des Unterhalts sollten die Beteiligten entsprechende Unterhaltsvereinbarungen treffen.<sup>88</sup> Die Thematik ist politisch hochsensibel, und wenn es das Ziel ist, die gemeinsame Betreuung der Kinder durch die Eltern zu fördern – sei es im „symmetrischen“ oder im „asymmetrischen“ Wechselmodell –, dann muss der Gesetzgeber dies auch durch eine Reform des Unterhaltsrechts flankieren.<sup>89</sup>

## VI. Vereinbarungen zum Trennungsunterhalt

Auf Trennungsunterhalt kann (ebenso wie auf Verwandten- oder Kindesunterhalt) mit Wirkung für die Zukunft nicht verzichtet werden (§§ 1361 Abs. 4 S. 4, 1360a Abs. 3, 1614 Abs. 1 BGB), grundsätzlich auch nicht teilweise. Sonstige ehevertragliche Regelungen, die dem Unterhaltsberechtigten zum Vorteil gereichen können, sind in die Prüfung nicht einzubeziehen, denn die Wirksamkeit der Regelung des Trennungsunterhalts ist isoliert zu betrachten und wird nicht durch Vereinbarungen zu anderen Gegenständen berührt.<sup>90</sup> Verzichtserklärungen sind auch nichtig, wenn sie gegen Abfindung oder Vorausleistung erfolgen;<sup>91</sup> das Verbot des Verzichts auf Trennungsunterhalt kann durch ein *pactum de non petendo* nicht umgangen werden.<sup>92</sup>

§ 1614 Abs. 1 BGB steht aber anerkanntermaßen einer vertraglichen Ausgestaltung des Trennungsunterhalts für die Zukunft nicht *per se* entgegen: Vielmehr bestehe nach Ansicht des BGH für die Bemessung des Unterhalts ein Spielraum, innerhalb dessen interessengemäße, angemessene Regelungen vereinbart werden können. Nur eine Abrede, die unterhalb eines solchen Rahmens des angemessenen Unterhalts i. S. v. § 1361 Abs. 1 S. 1 BGB liegt, kann keinen Bestand haben.<sup>93</sup>

In der Praxis sind Vereinbarungen zum Trennungsunterhalt sehr selten. Schon inhaltlich scheinen sie unbillig, weil die Ehezeit eben vom Halbteilungsgrundsatz und der ehelichen Solidarität und sehr viel weniger vom Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit geprägt ist und darüber hinaus der Unterhaltsberechtigten

<sup>81</sup> BGH, Urt. v. 21. 11. 2012 – XII ZR 48/11, NJW 2013, 457, 460 Rn 31: „Denn dann erfüllt die salvatorische Klausel im Interesse des begünstigten Ehegatten die Funktion, den Restbestand eines dem benachteiligten Ehegatten aufgedrängten Vertragswerks so weit wie möglich gegenüber der etwaigen Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen rechtlich abzusichern; in diesem Falle spiegelt sich auch in der Vereinbarung der Erhaltungsklausel selbst die auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende Störung der Vertragsparität zwischen den Ehegatten wider. Lassen sich indessen – wie hier – ungleiche Verhandlungspositionen nicht feststellen, ist aus Rechtsgründen nichts dagegen zu erinnern, dass der Tatrichter seine Beurteilung, ein teilweise nichtiger Ehevertrag wäre auch ohne seine unwirksamen Bestimmungen geschlossen worden, durch das Vorhandensein einer salvatorischen Klausel gestützt sieht“.

<sup>82</sup> So auch Staudinger/Roth, BGB (2020), § 139 Rn 88.

<sup>83</sup> Zur Definition: BGH, Beschl. v. 12.3.2014 – XII ZB 234/13, NJW 2014, 1958 Rn 16: „Nur wenn die Eltern ihr Kind in der Weise betreuen, dass es in etwa gleich langen Phasen abwechselnd jeweils bei dem einen und dem anderen Elternteil lebt (Wechselmodell), lässt sich ein Schwerpunkt der Betreuung nicht ermitteln. Das hat zur Folge, dass kein Elternteil die Obhut i. S. v. § 1629 II 2 BGB innehat“.

<sup>84</sup> BGH, Urt. v. 28.2.2007 – XII ZR 161/04, NJW 2007, 1882 Rn 8.

<sup>85</sup> Siehe hierzu: Niepmann/Kerscher/Kerscher, Die Rechtsprechung zur Höhe des Unterhalts, 15. Aufl. 2023, 2. Teil Rn 175a.

<sup>86</sup> Born, NZFam 2023, 433, 444.

<sup>87</sup> Siehe etwa BGH, Urt. v. 28.2.2007 – XII ZR 161/04, NJW 2007, 1882, 1883 Rn 16.

<sup>88</sup> Born, NZFam 2023, 433, 444 (verbunden mit der Forderung nach einer Gesetzesänderung zur Berücksichtigung des Wechselmodells).

<sup>89</sup> Siehe BMJ, Ein faires Unterhaltsrecht für Trennungsfamilien: Eckpunkte des Bundesministeriums der Justiz zur Modernisierung des Unterhaltsrechts, 24.8.2023, abgerufen am 7.11.2023 unter: [https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte\\_Unterhaltsrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2v](https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/Gesetzgebung/Eckpunkte/Eckpunkte_Unterhaltsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2v).

<sup>90</sup> BGH, Beschl. v. 30.9.2015 – XII ZB 1/15, NJW 2015, 3715 Ls. 2 (m. Anm. Born).

<sup>91</sup> Rakete-Dombek, Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 13 Rn 86.

<sup>92</sup> BGH, Beschl. v. 29.1.2014 – XII ZB 303/13, NJW 2014, 1101 Ls. 3.

<sup>93</sup> BGH, Beschl. v. 30.9.2015 – XII ZB 1/15, NJW 2015, 3715, 3716 Rn 16 (m. Anm. Born).



kaum ein Interesse daran haben dürfte, eine Vereinbarung zu treffen, die seinen Anspruch schmälert. In diesem Fall müssen die Beteiligten schlicht den bestehenden Unterhalt feststellen und diesen fordern bzw. zahlen. Besteht hierüber Einigkeit, gibt es keine Probleme. Besteht Streit, scheidet eine notarielle Vereinbarung sowieso aus und die Gerichte können im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes schnell einen Titel schaffen. Außerdem ist der Trennungsunterhalt seinem Wesen nach nicht auf viele Jahre angelegt, sondern endet mit der Rechtskraft der Scheidung. Und wenn schon wenig zu gewinnen ist, dann ist aus Sicht der Notarinnen und Notare, die auf wirksame Rechtsgeschäfte hinzuwirken haben, viel zu verlieren, denn das Verdikt der Nichtigkeit schwebt über jeder Vereinbarung, die nicht hieb- und stichfest durchgerechnet ist. Der BGH führt hierzu aus:

*„Für die Frage, ob ein unwirksamer Unterhaltsverzicht vorliegt, muss berücksichtigt werden, dass angesichts der Verschiedenartigkeit der Einzelfälle kein genereller Maßstab dafür herangezogen werden kann, von welcher exakten prozentualen Unterschreitung des rein rechnerisch geschuldeten Unterhalts an keine zulässige Regelung, sondern ein unwirksamer Unterhaltsverzicht vorliegt (...). Zur groben Einschätzung dürfte zugrunde zu legen sein, dass eine Unterschreitung von bis zu 20 % grundsätzlich als noch angemessen und damit zulässig erscheint, eine solche von einem Drittel in der Regel aber nicht mehr. Im Übrigen ist unter besonderer Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls darüber zu befinden, ob noch eine wirksame Ausgestaltung oder ein Unterhaltsverzicht vorliegt.“<sup>94</sup>*

Daraus wird klar: Ein gewisser Mut zum Risiko gehört dazu – eine Eigenschaft, die nicht zum Proprium des notariellen Berufsstandes zählt. Wer dennoch auf Vereinbarungen zum Trennungsunterhalt hinwirken möchte,<sup>95</sup> der wird solche Vereinbarungen selten in notarielle Urkunden fassen,<sup>96</sup> da für Vereinbarungen über den Trennungsunterhalt grundsätzlich keine Form vorgeschrieben ist. Außerdem ist darauf zu achten, dass die Vereinbarung den Unterhaltsanspruch nur konkretisiert und zu keinem Verzicht führen darf.<sup>97</sup> Ein Formerfordernis muss aber angenommen werden, wenn die Vereinbarung zum Trennungsunterhalt mit einer Vereinbarung zum nachehelichen Unterhalt zusammengefasst werden soll und Letztere mit Ersterer stehen und fallen soll, was im Regelfall nicht so sein dürfte.<sup>98</sup>

### C. Formulierungsvorschläge

Die folgenden Formulierungsvorschläge stellen nur eine kurze Auswahl von möglichen Regelungen dar. Es gilt, dass jeder Einzelfall einer besonderen Regelung bedarf. Für die weitere Lektüre sei auf die einschlägigen Formularbücher im Familienrecht hingewiesen, die dann auf die konkrete Situation abzuwandeln sind.

<sup>94</sup> BGH, Beschl. v. 30.9.2015 – XII ZB 1/15, NJW 2015, 3715, 3716 Rn 22 (m. Anm. Born). Die Anmerkung von Born ist kritisch zum Urteil, a. a. O. Er vertritt auch eine andere Ansicht als der Autor dieser Zeilen und empfiehlt, mit nachvollziehbaren Gründen, eine Regelung der Trennungszeit.

<sup>95</sup> Siehe vorhergehende Fn. Außerdem noch Born, NZFam 2020, 665.

<sup>96</sup> Ausdrücklich abratend: Milzer, NZFam 2018, 1109, 1110.

<sup>97</sup> Graba, NZFam 2018, 1112, 1117.

<sup>98</sup> Gerichtliche Vergleiche zum Trennungsunterhalt sind wiederum keine Seltenheit.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Eine Regelung – Es gilt das Gesetz:

*Vereinbarungen zum nachehelichen Unterhalt wollen wir heute keine treffen.*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Totalverzicht:

*Wir verzichten gegenseitig für den Fall der Ehescheidung auf jeglichen nachehelichen Unterhalt, auch für den Fall der Krankheit oder der Not, und nehmen diesen Verzicht wechselseitig an.*

*Der vorstehende Verzicht gilt auch im Fall einer Änderung der einschlägigen gesetzlichen Vorschriften oder der Rechtsprechung weiterhin.*

*Wir wurden vom Notar eingehend über das Wesen des nachehelichen Unterhalts und die Auswirkungen des Verzichts belehrt. Der Notar hat uns darauf hingewiesen, dass die vorstehende Vereinbarung einer richterlichen Inhalts- und Ausübungskontrolle unterliegen kann.*

*Wir gehen davon aus, dass dieser Unterhaltsverzicht nicht sittenwidrig ist, weil wir beide berufstätig sind und auch in Zukunft in der Lage sein werden, für unsere Existenz sorgen zu können.*

*(Abweichende Regelungen für den Fall, dass Kinder in unserer Ehe geboren werden, werden nicht gewünscht. Der Notar hat jedoch darüber belehrt, dass solche Regelungen möglich wären und wie diese ausgestaltet werden könnten.)*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Ergänzung zum Totalverzicht – Ausnahme für Kindesbetreuungsunterhalt:

*(...) Der Verzicht erstreckt sich jedoch nicht auf den Kindesbetreuungsunterhalt nach §§ 1570 Abs. 1 S. 1 und 2, 1573 Abs. 2 BGB. Es wird klargestellt, dass im Anschluss an die Kindesbetreuung ein Unterhalt aus anderen gesetzlichen Gründen nicht verlangt werden kann.*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Bedingter Verzicht (z. B.: bei Geburt eines Kindes):

*(...) Der Unterhaltsverzicht wird auflösend bedingt vereinbart. Er entfällt für beide Beteiligte, wenn ein gemeinsames Kind geboren oder angenommen wird. In diesem Fall bestehen also die gesetzlichen Unterhaltsansprüche. Durch die Auflösung des Unterhaltsverzichts werden in einem solchen Fall die übrigen Vereinbarungen dieses Vertrags nicht berührt.*

*(...) Der Unterhaltsverzicht wird auflösend bedingt vereinbart. Er entfällt für beide Beteiligte, wenn ein gemeinsames Kind geboren oder angenommen wird und ein Ehegatte für die Betreuung dieses Kindes seine Berufstätigkeit ganz oder teilweise aufgibt. In diesem Fall bestehen also die gesetzlichen Unterhaltsansprüche. Durch die Auflösung des Unterhaltsverzichts werden in einem solchen Fall die übrigen Vereinbarungen dieses Vertrags nicht berührt.<sup>99</sup> Es bleibt jedoch beim Unterhaltsverzicht, wenn der Ehegatte, der wegen der Geburt eines gemeinschaftlichen Kindes seine Berufstätigkeit ganz oder teilweise aufgegeben hat, bei Scheidung der Ehe unterhaltspflichtig ist.<sup>100</sup>*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vereinbarungen zur Dauer des Unterhalts – Allgemeine zeitliche Beschränkung:

*Es gelten grundsätzlich die gesetzlichen Vorschriften zum Recht des nachehelichen Unterhalts. Allerdings vereinbaren wir, dass ein Unterhaltsanspruch nur bis längstens ... Jahre nach Rechts-*

<sup>99</sup> Siehe auch Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfts, Rn 832.

<sup>100</sup> Mögliche, aber nicht zwingende Ergänzung bei Gebele/Scholz/Bernauer, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, V. Nr. 16.

kraft der Scheidung besteht und auch nur längstens für die gleiche Dauer wie von der Eheschließung bis zur Rechtskraft der Scheidung. Diese Beschränkung gilt allerdings mit der Ausnahme eines Unterhaltsanspruchs wegen Kindesbetreuung nach § 1570 Abs. 1 S. 1, 2 und Abs. 2 BGB oder § 1573 Abs. 2 BGB, der zeitlich nicht beschränkt wird.

Da es sich nur um die Vereinbarung einer Höchstgrenze handelt, bleibt eine Berufung auf § 1578b BGB oder andere Vorschriften, denen eine zeitliche Begrenzung immanent ist, weiter zulässig und kann zu einer zusätzlichen zeitlichen Verkürzung des Unterhalts führen.

Wir verzichten hiermit auf weitergehenden Unterhalt, auch für den Fall der Not, und nehmen diesen Verzicht wechselseitig an. (...)

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vereinbarungen zum Maß des Unterhalts:

Es gelten grundsätzlich die gesetzlichen Vorschriften zum Recht des nahehelichen Unterhalts. Allerdings vereinbaren wir für das Maß des Unterhalts, dass dieses sich nicht nach den ehelichen Lebensverhältnissen richtet, sondern nach folgenden Kriterien: nach den Einkommensverhältnissen eines Angestellten im öffentlichen Dienst des Landes Baden-Württemberg, TÖVD 12.<sup>101</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Ergänzung der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft – Nicht-Berücksichtigung von Erträgen privilegierter Vermögensgegenstände:

Es gelten grundsätzlich die gesetzlichen Vorschriften zum Recht des nahehelichen Unterhalts. Allerdings vereinbaren wir, dass Erträge von ... aus dem vorstehend vom Zugewinn ausgenommenen Vermögen auch bei der Unterhaltsberechnung nicht zum einzusetzenden Einkommen gezählt werden, solange dadurch nicht eine Unterhaltspflicht des anderen Ehegatten begründet wird.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vereinbarung zur Art der Unterhaltsgewährung – Kapitalabfindung statt Geldrente:

Der Ehemann verpflichtet sich, der Ehefrau anstelle einer Geldrente eine Kapitalabfindung gemäß § 1585 Abs. 2 BGB in Höhe von ... € zu zahlen. Der Betrag ist in drei gleichen Raten zur Zahlung fällig. Die erste Rate ist fällig am ..., die zweite Rate ist fällig am ... und die dritte Rate ist fällig am ... Sollte der Ehemann mit der Zahlung einer Rate ganz oder teilweise länger als einen Monat in Verzug sein, wird der gesamte noch ausstehende Betrag sofort zur Zahlung fällig.<sup>102</sup>

Der Ehemann unterwirft sich wegen dieser Zahlungsverpflichtung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Der Ehefrau kann jederzeit ohne weiteren Nachweis eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden. Eine Beweislastumkehr ist damit nicht verbunden.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Begrenztes Realsplitting:

Die Ehefrau ist mit der Durchführung des begrenzten Realsplittings einverstanden und verpflichtet sich, alle erforderlichen Erklärungen abzugeben und jährlich zu wiederholen, insbesondere die Anlage U zur Einkommensteuererklärung jährlich zu unterzeichnen. Der Ehemann verpflichtet sich, die Ehefrau von allen ihr hierdurch entstehenden nachgewiesenen steuerlichen und sonstigen wirtschaftlichen Nachteilen unverzüglich auf Nachweis

freizustellen. Zu diesen Nachteilen gehören auch Steuerberatungskosten, die vom begrenzten Realsplitting verursacht sind, bis zu einem Betrag von ... € jährlich.<sup>103</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Rechtswahl:

Für Rechtsstreitigkeiten in Bezug auf den Unterhalt vereinbaren wir die ausschließliche Zuständigkeit der deutschen Gerichte (Art. 4 EU-UntVO).

Ferner wählen wir das deutsche Recht als das auf eine Unterhaltspflicht anzuwendende Recht (Art. 8 Abs. 1a HUP). Diese Rechtswahl soll auch gelten, wenn wir unseren gewöhnlichen Aufenthalt nicht mehr in Deutschland haben sollten. Die nachfolgende Vereinbarung soll so weit als möglich auch bei Einwirkung fremden Rechts gelten, auch wenn unsere Ehe durch ein ausländisches Gericht geschieden würde.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Unterhaltsvereinbarung mit Zwangsvollstreckungsunterwerfung:<sup>104</sup>

1. Der Ehemann verpflichtet sich gegenüber der Ehefrau, ihr ab dem Monat, der auf die Rechtskraft der Scheidung ihrer Ehe folgt, einen monatlichen Geld-Unterhalt in Höhe von ... € (i. W. ... €) zu zahlen. Der Betrag ist jeweils zum ersten Werktag eines jeden Monats im Voraus fällig und ab dem Zeitpunkt der Fälligkeit mit 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinsatz zu verzinsen.

2. Der Ehemann unterwirft sich wegen der Verpflichtung zur Zahlung des Unterhalts gemäß vorstehender Ziff. 1 der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Der Ehefrau kann jederzeit ohne weiteren Nachweis eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde erteilt werden. Eine Beweislastumkehr ist damit nicht verbunden.

3. Der vereinbarte Unterhalt wird zunächst als verlängerter Betreuungsunterhalt und nachrangig als Aufstockungsunterhalt erbracht und umfasst jeden etwa zu leistenden Elementar-, Kranken- und Altersvorsorgeunterhalt.

Die Ehegatten vereinbaren bereits heute einseitig unwiderrufbar, dass der nach Ziff. 1 zu leistende Unterhalt bis einschließlich den Monat der Vollendung des ... Lebensjahres des jüngsten gemeinsamen Kindes in der festgelegten Höhe zu zahlen ist. Eine Herabsetzung des Unterhalts wird für den vorbenannten Zeitraum ausgeschlossen.

Die Ehegatten erklären, dass dieser Unterhaltsvereinbarung folgende Erwägungen zugrunde liegen: ...

4. Auf diese Unterhaltsvereinbarung ist, soweit im Vorstehenden nicht etwas anderes vereinbart ist, § 239 FamFG anwendbar; insbesondere soweit aus kindbezogenen Gründen eine verlängerte Unterhaltsgewährung erforderlich ist.

## D. Fazit

Eheverträge im Allgemeinen und Unterhaltsvereinbarungen im Besonderen sind Kärnerarbeit. Eine Delegation an die Kanzlei, wie sie bei manchen Rechtsgeschäften in der Vorbereitung zumindest im Ansatz möglich erscheint, ist ausgeschlossen. Hier muss die Notarin oder der Notar meistens selbst ran: Das beginnt bei der Beratung der Urkundsbeteiligten, die selbst oft nur eine sehr grobe Ahnung davon haben, was sie eigentlich wollen, und nicht selten selbst erst im Laufe des Prozesses unter Anleitung

<sup>101</sup> Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn 903 mit anderem Bezug („Einkommensverhältnissen einer Krankenschwester mit einer Anstellung in einer Klinik und einem Gehalt nach TVöD-Bund“).

<sup>102</sup> Orientiert an Horndasch, Notarformulare Ehegatten Unterhaltsrecht, 2. Aufl. 2020, § 4 Rn 33.

<sup>103</sup> Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, IX. Vereinbarung mit steuerlichem Bezug Rn 1036.

<sup>104</sup> Orientiert an Gebele/Schol/Reetz, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 14. Aufl. 2022, V. Nr. 24.

ihrer Anwälte oder des notariellen Berufsträgers eine Vorstellung gewinnen, was das Ziel ihrer Vereinbarung ist. Dabei kann es bei einer isolierten Unterhaltsvereinbarung bleiben, häufiger sind jedoch Fälle, bei denen die Unterhaltsvereinbarung einen Baustein in einem größeren Regelungskomplex unter den Ehegatten darstellt.

Das Rechtsgebiet ist in Bewegung, sowohl was den gesellschaftlichen Wandel als auch gesetzgeberische Reformen<sup>105</sup> als auch was die Konjunktur der Rechtsprechung und der publizierten Literaturmeinungen betrifft. Nach Ansicht des Autors muss der vorsichtige Kautelarjurist zwar bestehende Ansätze der Inhalts- und Ausübungskontrolle orientiert an einem (wie auch immer akzentuierten) Kerngehalt des Wesens der Ehe im Blick behalten. Der Akzent sollte aber vom „Was“ zum „Wie“ gehen und die Privatautonomie des Einzelnen, gestärkt durch den Beurkundungsprozess, betont werden – dies ist eine Forderung an das Notariat und die Rechtsprechung gleichermaßen. Es entlastet sowohl Gerichte als auch Rechtsunterworfenen, wenn notariell beurkundete Vertragswerke „halten“, weil sie sorgfältig vorbereitet wurden und dem tatsächlichen, rechtlich beratenen Willen

der Beteiligten entsprechen, auch wenn sie im konkreten Fall einseitig erscheinen – Menschen haben das Recht, wenn sie Herr ihrer selbst sind, nachteilige Verträge zu schließen. Die vermeintlich einschränkende Form führt in Wahrheit zur Freiheit der Willensäußerung der Beteiligten, der Verwirklichung ihrer Privatautonomie als Erscheinungsform ihrer allgemeinen Handlungsfreiheit und der Sicherung vorsorgender Rechtspflege. Das ist der Kern der notariellen Beurkundung, das Wesen unseres Berufsstandes und der Grund unserer Existenz.



**Dr. Dr. Matthias Damm**  
ist Notar in Ludwigsburg.  
E-Mail: damm@damm-mayer.de

<sup>105</sup> Siehe oben das Eckpunktepapier des BMJ im Abschnitt zum Trennungsmodell. Zu den schon seit einigen Jahren geführten Diskussionen siehe exemplarisch *Obermann*, NZFam 2017, 189; *ders.*, NZFam 2023, 673.



Service · Vertrauen · Zuverlässigkeit

**Vorratsgesellschaften der DNotV GmbH**

**NEW  
UPDATE**

### Noch einfachere und schnellere Reservierung und Abwicklung

Wir haben die richtige GmbH oder GmbH & Co. KG für Sie und Ihre Mandanten:  
**Reservierung heute, Beurkundung morgen bei einem Notar Ihrer Wahl.**

Die Gesellschaft

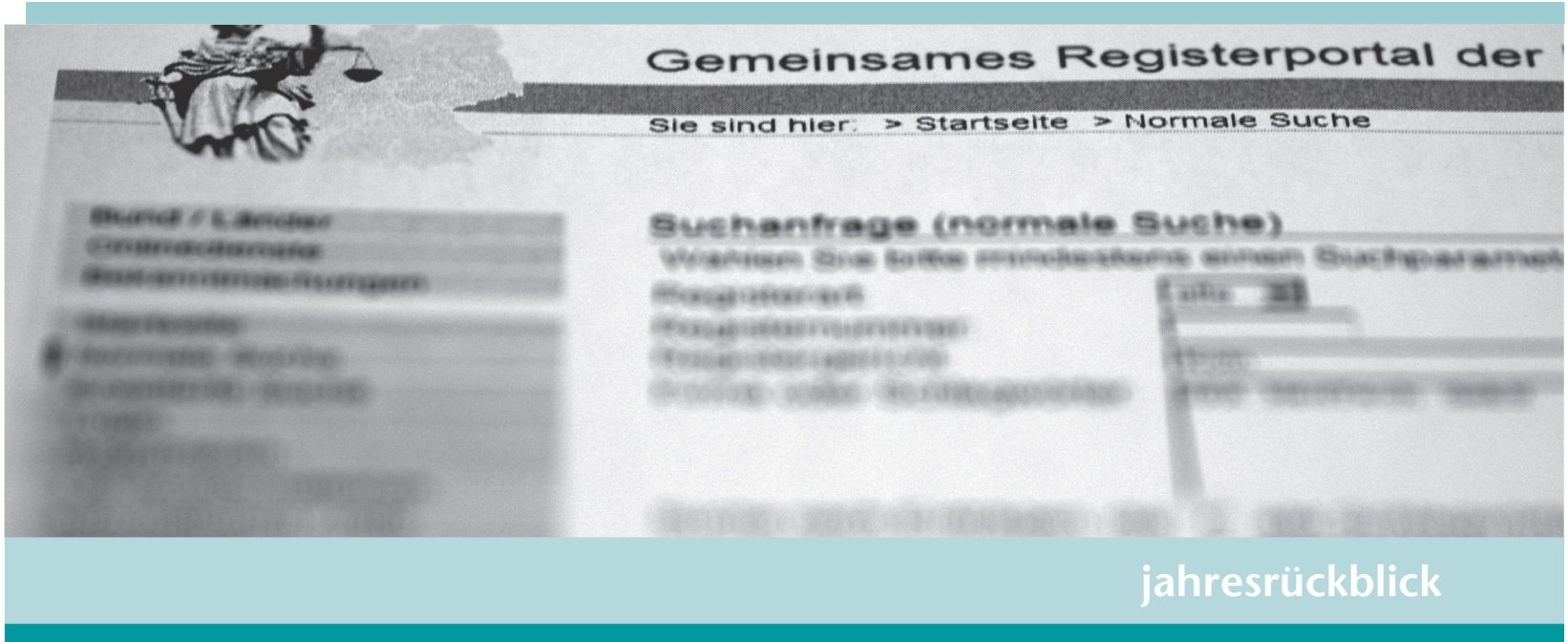
- ✓ ist im Handelsregister eingetragen und sofort verfügbar,
- ✓ hat keine Tätigkeit nach Gründung entfaltet und
- ✓ das Stammkapital ist voll eingezahlt.

Das garantieren wir: —————>

**Die DNotV GmbH, das  
Serviceunternehmen des  
Deutschen Notarvereins.**

Unsere Kontaktdaten, Muster, Formulare,  
einen ausführlichen Leitfaden sowie den  
Online-Fragebogen finden Sie unter  
**[www.vorratsgesellschaften.dnotv.de](http://www.vorratsgesellschaften.dnotv.de)**





jahresrückblick

Christoph Aumann

## Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht

### Aktuelle Entwicklungen

Gegenstand des Jahresberichts sind notariatsrelevante Gesetzgebung und Rechtsprechung im Zeitraum von November 2022 bis (einschließlich) Oktober 2023. Sofern einzelne Entscheidungen von (kurz) davor datieren, sind diese erst im Berichtszeitraum zur Kenntnis des Verfassers gelangt.

Noch vor Inkrafttreten der „Jahrhundertreform“<sup>1</sup> MoPeG<sup>2</sup> gab es auch im Berichtszeitraum noch gesetzgeberische Auswirkungen auf die notarielle Praxis des Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrechts. Vor allem war es aber die Rechtsprechung, die mit ihren Entscheidungen die im Titel genannten Rechtsgebiete fortentwickelt und den Verfasser zu einer Auswahl gezwungen hat, die aber – so die Zielsetzung – nach dem Kriterium der Praxisrelevanz vorgenommen wurde. Wo angebracht, soll außerdem versucht werden, Auswirkungen der besprochenen Entscheidungen für die Zeit nach dem Jahreswechsel 2023/2024 darzulegen.

#### A. Digitalisierung im Registerverkehr

Wie eigentlich jedes Jahr schreitet die Ausweitung des elektronischen Rechtsverkehrs in Registersachen weiter voran und bringt Folgefragen mit sich.

##### I. Onlinebeglaubigung von Anmeldungen zum Vereinsregister

Zum 1.8.2023 ist der durch das DiREG<sup>3</sup> neu geschaffene § 77 Abs. 2 BGB in Kraft getreten. Damit ist nun auch die öffentliche Beglaubigung von Anmeldungen zum Vereinsregister mittels Videokommunikation möglich. Eine Unterscheidung nach Rechtsträger und Registerart ist damit nicht mehr nötig, die Onlinebeglaubigung von Anmeldungen ist nun flächendeckend möglich.

<sup>1</sup> Lieder, ZRP 2021, 34.

<sup>2</sup> Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts, BGBl I 2021, 3436.

<sup>3</sup> Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BGBl I 2022, 1146.

#### PRAXISTIPP

##### MoPeG:

Für das neue Gesellschaftsregister ist die Onlinebeglaubigung von Anmeldungen von Beginn an möglich, da § 707b Nr. 2 BGB in der Fassung des MoPeG auf § 12 Abs. 1 S. 2 HGB verweist.

#### II. Onlinebeglaubigung im Ausland

In Anbetracht der Tatsache, dass sich der Gesetzgeber für jeden Rechtsträger einzeln abwägend in mehreren Gesetzgebungsverfahren dazu durchgerungen hat, Onlinebeurkundungen und -beglaubigungen in abschließend geregelten Fällen zuzulassen, erstaunt es, dass dem OLG Celle<sup>4</sup> zufolge auch online durch österreichische Notare beglaubigte Dokumente (hier: Gründungsvollmacht) in den deutschen Registern vollzugsfähig sein sollen, obwohl die dortigen Vorschriften in vielen Gesichtspunkten, insbesondere bei der Identifizierung der Beteiligten, geringere Standards voraussetzen, insbesondere kein Auslesen eines Lichtbilds aus dem Ausweisdokument.<sup>5</sup> Zur Begründung führt das Gericht lediglich an, dass mit Inkrafttreten des § 40a BeurkG auch im Inland die Möglichkeit einer Onlinebeglaubigung bestehe. Das greift ersichtlich zu kurz,<sup>6</sup> weil damit die Frage der Gleichwertigkeit der österreichischen Onlinebeglaubigung als Tatsache vorweggenommen, aber nicht beantwortet wird.<sup>7</sup>

Dass aus Sicht des OLG Celle bei der Beurteilung der Gleichwertigkeit einer ausländischen Beglaubigung die Anforderungen an die Identifizierung der Beteiligten nicht zu hoch zu sein scheinen, verdeutlicht auch seine Entscheidung dahingehend, dass die ausländischen Beglaubigungsvermerke eine Angabe da-

<sup>4</sup> OLG Celle, Beschl. v. 1.8.2022 – 9 W 62/22, NZG 2023, 1087.

<sup>5</sup> Lieder, NZG 2022, 1043, 1050 f.

<sup>6</sup> Zur umfangreichen Kritik an der Entscheidung statt aller Bormann, GmbHR 2023, 533.

<sup>7</sup> Hertel/Strauß, MittBayNot 2023, 433, 439.



hingehend, wie sich die beglaubigende Amtsperson Gewissheit über die Identität der Unterzeichnenden verschafft hat, nicht notwendig zu enthalten haben.<sup>8</sup> Auch diese Entscheidung erscheint alles andere als zwingend,<sup>9</sup> ist doch deutschen Notarinnen und Notaren gemäß §§ 40 Abs. 4, 10 Abs. 3 S. 1 BeurkG ebendiese Angabe abverlangt.

#### PRAXISTIPP

##### Zurückhaltung bei ausländischen Onlinebeglaubigungen:

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das OLG Celle mit seiner Ansicht zur Substitution einer inländischen Onlinebeglaubigung bis dato ziemlich allein dasteht. Um die Vollzugsfähigkeit nicht zu gefährden, sollte deshalb darauf geachtet werden, im Ausland online beglaubigte Anmeldungen und Vollmachten jedenfalls nur dann zu verwenden, wenn das dortige Beglaubigungswesen in allen Anforderungen dem deutschen entspricht.

### III. Datenschutz im Registerverfahren

Aufgrund des DiRUG<sup>10</sup> ist bekanntlich mit Wirkung zum 1.8.2022 die Paywall für die Einsichtnahme in das Handels-, Partnerschafts-, Vereins- und Genossenschaftsregister gefallen.<sup>11</sup> Zudem sind – wie im Vorjahresbericht geschildert – nach dem neuen § 12 Abs. 2 S. 1 HGB Dokumente seither in maschinenlesbarer Form einzureichen. Die dadurch geschaffenen Möglichkeiten massenhaften, möglicherweise auch automatisierten Zugriffs auf in den Registern hinterlegte Daten und deren Verarbeitung gaben der Diskussion um den Einklang zwischen gewünschter Registerpublizität und Schutz persönlicher Daten im Registerverfahren neuen Schwung.<sup>12</sup>

Mit der Behandlung bereits im Register abrufbarer Daten hatte sich auch die Rechtsprechung zu befassen und betonte dabei den Vorrang der registerrechtlichen Bestimmungen vor allgemeinem Datenschutzrecht, insbesondere der DSGVO. Das OLG Celle<sup>13</sup> entschied, dass die gängige Veröffentlichung von Namen, Geburtsdatum und Wohnort eines Geschäftsführers im Handelsregister nicht dessen Rechte verletzt. Das OLG Naumburg<sup>14</sup> verneinte einen datenschutzrechtlichen Anspruch auf nachträgliche Schwärzung von Unterschriften auf im Handelsregister hinterlegten Dokumenten. Der Gesetzgeber hat an dieser Stelle reagiert und den nachträglichen Austausch von Dokumenten, die nicht zu veröffentlichende Daten enthalten, in § 9 Abs. 7 HRV ermöglicht. Es handelt sich hierbei um kein Amtsverfahren, vielmehr haben die Beteiligten die ersetzenden Dokumente selbst einzureichen, sodass es hier zur Befassung von Notarinnen und Notaren bei der Einreichung der ersetzenden Dokumente kommen kann.<sup>15</sup>

Für die zukünftige Registerpraxis entscheidender dürfte indes sein, welche neuen Daten in das Register aufgenommen werden.

<sup>8</sup> OLG Celle, Beschl. v. 28.12.2022 – 9 W 104/22, NZG 2023, 1028.

<sup>9</sup> KG, Beschl. v. 3.3.2022 – 22 W 92/21, NZG 2022, 926 konnte dies noch offenlassen, weil in dessen Entscheidung die Gleichwertigkeit bereits daran scheiterte, dass eine Fernbeglaubigung vorlag (ebenso OLG Karlsruhe, Beschl. v. 20.4.2022 – 1 W 25/22 (Wx), MittBayNot 2022, 604).

<sup>10</sup> Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie, BGBl I 2021, 3338.

<sup>11</sup> Wegfall des Abschnitts 4 in Hauptabschnitt 1 der Anlage zu § 4 Abs. 1 des Justizverwaltungs-kostengesetzes.

<sup>12</sup> Weichert, ZGI 2023, 11.

<sup>13</sup> OLG Celle, Beschl. v. 24.2.2023 – 9 W 16/23, NZG 2023, 950. Die Rechtsbeschwerde ist beim BGH anhängig.

<sup>14</sup> OLG Naumburg, Beschl. v. 11.1.2023 – 5 Wx 14/22, NZG 2023, 711.

<sup>15</sup> Wollenschläger, NZG 2023, 690, 693.

Der Gesetzgeber hat auch an dieser Stelle mit einer Änderung von § 9 Abs. 1 S. 2 HRV angesetzt und die Veröffentlichung von Dokumenten im Register eingeschränkt auf solche Dokumente, deren Veröffentlichung durch Rechtsvorschriften angeordnet ist. Ferner trat zum 1.6.2023 der neue § 5a DOnot in Kraft, demzufolge an das Registergericht zu übermittelnde Dokumente keine Wohnanschriften, Ausweisnummern und Kontoverbindungen mehr enthalten sollen. § 5 Abs. 1 S. 4 und 5 DOnot enthalten entsprechende Ausnahmen von der ansonsten bestehenden Pflicht zur Angabe von Daten natürlicher Personen in notariellen Urkunden.<sup>16</sup>

Erfreulich daran ist, dass der Notarin oder dem Notar die auf den jeweiligen Büroablauf passende Umsetzung der Vorgaben überlassen ist, wobei sich entweder das Erstellen einer auszugsweisen beglaubigten Abschrift (durch Weißen der sensiblen Stellen des Dokuments in XNP) oder eine bereits von vornherein den Vorgaben entsprechende Urkundsgestaltung anbieten dürften.<sup>17</sup>

### IV. Digitalisierungsrichtlinie 2.0

Während die Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie ersichtlich weiter in der Praxis ankommt, schreitet man in Brüssel mit dem Vorschlag der Kommission für eine Digitalisierungsrichtlinie 2.0<sup>18</sup> bereits weiter voran. Im Kern sollen die Transparenz von Unternehmensdaten und deren grenzüberschreitende Nutzung verbessert werden, indem unter anderem Registerinhalte erweitert und die vorbeugende Kontrolle von Registerinhalten gestärkt werden.<sup>19</sup>

Interessant daran ist für diesen Bericht insbesondere, dass der Vorschlag in Anerkennung der Tatsache, dass ein erheblicher Teil der wirtschaftlichen Aktivität in den Mitgliedstaaten in Rechtsformen der Personenhandelsgesellschaften entfaltet wird,<sup>20</sup> diese nun ebenfalls fortzuentwickeln sucht. So soll zum einen erstmalig eine Harmonisierung von Mindestregisterinhalten von Personenhandelsgesellschaften stattfinden. Hier ist auch aus deutscher Sicht (geringer) Anpassungsbedarf absehbar, wenn beispielsweise nach dem Richtlinienvorschlag künftig die Vertretungsberechtigung persönlich haftender Gesellschafter im Register stets zu spezifizieren sein wird.<sup>21</sup>

Daneben enthält der Vorschlag aber auch bei Personenhandelsgesellschaften eine Pflicht zur präventiven öffentlichen Kontrolle und Veröffentlichung der Gründungsdokumentation samt Satzung, so diese Dokumentation nach nationalem Recht erforderlich ist.<sup>22</sup> Nach deutschem Recht ist zwar stets ein Gesellschaftsvertrag erforderlich, dieser ist aber von Gesetzes wegen grundsätzlich nicht formbedürftig, also schriftlich zu dokumentieren. Man wird sich also im Rahmen der weiteren Ausarbeitung der Richtlinie oder spätestens bei deren Umsetzung fragen müssen, ob eine Kontrolle und Veröffentlichung der Gründungsdokumentation von Personenhandelsgesellschaften stattzufinden hat und ob dies mit der Formfreiheit von Gesellschaftsverträgen vereinbar ist oder ob nicht in Zu-

<sup>16</sup> Zur Umsetzung BNotK-Rundschreiben 2/2023 v. 25.5.2023.

<sup>17</sup> Strauß, DNotZ 2023, 496, 500 ff.

<sup>18</sup> Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinien 2009/102/EG und (EU) 2017/1132 zur Erweiterung und Weiterentwicklung der Nutzung digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, COM (2023), 177.

<sup>19</sup> Zusammenfassend Schmidt, NZG 2023, 583.

<sup>20</sup> Stelmaszczyk/Wosgien, EuZW 2023, 550, 557.

<sup>21</sup> Zwirlein-Forschner, NZG 2023, 863, 870.

<sup>22</sup> Deininger, GmbHR 2023, 482, 483.

kunft bei diesen auch in Deutschland gewisse Mindestanforderungen an die Form zu stellen sein werden.<sup>23</sup>

## B. Reform des § 32 BGB

Während noch im Vorjahresbeitrag von einem Auslaufen der pandemiebedingten Möglichkeiten der Durchführung präsenzloser Mitgliederversammlungen von Vereinen und einem Scheitern der Bestrebungen, mit den entsprechenden Änderungen im Aktienrecht auch die Möglichkeiten virtueller Hauptversammlungen auf das Vereinsrecht auszuweiten, zu berichten war, hat ein neuer Reformanlauf nunmehr Erfolg gehabt. Zum 21.3.2023 ist das Gesetz zur Ermöglichung hybrider und virtueller Mitgliederversammlungen im Vereinsrecht<sup>24</sup> in Kraft getreten.

Das Gesetz beinhaltet einzig die Einführung eines neuen zweiten Absatzes in § 32 BGB. Darin wird unterschieden zwischen hybrider Versammlung (§ 32 Abs. 2 S. 1 BGB) einerseits, bei der die Mitglieder auch ohne Anwesenheit am Versammlungsort im Wege der elektronischen Kommunikation an der Versammlung teilnehmen und andere Mitgliederrechte ausüben können, und virtuellen Versammlungen (§ 32 Abs. 2 S. 2 BGB) andererseits, bei der die Mitglieder ohne Anwesenheit am Versammlungsort im vorgenannten Wege teilnehmen müssen. Während über die Einberufung einer hybriden Versammlung das die Versammlung einberufende Organ entscheidet, bedarf es für künftige virtuelle Versammlungen eines vorherigen Mehrheitsbeschlusses der Mitglieder (§ 32 Abs. 1 S. 3 BGB), der auch in einer hybriden Versammlung gefasst werden kann, oder der Zustimmung aller Mitglieder (§ 32 Abs. 3 BGB). Für beide Versammlungsarten ist damit keine entsprechende Satzungsbestimmung mehr erforderlich.<sup>25</sup>

Die Auswahl zwischen Präsenzversammlung und hybrider bzw. bei Vorliegen eines entsprechenden vorherigen Beschlusses auch virtueller Versammlung steht damit im Ermessen des einberufenden Organs, das allerdings durch die Zumutbarkeit des Versammlungsformats für die Mitglieder begrenzt wird. Abzuwägende Kriterien sind insbesondere die Mitgliederstruktur und der Vereinszweck, aber auch Bedeutung und Dringlichkeit der Tagesordnungspunkte.<sup>26</sup>

Für die Durchführung der hybriden oder virtuellen Versammlungen ist das Gesetz technikoffen.<sup>27</sup> Nach § 32 Abs. 2 S. 3 BGB ist jedoch in der Einberufung der Versammlung anzugeben, wie die Mitglieder ihre Rechte im Wege der elektronischen Kommunikation ausüben können.

Der neue § 32 Abs. 2 BGB ist disponibel, kann also durch Satzungsbestimmungen modifiziert oder abbedungen werden.<sup>28</sup> Der Regelung gehen auch bereits vor Inkrafttreten geltende Satzungsbestimmungen vor, zum Beispiel wenn diese zwingend die Durchführung von Präsenzversammlungen vorsehen. Soll die Durchführbarkeit virtueller Versammlungen gegen § 32 Abs. 2 S. 2 BGB revidierende Beschlüsse abgesichert werden, so ist deren Verankerung in der Satzung auch unter neuer Rechtslage empfehlenswert.

Zu beachten ist, dass der neue § 32 Abs. 2 BGB über die Verweisung in § 28 BGB auch für die Beschlussfassung des

mehrköpfigen Vereinsvorstands<sup>29</sup> und über die weitere Verweisung des (neuen) § 84b S. 1 BGB des mehrköpfigen Stiftungsvorstands gilt.

## C. Stiftungsrechtsreform

Zum 1.7.2023 ist der materiell-rechtliche Teil der Reform des Stiftungsrechts<sup>30</sup> in Kraft getreten, mit dem in den neu und deutlich ausführlicher gefassten §§ 80 ff. BGB das materielle Stiftungszivilrecht nunmehr bundeseinheitlich geregelt wird.<sup>31</sup> Das mit der Reform ebenfalls neu geschaffene Stiftungsregistergesetz wird erst zum 1.1.2026 in Kraft treten.

Die Regelungen im BGB lassen für die Länder kaum Spielraum für eigene Regelungen im materiellen Stiftungszivilrecht.<sup>32</sup> Das öffentliche Stiftungsrecht, also insbesondere die Ausgestaltung der Stiftungsaufsicht sowie das Anerkennungs- und Genehmungsverfahren obliegt aber weiter den Ländern, die durch die Reform zu Anpassungen gezwungen wurden.<sup>33</sup>

Große inhaltliche Umwälzungen bleiben weitgehend aus. Es bleibt der (seinerzeitige) Stifterwille auch nach dem neuen Recht für die Geschicke der Stiftung maßgeblich (§ 83 Abs. 2 BGB). Dieser Erstarrung wollte der Gesetzgeber gewisse Möglichkeiten der Öffnung für Anpassung und Wandel entgegensetzen und hat so in § 85 BGB Möglichkeiten der Satzungsänderung bis hin zu einer Änderung des Stiftungszwecks, in §§ 86–86i BGB Möglichkeiten der Zusammenführung<sup>34</sup> von Stiftungen und in §§ 87, 87a BGB Möglichkeiten für Auflösung und Aufhebung der Stiftung geregelt.

Sowohl für Zusammenführungen von Stiftungen als auch für das lebzeitige Stiftungsgesetz selbst soll nach dem Willen des Gesetzgebers in §§ 86d bzw. 81 Abs. 3 BGB die Schriftform ausreichend sein. Das gilt aber nicht für eventuell nach § 925 BGB formbedürftige Erfüllungsgeschäfte. Auch bei Einbringung von GmbH-Anteilen wird in vielen Fällen zur Beurkundung zu raten sein.<sup>35</sup>

## D. Erstreckung der Mitbestimmung auf ausländische Rechtsformen

Die Ampel-Koalition hat sich in ihrem Koalitionsvertrag das Ziel gesetzt, die missbräuchliche Umgehung geltenden Mitbestimmungsrechts zu verhindern.<sup>36</sup> Daraus wird zum Teil – insbesondere auch in einem Entwurf der Hans-Böckler-Stiftung für ein Mitbestimmungserstreckungsgesetz<sup>37</sup> – geschlossen, dass die deutschen Mitbestimmungsregeln auch auf ausländische Rechtsfor-

<sup>23</sup> Dafür *Stelmaszczyk/Wosgien*, EuZW 2023, 550, 557 f.

<sup>24</sup> BGBl I 2023, 72.

<sup>25</sup> *Habighorst*, NZG 2023, 356, 357.

<sup>26</sup> BeckOK-BGB/Schöpflin, § 32 BGB Rn 48 (Stand: 1.8.2023).

<sup>27</sup> BeckOK-BGB/Schöpflin, § 32 BGB Rn 51 (Stand: 1.8.2023).

<sup>28</sup> *Nessler*, ZStV 2023, 176, 178.

<sup>29</sup> *Habighorst*, NZG 2023, 356, 360.

<sup>30</sup> Gesetz zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts und zur Änderung des Infektionsschutzgesetzes vom 16.7.2021, BGBl I 2021, 2947.

<sup>31</sup> Eine Überblicksdarstellung des Gesetzes liefern bereits der vorvergangene Jahresrückblick sowie *Schmitt*, *notar* 2023, 31.

<sup>32</sup> *Kretschmann*, ZStV 2023, 80.

<sup>33</sup> Überblick noch zum Entwurfsstand *Kretschmann*, ZStV 2023, 80, 81. Soweit ersichtlich sind die entsprechenden Änderungen in den meisten Ländern (etwa Bayern, Hessen, Baden-Württemberg) bereits in Kraft getreten, in anderen (etwa Thüringen) zum Abschluss des Berichtszeitraums noch nicht.

<sup>34</sup> Begriff nach *Schauer*, ZEV 2022, 512.

<sup>35</sup> Dazu näher *Aumann*, DNotZ 2022, 894, 900.

<sup>36</sup> S. 71 des Koalitionsvertrages, abrufbar unter <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/974430/1990812/1f422c60505b6a88f8f3b3b5b8720bd4/2021-12-10-koav2021-data.pdf?download=1> (zuletzt am 3.11.2023).

<sup>37</sup> Abrufbar unter [https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync\\_id=HBS-008044](https://www.boeckler.de/de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008044) (zuletzt am 3.11.2023).

men erstreckt werden müssten. Soweit ersichtlich, gibt es hierzu noch keine konkreten Entwürfe aus den zuständigen Ministerien. Im Gesetzgebungsverfahren wäre aber die unionsrechtliche Niederlassungsfreiheit sorgsam abzuwägen.<sup>38</sup>

## E. MoPeG

Das Inkrafttreten des MoPeG wurde bereits an anderer Stelle ausführlicher behandelt,<sup>39</sup> als es der hier zur Verfügung stehende Rahmen erlaubt. Zwei aktuelle Gesichtspunkte verdienen jedoch eine Erwähnung:

### I. Vorwirkung der Bestimmungen des MoPeG

Zum Abschluss des Berichtszeitraumes noch nicht ganz klar ist die Frage, ob Anmeldungen zum Gesellschaftsregister bereits vor dem 1.1.2024 bei Gericht zur Eintragung nach dem Stichtag eingereicht werden können.<sup>40</sup> Zumindest aus praktischer Sicht spricht viel dafür, dass auf eine Eintragung nach dem Jahreswechsel gerichtete Anmeldungen auch schon vor dem Inkrafttreten eingereicht werden können.<sup>41</sup>

### II. Wachstumschancengesetz

Zum Abschluss des Berichtszeitraums ebenfalls noch in der Diskussion ist der Entwurf des Wachstumschancengesetzes oder Jahressteuergesetzes 2023. Vom MoPeG-Gesetzgeber gewollt war, dass die Reform steuerneutral sein sollte.<sup>42</sup> Mit einem neuen § 23 Abs. 5 GrEStG will der Steuergesetzgeber in diesem Sinne zum Ausdruck bringen, dass auch laufende Nachbehaltensfristen durch das Inkrafttreten des MoPeG nicht ausgelöst werden.<sup>43</sup> Dies würde aber voraussetzen, dass die Ausnahmen von der Besteuerung in §§ 5, 6 und 7 Abs. 2 GrEStG mit dem Jahreswechsel keine Anwendung im Personengesellschaftsrecht mehr fänden. Sollte dies tatsächlich so zutreffen, wäre das MoPeG im Ergebnis von einer Steuerneutralität denkbar weit entfernt.<sup>44</sup>

## F. Rechtsprechung

Bevor auf rechtsformspezifische Entscheidungen eingegangen wird, sollen vorab Entscheidungen von rechtsformübergreifender Bedeutung vorgestellt werden.

### I. Rechtsformübergreifende Entscheidungen

Einige Entscheidungen lassen sich auf mehrere Rechtsformen problemlos übertragen und sollen deshalb vorangestellt behandelt werden.

#### 1. Kündigungsrecht des Gesellschafters

Das OLG Hamm hatte sich in einer Entscheidung mit dem Recht eines Gesellschafters auf Kündigung der stillen Gesellschaft auseinanderzusetzen.<sup>45</sup> Die Entscheidung hat aber allgemeine Bedeutung, weil in ihr festgestellt wird, dass das Abmahnerfordernis des § 314 Abs. 2 BGB bei der Kündigung der Gesellschaft aus wichtigem Grund von § 723 Abs. 1 S. 3 BGB als *lex specialis*

verdrängt wird und somit nicht einzuhalten ist, dass aber nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dennoch eine Abmahnung bzw. Androhung der Kündigung erforderlich sein kann.

#### PRAXISTIPP

##### Künftig bei Kündigungsrechten unterscheiden:

Nach dem MoPeG ist zu unterscheiden zwischen der Kündigung der Mitgliedschaft durch einen Gesellschafter nach §§ 723 Abs. 1 Nr. 2, 725 BGB, die zum Ausscheiden aus der Gesellschaft führt, und der Kündigung der Gesellschaft durch einen Gesellschafter nach §§ 729 Abs. 1 Nr. 3, 731 BGB, die zur Auflösung der Gesellschaft führt. Für Letztere wird man trotz des insoweit nicht eindeutigen Wortlauts bei der Annahme eines wichtigen Grundes einen strengeren Maßstab ansetzen müssen.<sup>46</sup>

#### 2. Verfahrensstandschaft im Eintragsverfahren

Ebenfalls für alle Rechtsformen interessant und auf das Gesellschaftsregister übertragbar ist eine Entscheidung des KG: Ist eine Registeranmeldung von allen Gesellschaftern vorzunehmen, führt die zwischen diesen bestehende notwendige Verfahrensstandschaft dazu, dass auch ein Rechtsmittel im Eintragsverfahren nur durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich eingelegt werden kann.<sup>47</sup>

#### 3. Internationalprivatrechtliche Qualifikation von Nachfolgeregelungen in Gesellschaftsverträgen

Nach Art. 1 Abs. 2 Buchst. h EuErbVO ist das Gesellschaftsstatut entscheidend für die Frage, ob ein Gesellschaftsanteil vererblich ist, das Erbstatut für die Frage, wer Erbe ist.<sup>48</sup> Dazu entschied nun das OLG Hamm, dass die Auslegung einer Klausel im Gesellschaftsvertrag, die die Vererblichkeit der Beteiligung von bestimmten Voraussetzungen abhängig macht, dem Gesellschaftsstatut unterliegt.<sup>49</sup> Für die Praxis ist dies zu begrüßen, da sich bei der Gestaltung von Nachfolgeklauseln in Gesellschaftsverträgen ein eventuell anwendbares ausländisches Erbstatut nicht gegenüber dem Gesellschaftsstatut durchsetzt. Hier ist, wie im nationalen Recht, lediglich auf den gegebenenfalls erforderlichen Gleichlauf zu achten.<sup>50</sup>

#### 4. Schlichtungsklauseln

Für eine Partnerschaftsgesellschaft hat der BGH entschieden, dass eine Schlichtungsklausel, die beide Seiten verpflichtet, bei Streitigkeiten innerhalb einer bestimmten Frist eine Schlichtungsstelle anzurufen und erst wiederum nach einer bestimmten Zeit nach Erfolglosigkeit eines Schlichtungsversuchs die ordentliche Gerichtsbarkeit anzurufen, die Erhebung der Klage nach Ablauf der Frist zur Anrufung der Schlichtungsstelle nicht unzulässig macht, auch wenn die Schlichtungsstelle überhaupt nicht angerufen wurde.<sup>51</sup> Die Schlichtungsklausel enthielt keine Regelungen zu einem Ausschluss des Klagerechts, wenn die Schlichtung nicht innerhalb der Frist durchgeführt wurde.

## II. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

### 1. Entstehung der GbR aus einer Erbengemeinschaft

Der BFH hatte anlässlich der Frage, ob von drei Miterben ausgeübte Tätigkeiten als Erbengemeinschaft oder als GbR geführt sind, die Gelegenheit, ins Zivilrecht einzusteigen und festzuhalten, dass das Umwandlungsrecht keinen Formwechsel einer

<sup>38</sup> Stolzenberg/Erming, NZA 2023, 1022.

<sup>39</sup> Krauß, notar 2023, 339; Hölscher, notar 2023, 296; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167; Aumann, notar 2022, 99.

<sup>40</sup> Dagegen Luy/Sorg, DNotZ 2023, 657, 659 f., die dafür plädieren, den Notar mit der Einreichung erst nach dem Jahreswechsel zu beauftragen.

<sup>41</sup> In diesem Sinne BNotK-Rundschreiben 8/2023 v. 24.11.2023, S. 14.

<sup>42</sup> BT-Drucks 19/27635, 119.

<sup>43</sup> BT-Drucks 20/8628, 221.

<sup>44</sup> Der letzte Entwurf sieht nunmehr eine Fortgeltung der §§ 5, 6 und 7 Abs. 2 GrEStG um ein weiteres Jahr vor. Er wird zum Zeitpunkt der Drucklegung im Vermittlungsausschuss verhandelt.

<sup>45</sup> OLG Hamm, Urt. v. 1.2.2023 – 8 U 29/22, NZG 2023, 931.

<sup>46</sup> Servatius, GbR, 1. Aufl. 2023, § 725 Rn 3

<sup>47</sup> KG, Beschl. v. 22.11.2022 – 22 W 57/22, NJW 2023, 856.

<sup>48</sup> Leitzen, ZEV 2023, 553.

<sup>49</sup> OLG Hamm, Urt. v. 15.2.2023 – 8 U 41/22, NZG 2023, 980.

<sup>50</sup> Hertel/Strauß, MittBayNot 2023, 433, 440.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 14.3.2023 – II ZR 152/21, NZG 2023, 885.



Erbengemeinschaft in eine GbR zulasse und damit die GbR aus der Erbengemeinschaft nur im Wege der Einzelrechtsnachfolge entstehen könne.<sup>52</sup> Eine Identität zwischen der Erbengemeinschaft und einer von den Miterben gegründeten GbR ist damit nicht möglich. Für die Einbringung von Immobilien in die mitgliederidentische GbR bedarf es damit auch der Auflassung und Grundbucheintragung, eine bloße Grundbuchberichtigung ist aufgrund der erforderlichen Einzelrechtsnachfolge nicht möglich.<sup>53</sup>

Im Kern dieselbe Frage hatte auch das OLG Karlsruhe zu entscheiden, als es die Geltung des Kostenprivilegs nach KV Nr. 14110 Abs. 1 GNotKG für die Eintragung einer mit den Erben personenidentischen GbR in das Grundbuch verneinte, da diese aufgrund ihrer eigenen Rechts- und Parteifähigkeit nicht mit den Erben bzw. der Erbengemeinschaft identisch sei.<sup>54</sup>

## 2. Tod eines Gesellschafters einer Grundbuch-GbR

Die Formfreiheit des Gesellschaftsvertrages bringt es regelmäßig mit sich, dass im Fall des Versterbens eines Gesellschafters einer im Grundbuch eingetragenen GbR die Rechtsnachfolger in Nachweisschwierigkeiten geraten.

Den Fall des Versterbens eines Gesellschafters ohne gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsklausel oder Eintrittsrecht hatte das OLG Rostock nun zu entscheiden.<sup>55</sup> Es sah es in diesem Fall für die Eintragung des Gesellschafters-Erben als Gesellschafter der Abwicklungsgesellschaft in das Grundbuch als ausreichend an, dass zum einen der verbleibende Gesellschafter in der Form des § 29 GBO versichert, dass kein schriftlicher Gesellschaftsvertrag bestehe und keine Bestimmungen für den Kündigungsbzw. Todesfall getroffen wurden, und zum anderen der Erbe versichert, dass ihm ein abweichender Inhalt des Gesellschaftsvertrages nicht bekannt sei. Die Entscheidung steht im Einklang mit einer im letztjährigen Bericht besprochenen Entscheidung des BGH.<sup>56</sup>

### PRAXISTIPP

#### MoPeG:

Bei der rechtsfähigen Gesellschaft führt nach Inkrafttreten des MoPeG gemäß § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB mangels anderweitiger Vereinbarung der Tod eines Gesellschafters nurmehr zu dessen Ausscheiden, nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft. Nachweissfragen diesbezüglich stellen sich zudem im Grundbuch nach § 47 Abs. 2 GBO nicht mehr, vielmehr ist das Ausscheiden zum Gesellschaftsregister anzumelden bzw. im Fall einer bisher nicht eingetragenen GbR diese erstmalig anzumelden und sodann das Grundbuch zu berichtigen.

## 3. Stimmverbote

In einer Entscheidung zur Willensbildung in der Gesellschaft hat der BGH klargestellt, dass es zum einen auch in der Personengesellschaft Stimmverbote geben kann, zum anderen aber ein dem Stimmverbot unterliegender Gesellschafter trotzdem an der Willensbildung in der Gesellschaft zu beteiligen ist.<sup>57</sup>

Konkret ging es um die Kündigung eines Vertrages zwischen der Gesellschaft und einem Gesellschafter bzw. dem von ihm beherrschten Unternehmen. Da mit dessen Kündigung auch die

Missbilligung des Verhaltens des Gesellschafters verbunden war, sah der BGH die Gefahr einer schwerwiegenden Interessenkollision und bejahte bei der dahingehenden Beschlussfassung ein Stimmverbot wegen des gesellschaftsrechtlichen Grundsatzes des Verbots, Richter in eigener Sache zu sein. Der unter Ausschluss des Gesellschafters vorgenommene Beschluss ist aber dennoch nichtig, wenn der Gesellschafter an der Willensbildung nicht teilhaben kann, weil ihm entweder Teilnahme- und Rede-recht in der Gesellschafterversammlung versagt oder – wie hier – rechtliches Gehör bei konkludenter Entscheidung nicht gewährt wird.

### PRAXISTIPP

#### MoPeG:

Auch durch das MoPeG wird keine gesetzliche Regelung von Tatbeständen eingeführt, die zu einem Stimmverbot des Gesellschafters führen.<sup>58</sup> Die Existenz von Stimmverboten und des Verbots, Richter in eigener Sache zu sein, setzt das Gesetz nach dem MoPeG aber gleichwohl voraus (§§ 715 Abs. 5 S. 1, 720 Abs. 4 und 727 S. 1 BGB).<sup>59</sup>

## 4. Gesellschafterhaftung

Nach Rücknahme der Nichtzulassungsbeschwerde rechtskräftig geworden<sup>60</sup> ist eine Entscheidung des OLG Brandenburg,<sup>61</sup> mit der dieses eine persönliche Haftung der Gesellschafter einer GbR für Sozialverbindlichkeiten, also Verbindlichkeiten gegenüber einzelnen Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsvertrag, verneint hatte. In Rede stand ein behaupteter Anspruch eines Gesellschafters aus einem behaupteten individuellen Gewinnanspruch, den dieser gegen einen weiteren Gesellschafter persönlich geltend machte. Das Gericht war der Ansicht, dass der Anspruch nur gegen die Gesellschaft geltend zu machen ist, eine persönliche Haftung würde gegen die Nachschusspflicht des § 707 BGB a. F. verstoßen. Das ist insoweit im Einklang mit der herrschenden Meinung.<sup>62</sup> Spannend ist aber die Vorfrage der Abgrenzung von Sozial- und Drittverbindlichkeiten. Tritt nämlich der Gesellschafter der Gesellschaft wie ein Dritter gegenüber (etwa anlässlich des Abschlusses eines Kaufvertrages), so haften die Mitgesellschafter für die daraus resultierenden Verbindlichkeiten durchaus persönlich. Das Gericht sprach einem Beratervertrag des geschäftsführenden Gesellschafters den Charakter einer Drittverbindlichkeit ab.

Diese Abgrenzungsfrage bleibt auch nach dem MoPeG virulent. Zwar wurde die persönliche Haftung der Gesellschafter in § 721 S. 1 BGB geregelt, allerdings sollen auch hier die von Rechtsprechung und Literatur entwickelten Ausnahmen fortgelten.<sup>63</sup> Die Entscheidung darf also weiter Geltung beanspruchen.

## III. Kommanditgesellschaft

### 1. Einheitsgesellschaft

In der Sache richtig entschieden hat das OLG Celle, dass eine Einheitsgesellschaft nicht im Wege des Gründungsmodells in einem Akt gegründet werden kann.<sup>64</sup> Das Gericht sah es als logisch zwingend an, dass die in der Kommanditgesellschaft die persönliche Haftung übernehmende GmbH nicht bereits im

<sup>52</sup> BFH, Urt. v. 19.1.2023, IV R 5/19, DStR 2023, 626.

<sup>53</sup> Vossius, NotBZ 2023, 259, 260.

<sup>54</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 29.6.2023 – 19 W 79/21 (Wx), ZEV 2023, 613.

<sup>55</sup> OLG Rostock, Beschl. v. 2.5.2023 – 3 W 13/23, NZG 2023, 1135.

<sup>56</sup> BGH, Beschl. v. 10.2.2022, V ZB 87/20, NJW-RR 2022, 1241.

<sup>57</sup> BGH, Urt. v. 17.1.2023 – II ZR 76/21, NZG 2023, 564.

<sup>58</sup> K. Schmidt, NJW 2023, 1516, 1517, der deswegen eine Regelung im Gesellschaftsvertrag anheimstellt.

<sup>59</sup> Wertenbruch, GmbH 2023, 344.

<sup>60</sup> Schodder, EWiR 2023, 139, 140.

<sup>61</sup> OLG Brandenburg, Urt. v. 24.8.2022 – 7 U 213/21, NZG 2022, 1483.

<sup>62</sup> Wollin, ZPG 2023, 69.

<sup>63</sup> BT-Drucks 19/27635, 165. Dazu Schollmeyer, DNotZ 2021, 889, 891 f.

<sup>64</sup> OLG Celle, Beschl. v. 10.10.2022 – 9 W 81/22, NZG 2023, 116.



Gründungsprotokoll von der ebenfalls (unter Beteiligung der GmbH als Komplementärin) erst zu gründenden KG gegründet werden kann.<sup>65</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Gründung in einem Termin:

Die Gründung der Einheitsgesellschaft ist im Wege des Übertragungsmodells in einem Termin möglich. Dabei wird zunächst die GmbH von dem oder den Gründern errichtet. Diese gründet dann (was vor Eintragung der GmbH insbesondere mit entsprechender Ermächtigung der Geschäftsführer in der Gründungsurkunde der GmbH möglich ist)<sup>66</sup> als persönlich haftende Gesellschafterin mit den Gründern die KG. Anschließend werden – aufschiebend bedingt auf die Eintragung der KG in das Handelsregister<sup>67</sup> – die Anteile der GmbH an die Kommanditgesellschaft übertragen.

## 2. Schenkung von Kommanditanteilen an Minderjährige

Seit der Betreuungsrechtsreform bedarf die Übertragung von Kommanditanteilen an Minderjährige gemäß §§ 1643 Abs. 1, 1852 Nr. 1b) BGB dann der familiengerichtlichen Genehmigung, wenn es sich um eine unternehmenstragende Gesellschaft handelt, nicht jedoch, sofern es sich um eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft handelt.<sup>68</sup> Zur Genehmigungsfähigkeit äußerte sich das OLG Karlsruhe<sup>69</sup> dahingehend, dass diese am Maßstab des Kindeswohlprinzips gemäß § 1697a Abs. 1 BGB zu erfolgen hat. Dabei ist eine umfassende Abwägung der Risiken und Vorteile für den Minderjährigen vorzunehmen. Es ist nicht in jedem Fall die Gestaltungsvariante mit den geringsten Risiken für den Minderjährigen zu wählen, sodass auch eine (für einen kurzen Zeitraum bestehende) persönliche Haftung des Minderjährigen im Einzelfall der Genehmigungsfähigkeit nicht im Wege stehen muss. Konkret hatten die Beteiligten eine auf die Eintragung in das Handelsregister aufschiebend bedingte Übertragung zur Erlangung erheblicher steuerlicher Vorteile vermieden.

#### PRAXISTIPP

##### MoPeG:

Mit der Einfügung des Wortes „weiterer“ in § 176 Abs. 2 HGB wollte der Gesetzgeber den Streit um die Haftung des neuen Kommanditisten bei derivativem Anteilswerb entscheiden.<sup>70</sup> Das Bedürfnis für die auf die Eintragung in das Handelsregister aufschiebend bedingte Übertragung ist damit entfallen, jedenfalls sofern es sich nicht um eine Übertragung lediglich an bereits der Gesellschaft angehörende Gesellschafter handelt.<sup>71</sup>

## 3. Ausschließung eines Kommanditisten

Mit der Zulässigkeit einer Ausschließung von Kommanditisten hatten sich die Gerichte mehrfach zu beschäftigen. Das OLG Hamm stellte zunächst fest, dass es nach Eintreten eines Ausschließungsgrundes den anderen Gesellschaftern vor Beschlussfassung über die Ausschließung möglich ist, einige Zeit zuzuwarten. Erst wenn ohne erkennbaren Grund über längere Zeit gezögert wird, ist davon auszugehen, dass der Ausschließungsgrund an Gewicht verloren habe und deswegen die Fortsetzung mit dem betroffenen Gesellschafter nicht mehr unzumutbar sei.<sup>72</sup>

<sup>65</sup> Zu dieser Begründung kritisch *Krafka*, DNotZ 2023, 554, 555.

<sup>66</sup> *Gebhard/Greth*, NZG 2023, 156, 157.

<sup>67</sup> *Wachter*, EWiR 2023, 11.

<sup>68</sup> *Staake/Weinmann*, RFamU 2022, 493, 495.

<sup>69</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 9.11.2022 – 5 WF 77/22, MittBayNot 2023, 367.

<sup>70</sup> BT-Drucks 19/31105, 9.

<sup>71</sup> Dazu *BeckOK-HGB/Häublein/Beyer* (40. Ed., Stand 1.1.2024), § 176 Rn 18 f.

<sup>72</sup> OLG Hamm, Urt. v. 1.3.2023 – 8 U 48/22, NZG 2023, 779.

Das OLG München entschied dazu ferner, dass die Anfechtungsbefugnis des ausgeschlossenen Gesellschafters nicht dadurch umgangen werden kann, dass nach erfolgtem Ausschließungsbeschluss ein erneuter Bestätigungsbeschluss gefasst wird, gegen den der betroffene Gesellschafter aufgrund der sofortigen Wirksamkeit des Ausschließungsbeschlusses mangels Gesellschafterstellung keine Anfechtungsbefugnis mehr habe.<sup>73</sup>

Beiden Verfahren lagen Feststellungsklagen gegen die Wirksamkeit behauptende weitere Gesellschafter zugrunde. Mit dem MoPeG gilt das neue Beschlussmängelrecht der §§ 110 ff. HGB über den Verweis in § 161 Abs. 3 HGB auch für die KG. Demnach wäre hier außer im Fall einer Abbedingung im Gesellschaftsvertrag eine Nichtigkeitsklage nach §§ 110 Abs. 2 S. 2, 114 HGB zu erheben. Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten (§§ 114 S. 1, 113 Abs. 2 S. 1 HGB). Anders als die gegen anfechtbare Beschlüsse zu erhebende Anfechtungsklage ist die Nichtigkeitsklage nicht fristgebunden, denn § 114 S. 1 HGB verweist nicht auf § 112 HGB. Die Entscheidung über die Nichtigkeitsklage hat Erga-omnes-Wirkung (§§ 114 S. 1, 113 Abs. 6 HGB).<sup>74</sup>

Spannend wird in Anknüpfung an die unter I. 4. vorgestellte Entscheidung des BGH sein, wie sich bei der Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen Schlichtungsklauseln im Gesellschaftsvertrag auswirken. Gemäß § 112 Abs. 3 S. 1 HGB ist die Klagefrist für die Anfechtungsklage für die Dauer von Vergleichsverhandlungen gehemmt. Es wird vertreten, dass diese Vorschrift für die Dauer von Schlichtungsverfahren aufgrund einer Schlichtungsklausel entsprechend anzuwenden ist.<sup>75</sup> Aus § 112 Abs. 1 S. 2 HGB ergibt sich, dass die Dauer der Frist (bis auf die Mindestfrist von einem Monat) disponibel ist. Es ließe sich also in der Schlichtungsklausel auch explizit regeln, dass die Anfechtungsfrist für die Dauer der Schlichtung gehemmt sein soll.

## 4. Testamentsvollstreckung am Kommanditanteil

Die Testamentsvollstreckung am Anteil der Erben eines verstorbenen Kommanditisten setzt voraus, dass diese entweder im Gesellschaftsvertrag vorgesehen ist oder alternativ alle Gesellschafter dieser zustimmen.<sup>76</sup> Zu dieser nachträglichen Zustimmung entschied das KG, dass Handelsregistervollmachten der übrigen Kommanditisten als reine Verfahrensvollmachten zur Erklärung dieser materiell-rechtlichen Zustimmungserklärungen nicht ausreichend seien.<sup>77</sup> Man wird die Entscheidung insbesondere bei der Anordnung von Dauertestamentsvollstreckung im Rahmen der Testamentsgestaltung berücksichtigen wollen, wenn im Nachlass Kommanditanteile sind. Handelt es sich um große Gesellschaften, sollte vorab überprüft werden, ob der Gesellschaftsvertrag eine Dauertestamentsvollstreckung zulässt oder die Kommanditistenvollmachten auch materiell-rechtliche Erklärungen erfassen. Die nachträgliche Einholung von Zustimmungen aller Gesellschafter ist ansonsten wenig aussichtsreich.

## IV. Partnerschaftsgesellschaft

Das Firmenrecht der Partnerschaftsgesellschaft war Gegenstand einer Entscheidung des OLG Celle, das entschied, dass die Verwendung des Begriffs „Ingenieurbüro“ nicht deswegen irreführend sei, weil sie nicht deutlich mache, dass an der Gesellschaft nur beratende Ingenieure beteiligt seien, für die nach dem geltenden Niedersächsischen Ingenieurgesetz eine Verpflichtung

<sup>73</sup> OLG München, Beschl. v. 19.12.2022 – 7 U 7198/21, NZG 2023, 936.

<sup>74</sup> *Schäfer*, ZIP 2021, 1527, 1532.

<sup>75</sup> *Müller*, ZPG 2023, 338, 339.

<sup>76</sup> BGH, Beschl. v. 3.7.1989 – II ZB 1/89, NJW 1989, 3152.

<sup>77</sup> KG, Beschl. v. 14.12.2022 – 22 W 55/22, ZEV 2023, 178.

zum Abschluss einer Berufshaftpflichtversicherung besteht, was nach § 8 Abs. 4 S. 1 PartGG wiederum Voraussetzung für die Eintragung der Gesellschaft als PartG mbB ist.<sup>78</sup> Das Gericht entschied aus der Sicht der betroffenen Verkehrskreise, die bei der Bezeichnung „Ingenieurbüro“ lediglich die Erwartung hätten, mit Ingenieuren zu tun zu haben – ob beratend oder nicht. Die Entscheidung stellt auch verallgemeinerungsfähig klar, dass nicht sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen der gewählten Haftungsbeschränkung in der gewählten Firma wiederzubegeben sind.

## V. Eingetragener Verein

### 1. Folgen unwirksamer Vorstandswahlen

Fehlen einem Verein die erforderlichen Vorstandsmitglieder, ist nur unter den Voraussetzungen des § 29 BGB, also nur in dringenden Fällen, eine Notbestellung durch das Gericht veranlasst. Das Fehlen von Vorstandsmitgliedern kann auch auf nichtige Vorstandswahlen zurückzuführen sein.<sup>79</sup> Für diesen Fall entschied das KG, dass zusätzlich zum Erfordernis der Dringlichkeit die Nichtigkeit der Vorstandswahl feststehen oder mit wenig Aufwand feststellbar sein muss.<sup>80</sup> Das OLG Brandenburg demgegenüber erweiterte den Anwendungsbereich des § 29 BGB auch auf den Fall der Verhinderung der Amtsausübung von Vorstandsmitgliedern aus rechtlichen Gründen.<sup>81</sup> Konkret war der betroffenen Vorständin die Amtsausübung durch ein Vereinsgericht des übergeordneten Bundesverbands ihres Vereins untersagt worden.

### 2. Vereinszweck

Der BGH hat einem Verein unter Verweis auf einen Verstoß gegen das StBerG die Eintragung versagt, dessen Zweck der Betrieb einer sog. Tax-Law-Clinic, also die kostenlose Steuerberatung durch Studenten unter professioneller Aufsicht war.<sup>82</sup> Eine Verfassungsbeschwerde ist anhängig, es gibt jedoch einen Regierungsentwurf<sup>83</sup> zu einer Änderung des StBerG, der diese Betätigungsform, wie schon nach dem RDG für sog. Law-Clinics der Fall, erlauben würde.

Das OLG Hamm hatte über die registergerichtliche Beanstandung eines Vereinsnamens zu entscheiden, der das Wort „Consulting“ enthielt. Nach Ansicht des Registergerichts lasse dies auf einen Vereinszweck eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs (Unternehmensberatung) schließen. Tatsächlich handelte es sich um einen studentischen Verein zur Teilnahme an Fallstudienwettbewerben und zur Durchführung studentischer Unternehmensberatung. Das Gericht urteilte, dass zwar auch für den Verein der Grundsatz der Namenswahrheit entsprechend § 18 Abs. 2 HGB gelte, sah jedoch in dem Wort „Consulting“ nicht zwingend einen Hinweis auf wirtschaftliche Betätigung.<sup>84</sup>

Den Fall einer Satzungsneufassung hatte das OLG Nürnberg zu entscheiden. In deren Rahmen war auch die Bestimmung des

Vereinszwecks neu formuliert worden. Nach § 33 Abs. 1 S. 2 BGB bedarf dessen Änderung der Zustimmung aller Vereinsmitglieder. Das Gericht stellte aber klar, dass nicht jede Änderung des den Vereinszweck regelnden Satzungswortlauts eine Änderung des Zwecks des Vereines i. S. d. § 57 Abs. 1 BGB ist. Vielmehr ist dazu erforderlich, dass sich der Charakter des Vereins und damit dessen grundsätzliche Zweckrichtung ändern.<sup>85</sup> Genau dies ist nach einer weiteren Entscheidung des LG München I bei einem Wechsel in die Gemeinnützigkeit nach § 52 Abs. 1 S. 1 AO aber anzunehmen.<sup>86</sup> Es mag sich daher anbieten, die Mitarbeiter im Rahmen der Vorbereitung von Vereinsregisteranmeldungen bei den in der Praxis häufigen Satzungsneufassungen dahin anzuleiten, einen Blick auf die Regelungen zum Vereinszweck zu werfen<sup>87</sup> und im Falle von Abweichungen Rücksprache zu suchen.

### 3. Grundbuchfähigkeit des nicht eingetragenen Idealvereins

Der nicht eingetragene Idealverein ist entgegen dem Wortlaut (Überschrift) des § 54 BGB a. F. nach ganz herrschender Ansicht rechtsfähig.<sup>88</sup> Mit der Neufassung der Überschrift im Rahmen des MoPeG sollte dieser Widerspruch aufgelöst werden.<sup>89</sup> Auch nach neuem Recht ist aber unklar, ob der nicht eingetragene Idealverein in das Grundbuch eingetragen werden kann. Vor dem MoPeG hatte zuletzt das KG noch entschieden, dass der Verein (wie eine GbR) nach § 47 Abs. 2 GBO a. F. unter Nennung seiner Mitglieder in das Grundbuch einzutragen ist.<sup>90</sup>

In analoger Anwendung des neuen § 47 Abs. 2 GBO wird nun vertreten, es gelte auch für den nicht eingetragenen Idealverein die Voreintragungsobliegenheit, sodass dieser im Ergebnis ohne Eintragung in das Vereinsregister nicht grundbuchfähig sei.<sup>91</sup> Dagegen spricht jedoch, dass eine Verweisung in das Recht der Gesellschaft durch den neuen § 54 Abs. 1 S. 1 BGB eben nicht (mehr) erfolgt. Zwar schweigt die Gesetzesbegründung zur Frage der Grundbuchfähigkeit des nicht eingetragenen Idealvereins. Aus der Neufassung des § 54 BGB ergibt sich jedoch, dass der Gesetzgeber die Rechtsposition des nicht eingetragenen Idealvereins gerade nicht schmälern wollte. Vielmehr ordnet § 54 Abs. 1 S. 1 BGB dessen Gleichstellung mit dem eingetragenen Verein an, sodass meines Erachtens vorzugswürdig ist, dass der nicht eingetragene Idealverein auch unter seinem Namen in das Grundbuch einzutragen ist.<sup>92</sup>



**Christoph Aumann**

ist Notar in Viechtach und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für Personengesellschafts-, Stiftungs- und Vereinsrecht.  
E-Mail: christoph.aumann@notare-mail.de

<sup>78</sup> OLG Celle, Beschl. v. 19.10.2022 – 9 W 88/22, NZG 2023, 335.

<sup>79</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.6.2021 – 3 Wx 54/21, NZG 2022, 78.

<sup>80</sup> KG, Beschl. v. 4.7.2022 – 22 W 32/22, NZG 2022, 1736.

<sup>81</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 8.6.2023 – 7 W 67/23, npoR 2023, 245.

<sup>82</sup> BGH, Beschl. v. 28.3.2023 – II ZB 11/22, DStRE 2023, 758.

<sup>83</sup> Abrufbar unter: [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze\\_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung\\_IV/20\\_Legislaturperiode/2023-05-12-GzNeuregelungHilfeleistungSteuersachensteuerberatendeBerufe/2-Regierungsentwurf.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Gesetzestexte/Gesetze_Gesetzesvorhaben/Abteilungen/Abteilung_IV/20_Legislaturperiode/2023-05-12-GzNeuregelungHilfeleistungSteuersachensteuerberatendeBerufe/2-Regierungsentwurf.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (zul. 5.11.2023). Die erste Lesung im Bundestag fand am 12.10.2023 statt, es erfolgte die Verweisung in den Finanzausschuss.

<sup>84</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 29.9.2022 – 27 W 62/22, NZG 2023, 180.

<sup>85</sup> OLG Nürnberg, Beschl. v. 5.10.2022 – 12 W 2303/22, NZG 2023, 1377.

<sup>86</sup> LG München I, Urt. v. 21.10.2022 – 25 O 2792/22, npoR 2023, 133.

<sup>87</sup> *Krieger/Saberzadeh*, npoR 2023, 193.

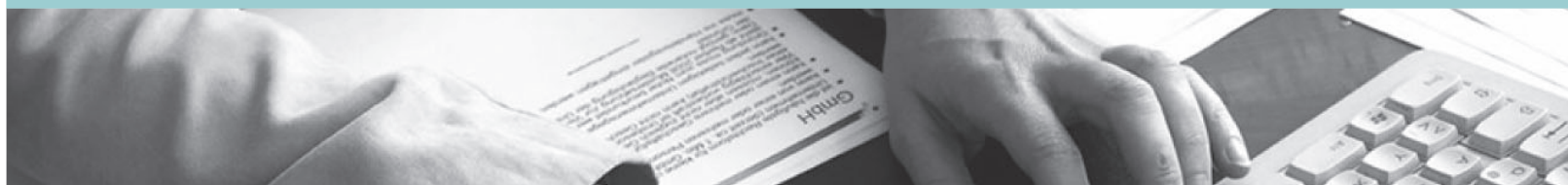
<sup>88</sup> MüKo-BGB/*Leuschner*, 9. Aufl. 2021, § 54 BGB Rn 19.

<sup>89</sup> BT-Drucks 19/27635, 124.

<sup>90</sup> KG, Beschl. v. 16.3.2023 – 1 W 445/22, 1 W 448/22, NZG 2023, 993.

<sup>91</sup> *Enmeking/Wöffen*, NZG 2023, 308, 311 f. und NZG 2023, 994, 995.

<sup>92</sup> *Schäfer/Wertenbruch*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, S. 408.



Frank-Holger Lange

## Das notarielle Protokoll über die virtuelle Hauptversammlung der AG

Die eilig in der Covid-19-Pandemie eingeführte, letztlich aus der Not geborene virtuelle Hauptversammlung (nachfolgend: vHV) ist mit dem Gesetz zur Einführung virtueller Hauptversammlungen von Aktiengesellschaften und Änderung genossenschafts- sowie insolvenz- und restrukturierungsrechtlicher Vorschriften<sup>1</sup> als Versammlungsformat etabliert worden. Gegenüber dem von den Besonderheiten der Corona-Pandemie geprägten Covid-19-Gesetz<sup>2</sup> ist die vielleicht markanteste Besonderheit, dass die Verlagerung bestimmter Aktionärsrechte (insbesondere Informationsrechte) in das Vorfeld der Hauptversammlung nicht zwingend zur Präklusion dieser Rechte in der virtuellen Hauptversammlung selbst führt.<sup>3</sup>

Die bislang gewonnenen Erfahrungen belegen, dass vHV tendenziell deutlich schneller beendet werden als Präsenzversammlungen, was insbesondere auf die Vorverlagerung von Informationsrechten zurückzuführen sein dürfte. Umso wichtiger ist es für alle Beteiligten einschließlich des beurkundenden Notars, die vHV sorgfältig vorzubereiten, um sich während der vHV auf die wesentlichen Aspekte fokussieren zu können.

Zu Recht war schon zur vHV nach dem Covid-19-Gesetz die gesteigerte Bedeutung des Notars als „einzig verbliebene Kontrollinstanz in Bezug auf Tatsachenfragen“<sup>4</sup> betont worden; auch bei der nunmehr regulären vHV führt die Abwesenheit von Aktionären in Präsenz dazu, dass der Protokollierung der tatsächlichen Geschehensabläufe durch den Notar besonderes Gewicht zukommt.

Daher soll im Folgenden die Rolle des Notars in der vHV näher beleuchtet werden, vordergründig mit Blick auf die Besonderheiten dieses Formats, aber nicht ohne daran zu erinnern, welche Gemeinsamkeiten mit der Protokollierung einer Hauptversammlung in Präsenz bestehen.

### A. Rechtsrahmen und Funktion des notariellen Protokolls einer vHV

Von den ohne qualifizierte Mehrheit gefassten Beschlüssen einer nicht börsennotierten Gesellschaft (§ 130 Abs. 1 S. 2 AktG) abgesehen, müssen Hauptversammlungsbeschlüsse notariell beurkundet werden (§ 130 Abs. 1 S. 1 AktG), um überhaupt wirksam zu werden (§ 241 Nr. 2 AktG). Bei der Präsenz-Hauptversamm-

lung erfolgt die Beurkundung zumeist als Tatsachenprotokoll nach §§ 36 f. BeurkG.<sup>5</sup> Bei nicht börsennotierten Aktiengesellschaften mit überschaubarem Aktionärskreis wäre theoretisch auch eine Beurkundung nach §§ 6 ff. BeurkG denkbar.<sup>6</sup> Ein solches Vorgehen ist aber nur für Präsenz-Hauptversammlungen möglich, nicht für die vHV. Denn die Beurkundung nach §§ 6 ff. BeurkG kann nur in (physischer) Anwesenheit der Beteiligten erfolgen (arg. § 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG). Für den Einsatz des Online-Beurkundungsverfahrens wäre nach § 16a Abs. 1 BeurkG dessen gesetzliche Zulassung erforderlich, an der es für die Beurkundung der Beschlüsse einer Hauptversammlung – derzeit – fehlt. Im Ergebnis ist daher die Errichtung eines Tatsachenprotokolls nach §§ 36 f. BeurkG das einzig zulässige Beurkundungsverfahren für die Beurkundung der Beschlüsse einer vHV.

### B. Vorbereitung der notariellen Protokollierung

Mit Rücksicht auf den verdichteten Ablauf einer vHV kommt der Vorbereitung besondere Bedeutung zu.

#### I. Umfang und Inhalt rechtlicher Prüfungen

Auch wenn in der Praxis zumindest börsennotierter Aktiengesellschaften die Hauptversammlung regelmäßig durch anwaltliche Berater vorbereitet zu werden pflegt, wird in der Literatur<sup>7</sup> und teils sogar in der Instanzrechtsprechung<sup>8</sup> vertreten, dass dem Notar mit Blick auf seine Stellung als Träger eines öffentlichen Amtes und Organ der Rechtspflege eine aus seiner Betreuungspflicht (§ 14 BNotO) resultierende Pflicht zur summarischen Rechtmäßigkeitskontrolle zukomme. Wie hingegen zutreffend vom BGH betont wird, darf der Notar zwar einen erkennbar sittenwidrigen Beschluss nach § 4 BeurkG, § 14 Abs. 2 BNotO nicht beurkunden, muss andererseits aber aus anderen Gründen (auch evident) nichtige Beschlüsse sehr wohl beurkunden und darf auch deren Mangelhaftigkeit nicht feststellen.<sup>9</sup> Die Beurkundung einer Hauptversammlung ist bloße Tatsachenbeurkundung nach § 37 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG. Daher gelten die Prüfungs-

<sup>5</sup> Koch, AktG, § 130 Rn 11.

<sup>6</sup> OLG München, Urte. v. 3.2.2010 – 31 Wx 135/09, DNotZ 2011, 142, 146, mit zust. Anm. Priester.

<sup>7</sup> Happ/Möller/Vetter/Zimmermann, Aktienrecht, Bd. I, Muster 10.17 Rn 2.40; Koch, AktG, § 130 Rn 12; Hauschild/Zetsche, AG 2020, 557, 559 Rn 13; unklar Heckschen, NotBZ 2022, 281, 284: „Plausibilitätskontrolle“.

<sup>8</sup> OLG Stuttgart, Urte. v. 10.11.2004 – 20 U 16/03, NZG 2005, 432, 437; OLG Düsseldorf, Urte. v. 28.3.2003 – 16 U 79/02, NZG 2003, 816, 819; OLG Hamburg, Urte. v. 8.8.2003 – 11 U 45/03, NZG 2003, 978, 979.

<sup>9</sup> BGH, Urte. v. 21.10.2014 – II ZR 330/13, NJW 2015, 336, 338 Rn 18.

<sup>1</sup> BGBl 2022 I, 1166, in Kraft seit dem 27.7.2022.

<sup>2</sup> Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der Covid-19-Pandemie vom 27.3.2020, BGBl 2020 I, 569, 570.

<sup>3</sup> Zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens vgl. Walch/Häuselmeier, DNotZ 2023, 106, 107 f.

<sup>4</sup> Hauschild/Zetsche, AG 2020, 557, 556 Rn 53, 54.



und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG hier nicht,<sup>10</sup> solange keine Beratung nach § 24 BNotO gesondert beauftragt und übernommen worden ist.<sup>11</sup>

Man mag die zuvor angesprochene „summarische Rechtmäßigkeitskontrolle“ gleichwohl als notariellen „Service“ begreifen, der bei begleitender anwaltlicher Beratung mit Blick auf § 19 Abs. 1 S. 2 BNotO zudem nicht einmal besonders haftungsträchtig ist.<sup>12</sup> Mit Blick auf die vHV könnte dies im Vorfeld die Prüfung der besonderen Voraussetzungen dieser Versammlungsform nahelegen. Nach § 118a Abs. 1 S. 1 AktG bedarf die vHV einer ausreichenden Satzungsgrundlage oder Satzungsermächtigung an den Vorstand, auf deren Fehlen der Notar im Vorfeld aufmerksam machen könnte.

Der Einberufungstext selbst könnte vom Notar im Vorfeld darauf überprüft werden, ob er im Einklang mit den Vorgaben aus § 118a AktG steht und ob Widersprüche oder Unklarheiten angesprochen werden sollten.<sup>13</sup>

Dies gilt beispielsweise für den Ort der Versammlung. Auch wenn die vHV ohne körperliche Anwesenheit der Aktionäre und Aktionärsvertreter stattfindet, hat sie doch einen Ort, wie aus § 118a Abs. 2 AktG folgt.<sup>14</sup> Wie bei einer Präsenzhauptversammlung gibt es also auch für die vHV einen Versammlungsort, der als Ort der Verhandlung nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend anzugeben ist. Dies ist der Ort, an dem die Funktionsträger physisch vor Ort sein müssen, deren Anwesenheit das Aktiengesetz vorschreibt.<sup>15</sup> Da die für Präsenzversammlungen notwendigen Angaben in der Einberufung nach § 121 Abs. 3 S. 1 AktG auch für virtuelle Hauptversammlungen gelten,<sup>16</sup> empfiehlt es sich, die Angabe des Hauptversammlungsortes in der Einberufung mit derjenigen im Protokoll abzugleichen, weil im Falle einer Diskrepanz ein Nichtigkeitsgrund vorliegen kann (§ 241 Nr. 1 AktG), auch wenn dies in teleologischer Reduktion von § 241 Nr. 1 AktG in der Literatur teilweise bestritten wird<sup>17</sup> – darauf sollte es die Gesellschaft nicht ankommen lassen.

Umgekehrt hat die Ortsangabe für die Aktionäre bei der vHV mangels Anwesenheitsrecht keine praktische Bedeutung,<sup>18</sup> weshalb nach § 121 Abs. 4b S. 1 AktG zusätzlich Informationen darüber in der Einberufung enthalten sein müssen, wie sich die Aktionäre und ihre Bevollmächtigten elektronisch zur Versammlung zuschalten können. Unzureichende Angaben hierzu werden im Regelfall recht eindeutig nach § 241 Nr. 1 AktG zur Nichtigkeit führen.<sup>19</sup>

Mit verhältnismäßig geringem Aufwand lässt sich auch prüfen, ob der Vorstandsbericht rechtzeitig nach § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 5 AktG veröffentlicht und nach § 118a Abs. 6 AktG über die Internetseite der Gesellschaft oder über eine hierüber zugängliche Internetseite eines Dritten zugänglich gemacht worden ist.<sup>20</sup>

Hingegen wird man vom protokollierenden Notar schwerlich erwarten können, auch die Angaben in der Einberufung nach §§ 130a Abs. 1 S. 1–3, 121 Abs. 4b S. 3–4 AktG (Adresse für die Einreichung von Stellungnahmen, Verfahren für die Stimmabgabe, Zugänglichmachung des Vorstandsberichts etc.) mit seinen tatsächlichen Wahrnehmungen auf der Hauptversammlung selbst abzugleichen, zumal die vorgenannten Vorschriften nicht in § 241 AktG genannt sind.

Mit Rücksicht auf die oben genannte Rechtsprechung des BGH<sup>21</sup> müsste der Notar zudem etwaige rechtliche Bedenken im Vorfeld artikulieren und auf Abhilfe hinwirken. Wird den Bedenken von der Gesellschaft nicht nachgekommen, müsste er sie sodann im Protokoll in einer Weise artikulieren, die nicht den Eindruck erweckt, hiermit sei die Fehlerhaftigkeit der Beschlussfassung förmlich festgestellt.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Hinweis auf Bedenken:

*Ich habe den Vorstand sowie den Versammlungsleiter vor/während der Versammlung darauf hingewiesen, dass Bedenken bestehen könnten, ob die Vorschriften in § ... hinreichend berücksichtigt worden sind, weil ...*

## II. Technische und sonstige Vorabkontrollen

Um bei der eigentlichen Hauptversammlung den Geschehensablauf auch in technischer Hinsicht sachgerecht wahrnehmen und ordnungsgemäß protokollieren zu können, sollte sich der Notar im Vorfeld einen Eindruck davon verschaffen, in welcher Form Aktionäre ihre Teilnahme-, Rede-, Antrags-, Frage-, Stimm- und Widerspruchsrechte ausüben können.

Zu Recht wird in der Literatur die Notwendigkeit, hierfür einen IT-Experten hinzuzuziehen, mit Rücksicht darauf verneint, dass der beurkundende Notar ohnehin stets nur *eigene* Wahrnehmungen protokollieren kann,<sup>22</sup> nicht solche einer hinzugezogenen Hilfsperson.<sup>23</sup> Stattdessen ist es sinnvoll und empfehlenswert, sich schon vor der Hauptversammlung einmal die Funktionsweise des Aktionärsportals einschließlich Anwesenheitskontrolle, Zugriff auf Dokumente wie Teilnehmerverzeichnis, Wortmeldungen, Stimmabgabe etc. von der Gesellschaft demonstrieren zu lassen, damit das erforderliche technische Verständnis für die Protokollierung der Wahrnehmungen auf der eigentlichen Hauptversammlung vorhanden ist. Soweit zu diesen technischen Einzelheiten in der Einberufung nähere Angaben zu finden sind, liegt es überdies nahe, einen inhaltlichen Abgleich vorzunehmen.

Bei der Vorbereitung wird schließlich zu berücksichtigen sein, dass die faktische Hürde zur Einlegung eines Widerspruchs bei vHV deutlich niedriger anzusetzen ist als bei einer Präsenzversammlung; der Notar sollte sich technisch und organisatorisch auf eine deutlich größere Zahl von Widersprüchen einstellen.<sup>24</sup> Diese Gefahr legt es auch nahe, von der Angabe einer E-Mail-Adresse, die beliebige Personen – auch Nichtaktionäre – adressieren könnten, abzusehen und stattdessen eine Widerspruchsmöglichkeit über das Online-Portal der Gesellschaft zu eröffnen, auf das der Notar dann Zugriff haben muss.<sup>25</sup>

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 330/13, NJW 2015, 336, 338 Rn 19.

<sup>11</sup> Heinemann/Trautims/Trautims/Lang, Notarrecht, § 37 BeurkG Rn 14.

<sup>12</sup> Zu den haftungsrechtlichen Auswirkungen einer anwaltlichen Beratung im Rahmen der notariellen Beurkundungsverhandlung allgemein vgl. Lange, NJW 2017, 137 ff.

<sup>13</sup> So zum Covid-19-G *Hauschild/Zetsche*, AG 2020, 557, 562 Rn 30.

<sup>14</sup> *Heckschen*, NotBZ 2022, 281, 284; *Hoppe*, NZG 2023, 587, 590; *Walch/Häuslmeier*, DNotZ 2023, 106, 122.

<sup>15</sup> *Meyer/Jenne/Miller*, BB 2022, 2946, 2950.

<sup>16</sup> *Meyer/Jenne/Miller*, BB 2022, 2946, 2950.

<sup>17</sup> *Meyer/Jenne/Miller*, BB 2022, 2946, 2951.

<sup>18</sup> *Meyer/Jenne/Miller*, BB 2022, 2946, 2951.

<sup>19</sup> RegE v. 27.4.2022, S. 42.

<sup>20</sup> *Heckschen*, NotBZ 2022, 281, 284.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 330/13, NJW 2015, 336, 338 Rn 18.

<sup>22</sup> *Wicke*, DStR 2020, 885, 888.

<sup>23</sup> *Hauschild/Zetsche*, AG 2020, 557, 559 Rn 11.

<sup>24</sup> *Wicke*, DStR 2020, 885, 888.

<sup>25</sup> Darauf weisen *Walch/Häuslmeier*, DNotZ 2023, 106, 119 zutreffend hin.

### III. Rohentwurf des Protokolls

Auch wenn es sich beurkundungstechnisch bei dem Tatsachenprotokoll um eine nachträglich verfasste Urkunde handelt, in der ein Bericht des Notars über seine Wahrnehmungen enthalten ist,<sup>26</sup> ist es üblich und auch zweckmäßig, dass vorab ein Entwurf der Niederschrift erstellt wird, der sodann während der Hauptversammlung ergänzt/individualisiert und korrigiert, unmittelbar nach der Wahrnehmung unterschrieben und später in der Geschäftsstelle endgültig fertiggestellt und unterzeichnet wird.<sup>27</sup> Dieses Dokument kann er bis zur Entäußerung der Urkunde jederzeit ändern und sogar vollständig neu verfassen.<sup>28</sup>

Zur praktischen Erstellung des Entwurfs hat es sich als hilfreich erwiesen, sich vorab den Leitfaden des Versammlungsleiters, das Redemanuskript für den Vorstandsbericht und die Einberufung aushändigen zu lassen. Eine Orientierung am Protokoll des Vorjahrs ist – jedenfalls bei ordentlichen Hauptversammlungen – eine deutliche Arbeitserleichterung.

### C. Aufbau und Inhalt des HV-Protokolls

Mit Rücksicht auf § 241 Nr. 2 AktG kommt, wie bereits angedeutet, der Beurkundung ganz maßgebliche Bedeutung zu. Dabei führt nicht nur die gänzlich unterbliebene Beurkundung zur Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen. Auch eine Reihe von Beurkundungsmängeln hat diese Konsequenz.<sup>29</sup> Bei Aufnahme und Formulierung des Protokolls ist also darauf zu achten, dass diese vermieden werden. Zudem gibt es zahlreiche weitere Amtspflichten im Zusammenhang mit der Protokollierung, die ebenfalls einzuhalten sind, auch wenn sie für die Wirksamkeit der Beschlussfassung keine Relevanz haben. Die Unterscheidung zwischen bestandsrelevanten und sonst rechtlich zwingenden Angaben ist nur für die betroffenen Aktionäre und die Gesellschaft von Interesse; für die Ordnungsmäßigkeit der notariellen Beurkundung selbst ist sie hingegen ohne Belang.

In der Gestaltung stimmt der Inhalt der Niederschrift über eine vHV weitestgehend mit dem Protokoll einer Präsenz-Hauptversammlung überein.<sup>30</sup> Besonderheiten sind insbesondere zum Ort der Verhandlung und zur Art der Abstimmung zu beachten.<sup>31</sup>

Das Protokoll ist zwar im Kern nur als Ergebnisprotokoll zu errichten, das nicht den Wortlaut einzelner Redebeiträge erfasst, sondern nur die Willensbildung der Hauptversammlung dokumentiert.<sup>32</sup> Spezialgesetzliche Anforderungen an den Protokollinhalt finden sich in § 130 Abs. 2 AktG; daneben ist nur noch die Aufnahme der unmittelbar beschlussrelevanten oder anfechtungsrelevanten Umstände ins Protokoll zwingend geboten.<sup>33</sup> Dennoch ist es unstrittig, dass der Notar mehr protokollieren darf als rechtlich zwingend erforderlich.<sup>34</sup> So hat es sich in der Praxis etabliert, über den gesetzlich zwingenden Mindestinhalt hinaus noch zusätzliche Angaben über den Verlauf in das Protokoll aufzunehmen,<sup>35</sup> was bei den nachfolgenden Ausführungen und Formulierungsbeispielen berücksichtigt werden soll.

<sup>26</sup> BGH, Urt. v. 10.10.2017 – II ZR 375/15, NJW 2018, 52, 53 Rn 26.

<sup>27</sup> Heinemann/Trautims, Notarrecht, BeurkG, § 37 Rn 10.

<sup>28</sup> BGH, Urt. v. 16.2.2009 – II ZR 185/07, NJW 2009, 2207, 2208 Rn 9 ff., insbes. Rn 11.

<sup>29</sup> Koch, AktG, § 241 Rn 13a.

<sup>30</sup> Wicke, DStR 2020, 885, 888.

<sup>31</sup> Danzeglocke, RNotZ 2022, 229, 250.

<sup>32</sup> BGH, Urt. v. 19.9.1994 – II ZR 248/92, NJW 1994, 3094, 3095.

<sup>33</sup> Stelmasczyk, DNotZ 2021, 930, 959; Priester, DNotZ 2001, 661, 667 f.

<sup>34</sup> Priester, DNotZ 2001, 661, 667.

<sup>35</sup> Wicke, DStR 2020, 885, 888.

### I. Urkundskopf, allgemeine Angaben

Für das Tatsachenprotokoll sind neben den allgemeinen beurkundungsrechtlichen Vorgaben, insbesondere nach §§ 36 f. BeurkG, auch die speziellen Anforderungen an den Inhalt der Niederschrift aus § 130 Abs. 2 AktG zu beachten.

Zu den zwingenden Bestandteilen des Urkundskopfes einschließlich der allgemeinen Angaben gehören hiernach der Ort und der Tag der Verhandlung sowie der Name des Notars (§ 130 Abs. 2 S. 1 AktG).

Wie bei einer Präsenzhauptversammlung gibt es auch für die vHV einen Versammlungsort (§ 118a Abs. 2 AktG), der nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend anzugeben ist. Dies ist der Ort, an dem die Funktionsträger physisch vor Ort sein müssen, deren Anwesenheit das Aktiengesetz vorschreibt.<sup>36</sup> Dieser Ort wird nach § 121 Abs. 2 S. 1 AktG vom Vorstand festgelegt; § 121 Abs. 5 S. 1 u. 2 AktG sind auf virtuelle Hauptversammlungen nicht anwendbar (§ 121 Abs. 5 S. 3 AktG).<sup>37</sup> Da die für Präsenzversammlungen notwendigen Angaben in der Einberufung nach § 121 Abs. 3 S. 1 AktG auch für virtuelle Hauptversammlungen gelten,<sup>38</sup> empfiehlt es sich, die Angabe des Hauptversammlungsortes in der Einberufung mit derjenigen im Protokoll abzugleichen, weil im Falle einer Diskrepanz ein Nichtigkeitsgrund vorliegt (§ 241 Nr. 1 AktG).

Zwingend anzugeben ist auch die Art der Abstimmung (§ 130 Abs. 2 S. 1 AktG). Daher wird schon im Urkundeingang zu vermerken sein, dass es sich um eine vHV handelt.<sup>39</sup>

Anders als bei der Beurkundung von Willenserklärungen (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG) ist die Angabe der Beteiligten zwar nicht zwingend; es ist jedoch üblich und empfehlenswert, zumindest die angetroffenen Personen (Aufsichtsräte, Vorstände, Stimmrechtsvertreter) zu benennen. Dies gilt auch für die Beurkundung der vHV. Dort ist nur für Aktionäre bzw. deren Bevollmächtigte die physische Präsenz entbehrlich, auch wenn eine Verletzung der Teilnahmepflicht nicht zur Anfechtbarkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen führen können soll.<sup>40</sup> Zwingend anwesend sein müssen der Versammlungsleiter und bei Feststellung eines Jahresabschlusses oder Billigung eines Konzernabschlusses der Abschlussprüfer (§ 118a Abs. 2 S. 3 AktG); ferner sollen die Mitglieder des Vorstands und des Aufsichtsrats am Ort der Hauptversammlung – also in Präsenz – teilnehmen (§ 118a Abs. 2 S. 1, 2 AktG). Weiterhin kann (was in der Praxis zumindest bei börsennotierten Gesellschaften auch ausnahmslos geschieht) ein von der Gesellschaft benannter Stimmrechtsvertreter teilnehmen (§ 118a Abs. 2 S. 4 AktG).

§ 130 Abs. 1a AktG stellt schließlich klar, dass der Notar seine Wahrnehmungen über den Gang der Hauptversammlung in Anwesenheit am Ort der Hauptversammlung zu machen hat. Die noch zum Covid-19-G bestehende Streitfrage, ob der Notar zur Anwesenheit verpflichtet ist,<sup>41</sup> spielt damit für die reguläre vHV nach § 118a AktG keine Rolle.

<sup>36</sup> Meyer/Jenne/Müller, BB 2022, 2946, 2950.

<sup>37</sup> Hoppe, NZG 2023, 587, 590.

<sup>38</sup> Meyer/Jenne/Müller, BB 2022, 2946, 2950.

<sup>39</sup> So schon für Covid-19-G Herrler, DNotZ 2020, 468, 502; Stelmasczyk, DNotZ 2021, 930, 958; Wicke, DStR 2020, 885, 888.

<sup>40</sup> Bungert/Rieckers/Becker, DB 2022, 2074, 2078; Meyer/Jenne/Müller, BB 2022, 2946, 2951, Wicke, DStR 2020, 885.

<sup>41</sup> Zum Streitstand vgl. Koch, AktG, 16. Aufl. 2022, § 118 Rn 56.

**FORMULIERUNGSVORSCHLAG****Urkundseingang:**

*Geschehen zu [Ort] in den Geschäftsräumen [Versammlungsort] am [Datum]. Auf Ersuchen der [Gesellschaft] hatte ich, Notar [Name] mit dem Amtssitz in [Amtssitz], mich dorthin begeben, um in der auf den heutigen Tag, [Uhrzeit], einberufenen, virtuell nach § 118a Abs. 1 S. 1 AktG abgehaltenen ordentlichen Hauptversammlung der [Gesellschaft, Sitz] die Verhandlungen und die Beschlussfassung notariell zu protokollieren.*

*Ich traf am vorgenannten Ort der Hauptversammlung die folgenden Aufsichtsräte an: [...] Anwesend waren ferner die folgenden Vorstände: [...]. Schließlich war als Stimmrechtsvertreter der Gesellschaft [Name] zugegen.*

Daran anschließen sollte sich ein Bericht darüber, welche Vorabprüfungen in technischer Hinsicht dem Notar ermöglicht wurden, seine Feststellungen zur Einberufung und deren Zugänglichmachung ebenso wie zur Zugänglichmachung weiterer Dokumente nach § 118a Abs. 6 AktG.

## II. Versammlungseröffnung, Ausführungen des Versammlungsleiters

Wie bei der Präsenz-Hauptversammlung enthält das Protokoll die Benennung der Person des Versammlungsleiters (regelmäßig der Aufsichtsratsvorsitzende) und den Zeitpunkt der Eröffnung. Von den Ausführungen des Versammlungsleiters wird es zweckmäßigerweise die wesentlichen Hinweise zur technischen Durchführung wiedergeben. Dazu zählen die Übertragung (ggf. auch die Dauer der öffentlichen Internetübertragung), der Zugang zum Aktionärsportal, Ergänzungen der Tagesordnung, Gegenanträge gemäß § 126 AktG, Stellungnahmen von Aktionären gemäß § 130a AktG und Wahlvorschläge.

Auch bei einer vHV muss ein Teilnehmerverzeichnis aufgestellt werden,<sup>42</sup> das die elektronisch zugeschalteten oder vertretenen Aktionäre oder Aktionärsvertreter zu erfassen hat (§ 129 Abs. 1 S. 3 AktG) und nach § 129 Abs. 4 S. 1 AktG allen elektronisch zu der Versammlung zugeschalteten Aktionären und Aktionärsvertretern zugänglich zu machen ist, ohne dass eine bestimmte Art und Weise hierfür vorgeschrieben wird.<sup>43</sup> Der Notar muss den Versammlungsleiter nur auf evidente Fehler des Teilnehmerverzeichnisses hinweisen<sup>44</sup> und wird seine Wahrnehmungen über die Zugänglichmachung des Teilnehmerverzeichnisses in das Protokoll aufnehmen.

Von den Ausführungen des Vorsitzenden sollten ferner protokolliert werden die wesentlichen Inhalte der Erläuterungen zur Ausübung des Rederechts (§§ 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 7, 130a Abs. 5, 6 AktG) und des Auskunftsrechts, zu Einrichtung und Funktionsweise des virtuellen Wortmeldetischs,<sup>45</sup> zu den Wegen der Erhebung von Widersprüchen und zur Geltendmachung von Auskunftsverlangen nach § 131 Abs. 4 AktG, schließlich auch zum Abstimmungsverfahren.

## III. Erledigung der Tagesordnung

Entsprechend den Gepflogenheiten bei Präsenz-Hauptversammlungen wird in die Tagesordnung der ordentlichen vHV zumeist mit dem Vorstandsbericht eingetreten; üblich, aber keineswegs zwingend ist es, dessen wesentliche Inhalte schlagwortartig im Protokoll wiederzugeben. Es folgt sodann regelmäßig eine Generaldebatte zu allen Punkten der Tagesordnung, ggf. verbunden

mit ergänzenden Hinweisen des Versammlungsleiters zur Ausübung des Antrags- und Rederechts. Letztere sollten auch im Protokoll aufgenommen werden, soweit sie nicht bereits im Zusammenhang mit den einleitenden Ausführungen des Versammlungsleiters vermerkt worden sind.

Die einzelnen Redebeiträge selbst müssen nicht protokolliert werden; es sollte aber eine Benennung der einzelnen Redner erfolgen.

Der Vorstand kann entweder – wie bei der Präsenzversammlung – vorgeben, dass Fragen durch die Aktionäre und deren Beantwortung durch den Vorstand jeweils in der Versammlung erfolgen,<sup>46</sup> oder nach § 131 Abs. 1a S. 1 AktG entscheiden, dass Fragen der Aktionäre bis spätestens drei Tage vor der Versammlung im Wege der elektronischen Kommunikation einzureichen sind und dann schon im Vorfeld der Versammlung beantwortet werden müssen (§ 131 Abs. 1c S. 1 AktG). Im erstgenannten Fall enthält das notarielle Protokoll die Feststellung der Beantwortung von Fragen (üblicherweise ohne Protokollierung des Inhalts von Fragen und Antworten); ansonsten handelt es sich um Geschehensabläufe außerhalb der eigentlichen Hauptversammlung, weshalb das notarielle Tatsachenprotokoll hierzu überhaupt keine Feststellungen enthalten muss. Zu beachten ist allerdings § 131 Abs. 5 AktG: Ein Aktionär, dem eine Auskunft verweigert wird, kann verlangen, dass seine Frage und der Grund, aus dem die Auskunft verweigert worden ist, protokolliert werden; im Falle der vHV muss dieses Verlangen im Wege der elektronischen Kommunikation an den Notar übermittelt werden können.

Sofern Anträge gestellt werden, sollten diese im Protokoll festgehalten werden. Für die vHV ist dabei § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG zu beachten: Sämtliche Anträge und Wahlvorschläge können im Wege der Videokommunikation gestellt werden, die nach § 130a Abs. 5 S. 3 AktG auch in einem Redebeitrag nach § 118 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 AktG enthalten sein können. Auch Gegenanträgen können hiernach entweder in der Versammlung selbst gestellt werden (§ 118 Abs. 1 S. 2 Nr. 3 AktG) oder schon im Vorfeld (§ 126 Abs. 1, 4 AktG).

Bevor die Generaldebatte geschlossen wird, sieht der Leitfaden des Versammlungsleiters zumeist die Feststellung vor, dass alle Fragen abschließend beantwortet worden sind und keine weiteren Wortmeldungen vorliegen; die Protokollierung dieser Feststellung ist ebenso zweckmäßig wie der Vermerk des Schlusses der Generaldebatte mit der genauen Uhrzeit.

Im Anschluss an die Generaldebatte wird sodann in die Abstimmung zu den einzelnen Tagesordnungspunkten eingetreten; das notarielle Protokoll muss dann den Aufruf der einzelnen Tagesordnungspunkte und ggf. der Gegenanträge zur Beschlussfassung, die Bezugnahme auf die Beschlussvorschläge der Verwaltung zu den einzelnen Tagesordnungspunkten sowie die Hinweise des Versammlungsleiters zur Art der Abstimmung<sup>47</sup> und ihrer Übertragung<sup>48</sup> festhalten, Letztere möglichst detailliert, also etwa, ob Einzel- oder Gesamtentlastung der Organe erfolgt, welche Möglichkeiten der Stimmrechtsvertretung bestehen,<sup>49</sup> wie mit Stimmverboten umgegangen wird und mit welcher Methode die Auszählung erfolgt.

<sup>42</sup> RegE v. 27.4.2022, 33.

<sup>43</sup> Meyer/Jenne/Miller, BB 2022, 2946, 2963.

<sup>44</sup> Walch/Häuslmeier, DNNotZ 2023, 106, 120.

<sup>45</sup> Koch, AktG, § 130a Rn 17.

<sup>46</sup> Meyer/Jenne/Miller, BB 2022, 2946, 2955.

<sup>47</sup> Koch, AktG, § 118a Rn 21 ff.; Wicke, DStR 2020, 885, 888.

<sup>48</sup> Koch, AktG, § 118a Rn 20.

<sup>49</sup> Hauschild/Zetsche, AG 2020, 557, 563 Rn 35.



Die tatsächliche Umsetzung dieser Hinweise bei der Abstimmung selbst zählt zu den Pflichtangaben in der Niederschrift nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG. Dies soll nach allgemeiner Auffassung eine Beschreibung jedes praktisch relevanten Abstimmungsdetails im Hauptversammlungsprotokoll erfordern.<sup>50</sup> Schon für die Präsenz-Hauptversammlung hat der BGH hierbei verlangt, dass im Protokoll beschrieben wird, in welcher Weise ein Aktionär bei der Stimmabgabe vorzugehen hat;<sup>51</sup> diese Anforderungen gelten unverändert auch für die Stimmabgabe bei der vHV<sup>52</sup> und zwingen zur Beschreibung der technischen Vorgehensweise eines Aktionärs bei der elektronischen Stimmabgabe.<sup>53</sup> Am Ende wird der Versammlungsleiter den Schluss der Abstimmung feststellen, was im virtuellen Protokoll (zweckmäßigerweise mit Uhrzeit) ebenso zu vermerken ist wie ggf. vom Versammlungsleiter erteilte weitere Hinweise zur Einlegung von Widersprüchen.

Die Stimmabgabe selbst ist allerdings nicht Gegenstand der notariellen Beurkundung, sondern nur die Feststellung des Beschlussergebnisses durch den Versammlungsleiter.<sup>54</sup>

#### IV. Feststellung und Verkündung der Abstimmungsergebnisse

Die Art und Weise der Stimmauszählung zählt zu den zwingenden Bestandteilen des Hauptversammlungsprotokolls (§ 130 Abs. 2 S. 1 AktG).<sup>55</sup> Der Vorgang einer elektronischen Stimmabgabe ist allerdings naturgemäß nur eingeschränkt einer eigenen Wahrnehmung des Notars zugänglich; dieses praktische Problem setzt sich dann bei der Wahrnehmung der Stimmauszählung fort, zumal bei der Stimmauszählung keine Übertragung nötig ist.<sup>56</sup> Die elektronisch abgegebenen Stimmen werden durch das EDV-System erfasst, bildschirmgebunden angezeigt und in Form eines wie auch immer gearteten Dateiformats verarbeitet. Letzteres erlaubt wiederum die Ausgabe in Papierform und ermöglicht es dem Notar, eine bildliche Wiedergabe der von ihm wahrgenommenen Bildschirmanzeige als Anlage zum Protokoll zu nehmen.

Schließlich bedarf es nach § 130 Abs. 2 S. 1 AktG zwingend der Aufnahme der Feststellung und Verkündung des Ergebnisses der Beschlussfassung zu den einzelnen Beschlussgegenständen und ggf. (soweit nicht durch die Beschlussgegenstände selbst erledigt) zu den einzelnen Gegenanträgen durch den Vorsitzenden im Protokoll. Hier bestehen keine Unterschiede zur Präsenzhauptversammlung.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vermerke zum Abstimmungsverfahren:

*Die Hauptversammlung wurde von [Uhrzeit] bis [Uhrzeit] auf der Internetseite der Gesellschaft vollständig in Bild und Ton übertragen; Aktionäre und Aktionärsvertreter nahmen virtuell teil.*

*Die Stimmabgabe der Aktionäre erfolgte durch elektronische Briefwahl oder elektronische Vollmachtserteilung, und zwar über einen internen Bereich der Internetseite der Gesellschaft, der über angabegemäß zuvor an die Aktionäre übermittelte Einwahldaten erreicht werden konnte. In diesem internen Bereich ist vorgesehen,*

*dass für jeden Tagesordnungspunkt gesondert mit „Ja“, „Nein“ oder „Enthaltung“ abgestimmt wird. Zudem bestand die Möglichkeit der Stimmabgabe per Briefwahl.*

*Der Versammlungsleiter führt aus, dass die Abstimmungsergebnisse durch EDV ermittelt werden, wobei nur die Ja- und Nein-Stimmen für das Abstimmungsergebnis maßgeblich seien und Stimmenthaltungen bei Ermittlung der jeweiligen Abstimmungsergebnisse nicht berücksichtigt würden.*

#### V. Abschließende Vermerke

Abschließend sollten noch Feststellungen allgemeiner Art in das Protokoll aufgenommen werden, so wie dies auch bei Protokollen zu Präsenzversammlungen üblich ist. Mit Blick auf die Besonderheiten der vHV sollte dies naheliegenderweise insbesondere die Schilderung einer etwa erfolgten vorherigen Simulation des Ablaufs der Generaldebatte und der Abstimmung enthalten. Auch die im Vorfeld vom Notar vorgenommenen technischen Prüfungen könnten hier verzeichnet werden.

Da nach § 118a Abs. 1 Nr. 1 AktG die gesamte Versammlung mit Bild und Ton übertragen werden muss und diese Anforderung zu den Voraussetzungen für die Zulässigkeit der vHV überhaupt zählt, sollte das Protokoll entsprechende Feststellungen darüber enthalten. Die Übertragung muss spätestens mit Eröffnung der vHV durch den Versammlungsleiter beginnen und darf frühestens mit Schließen der vHV durch den Versammlungsleiter enden.<sup>57</sup> Sie kann beispielsweise mittels eines Videokonferenzsystems oder – insbesondere bei börsennotierten Gesellschaften – per Livestream im Internet erfolgen.<sup>58</sup> Mit „Versammlung“ sind der Versammlungsleiter, die anwesenden Organmitglieder, der Notar sowie der Abschlussprüfer gemeint,<sup>59</sup> nicht aber die Aktionäre.<sup>60</sup> Die Stimmauszählung muss ebenfalls nicht übertragen werden.<sup>61</sup>

Etwaige technische Störungen, die der Notar während der vHV wahrnimmt, sollten nach Art, Beginn und Ende protokolliert werden. Die Empfehlung, der Notar möge bei Wahrnehmung derartiger Störungen zudem darauf hinwirken, dass die Versammlung sofort unterbrochen und nach Behebung des Problems wieder in den Stand davor zurückversetzt wird,<sup>62</sup> geht über den Rahmen dessen hinaus, was vom bloß protokollierenden Notar verlangt werden kann, sofern dieser nicht ausdrücklich gesondert auch eine Betreuungspflicht übernommen hat. Denn technische Störungen führen nach § 243 Abs. 3 Nr. 2 AktG nicht zur Anfechtbarkeit, wenn sie für die Verletzung bestimmter Aktionärsrechte auf einer vHV verantwortlich sind, die elektronisch wahrzunehmen sind, was der vHV ihre Brisanz nehmen und diese Versammlungsform attraktiver machen soll.<sup>63</sup> Etwas anderes gilt nur, wenn der Gesellschaft grobe Fahrlässigkeit oder gar Vorsatz zur Last zu legen ist.<sup>64</sup> Letzteres wiederum kann der Notar im Regelfall nicht aus eigener Wahrnehmung beurteilen, weshalb die Klärung, ob aufgrund eines derartigen Gesellschaftsverschuldens (ausnahmsweise) trotz § 243 Abs. 3 Nr. 2 AktG ein Anfechtungsgrund vorliegt, dem gerichtlichen Beschlussmängelstreit vorbehalten bleiben muss.

<sup>50</sup> Danzeglocke, RNotZ 2022, 229, 251.

<sup>51</sup> BGH, Urt. v. 10.10.2017 – II ZR 375/15, NZG 2017, 1374, 1375 Rn 22.

<sup>52</sup> Grigoleit/Herrler, AktG, § 130 Rn 36.

<sup>53</sup> Danzeglocke, RNotZ 2022, 229, 251.

<sup>54</sup> Walch/Häuslmeier, DNotZ 2023, 106, 112; Wicke, DStR 2022, 498, 503.

<sup>55</sup> Grigoleit/Herrler, AktG, § 130 Rn 37.

<sup>56</sup> Koch, AktG, § 118a Rn 20.

<sup>57</sup> Herrler, DNotZ 2020, 468, 484.

<sup>58</sup> Walch/Häuslmeier, DNotZ 2023, 106, 110.

<sup>59</sup> Meyer/Jenne/Müller, BB 2022, 2946, 2952.

<sup>60</sup> RegE v. 27.4.2022, S. 26.

<sup>61</sup> Wicke, DStR 2020, 885, 886.

<sup>62</sup> Walch/Häuslmeier, DNotZ 2023, 106, 111.

<sup>63</sup> RegE v. 27.4.2022, 42.

<sup>64</sup> Meyer/Jenne/Müller, BB 2022, 2946, 2964.

Von wesentlicher Bedeutung ist die Protokollierung von Widersprüchen (mit Angabe von Aktionär, Aktionärsnummer, Uhrzeit, betroffenen Tagesordnungspunkten), denn nach § 245 Nr. 1 AktG sind nur solche Aktionäre anfechtungsbefugt, die gegen die gefassten Beschlüsse Widerspruch zur Niederschrift erklärt haben. Zudem sollte das Protokoll auch grundsätzliche Feststellungen darüber enthalten, auf welchem Wege dem Notar Widersprüche zur Wahrnehmung gelangt sind.<sup>65</sup> Auch wenn § 118a Abs. 1 S. 2 Nr. 8 AktG nicht ausdrücklich anordnet, dass im Falle der vHV der elektronische Widerspruch zur Niederschrift zu erklären wäre, wird aus § 245 S. 1 Nrn. 1, 2 AktG geschlossen, dass auch der elektronische Widerspruch direkt gegenüber dem Notar zu erklären und von diesem in die Niederschrift aufzunehmen ist.<sup>66</sup> Dabei ist nach ständiger Rechtsprechung des BGH nicht zu erwarten, dass ein Aktionär ausdrücklich verlangt, einen Widerspruch zu protokollieren; ausreichend ist es, wenn aus seinem Verhalten „deutlich wird, dass er die Protokollierung der Tatsache wünscht, er habe rechtliche Bedenken gegen den Beschluss angemeldet“, sich also so verhält, dass „der das Protokoll aufnehmende Notar die Erklärung eines Widerspruchs zur Niederschrift erkennen kann“.<sup>67</sup> Diese Anforderungen wird man auch an ein elektronisch dem Notar gegenüber artikuliertes Protokollierungsverlangen stellen müssen. Die technische Ausgestaltung der elektronischen Übermittlung obliegt dabei dem Ermessen der Gesellschaft.<sup>68</sup> Entscheidend ist allerdings, dass der Notar die Erklärung des Widerspruchs selbst wahrnehmen kann, weshalb eine bloße von der Gesellschaft vorgelegte Liste von Widersprüchen unzureichend wäre.<sup>69</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vermerke zur Möglichkeit von Widersprüchen:

Während der gesamten Hauptversammlung bestand für die Aktionäre die Möglichkeit, Widerspruch gegen die Beschlüsse der Hauptversammlung einzulegen. Zu diesem Zweck hat die Gesellschaft auf ihrer Internetseite im internen Bereich, den die Aktionäre mithilfe vorab übermittelter Zugangsdaten erreichen konnten, die Möglichkeit geschaffen, einen Button „Widerspruch“ anzuklicken und eine Eingabemaske zu öffnen, welche die systemseitige Erfassung von Widersprüchen gegen alle oder bestimmte vom Aktionär zu wählende Tagesordnungspunkte erlaubt. Während der gesamten Hauptversammlung wurde mir, Notar, die Möglichkeit eröffnet, auf einem separaten Bildschirm stichprobenartig den Gebrauch dieser Funktion durch Aktionäre zu verfolgen; zudem sind mir über eine automatische Weiterleitung auf die E-Mail-Adresse ... die Widersprüche gesondert zur Kenntnis gegeben worden.

Der gelegentlich anzutreffenden Bitte, Vorgänge in das Protokoll aufzunehmen, die dem Notar erst nach Ende der vHV zur Kenntnis gegeben werden (Beispiel: Hinweis auf technische Störungen, die einem faktischen Teilnahmehindernis gleichkommen, und von denen ein Aktionär behauptet, sie seien von der Gesellschaft schuldhaft herbeigeführt worden), wird er nur ausnahmsweise nachkommen dürfen, dann nämlich, wenn eine Beschlusrelevanz derartiger Vorgänge zumindest nicht ausgeschlossen werden kann und soweit der Notar hierzu eigene Wahrnehmungen getroffen hat.<sup>70</sup>

Vereinzelte wird empfohlen, die Aufzeichnung der Hauptversammlung als Anlage zum Protokoll auf ein Speichermedium zu ziehen, um die Rechtsfolge des § 415 ZPO herbeizuführen und ggf. einen Abgleich der darin enthaltenen Aufzeichnungen mit den eigenen Wahrnehmungen vorzunehmen.<sup>71</sup> Eine Pflicht hierzu besteht aber jedenfalls nicht; im Gegenteil wird von der wohl h. M. von einem solchen Vorgehen abgeraten,<sup>72</sup> was zutreffend ist, weil ein Tatsachenprotokoll ohnehin nur eigene Wahrnehmungen des Notars beinhalten kann und von dritter Seite vorgenommene technische Aufzeichnungen bestenfalls den Charakter einer Gedächtnisstütze haben, eigene Wahrnehmungen aber nicht ersetzen können.

#### D. Fazit

Für Notare, die schon bisher regelmäßig mit der Beurkundung von Präsenzhauptrversammlungen befasst waren, ergeben sich mit der vHV durchaus Herausforderungen. Die tragenden Grundprinzipien der Protokollerrichtung werden kaum berührt. Mit der Vorverlagerung insbesondere der Aktionärsinformationen in das Vorfeld der Hauptversammlung und aufgrund der weitestgehenden Digitalisierung jeglicher Interaktion zwischen Gesellschaft/Gesellschaftsorganen und Aktionären wird die Wichtigkeit einer sorgfältigen Vorbereitung erhöht, dafür aber die Protokollierung der Hauptversammlung selbst eher vereinfacht.

##### Dr. Frank-Holger Lange,

LL.M. (King's College, London), ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht. Er ist Notar und Partner der Kanzlei HEINZE LANGE v. SENDEN, Hannover. E-Mail: f-h.lange@hlvs.de



<sup>65</sup> Koch, AktG, § 245 Rn 21c ff.; Hauschild/Zetsche, AG 2020, 557, 565 Rn 47 f.

<sup>66</sup> RegE v. 27.4.2022, S. 28; Meyer/Jenne/Miller, BB 2022, 2946, 2963; BeckOK/Vatter, § 245 Rn 32.3.

<sup>67</sup> BGH, Urt. v. 8.11.1996 – II ZR 26/93, NJW 1994, 320, 321.

<sup>68</sup> Meyer/Jenne/Miller, BB 2022, 2946, 2963.

<sup>69</sup> Meyer/Jenne/Miller, BB 2022, 2946, 2963 f.

<sup>70</sup> Herrler, DNotZ 2020, 468, 504.

<sup>71</sup> Hauschild/Zetsche, AG 2020, 557, 559 Rn 10.

<sup>72</sup> Herrler, DNotZ 2020, 468, 503; Stelmasczyk, DNotZ 2021, 930, 960 f.; Wicke, DStR 2020, 885, 889.

Ulf Schöenberg-Wessel, David Polzer

## Pflichtteilergänzungsansprüche im Testament zugunsten eines Menschen mit Behinderung

Die Gestaltung einer Verfügung von Todes wegen zugunsten eines Abkömmlings mit Behinderung erfolgt mit dem Ziel, die Lebensqualität des Abkömmlings über den Tod der Eltern hinaus wirtschaftlich zu steigern und einen Zugriff des Sozialleistungsträgers zu verhindern. Den sichersten Weg in der Gestaltung stellt weiterhin die sog. Erbschaftslösung (Vor- und Nacherbfolge mit Dauertestamentsvollstreckung) dar. Als weitere Formen haben sich die sog. Vermächtnislösung und die stiftungsrechtliche Lösung entwickelt. Der Zugriff des Sozialleistungsträgers steht immer dann im Raum, wenn das ererbte Vermögen nicht „geschützt“ ist, insbesondere in Fällen, in denen dem Kind mit Behinderung ein originärer Anspruch zusteht, der nicht dem Nachlass zuzuordnen ist. Als mögliche Ansprüche, die vom Sozialleistungsträger übergeleitet werden können, kommen in Betracht: § 2216 BGB (ordnungsgemäße Verwaltung), § 2219 BGB (Haftung des Testamentsvollstreckers, soweit der Anspruch dem Erben unmittelbar zusteht) sowie § 2305 BGB (Zusatzpflichtteil) und § 2326 BGB (Ergänzung über die Hälfte des gesetzlichen Erbteils).

Der nachfolgende Beitrag nimmt insbesondere das Risiko des Anspruchs nach § 2326 BGB bei lebzeitigen, ergänzungspflichtigen Verfügungen des Erblassers in den Blick.

### A. Das Testament zugunsten eines Menschen mit Behinderung

Das Testament zugunsten eines Menschen mit Behinderung ist eine etablierte und nicht dem Edikt der Sittenwidrigkeit unterfallende Gestaltung, durch die die Steigerung der Lebensqualität eines Kindes mit Behinderung nach dem Tod der Eltern wirtschaftlich abgesichert werden soll, ohne dass die dem Abkömmling gewährten Sozialleistungen eingestellt oder das Erbe auf die gewährten Leistungen angerechnet wird. Mit dem Testament zugunsten eines Menschen mit Behinderung wird der sog. sozialrechtliche Nachranggrundsatz durch die Kombination erbrechtlicher Gestaltungsmittel in Bezug auf den Erbteil des Kindes mit Behinderung umgangen.

In der Praxis dürfte die Gestaltung regelmäßig in Form der Erbschafts- bzw. der Vermächtnislösung erfolgen,<sup>1</sup> wobei nur für die Erbschaftslösung eine gesicherte zivil- und sozialrechtliche Rechtsprechung vorliegt.<sup>2</sup>

In der Erbschaftslösung wird der Abkömmling mit Behinderung im Testament mit einer oberhalb seines Pflichtteils liegenden Quote zum (nicht) befreiten Vorerben eingesetzt; Nacherben werden entweder dessen Abkömmlinge, weitere Abkömmlinge des Erblassers oder gemeinnützige Einrichtungen.<sup>3</sup> Der Vorerbe ist (mindestens) von den Beschränkungen des § 2119 BGB zu befreien. Weitere Befreiungen sind denkbar, solange dem Vorerben kein unmittelbarer Zugriff auf die Nachlasssubstanz eröffnet oder die übermäßige Fruchtziehung ermöglicht wird.<sup>4</sup> Maß-

stab, ob eine Befreiung des Vorerben möglich ist, ist das Entstehen bzw. nicht Entstehen eines überleitungsfähigen Anspruchs des Vorerben.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Befreiung des Vorerben/der Vorerbin im Testament:

*Der Vorerbe/Die Vorerbin ist von folgenden gesetzlichen Beschränkungen ausdrücklich befreit:*

- § 2113 Abs. 1 BGB (Verbot von Verfügungen über Grundstücke, Schiffe und Schiffsbauwerke). Dies gilt ausdrücklich auch für ein etwa vorhandenes Erbbaurecht und ein Wohnungs- oder Teileigentum;
- § 2116 BGB (Verpflichtung zur Hinterlegung von Wertpapieren);
- § 2118 BGB (Sperrvermerk) sowie
- § 2119 BGB (Anlegung von Geld).

Über die Nachlassbeteiligung des Abkömmlings mit Behinderung wird eine Dauervollstreckung nach § 2209 BGB angeordnet.<sup>5</sup> Der Testamentsvollstrecker wird gemäß § 2216 Abs. 2 BGB angewiesen, für den Begünstigten aus dem Nachlass sozialleistungsunschädliche Zuwendungen zu leisten.<sup>6</sup> Die Anordnung der Dauertestamentsvollstreckung verhindert den unmittelbaren Zugriff auf den ererbten Nachlass und die Erträge des Nachlasses.<sup>7</sup> Die Ansprüche auf ordnungsgemäße Verwaltung und Herausgabe von Erträgen (§ 2216 BGB), auf Überlassung von Nachlassgegenständen (§ 2217 BGB) und Haftung des Testamentsvollstreckers (§ 2219 BGB) sind Ansprüche, die dem (Vor-)Erben zustehen, und können damit auch vom Sozialleistungsträger zur Wahrung des Nachranggrundsatzes übergeleitet und durchgesetzt werden.<sup>8</sup>

Durch die Anordnung der Nacherbfolge ist sichergestellt, dass zu Lebzeiten des Kindes mit Behinderung kein verwertbares Vermögen aus der Erbschaft vorhanden ist und der sog. selbstständige Erbenregress nach § 102 SGB Abs. 12 beim Tode des Kindes nicht in die Nachlasssubstanz geführt werden kann. Der Anspruch des Sozialleistungsträgers auf Erstattung seiner erbrachten Sozialleistungen in den zehn Jahren vor dem Tod des Kindes nach § 102 Abs. 12 SGB beschränkt sich auf das Eigenvermögen des Kindes mit Behinderung sowie etwaige nicht verbrauchte Nachlasserträge.

In der Vermächtnislösung wird der Abkömmling mit Behinderung zum (nicht) befreiten Vorvermächtnisnehmer und dessen Abkömmlinge bzw. sonstige Abkömmlinge oder auch gemeinnützige Einrichtungen zu Nachvermächtnisnehmern eingesetzt.<sup>9</sup> Hinsichtlich der Befreiungsmöglichkeiten des Vorvermächtnisnehmers gilt das vorstehend zum Vorerben Gesagte entsprechend. Das Vermächtnis umfasst dabei nur einen

<sup>1</sup> BeckOGK/Müller-Engels, BGB § 2191 Rn 117.

<sup>2</sup> BGH, Beschl. v. 24.7.2019 – XII ZB 560/18, NJW 2020, 58; BSG, Urt. v. 17.2.2015 – B 14 KG 1/14 R, ZEV 2015, 484; BeckOGK/Müller-Engels, BGB § 2191 Rn 117.

<sup>3</sup> Scherer/Spall, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 41 Rn 30.

<sup>4</sup> HK-BGB/Hoeren BGB § 2136 Rn 10; BeckOGK/Deppenkemper BGB § 2133 Rn 6.

<sup>5</sup> BeckOK-BGB/Litzenburger BGB § 2100 Rn 18; Gockel, S. 111 Rn 138.

<sup>6</sup> Krätzel/Falkner/Döbereiner/Krätzel, Nachlassrecht, § 7 Gewillkürte Erbfolge Rn 6.

<sup>7</sup> Scherer/Spall, Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht, § 41 Rn 28; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk ErbStG § 6 Rn 15.1.

<sup>8</sup> BeckOK-SozR/Adams SGB XII § 102 Rn 2.

<sup>9</sup> Weidlich, ZEV 2020, 141; Grziwotz, ZEV 2002, 409.



Bruchteil des Nachlasswertes, der mindestens aber den Pflichtteil des Kindes mit Behinderung übersteigt (sog. Quotenvermächtnis).<sup>10</sup> Zum Schutz vor dem Zugriff des Sozialleistungsträgers muss auch bei der sog. Vermächtnislösung zwingend eine Dauertestamentsvollstreckung angeordnet und der Testamentsvollstrecker gemäß § 2216 Abs. 2 BGB zur sozialrechtlich unschädlichen Verwaltung und Verwendung des Vermächtnisses bzw. der Erträge des Vermächtnisses angewiesen werden.<sup>11</sup>

Bei der Stiftungslösung wird das Testament zugunsten eines Menschen mit Behinderung mit der Errichtung einer Stiftung kombiniert oder eine bereits bestehende Stiftung bedacht, welche dem Kind mit Behinderung regelmäßig Beträge aus dem Erbe zukommen lässt.<sup>12</sup> Der Erblasser gründet eine Familienverbrauchsstiftung, deren einziger Destinatär der Abkömmling mit Behinderung ist.<sup>13</sup> Die Stiftung wird durch einen Vertrag zwischen dem Erblasser und einem Treuhänder gegründet und durch einen auflösend bedingten Pflichtteilsverzicht i. S. d. § 2346 Abs. 2 BGB des Destinatärs abgesichert.<sup>14</sup> Der Pflichtteilsverzicht kann vom rechtlichen Betreuer erklärt werden und bedarf der betreuungsgerichtlichen Genehmigung. Diese ist zu erteilen, da die Gestaltung, insbesondere bei kleineren Nachlässen, die nur geringe Erträge erwarten lassen, dem (mutmaßlichen) Wunsch des Betreuten i. S. d. § 1821 Abs. 2 BGB entspricht; das Kind mit Behinderung erhält substanzielle Zuwendungen aus dem Nachlass, ohne dass eine Anrechnung auf die gewährten Sozialleistungen in Betracht kommt. Die auflösende Bedingung besteht in der Einsetzung der gegründeten nichtselbstständigen Familienverbrauchsstiftung als Miterben zu einer bestimmten Quote, mit dem Verzichtenden als Destinatär und einem festgelegten Stiftungszweck.<sup>15</sup> Überleitungsfähige Ansprüche sind in dieser Gestaltung ausgeschlossen, da das Kind mit Behinderung nicht am Nachlass beteiligt ist und auf etwaige Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche verzichtet wurde.

## B. Pflichtteilsanspruch und Pflichtteilsergänzungsanspruch

Um einen überleitungsfähigen Anspruch des Sozialleistungsträgers auszuschließen, muss die Nachlassbeteiligung des Kindes mit Behinderung die Ansprüche nach §§ 2305, 2326 BGB wertmäßig übersteigen.

Der Pflichtteilsanspruch gewährt dem Pflichtteilsberechtigten ein Mindestmaß an Teilhabe am Vermögen des Erblassers.<sup>16</sup> Dies gilt sowohl für den Fall, dass der Erblasser zulasten des Pflichtteilsberechtigten von seiner Testierfreiheit Gebrauch gemacht und diesen von der Erbfolge ausgeschlossen hat,<sup>17</sup> als auch für den Fall, dass der Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten wertmäßig weniger als seinen Pflichtteil hinterlassen hat (§ 2305 BGB).<sup>18</sup> Die Beteiligung des Kindes mit Behinderung muss daher

wertmäßig über dem Pflichtteil liegen. Dies wird zum einen erreicht, indem die Erbquote des Kindes mit Behinderung über dem Pflichtteil liegt, und zum anderen durch ein bares Vorausvermächtnis zugunsten des Kindes mit Wert geringfügig über dem Pflichtteilsrestanspruch nach § 2305 BGB niedergeschrieben wird.

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Vorausvermächtnis bei etwaigen Pflichtteilsansprüchen:

*Ich belaste meine Erben, mit Ausnahme des Vorerben, wie folgt:*

*Soweit dem Vorerben/der Vorerbin Pflichtteilsrestansprüche (§ 2305 BGB) zustehen, erhält er/sie als Vorausvermächtnis einen baren Geldbetrag. Dieser beträgt 110 % des Wertes etwaiger Pflichtteilsrestansprüche nach § 2305 BGB.*

Der Wert nach § 2305 BGB, bei dessen Berechnung die Beschränkungen und Beschwerung nach § 2306 BGB außer Acht bleiben, bezieht sich auf den tatsächlich vorhandenen (realen) Nachlass, sodass das Vorausvermächtnis ohne Weiteres aus dem Nachlass gezahlt werden kann. Für das Vorausvermächtnis sind die gleichen Belastungen und Beschränkungen anzuordnen wie für die übrige Nachlassbeteiligung des Kindes mit Behinderung.

Der Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB soll die Entreicherung des Nachlasses durch Schenkungen kompensieren und damit die angemessene Mindestbeteiligung des Pflichtteilsberechtigten schützen.<sup>19</sup> Nach § 2326 BGB gilt dies auch für den Erben bzw. Vermächtnisnehmer, dessen Nachlassbeteiligung hinter seinen Pflichtteilsergänzungsansprüchen zurückbleibt. Kompensiert werden Schenkungen des Erblassers im zeitlichen Rahmen des § 2325 Abs. 3 BGB.<sup>20</sup> Der Schenkungsbegriff ist mit dem aus den §§ 516, 517 BGB nahezu identisch,<sup>21</sup> wird aber um eine ausreichende objektive Unentgeltlichkeit bei den ehebezogenen und gemeinschaftsbezogenen Zuwendung erweitert.<sup>22</sup> Es muss demnach also objektiv eine Bereicherung des Empfängers aus dem Vermögen des entreicherten Erblassers erfolgen; beide Parteien müssen sich über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung subjektiv einig sein.<sup>23</sup>

Der Anspruch ist der Betrag, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der Wert des Geschenks dem realen Nachlass fiktiv hinzugerechnet wird. Dieser Anspruch steht den abstrakten Pflichtteilsberechtigten i. S. d. § 2303 BGB zu.<sup>24</sup> Der Anspruch richtet sich gemäß § 1967 Abs. 1, 2 BGB gegen den Erben als Nachlassinhaber.<sup>25</sup> § 2326 BGB stellt klar, dass auch der pflichtteilsberechtigte (Mit-)Erbe oder der pflichtteilsberechtigte Vermächtnisnehmer einen Ergänzungsanspruch haben kann, insoweit der Gesamtpflichtteil nicht durch das ihm Hinterlassene gedeckt ist.<sup>26</sup> In der Gestaltung eines Testaments zugunsten eines Abkömmlings mit Behinderung hat dies zur Folge, dass durch die

<sup>10</sup> BeckOGK/Müller-Engels BGB § 2191 Rn 118; Braun, 2022, S. 12, Rn 136.

<sup>11</sup> Zahn, MittRhNotK 2000, 90.

<sup>12</sup> Weidlich/Dittmer, ZStV 2010, 68; Schönenberg-Wessel, NJW 2023, 2626.

<sup>13</sup> Schönenberg-Wessel, NJW 2023, 2626.

<sup>14</sup> DNotI-Report 2021, Heft 22, S. 173.

<sup>15</sup> Schönenberg-Wessel, NJW 2023, 2626.

<sup>16</sup> Kerstan, RNotZ 2021, 563.

<sup>17</sup> Nieder/Kössinger/Kössinger/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 21 Rn 119; BeckOGK/Oberfell BGB § 2303 Rn 21.

<sup>18</sup> Burandt/Rojahn/Horn, BGB § 2305 Rn 5; Hamm/v. Gronau/Zwirlein-Forschner, Beck'sches Rechtsanwalts-Handbuch, § 33 Rn 196.

<sup>19</sup> BeckOGK/Schindler, BGB § 2325 Rn 2; BGH, Urt. v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02, ZEV 2004, 117.

<sup>20</sup> BGHZ 157, 178; 185, 252; MüKo-BGB/Lange BGB § 2325 Rn 1; Griesel, 2019, S. 19.

<sup>21</sup> BGH, Urt. v. 27.11.1991 – IV ZR 266/90, NJW 1992, 559; Liedel, MittBayNot 1992, 246.

<sup>22</sup> BeckOGK/Schindler, 1.7.2023, BGB § 2325 Rn 19.

<sup>23</sup> Staudinger/Chiusi, § 516 BGB Rn 37; BGH, Urt. v. 10.12.2003 – IV ZR 249/02, ZEV 2004, 115.

<sup>24</sup> BGH, Urt. v. 21.3.1973 – IV ZR 157/71, NJW 1973, 995 f.; Burandt/Rojahn/Horn, BGB § 2325 Rn 10.

<sup>25</sup> Bühler, DNotZ 2022, 16; Burandt/Rojahn/Horn, BGB § 2325 Rn 18.

<sup>26</sup> BeckOGK/Schindler, 1.7.2023, BGB § 2326 Rn 1; Schlitt/Müller/Schlitt, Handbuch Pflichtteilsrecht, § 6 Rn 67.

Anordnung eines (weiteren) Vorausvermächtnisses der Gesamtbetrag des Hinterlassenen über den Wert des Gesamtpflichtteils angehoben werden muss.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vorausvermächtnis bei etwaigen Pflichtteilsansprüchen aufgrund von Schenkungen:

*Ich belaste meine Erben, mit Ausnahme des Vorerben, wie folgt:*

*Soweit dem Vorerben/der Vorerbin im Hinblick auf lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an eine andere Person ein Anspruch nach § 2326 BGB zustünde, erhält er/sie als Vorausvermächtnis einen (weiteren) baren Geldbetrag. Dieser beträgt 110 % des Wertes nach § 2326 BGB (Differenz zwischen dem Gesamtpflichtteil, ordentlicher Pflichtteil plus Ergänzungspflichtteil) und dem hinterlassenen Erbeil (bzw. Vermächtnis) einschließlich des vorstehenden in Bezug auf die Ansprüche nach § 2306 BGB angeordneten Vorausvermächtnisses.*

Der Wert nach § 2326 BGB bezieht sich auf den fiktiven Nachlass. Der Anspruch ist, soweit er sich gegen den (Mit-)Erben richtet, auf den Nachlass beschränkt.<sup>27</sup> Für das (weitere) Vorausvermächtnis sind die gleichen Belastungen und Beschränkungen anzuordnen wie für die übrige Nachlassbeteiligung des Kindes mit Behinderung.

### C. Das Leistungsverweigerungsrecht des Erben und der Anspruch gegen den Beschenkten nach § 2329 BGB

Die gängigen Empfehlungen zur Gestaltung eines Testaments zugunsten von Menschen mit Behinderung lassen allerdings einen überleitungsfähigen Anspruch des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings mit Behinderung unberücksichtigt. Dem unzureichenden realen Nachlass wird in der Regel nicht hinreichend Rechnung getragen. Die Gestaltungen gehen ausnahmslos davon aus, dass die Ansprüche des Kindes mit Behinderung aus dem tatsächlichen Nachlass beglichen werden können. Den Miterben würde jedoch ein Leistungsverweigerungsrecht hinsichtlich der angeordneten Vorausvermächtnisse zustehen, wenn der Nachlass nicht ausreichend ist, um die Forderungen des Abkömmlings mit Behinderung zu erfüllen.<sup>28</sup> Auch stünde den Erben gemäß §§ 2319, 2327, 2328 BGB zur Erhaltung ihres jeweiligen eigenen Pflichtteils ein Leistungsverweigerungsrecht zu.<sup>29</sup> Wenn die Durchsetzung der zur Vermeidung überleitungsfähiger Ansprüche des Kindes mit Behinderung angeordneten Vermächtnisse nicht sichergestellt ist, so hat das zur Folge, dass die Ansprüche aus §§ 2325, 2326 BGB wieder aufleben. Da diese aus Rechtsgründen nicht gegen die pflichtteilsberechtigten Miterben durchgesetzt werden könnten,<sup>30</sup> entsteht ein überleitungsfähiger Anspruch nach § 2329 Abs. 1 BGB gegen den Beschenkten. Der Anspruch ist entgegen dem Gesetzestext nicht auf Herausgabe, sondern auf die Duldung der Zwangsvollstreckung gerichtet.<sup>31</sup> Der Beschenkte kann die

Zwangsvollstreckung gemäß § 2329 Abs. 2 BGB durch Zahlung des fehlenden Betrages abwenden. Eine Befriedigung in Form von Zahlung ist abgesehen von der Ersetzungsbefugnis nach § 2329 Abs. 2 BGB nur bei Geldgeschenken, oder wenn der Gegenstand nicht mehr vorhanden ist, möglich,<sup>32</sup> hier kann sich der Beschenkte nur bei Untergang oder Verschlechterung auf Entreichung nach § 818 Abs. 3 BGB berufen.<sup>33</sup> Bei einer Weiterschenkung des Gegenstandes tritt der Regelungsinhalt des § 822 BGB zugunsten des Pflichtteilsberechtigten ein.<sup>34</sup> Der Anspruch gegen den Beschenkten verjährt gemäß § 2332 BGB innerhalb von drei Jahren ab dem Eintritt des Erbfalls, unabhängig von der Kenntnis des Ergänzungsberechtigten von den Schenkungen.<sup>35</sup>

### D. Gestaltung zur Vermeidung des Risikos aus § 2329 BGB

Der Sozialleistungsträger hätte die Möglichkeit, den Anspruch aus § 2329 BGB auf sich überzuleiten und diesen gegen den Beschenkten durchzusetzen bzw. eine Anrechnung auf die dem Abkömmling mit Behinderung gewährten Sozialleistungen vorzunehmen. Der Anspruch kann bei einer entsprechenden testamentarischen Gestaltung jedoch vermieden werden.

Um die beschenkten Erben vor dem Durchgriff des Sozialleistungsträgers zu schützen, den Leistungsanspruch des Abkömmlings mit Behinderung nicht zu gefährden und den nach § 2329 BGB fehlenden Betrag dem Schutz des Testaments (Vor- und Nacherbfolge, Testamentsvollstreckung) zu unterstellen, bedarf es der ergänzenden Anordnung eines Verschaffungsvermächtnisses nach § 2170 BGB. In einem Verschaffungsvermächtnis nach § 2170 BGB wird der sog. *Beschwerte* vom Erblasser dazu verpflichtet, dem *Bedachten* einen Vermächtnisgegenstand, der im Zeitpunkt des Erbfalls nicht zum Vermächtnis des Erblassers gehört, zu verschaffen.<sup>36</sup>

Im Kontext eines Testaments zugunsten eines Menschen mit Behinderung wäre der (Mit-)Erbe mit einem Verschaffungsvermächtnis dahingehend zu belasten, dass dem Abkömmling ein Betrag in Höhe des Ausfallbetrages nach § 2329 BGB zuzuwenden ist. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 2170 BGB ist, dass der Vermächtnisgegenstand zur Zeit des Erbfalls nicht Teil des Nachlasses ist.<sup>37</sup> Dies wäre vorliegend der Fall, indem ein entsprechender Vermögensbetrag tatsächlich bzw. aus Rechtsgründen nicht mehr im Nachlass vorhanden ist. Der beschwerte Miterbe hat den fehlenden Betrag dann zu besorgen und dem Abkömmling mit Behinderung zu verschaffen. Die Art und Weise der Verschaffung bleibt dem Beschwernten überlassen.<sup>38</sup> Der Anspruch umfasst lediglich die Beschaffung des Vermächtnisgegenstandes durch den Bedachten.<sup>39</sup>

<sup>27</sup> Beyer, ZStV 2023, 126.

<sup>28</sup> Bühler, DNotZ 2022, 27; BGH, Urt. v. 5.4.2000 – IV ZR 145/98, ZEV 2000, 274.

<sup>29</sup> OLG Zweibrücken, Urt. v. 25.6.1976 – 1 U 146/75, NJW 1977, 1825; Erman/Röthel, BGB § 2329 Rn 2; *Schönenberg-Wessel*, Das Notarielle Nachlassverzeichnis, § 3 Rn 12.

<sup>30</sup> *Schönenberg-Wessel*, Das Notarielle Nachlassverzeichnis, § 3 Rn 12.

<sup>31</sup> *Schönenberg-Wessel*, Das Notarielle Nachlassverzeichnis, § 3 Rn 12; BGH, Beschl. v. 4.7.2012 – V ZB 151/12, ErbR 2014, 30; BGH, Urt. v. 19.3.1981 – IVa ZR 30/80, NJW 1981, 1447; Staudinger/*Herzog* BGB § 2329 Rn 8.

<sup>32</sup> AG Bielefeld, Urt. v. 17.5.2019 – 409 C 30/18, Erb 2019, 725.

<sup>33</sup> Bühler, DNotZ 2022, 28; Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/*Birkenheier*, jurisPK-BGB, § 2329 BGB Rn 51.

<sup>34</sup> Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger/*Birkenheier*, jurisPK-BGB, § 2329 BGB Rn 52; OLG Hamm, Urt. v. 8.6.2010 – 10 U 10/10, BeckRS 2010, 19172.

<sup>35</sup> *Schönenberg-Wessel*, Das Notarielle Nachlassverzeichnis, § 3 Rn 12; BGH, Urt. v. 16.11.1967 – III ZR82/67, MDR 1968, 217.

<sup>36</sup> BeckOGK/*Schellenberger*, 1.10.2023, BGB § 2170 Rn 7.

<sup>37</sup> MüKo-BGB/*Rudy*, BGB § 2170 Rn 9; Staudinger/*Otte*, BGB § 2171 Rn 3.

<sup>38</sup> HK-BGB/*Hoeren*, BGB § 2170 Rn 3.

<sup>39</sup> BeckOGK/*Schellenberger*, 1.10.2023, BGB § 2170 Rn 7.

**FORMULIERUNGSVORSCHLAG****Beschaffungsvermächtnis, um Pflichtteilergänzungsansprüchen aus Schenkungen an Miterben entgegenzuwirken:**

*Soweit sich ein zur Erfüllung der vorstehend angeordneten Vorausvermächtnisse ausreichender Geldbetrag im Falle meines Todes nicht in meinem Nachlass befindet, sind die beschenkten Miterben, mit Ausnahme des Vorerben/der Vorerbin, im Verhältnis ihrer nach § 2325 BGB zu berücksichtigenden Schenkungen verpflichtet, den zur Erfüllung des vorstehenden Vorausvermächtnisses fehlenden Betrag aus ihrem eigenen Vermögen zu beschaffen und dem Vorerben/der Vorerbin zu verschaffen (Verschaffungsvermächtnis), unabhängig vom Umfang der Erbschaft.*

Für das Verschaffungsvermächtnis sind die gleichen Belastungen und Beschränkungen anzuordnen wie für die übrige Nachlassbeteiligung des Abkömmlings mit Behinderung.

Nimmt der belastete pflichtteilsberechtigte (Mit-)Erbe den beschwerten Erbteil an, so könnte er zusätzlich zum Erbteil einen Pflichtteilsrestanspruch gemäß § 2305 BGB bis zur Höhe seines hälftigen gesetzlichen Erbteils geltend machen. Bei der Berechnung des zugewandten Wertes blieben nach § 2305 S. 2 BGB die Beschwerungen unberücksichtigt.<sup>40</sup> Da die Gestaltung zur Vermeidung etwaiger überleitungsfähiger Ansprüche des Sozialleistungsträgers und zum Erhalt der uneingeschränkten sozialleistungsrechtlichen Grundversorgung des Kindes mit Behinderung gewählt wird, dürfte zu erwarten sein, dass sich die Miterben nicht auf § 2305 BGB und die daraus folgenden Rechte berufen.

Dies auch vor dem Hintergrund, dass andernfalls der Anspruch nach § 2329 BGB gegen den jeweiligen Beschenkten durchzusetzen wäre.

**Ulf Schönenberg-Wessel**

ist Rechtsanwalt und Notar, Fachanwalt für Erbrecht, Sozialrecht und Versicherungsrecht, Senior-Partner der Kanzlei Siewert, Schönenberg-Wessel und Partner in Kiel sowie Geschäftsführer der Norddeutschen Gesellschaft für Testamentsvollstreckung mbH in Kiel.

E-Mail: schoenberg-wessel@ssw-partner.de

**David Polzer**

ist Student der Rechtswissenschaft an der CAU zu Kiel im 9. Semester und arbeitet in der Kanzlei Siewert, Schönenberg-Wessel und Partner als wissenschaftlicher Mitarbeiter.

E-Mail: davidfpolzer@gmx.de



<sup>40</sup> BeckOGK/Obergfell, 1.12.2021, BGB § 2306 Rn 12.





## rechtsprechung

BGH

### Geschäftswert einer Kapitalerhöhung mit außerhalb der Urkunde vereinbarter sonstiger Zuzahlung

Für die Bemessung des Geschäftswerts eines Beschlusses über die Erhöhung des Stammkapitals einer GmbH ist innerhalb der durch §§ 105 Abs. 1 S. 2 und 108 Abs. 5 GNotKG vorgegebenen Grenzen der den Ausgabepreis übersteigende Wert des auszugebenden Geschäftsanteils maßgeblich. Für die Bewertung kann eine mit dem Übernehmer des Geschäftsanteils geschlossene Vereinbarung über eine Zuzahlung in das Eigenkapital gemäß § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB berücksichtigt werden.

(amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 12.9.2023 – II ZB 6/23

GNotKG §§ 108 Abs. 1 S. 2, Abs. 5, 105 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2, 97 Abs. 1

#### Entscheidung:

Beurkundet wurde der Beschluss einer GmbH über die Erhöhung des Stammkapitals um 16.270 € gegen Ausgabe von 16.270 Geschäftsanteilen zum Nominalwert von jeweils 1 €. Vorausgehend hatten die Gesellschafter der GmbH mit dem Übernehmer der Kapitalerhöhung ein Investment Agreement geschlossen, in dem sich der Übernehmer gegenüber den Gesellschaftern zu einer sonstigen Zuzahlung in die Kapitalrücklage der Gesellschaft nach § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB in Höhe von 7.076.961,90 € verpflichtet hatte. Der Notar berücksichtigte diese Zuzahlung bei der Bemessung des Geschäftswerts des Kapitalerhebungsbeschlusses.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung und die vom BGH zugelassene Sprungrechtsbeschwerde der GmbH gegen die Entscheidung des Landgerichts blieben erfolglos.

#### Anmerkung:

Die Frage, ob ein zwischen den Gesellschaftern und dem Übernehmer vereinbartes Aufgeld bei der Bemessung des Geschäftswerts der nachfolgenden Kapitalerhöhung zu Nominalwert

werterhöhend zu berücksichtigen ist, ist streitig. Dafür hat sich insbesondere das OLG München ausgesprochen.<sup>1</sup> Die kostenrechtliche Literatur hat sich dieser Auffassung überwiegend angeschlossen. Die Gegenmeinung wird von der Notarkasse angeführt.<sup>2</sup>

Der BGH folgt dem OLG München. Ausgangspunkt ist § 108 Abs. 1 S. 2 GNotKG, wonach ein Kapitalerhebungsbeschluss einen bestimmten Geldwert hat. Zur Ermittlung dieses Geldwerts kann im Rahmen des § 108 Abs. 1 S. 2, Abs. 5 GNotKG § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GNotKG herangezogen werden, nicht hingegen § 36 Abs. 1 GNotKG. § 97 Abs. 1 und Abs. 2 gilt subsidiär auch für Beschlüsse von Gesellschaftsorganen, und zwar unabhängig davon, ob diese als Tatsachenprotokoll nach §§ 36, 37 BeurkG oder nach den Vorschriften der §§ 8 ff. BeurkG protokolliert werden.

Maßgeblich sei nach dem BGH somit der „Wert des Rechtsverhältnisses“. Hierbei komme es darauf an, ob der „Gegenstand des Beschlusses geeignet ist, eine Wertverschiebung herbeizuführen“. Wenn der Wert der dem Übernehmer gewährten Geschäftsanteile ihren Ausgabebetrag übersteige, führe dies zu einer Wertverschiebung im Verhältnis der Geschäftsanteile untereinander. Wert des Rechtsverhältnisses sei somit der Wert des dem Übernehmer gewährten Geschäftsanteils. Die Summe von Nominalwert und Aufgeld liefere hierfür einen Anhaltspunkt.

Dieses Argument steht auf tönernen Füßen. Denn der Übernehmer der Kapitalerhöhung ist gegenüber den bisherigen Gesellschaftern gerade deshalb zur Zahlung des Aufgelds verpflichtet, damit es zu keiner Wertverschiebung kommt. Das Aufgeld bemisst sich nach dem Wert der Gesellschaft vor der Kapitalerhöhung. Würde der Übernehmer gegen Zahlung nur des Nominalbetrags zur Zeichnung zugelassen, würden die Anteile der bisherigen Gesellschafter im Wert gemindert. Der Sache nach

<sup>1</sup> OLG München v. 26.2.2018 – 32 Wx 405/17 Kost, ZIP 2018, 526 = RNotZ 2018, 419 = NZG 2018, 429.

<sup>2</sup> Strauß, MittBayNot 2018, 487, 488; Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rn 1339; Renner/Otto/Heinze/Heinze, Leipziger Kommentar zum GNotKG, 3. Aufl. 2021, § 108 Rn 27 bei Fn 27.

behandelt der BGH eine Kapitalerhöhung wie einen Austauschvertrag, wendet also § 97 Abs. 3 GNotKG auch auf Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert an. Damit setzt sich der Senat in Widerspruch zu seinem Obersatz, wonach nur § 97 Abs. 1 und Abs. 2 GNotKG auch für Beschlüsse gelten sollen.

Hinterm Horizont geht's weiter:

Roma locuta, causa finita. Die notarielle Praxis muss sich dem Judikat beugen. Was aber kann man im Interesse der Beteiligten tun?

Handelt es sich um eine GmbH, so empfiehlt sich die Zusammenbeurkundung von Beschluss und Investment Agreement. Zwar ist § 109 Abs. 1 GNotKG wegen § 110 Nr. 1 GNotKG nicht anwendbar. Es kommt aber zumindest zur Kostenminderung durch Gebührendegression. Geschäftswert ist damit nur der Wert des Investment Agreement, also das Doppelte der Summe von Nominalbetrag und Aufgeld. Urkundstechnisch kann das Investment Agreement als Anlage zur Urkunde genommen werden. Der elektronisch beglaubigten Abschrift für das Handelsregister sollte es dann nicht beigefügt werden. Die Übernahmeerklärungen könnten dann auch problemlos mitbeurkundet werden, denn sie sind zum Investment Agreement gegenstands-gleich. Das vereinfacht die Handhabung erheblich.

Zumeist wird im Zusammenhang mit dem Investment Agreement auch ein Konsortialvertrag zwischen den jetzigen und künftigen Gesellschaftern geschlossen (Gesellschaftervereinbarung oder Shareholders' Agreement). Dieses enthält neben Stimmbindungsvereinbarungen und Informationsrechten meist Bestimmungen zu Verfügungen über Geschäftsanteile an der Gesellschaft (z. B. Veräußerungsbeschränkungen, Vorerwerbsrechte, Mitveräußerungsrechte und -pflichten) und zur Verteilung eines Veräußerungs- bzw. Liquidationserlöses. Gerade die Bestimmungen zu Verfügungen und zur Erlösverteilung in Konsortialverträgen fallen kostenrechtlich erheblich ins Gewicht. Stünden diese Bestimmungen in der Satzung der Gesellschaft,

würden sie bei einer Satzungsneufassung schlicht unter § 108 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 105 Abs. 4 und Abs. 6 GNotKG fallen. Bei der Formulierung einer Erlöspräferenz für Investoren muss man den Betrag, den diese vorweg bekommen sollen, auch nicht ziffernmäßig ausweisen. Bestimmbarkeit reicht aus. Damit können Außenstehende nicht auf den Unternehmenswert rückschließen.

Mir ist schon seit Jahren unbegreiflich,<sup>3</sup> warum die anwaltliche Beratungspraxis zwar seit Jahren über die hohen Notarkosten bei Konsortialverträgen klagt, den Königsweg der Aufnahme in die Satzung jedoch nicht beschreitet. Könnte das daran liegen, dass dann die Transaktion insgesamt erheblich einfacher wird und die Anzahl der abrechenbaren Anwaltsstunden deutlich sinkt?

Schwieriger wird es bei der Aktiengesellschaft. Bei dieser sind Investment und Shareholders' Agreement grundsätzlich formfrei. Hier wird man um eine deutliche Kostensteigerung auch bei Hauptversammlungs-niederschriften wohl nicht herumkommen.

Sowohl bei der GmbH als auch bei der AG sollte jedoch die Mühsal des Notars mit dem Nachweis der Existenz- und Vertretungsbefugnis ausländischer Investoren mitbedacht werden. Meist sitzen diese aus steuerlichen Gründen auf irgendwelchen schönen Inseln mit Handelsregistern, die allenfalls dem Namen nach solche sind. Einen weit überwiegenden Teil seiner Arbeitszeit bei solchen Transaktionen verbringt der Notar damit, den beteiligten Anwälten begreiflich zu machen, welche Anforderungen § 55 Abs. 1 GmbHG an den Existenz- und Vertretungsnachweis ausländischer Übernehmer von Geschäftsanteilen stellt. Man staunt ohnedies über den Leichtsinn, mit dem die Kollegen selbst aufgrund von Vollmachten handeln, ohne sich vergewissert zu haben, ob diese überhaupt wirksam erteilt sind. Hier, so ließe sich ganz vorsichtig anmerken, könnte der BGH-Beschluss auch eine angemessene Honorierung dieser Mühen mit sich bringen.

Notar Dr. Oliver Vossius, München

<sup>3</sup> Vossius, ZHR 183 (2019) 86, 90.



## Nachrichten

### Fragen und Antworten zum MoPeG

#### Müssen GbR-Gesellschaftsverträge beurkundet werden oder nicht?

An der bisherigen Dogmatik ändert sich durch das MoPeG nichts. Der Gesellschaftsvertrag der GbR kann grundsätzlich formfrei geschlossen werden, es sei denn, aus anderen Vorschriften (insbesondere § 311b Abs. 1 S. 1 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG) folgt aufgrund des konkreten Gesellschaftszwecks eine Beurkundungsbedürftigkeit.

#### Ergeben sich Neuerungen für eine Zwei-Personen-GbR, wenn einer der Gesellschafter verstirbt?

Verbleibt nur noch ein Gesellschafter, so erlischt die Gesellschaft ohne Liquidation (§ 712a Abs. 1 S. 1 BGB n. F.). Das Gesellschaftsvermögen geht zum Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über, wenn er sich bis dahin gegenüber dem vorletzten Gesellschafter zur Übernahme bereit erklärt hat. *Diese Regelung gilt allerdings nur für die rechtsfähige GbR.*

#### Kann die Vertretungsbefugnis in der GbR in Zukunft entsprechend den Regelungen bei der GmbH ausgestaltet werden?

Ja, dies ist grundsätzlich möglich. So ist es beispielsweise möglich, Gesamtvertretung mit der Möglichkeit der Erteilung von Einzelvertretung und Befreiung von § 181 BGB durch Beschluss zu vereinbaren. Auch nach dem MoPeG ist im Personengesellschaftsrecht jedoch weiterhin der Grundsatz zu beachten, dass stets eine Vertretung durch die Gesellschafter gewährleistet sein muss.

#### Können bei der GbR einzelne Gesellschafter von der Vertretungsbefugnis ausgeschlossen werden?

Ja, dies ist möglich, beispielsweise mit Zustimmung aller Gesellschafter bereits im Gesellschaftsvertrag der GbR.

#### Ab wann kann ein Antrag auf Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister frühestens gestellt werden?

Der Antrag kann frühestens am 1.1.2024 gestellt werden, allerdings kann der Antrag grundsätzlich bereits vorher beim Notar beglaubigt werden, verbunden mit der Anweisung an den Notar (§ 57 BeurkG), diesen erst am 1.1.2024 einzureichen.

#### Wer ist für die Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister zuständig?

Nach § 707 Abs. 1 BGB n. F. sind die Gesellschafter für die Anmeldung zuständig. Die Einreichung muss gemäß § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 12 HGB n. F. in öffentlich-beglaubigter Form durch einen Notar erfolgen.

#### Ist Stellvertretung im Rahmen der Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister zulässig?

Nach h. M. ist dies zulässig, und zwar auch in Bezug auf die erforderliche Versicherung der mangelnden Voreintragung.

#### Ist bei der Anmeldung einer GbR stets (auch) die „abstrakte“ Vertretungsregelung anzumelden?

Nach § 707b Abs. 2 Nr. 3 BGB n. F. ist die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter anzumelden, unabhängig davon, ob gesellschaftsvertraglich (§ 720 BGB n. F.) eine von dem gesetzlichen Regelfall der Gesamtvertretungsbefugnis abweichende Regelung getroffen wurde oder nicht. Anzumelden ist daher die abstrakte Vertretungsregelung und im Übrigen konkret, wer vertretungsbefugt sein soll.

## Personen

### Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern

#### Ernennung zum Notarassessor

*Daniel Fabé*, zum 1.11.2023

*Dr. Tim Möller*, zum 1.11.2023

*Thilo Steinke*, zum 1.11.2023

### Notarkammer Sachsen

#### Ernennung zur Notarassessorin/ zum Notarassessor

*Anna Roidl*, zum 1.10.2023

*Patrick Zobel*, zum 1.10.2023

#### Ausscheiden aus dem Amt

Notarassessor *Michael Merkel*, zum 15.8.2023

### Notarkammer Thüringen

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notarin *Tatjana Schöppe*, Gotha, zum 31.10.2023

### Rheinische Notarkammer

#### Ernennung zur Notarin

Notarassessorin *Tanja Derks*, Tönisvorst, zum 1.12.2023

#### Amtssitzverlegung

Notar *Dr. Robert Kleba*, nach Köln, zum 1.11.2023

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar *Armin Ogilvie*, Tönisvorst, zum 30.11.2023

## Termine

### Notariatswissen Kompakt des Deutschen Notarverlags

#### Urkundenabwicklung von A-Z

Zeit: 15.2.2023 (10.00 bis 12.00 Uhr, 14.00 bis 16.00 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: *Frank Tondorf*

#### Erbrechtliche Nachfolge in Personengesellschaftsanteile

Zeit: 20.2.2024 (10.00 Uhr bis 12.30 Uhr)

Ort: Webinar

Referent: *Giuseppe Pranzo*

#### Personalmanagement in Zeiten des Fachkräftemangels

Zeit: 21.2.2024 (9.30 Uhr bis 13.30 Uhr)



**Ort:** Webinar

**Referentin:** Ronja Tietje

### Geldwäscheprävention – Die zukunftssichere Organisation im Notariat

**Zeit:** 4.3.2024 (10.00 Uhr bis 12.00 Uhr)

**Ort:** Webinar

**Referent:** André Elsing

### Der Notar als Führungskraft

**Zeit:** 12.3.2024 (9.30 Uhr bis 13.30 Uhr)

**Ort:** Webinar

**Referentin:** Ronja Tietje

**Kontakt:** Deutscher Notarverlag GmbH & Co. KG, Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn, Tel.: 0228/91911-85, E-Mail: service@notarverlag.de

### Save the Date: 34. Europäische Notarentage

Die österreichischen Notarinnen und Notare laden zu den 34. Europäischen

Notarentage vom 18. bis 19.4.2024 in Salzburg ein.

Im Fokus der Fachtagung am 19.4.2024 steht dieses Mal „Europas Digitale Dekade – Künstliche Intelligenz & digitale Transformation“. Im Zeitalter steigender Komplexität und rasanten Technologiewandels ändert sich auch die Art und Weise, wie wir leben, arbeiten und interagieren. Welche technologischen Möglichkeiten und regulatorischen Anforderungen müssen wir schaffen, um systemisches Vertrauen und Rechtssicherheit für Bürger und Unternehmen zu schaffen? Ein Dialog zwischen Technik und Recht ist gefragt. Bei der Konferenz in Salzburg möchten wir diesen Schwerpunkt setzen und Antworten in drei Diskussionsrunden finden.

Die Einladung mit dem detaillierten Programm ist seitens der Österreichischen Notariatskammer für März 2024 angekündigt.

### MoPeG und UmRUG – Erste Praxiserfahrungen

17. Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich Schiller-Universität Jena

**Zeit:** 26.4.2023 (ab 9.30 Uhr)

**Ort:** Aula der Universität, Fürstengraben 1, 07743 Jena

**Referenten:** Prof. Dr. Walter Bayer, Direktor des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Prof. Dr. Carsten Schäfer, Mannheim, Prof. Dr. Jan Lieder, Freiburg, Dr. Sophie Freier, Notarin in Borna, MR Dr. Eberhard Schollmeyer, BMJ, Berlin, Dr. Simon Weiler, Notar in München

**Kontakt:** Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Tel. 03641/9-42510, Fax: 03641/9-42512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

Deutscher Notarverein

### Herausgeberbeirat

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Thomas Diehn, LL. M. (Harvard), Hamburg  
Prof. Dr. Nicola Preuß, Düsseldorf  
Notar Dr. Christian Rupp, Ulm  
Richterin am BGH a. D. Prof. Dr. Johanna Schmidt-Räntsch, Karlsruhe, Kontrollbeauftragte beim UKRat  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

### Schriftleiter

Notar Dr. Michael Bernauer, Hof  
Notarassessor Andreas Kuhn, Berlin  
Notar Dr. Stefan Schmitz, Bonn

### Redaktion

Anke Harsch

### Fachredakteure

Personengesellschafts-, Vereins- und Stiftungsrecht  
Notar Christoph Aumann, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), Viechtach

### Steuerrecht

Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

### Bauträgerrecht

Notar Christian Esbjörnsson, Rosenheim

### Kapitalgesellschaftsrecht

Notar Dr. Theo Luy, Stuttgart  
Assessor Dr. Steffen Sorg, Stuttgart

### Wohnungseigentum

Notarin Dr. Friederike von Türckheim, LL. M. (Krakau), M. Jur. (Oxford), Hamburg

### Beurkundungs- und Berufsrecht

Notarassessor Eric Rauschenbach, Erfurt

### Erbrecht

Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

### Grundbuch

Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

### Notarkosten

Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

### Immobilienkauf

Notar a. D. Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan), München

### Vollmachten und unentgeltliche Zuwendungen

Notar Dr. Christian Vedder, Gunzenhausen  
Notar a.D. Dr. Richard Rachlitz, LL. M. (Stellenbosch), München

### Familienrecht

Notarin Dr. Karin Raude, Aachen

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: redaktion-notar@dnotv.de

### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

Deutscher Notarverlag GmbH  
Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn  
E-Mail: anzeigen@notarverlag.de

### Bezugspreis

Jahresabonnement:

Normalpreis bei Neuabschluss: Jährlich 251,10 EUR (zzgl. MwSt. zzgl. Versandkosten).

Vorzugspreis für Bestandsabonnenten:

Jährlich 162,00 EUR (zzgl. MwSt. zzgl. Versandkosten).

Einzelheft: 16,20 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Einzelheft: 16,20 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag.

Die Kündigungsfrist des Jahresabonnements ist sechs Wochen zum Ablauf des Jahresabonnements.

### Verlag

Deutscher Notarverlag

Rochusstraße 2–4, 53123 Bonn

Tel. 02 28 / 9 19 11 85

Fax 02 28 / 9 19 11 84

E-Mail: schwabe@notarverlag.de

### Koordination im Verlag

Bettina Schwabe

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweise

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.

Der Deutsche Notarverein, der Herausgeberbeirat, die Schriftleitung sowie die Autor\_innen erkennen vollumfänglich die Diversität der Gesellschaft und das Hoheitsrecht jedes einzelnen Menschen in der Frage, wie respektive als was sich dieser Mensch gelesen fühlt, an. Aus Gründen der besseren Lesbarkeit der Beiträge haben wir uns allerdings entschieden, die jeweiligen Texte im generischen Maskulinum zu verfassen.

Das neue Gebührenrecht  
für Notare  
Einführung, Synopse, Erläuterungen.

BeurkG  
DONot  
Kommentar

Urkundenabwicklung  
von A-Z  
Mitarbeiterleitfaden

literatur

## Die Immobilie im Erbrecht – Verbindung von prozessualen und vorsorgenden Aspekten

Krug/Daragan/Bernauer (Hrsg.), *Die Immobilie im Erbrecht*, C. H. Beck Verlag, 2. Aufl. 2023, Hardcover (in Leinen), XLVIII, 558 Seiten, 149 €, ISBN 978-3-406-79620-3.

Das Immobiliarsachenrecht und das Erbrecht gehören zu den Kernthemen des notariellen Berufsalltags. Das vorliegende Werk unternimmt den Versuch, diese beiden Bereiche zu verbinden, wobei der eigentliche Fokus auf dem Erbrecht liegt.

Die erste Auflage erschien bereits im Jahr 2009. Die seitdem erfolgten Gesetzesänderungen sind zahlreich; zu nennen sind etwa die vollständige Neufassung des Betreuungsrechts mit Wirkung zum 1.1.2023, das Inkrafttreten der Europäischen Erbrechtsverordnung, zahlreiche Änderungen im Geldwäschegesetz wie die Einführung des neuen § 16a GwG, aber auch zahlreiche steuerliche Neuregelungen wie etwa die ImmoWertV 2021. Neben den zahlreichen gesetzlichen Änderungen und den damit verbundenen Aktualisierungen kam es in der nun vorliegenden zweiten Auflage auch zu einer personellen Änderung. Mit der Aufnahme von Notar *Dr. Michael Bernauer* in den Kreis der Autoren wurde zugleich auch das Spektrum der wissenschaftlichen und praktischen Betrachtung erweitert. Nachdem die Autoren der Erstauflage der Rechtsprechung und der Anwaltschaft angehören, erfolgt nun eine begrüßenswerte Fokussierung auch auf Aspekte der vorsorgenden Rechtspflege.

Das Werk unterteilt sich in insgesamt zwanzig Abschnitte, die nach Paragraphen gegliedert sind. Die Autoren geben zunächst einer umfassenden Einführung den nötigen Raum. In den ersten vier Abschnitten werden allgemeine Grundlagen zum Grundstücksrecht, zur steuerlichen Behandlung von Grundstücken und zum Grundbuchverfahrensrecht erläutert. Der weitere Aufbau ist hauptsächlich an den jeweiligen Verfahren orientiert. Nach Meinung des *Rezensenten* wäre es stringent gewesen, die Aspekte der vorsorgenden Rechtspflege, namentlich die verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Zuwendung von Immobilien bei

der Errichtung von letztwilligen Verfügungen, systematisch an den Anfang der Darstellung zu stellen.



der Errichtung von letztwilligen Verfügungen, systematisch an den Anfang der Darstellung zu stellen. Sodann arbeitet sich das Werk an allen denkbaren Konstellationen ab, wobei der klare Schwerpunkt auf der Abwicklung des Nachlasses liegt. Spannend wird die Darstellung vor allem dann, wenn anwaltliche und notarielle Aufgaben zusammenfließen. So wird etwa in § 6 Rn 121 die Erbauseinandersetzung thematisiert. Dort verbinden sich Erwägungen zur Klage eines Miterben mit der späteren grundbuchlichen Umsetzung. Da nach der Rechtsprechung die Auflassung trotz des bereits ergangenen Urteils vor einem Notar erklärt werden muss, greifen an dieser Stelle anwaltliche und notarielle Tätigkeit ineinander. Hier sind insbesondere die wertvollen Hinweise des Verfassers zur rechtlichen Umsetzung hervorzuheben. Zu Recht wird betont, dass es auch in einer solchen Konstellation ratsam ist, eine Auflassungsvormerkung zum Schutz für den Miterben eintragen zu lassen.

Aus notarieller Perspektive interessant ist ferner auch § 11, der sich mit der Immobilie im Pflichtteilsrecht beschäftigt. Die hier angesprochenen Aspekte lassen für den notariellen Bereich wichtige Rückschlüsse darauf zu, für welche Themenkreise ein gutes Testament bzw. ein Erbvertrag Vorsorge treffen muss. Gerade bei Nachlässen, die im Wesentlichen aus einer Immobilie bestehen, ist die notarielle Gestaltung noch zu Lebzeiten unerlässliches Mittel zur Streitvermeidung und insbesondere zum Schutz vor einem durch die Pflichtteilslast ausgelösten Zwangsverkauf der Immobilie.

Die abschließenden Abschnitte (§§ 17–20) befassen sich dann eingehend mit den steuerlichen Aspekten im Zusammenhang mit der Immobilie und dem Erbfall. Die

Ausführungen sind auch für den notariellen Rechtsberater von großem Wert, denn wie so oft ist meist das Steuerrecht Triebfeder und Beweggrund der Beteiligten, so dass auch der notarielle Rechtsberater gut daran tut, sich die steuerlichen Zusammenhänge vor Augen zu führen.

Abgerundet wird das Werk durch eine Vielzahl sehr ansprechender Muster, die insbesondere – aber nicht ausschließlich – für Anwälte und Anwaltsnotare, die einen Erbfall ggf. auch im gerichtlichen Verfahren betreuen, eine erhebliche Arbeitserleichterung darstellen können. Für die notarielle Praxis finden sich insbesondere Muster betreffend die Anordnung von Vermächtnissen sowie die Vermächtniserfüllung (§ 8 Rn 123 ff.).

Zusammenfassend sticht das Werk besonders dadurch heraus, dass es verschiedene Materien miteinander verbindet, die allesamt im Zusammenhang mit der Abwicklung eines Nachlasses stehen, in dem sich eine oder mehrere Immobilien befinden. Dieser besondere Zuschnitt stellt ein Alleinstellungsmerkmal dar, gerade auch deshalb, weil einige Konstellationen behandelt werden, die nicht zur täglichen Praxis der meisten Berufsträger gehören. Das Werk gibt dabei einen guten Überblick über ein insgesamt weites Feld der anwaltlichen wie notariellen Beratungspraxis, ohne sich in Einzelfragen zu verlieren.

Durch die Aufnahme des weiteren Autors hat die vorsorgende Rechtspflege in der Darstellung zu Recht erheblich hinzugewonnen. Die interessierte Notarin bzw. der interessierte Notar darf das Werk auch als Mahnung und zugleich als Aufgabenstellung für eine gelungene letztwillige Verfügung begreifen, da es doch gerade die typischen Folgen einer unzureichenden Nachlassreglung aufzeigt. Durch seinen besonderen Zuschnitt und die Verbindung verschiedener rechtlicher Bereiche zeichnet sich das Werk besonders aus und kann jedem im Erbrecht tätigen Juristen zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor Dr. Claus Ulrich Beisel,  
Ettlingen