

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 707, 707b, 712a; EGBGB Art. 229 § 21; GBO § 40 – GbR: „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters; keine Eintragung einer im Grundbuch eingetragenen GbR ins Gesellschaftsregister

GmbHG §§ 35, 53, 54, 10 Abs. 1 S. 2; BGB § 181 – Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB an Geschäftsführer; Fortdauer der Befugnis/Befreiung nach Abschaffung der Satzungsgrundlage

Rechtsprechung

BGB §§ 164 Abs. 1 S. 1, 181, 1922 Abs. 1; GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1 – Fortbestehen der transmortalen Vollmacht des Alleinerben nach dem Erbfall

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 707, 707b, 712a; EGBGB Art. 229 § 21; GBO § 40

GbR: „Anwachsung“ des Gesellschaftsvermögens wegen Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters; keine Eintragung einer im Grundbuch eingetragenen GbR ins Gesellschaftsregister

I. Sachverhalt

A und B sind Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Die GbR ist noch nicht im Gesellschaftsregister eingetragen. Die Gesellschaft ist Eigentümerin eines Grundstücks. Im Grundbuch ist sie als GbR unter Nennung beider Gesellschafter eingetragen. A und B möchten den Grundbesitz der GbR in eine KG überführen. Hierzu soll eine KG gegründet wer-

den und sollen die Anteile von A und B an der GbR in die KG eingebracht werden. Durch das liquidationslose Erlöschen der GbR infolge der Anteilsvereinigung und die damit verbundene Gesamtrechtsnachfolge soll das Grundstück auf die KG übergehen.

II. Frage

Ist eine Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister sowie eine Richtigstellung des Grundbuchs erforderlich, damit die beabsichtigte Anwachsung grundbuchlich vollzogen werden kann?

III. Zur Rechtslage

1. Die Voreintragungsobliegenheit gem. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB

Für Bestandsgesellschaften – die am 1.1.2024 nach § 47 Abs. 2 S. 1 GBO a. F. im Grundbuch eingetragen sind – enthält Art. 229 § 21 EGBGB eine Übergangsregelung (Meier, NJW 2024, 465; OLG Celle, Beschl. v. 16.4.2024 – 20 W 23/24, BeckRS 2024, 10692; Art. 229 § 21 EGBGB gilt dagegen nicht für bloße Richtigstellungen des Grundbuchs in Folge des Rechtsformwech-

sels einer im Grundbuch verlautbarten GbR, z.B. in eine KG, OLG München BeckRS 2024, 10808 Rn. 16). Gem. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB sollen Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffen, nicht erfolgen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister eingetragen und daraufhin nach den durch das Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436 – im Folgenden MoPeG) geänderten Vorschriften im Grundbuch eingetragen ist.

Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB steht insbesondere im Zusammenhang mit § 47 Abs. 2 GBO n. F. und begründet wie die letztgenannte Norm (vgl. dazu KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2024, § 47 Rn. 47) ein **rein grundbuchverfahrensrechtlich wirkendes** (BT-Drucks. 19/27635, S. 108; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 323; vgl. auch KEHE/Keller, § 47 Rn. 47) **Voreintragungserfordernis** in Bezug auf Eintragungen im Grundbuch unter Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB erfasst die GbR v.a. als verlierenden Teil („Veräußererkonstellation“), § 47 Abs. 2 GBO erfasst die GbR als gewinnenden Teil („Erwerberkonstellation“) im Grundbuchverfahren.

2. Rechtsübergang „auf andere Weise“

Neben dem (Haupt-)Fall der Veräußerung von Rechten durch die GbR (dazu zuletzt OLG Celle BeckRS 2024, 10692) werfen diejenigen Fälle Fragen auf, in denen eine GbR ein (Recht an einem) Grundstück „auf andere Weise“ erwirbt oder verliert. Diese Konstellationen werden im Folgenden untersucht.

Die Regierungsbegründung zu Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB hat insbesondere Fälle vor Augen, in denen eine GbR ein ihr gehörendes Recht veräußert oder „*das Recht auf andere Weise auf eine andere Person übergeht*“ (BT-Drucks. 19/27635, S. 216). Zum umgekehrten Fall, dass eine GbR „*auf andere Weise*“ eine Rechtsposition **erwirbt**, verhält sich die Gesetzesbegründung (auch zu § 47 Abs. 2 GBO n. F.) nicht.

Zunächst ist von Interesse, welche konkreten Vorgänge mit dem Rechtsübergang „auf andere Weise“ gemeint sein können. Genannt werden insbesondere **Erbfall, Anwachsungs- und Umwandlungsvorgänge** (Wobst, ZPG 2023, 58; Freier, in: Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 3 Rn. 695 ff.), wobei danach zu differenzieren ist, ob die GbR „verlierender“ oder „gewinnender“ Teil ist.

a) Denkbare Konstellationen des *Erwerbs eines Rechts durch eine GbR*

aa) Von vornherein ausgeschlossen ist der Erwerb von

Grundstücksrechten im Wege der **umwandlungsrechtlichen Universalsukzession** durch eine nicht registrierte GbR (§§ 20 Abs. 1 Nr. 1, 131 Abs. 1 UmwG). Denn die nicht registrierte GbR kann weder Ausgangs- noch Zielrechtsträger einer Verschmelzung oder Spaltung sein (vgl. §§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 124 Abs. 1 UmwG).

Die bis zum 31.12.2023 bestehende (einzige) Möglichkeit der nicht registrierten GbR, an einer Umwandlung beteiligt zu sein, nämlich als Zielrechtsträger eines **Formwechsels** (§ 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG a. F.), führte nicht zum Rechtserwerb durch die Ziel-GbR, sondern lediglich zu einem Wechsel des Rechtsträgers von einer Kapitalgesellschaft in eine GbR (§ 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG).

bb) Denkbar bleibt der Erwerb von Vermögenswerten im Wege der **Gesamtrechtsnachfolge gem. § 1922 BGB** durch eine nicht registrierte **GbR als Erbin** (Bolkart, MittBayNot 2023, 319, 323; zur Erbfähigkeit der GbR BeckOGK-BGB/Kell, Std.: 1.11.2020, § 718 Rn. 39 m. w. N.).

cc) Weiterhin stellt sich die Frage, welche Fälle gemeint sein können, in denen die GbR im Wege der **Anwachsung** erwirbt. Zu denken ist insbesondere an den Fall, in dem eine GbR Gesellschafterin einer als Eigentümerin im Grundbuch eingetragenen Personengesellschaft ist und sodann alle weiteren Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden, sei es durch Abtretung, sei es durch Austritt (§ 712a Abs. 1 BGB). In diesem Fall erlischt die Personengesellschaft ohne Liquidation (§ 712a Abs. 1 S. 1 BGB, ggf. i. V. m. § 105 Abs. 3 HGB) und das gesamte Gesellschaftsvermögen geht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge **auf die GbR** als letzte verbleibende Gesellschafterin über (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB).

dd) Der Grundgedanke des § 47 Abs. 2 GBO n. F., ab dem 1.1.2024 allgemein neue Eintragungen für nicht registrierte GbRs zu verhindern, greift uneingeschränkt auch bei den vorstehend aufgezählten Erwerbsvorgängen, die sich materiell-rechtlich außerhalb des Grundbuchverfahrens vollziehen. Dies dürfte der – soweit ersichtlich – allgemeinen Ansicht entsprechen (Wobst, ZPG 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2023, 319, 323; Aumann, notar 2022, 99, 104; Freier, § 3 Rn. 695 ff.). Uns sind keine Gründe ersichtlich, warum in derartigen Fällen eine Ausnahme von § 47 Abs. 2 GBO eingreifen könnte.

b) *Verlust eines Rechts durch eine GbR „auf andere Weise“: Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters*

In der Literatur werden darüber hinaus die umgekehrten Konstellationen diskutiert, in denen eine GbR ihre im Grundbuch eingetragenen Rechte durch Erwerbs-

vorgänge außerhalb des Grundbuchs verliert (Schäfer/Hermanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2023, § 2 Rn. 43).

Aus den Ausführungen in lit. a folgt, dass insoweit nur ein einziger Fall denkbar ist. Denn die GbR kann kein Vermögen vererben und Umwandlungsvorgänge sind aus denselben Gründen, wie in lit. a sublit. aa geschildert, nicht möglich: Die nicht registrierte GbR kann generell nicht Ausgangsrechtsträger von Umwandlungsvorgängen sein (dies tendenziell wohl übersehend Bolkart, MittBayNot 2023, 319, 328 und Schäfer/Hermanns, § 2 Rn. 43; zutreffend dagegen Kratzlmeier, ZFiR 2023, 197, 204).

Der **einzige verbleibende Fall ist das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters** aus einer im Grundbuch als Rechtsinhaberin eingetragenen GbR. Das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters führt gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB (wegen des Verbots bzw. der systemischen Nichtexistenz der Ein-Personen-Personengesellschaft) **zum liquidationslosen Erlöschen der GbR** (vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 147; Wertenbruch, ZPG 2023, 1, 3). Das Gesellschaftsvermögen geht zum Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter über (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB). Materiellrechtlich wird damit der verbleibende Gesellschafter im Moment des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters zum Alleineigentümer des vorher im Gesellschaftsvermögen befindlichen Immobilieneigentums. Das Grundbuch wird dadurch unrichtig i. S. v. § 894 BGB und muss im Wege des § 22 GBO berichtigt werden.

3. Keine Voreintragungsobliegenheit bei liquidationslosem Erlöschen der GbR nach § 712a Abs. 1 S. 1 BGB

Im hier zur prüfenden Sachverhalt erlischt die GbR ohne Liquidation, da die GbR infolge der Einbringung ihrer Anteile in die KG nur noch einen Gesellschafter hätte, § 712a Abs. 1 S. 1 BGB. Gem. § 712a Abs. 1 S. 2 BGB geht das Vermögen der Gesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den letzten verbleibenden Gesellschafter über. Die ganz h.M. verneint das Erfordernis der Voreintragung in diesem Fall (Wobst, ZPG 2023, 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328 f.; Krauß, notar 2023, 339; Luy/Sorg, DNotZ 2023, 657, 672; Kramer, FGPrax 2023, 193, 196; Kratzlmeier, ZFiR 2023, 197, 204; tendenziell auch Aumann, notar 2022, 99, 104), während eine ebenfalls vertretene Gegenansicht an einem angeblichen Voreintragungserfordernis festhält (ausdrücklich zu § 712a Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB nur MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 707 Rn. 43; nicht eindeutig Freier, § 3 Rn. 695 ff., die zwar davon ausgeht, dass keine Ausnah-

men von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB denkbar sind, allerdings nicht klarstellt, ob damit auch der Fall des § 712a Abs. 1 S. 2 BGB gemeint ist). *Hermanns* ist der Ansicht, dass bei Verlust eines Rechts der GbR im Wege der Anwachsung das Voreintragungserfordernis des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB eingreift (Schäfer/Hermanns, § 2 Rn. 43). Allerdings konkretisiert er nicht, dass tatsächlich der einzige denkbare Fall derjenige des § 712a Abs. 1 S. 2 BGB ist, der aber gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB zum Erlöschen der Gesellschaft führt. Er spricht vielmehr nur vom Verlust eines Rechts durch Anwachsung oder durch Umwandlungsvorgänge, ohne explizit § 712a BGB zu erwähnen (Schäfer/Hermanns, § 2 Rn. 43). Explizit für den Verlust eines Rechts durch Anwachsung nach § 712a BGB vertritt wohl nur *Schäfer*, dass gleichwohl eine Voreintragung der GbR erforderlich ist (MünchKommBGB, § 707 Rn. 43).

Die Ansicht, die ein Voreintragungserfordernis bei Verlust eines gebuchten Rechts gem. § 712a Abs. 1 S. 1 und S. 2 BGB bejaht, scheint zu übersehen (oder die daraus folgenden Konsequenzen nicht zu bedenken), dass nach Erlöschen der Gesellschaft gem. § 712a BGB kein eintragungsfähiges Rechtssubjekt mehr existiert, welches im Gesellschaftsregister (als Subjektsregister) eingetragen werden könnte. Es liegt auf der Hand, dass eine **regis-terrechtliche Anmeldung einer „Nicht-Gesellschaft“** – mit einer „Nicht-Anschrift“ an einem „Nicht-Sitz“ durch „Nicht-Gesellschafter“ mit „Nicht-Vertretungsbefugnis“ nach §§ 707 BGB, 3 GesRV – **nicht zulässig** sein kann. Auch die Versicherung, dass eine nicht (mehr) existierende Gesellschaft nicht in einem anderen Register registriert ist (§ 707 Abs. 1 Nr. 4 BGB), ergibt keinerlei Sinn. Die Anmeldung der Gesellschaft gem. §§ 707 BGB, 3 GesRV kann daher nicht mehr erfolgen. Die Ersteintragung einer bereits inexistenten Gesellschaft kennt das Registerverfahren nicht.

Aber auch unter der unterstellten Annahme, dass die Erstanmeldung einer gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB erloschenen GbR vom Registergericht nicht als unzulässig zurückgewiesen werden würde, könnte die anschließende „Richtigstellung“ im Grundbuch die der Voreintragung nach der Gesetzesbegründung zukommenden Funktionen evident nicht erfüllen. Die Voreintragung der GbR bedarf nach der Gesetzesbegründung einer normativen Rechtfertigung (BT-Drucks. 19/27635, S. 109), es handelt sich beim Voreintragungserfordernis nicht um einen reinen Selbstzweck. Die Voreintragung der Gesellschaft „*liegt im Interesse des Rechtsverkehrs an Publizität hinsichtlich Existenz, Identität und ordnungsgemäßer Vertretung der Gesellschaft*“. Insbesondere werde dadurch trotz Aufhebung des § 899a BGB ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht (BT-Drucks. 19/27635, S. 109). Vor diesem Hintergrund wird ganz besonders deutlich,

dass eine „Richtigstellung“ des Grundbuchs auf eine nicht existierende Gesellschaft keinen Sinn ergeben kann. Denn es steht ja außer Frage, dass die Gesellschaft materiell-rechtlich nicht mehr existiert (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB), so dass sie überhaupt nicht mehr vertreten werden kann und dass ein rechtsgeschäftlicher Erwerb von ihr in jeglicher Hinsicht ausgeschlossen ist, weil sie keinerlei rechtserhebliche (Willens-)Erklärungen abgeben kann. Von einer „Richtigstellung“ des Grundbuchs kann vor diesem Hintergrund sicherlich nicht gesprochen werden. Grundbuchverfahrensrechtlich lassen sich die Überlegungen dadurch unterfüttern, dass eine nicht existierende Gesellschaft naturgemäß keine Zustimmung gem. § 22 Abs. 2 GBO abgeben kann, die aber erforderlich wäre, um sie im Wege des Richtigstellungsverfahrens nach Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB im Grundbuch eintragen lassen zu können.

Wir halten es aus den vorgenannten Gründen auch **nicht für zutreffend**, im vorliegenden Zusammenhang **von einer teleologischen Reduktion** des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB oder einer **Analogie** zu § 40 GBO zu sprechen. Es handelt sich vielmehr um eine Konstellation, die ohne Verstoß gegen den Wortlaut der Norm bereits denklogisch nicht in den Anwendungsbereich von Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB fällt.

Unter keinem denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt kann daher erwogen werden, eine gem. § 712a Abs. 1 S. 1 BGB erloschene Gesellschaft erst (als bereits erloschene Gesellschaft!) in das Gesellschaftsregister eintragen zu lassen, nur um sodann das Grundbuch auf eine bereits nicht mehr existente Gesellschaft „richtigzustellen“, bevor dann das Grundbuch in der Weise berichtigt werden kann, dass der letzte verbleibende Gesellschafter als Rechtsinhaber eingetragen wird.

4. Zum Verfahren der Grundbuchberichtigung

Es bleibt zu klären, wie das Grundbuch nun auf die KG berichtigt werden kann. Nach der derzeit wohl herrschenden Ansicht ist im Falle der Anwachsung aufgrund einer analogen Anwendung des Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB eine bloße **Berichtigungsbewilligung** (§ 19 GBO) **der im Grundbuch gem. § 47 Abs. 2 GBO a. F. eingetragenen Gesellschafter** für die Grundbuchberichtigung ausreichend (Wobst, ZPG 2023, 58, 61; Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 328 f.).

Für die Grundbuchberichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) ohne Unrichtigkeitsnachweis muss weiterhin in der Berichtigungsbewilligung die Unrichtigkeit schlüssig dargetan (nicht aber glaubhaft gemacht) werden (Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2020, § 22 Rn. 109 m. w. N.). Dies ist der Fall, wenn das

tatsächliche Vorbringen, als richtig unterstellt, den Antrag rechtfertigt (Meikel/Böttcher, § 22 Rn. 109). Nur bei begründeten Zweifeln darf der Rechtspfleger einen Unrichtigkeitsnachweis (§ 22 Abs. 1 GBO) verlangen (Meikel/Böttcher, § 22 Rn. 109). Für den vorliegenden Fall der Anwachsung nach § 712a Abs. 1 S. 1 BGB sollte daher aus der Berichtigungsbewilligung hervorgehen, dass sich im Zuge der Abtretung nunmehr alle Anteile an der Gesellschaft in einer Person (hier: der KG) vereinigt haben.

5. Ergebnis

„Auf sonstige Weise“ kann die GbR ein im Grundbuch verlaubarbares Recht ausschließlich durch Anwachsung aufgrund Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters verlieren (§ 712a Abs. 1 S. 2 BGB), was gleichzeitig zum liquidationslosen Erlöschen der Gesellschaft führt (§ 712a Abs. 1 S. 1 BGB). An Umwandlungsmaßnahmen kann die nicht registrierte GbR dagegen nicht beteiligt sein (weder als übertragender noch als übernehmender Rechtsträger).

Geht ein im Grundbuch verlaubarbares Recht im Wege der Anwachsung gem. § 712a Abs. 1 S. 2 BGB auf den letzten verbleibenden Gesellschafter über, dann kann die nach § 712a Abs. 1 S. 1 BGB liquidationslos erloschene GbR nicht mehr im Gesellschaftsregister registriert werden. Dementsprechend kommt auch eine Richtigstellung des Grundbuchs auf die erloschene GbR nicht in Betracht. Im hier untersuchten Fall muss bzw. kann die (nicht mehr existente) GbR also nicht im Gesellschaftsregister eingetragen werden und auch das Grundbuch ist nicht (vor Eintragung der KG) auf die „eGbR“ richtigzustellen.

GmbHG §§ 35, 53, 54, 10 Abs. 1 S. 2; BGB § 181

Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis und Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB an Geschäftsführer; Fortdauer der Befugnis/Befreiung nach Abschaffung der Satzungsgrundlage

I. Sachverhalt

1. Var.: Ein Geschäftsführer wurde unmittelbar in der Satzung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

2. Var.: Ein Geschäftsführer wurde durch einfachen Gesellschafterbeschluss auf Grundlage einer Satzungsermächtigung von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

3. Var.: Einem Geschäftsführer wurde durch einfachen Gesellschafterbeschluss auf Grundlage einer Satzungsermächtigung Einzelvertretungsbefugnis erteilt.

Die jeweilige Satzungsgrundlage wird durch Satzungsänderungsbeschluss aufgehoben und die Satzungsänderung wird im Handelsregister eingetragen. Weiter geschieht nichts.

II. Frage

Besteht die Befreiung von § 181 BGB bzw. die Einzelvertretungsbefugnis fort?

Der Notar verweist in diesem Zusammenhang auf die Entscheidung des AG Düsseldorf, Beschl. v. 18.2.2021 – 88 AR 3208/20 (BeckRS 2021, 17058).

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Gem. § 35 Abs. 2 S. 1 GmbHG bedarf jede Abweichung von der Gesamtvertretungsbefugnis der GmbH-Geschäftsführer einer **Satzungsgrundlage** (vgl. auch MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 4. Aufl. 2023, § 35 Rn. 139); ebenso sieht es die Rechtsprechung im Hinblick auf die generelle Befreiung eines Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB (s. etwa OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 1073 Rn. 10; vgl. auch – krit. – Beurskens, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 37 Rn. 66; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 35 Rn. 52 – jew. m. w. N.; zur Befreiung des Alleingesellschaftergeschäftsführers s. noch § 35 Abs. 3 GmbHG; hier soll selbst bei der Einzelfallbefreiung eine Satzungsgrundlage erforderlich sein, vgl. BGH DStR 2000, 697 m. Anm. Goette). In beiden Fällen genügt eine Satzungsgrundlage, etwa eine Öffnungsklausel, die die Gesellschafterversammlung ermächtigt, das eine oder andere auszusprechen (zur Erteilung von Einzelvertretungsbefugnis: BGH NJW 1975, 1741; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 37; zur Befreiung: OLG Nürnberg NJW-RR 2015, 1073 Rn. 10; Heckschen/Heidinger/Blath, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 6 Rn. 510). Freilich kann die Satzung Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung von § 181 BGB **auch von vornherein für alle Geschäftsführer oder unmittelbar personenbezogen** für einzelne aussprechen (wie hier in Var. 1; vgl. BeckOGK-GmbHG/Bayer/J. Schmidt, Std.: 15.3.2024, § 35 Rn. 145; Heckschen/Heidinger/Blath, Kap. 6 Rn. 510). Als echte Satzungsbestimmung begegnet die personenbezogene Befreiung zwar seltener, sie ist als solche aber durchaus möglich (zur Einordnung der Befreiung im Musterprotokoll als echte Satzungsbestimmung

s. noch Herrler, GmbHR 2010, 960, 964; Heidinger/Blath, ZNotP 2010, 376, 383).

2. Folge einer Abschaffung der Satzungsgrundlage

Unseres Erachtens dürfte zwischen der Abschaffung einer Öffnungsklausel und einer unmittelbar personenbezogenen Vertretungs-/Befreiungsregelung **zu differenzieren** sein.

a) Öffnungsklausel

Wird die statutarische Möglichkeit, Geschäftsführern Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung von § 181 BGB zu erteilen, durch Satzungsänderung (§§ 53, 54 GmbHG) wieder abgeschafft, so wirkt sich dies u. E. nicht automatisch auf die einem Geschäftsführer konkret erteilte Befugnis aus. Beseitigt wird allein die Möglichkeit, *künftige* Geschäftsführer mit dieser Befugnis auszustatten. Die Satzungsänderung richtet sich also genau betrachtet gar **nicht gegen die erteilte Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung**. Anderes würde nur gelten, wenn die Satzungsänderung zugleich als konkludente Entziehung der erteilten Befugnis auszulegen wäre. Dies lässt sich der bloßen Abschaffung der Satzungsgrundlage aber nicht ohne Weiteres entnehmen.

Die Fortgeltung der Einzelvertretungsbefugnis/Befreiung steht auch nicht im Widerspruch zur Handelsregistereintragung (vgl. § 10 Abs. 1 S. 2 GmbHG): Als Teil der abstrakten Vertretungsregelung wird nämlich die bloße Öffnungsklausel (Ermächtigung der Gesellschafterversammlung o. Ä.) nicht eingetragen, lediglich die konkret erteilte Befugnis (OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 165; Krafka, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rn. 952). Der abstrakten Vertretungsregelung im Handelsregister sollte demnach gar nichts darüber zu entnehmen sein, ob Geschäftsführer aufgrund einer Satzungsermächtigung Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung erlangen können.

Die genannte Entscheidung des AG Düsseldorf (BeckRS 2021, 17058; bestätigt im Nachgang durch OLG Düsseldorf NZG 2021, 1027) ist u. E. zu knapp, um tragfähige Aussagen zu liefern. Rn. 7 der Entscheidung („Der Wegfall der Möglichkeit einer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in einer normalen GmbH-Satzung infolge Satzungsänderung führt ja auch zu einer Änderung der besonderen Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers, dem unter der alten Satzung die Befreiung zugesprochen worden war.“) steht der vorliegend geäußerten Ansicht aber *prima facie* entgegen. Sollte tatsächlich gemeint sein, dass die Abschaffung der Öffnungsklausel eine konkret erteilte Befreiung beseitigt, so halten wir dies für falsch. Zu bedenken ist, dass die in Bezug genommene Kommentierung von *Fastrich* (in: Baumbach/Hueck,

GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 59 f.) die Befreiung im Musterprotokoll betrifft und die Ansicht aufgreift, dass diese Befreiung bei Bestellung weiterer Geschäftsführer entfällt (OLG Stuttgart NZG 2009, 754, 755; OLG Nürnberg DNotI-Report 2015, 133). Möglicherweise wird hier schlicht eine Aussage zum Musterprotokoll in fragwürdiger Weise pauschalisiert (wobei man bereits die Entscheidungen zum Wegfall der Befreiung des ersten Musterprotokoll-Geschäftsführers kritisch hinterfragen kann, vgl. Heidinger/Blath, ZNotP 2010, 402, 403; BeckOK-GmbHG/C. Jaeger, Std.: 1.2.2024, § 2 Rn. 76).

b) Unmittelbar personenbezogene Befreiung

Erhält der Geschäftsführer Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung aufgrund einer echten Satzungsbestimmung und wird diese Bestimmung nachträglich aufgehoben, so ist die Angelegenheit u. E. anders zu beurteilen: Hier richtet sich die Satzungsänderung auf die Bestimmung selbst, die die Befugnis verleiht. Diese Bestimmung bietet nicht lediglich die Grundlage für die Verleihung der Befugnis, sondern trägt die Befugnis in sich. Insofern liegt es u. E. nahe, dass eine Aufhebung der Satzungsbestimmung **auch eine Aufhebung der Befugnis** mit sich bringt.

Das dürfte ebenso bei einer nicht unmittelbar personenbezogenen Befugnis der Fall sein. Denn auch eine Bestimmung, wonach etwa sämtliche Geschäftsführer der GmbH einzelvertretungsberechtigt und befreit sind, ist zugleich der Geltungsgrund ebendieser Befugnisse. Wenn sie aufgehoben wird, dürfte wieder die gesetzliche Grundregel wirksam sein.

3. Fazit

Eine aufgrund statutarischer Öffnungsklausel erteilte Einzelvertretungsbefugnis oder Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB gilt u. E. auch dann fort, wenn die Öffnungsklausel durch Satzungsänderung wieder abgeschafft wird. Hingegen dürfte eine Vertretungsbefugnis oder Befreiung hinfällig sein, wenn sie unmittelbar Gegenstand einer generellen oder personenbezogenen Satzungs-klausel ist und diese aufgehoben wird.

Rechtsprechung

BGB §§ 164 Abs. 1 S. 1, 181, 1922 Abs. 1; GBO §§ 29 Abs. 1, 35 Abs. 1

Fortbestehen der transmortalen Vollmacht des Alleinerben nach dem Erbfall

1. Die Legitimationswirkung einer transmortalen Vollmacht für Verfügungen, die der Bevollmächtigte

te nach dem Tod des als Eigentümer eingetragenen Vollmachtgebers vornimmt, entfällt nicht dadurch, dass der Bevollmächtigte dessen Alleinerbe geworden sein kann.

2. Das Grundbuchamt darf beim grundbuchlichen Vollzug einer Eigentumsübertragung, die der transmortal Bevollmächtigte unter Berufung auf seine Vollmacht vornimmt, dessen Erbenstellung vielmehr nur dann berücksichtigen, wenn sie in der Form des § 35 GBO nachgewiesen ist.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 25.3.2024 – 15 Wx 2176/23

Problem

Der im Jahr 2022 verstorbene Grundstückseigentümer E hatte seiner Ehefrau F notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht unter Befreiung von § 181 BGB erteilt. Die Vollmacht galt über den Tod des E hinaus (sog. transmortale Vollmacht). F wurde Alleinerbin des E. Im Jahr 2023 schloss F einen notariell beurkundeten Vertrag über die Übertragung eines Nachlassgrundstücks des E an sich selbst. Auf Veräußererseite handelte F unter Vorlage der Vollmacht ausdrücklich für die Erben des verstorbenen E. Zu diesem Zeitpunkt lag noch kein grundbuchtauglicher Nachweis der Erbfolge vor. Das Grundbuchamt hielt die Auffassung für unwirksam, weil die Vollmacht des E an F aufgrund der Alleinerbenstellung der F mit dem Erbfall per Konfusion erloschen sei.

Entscheidung

Der transmortal Bevollmächtigte handelt aus vom Erblasser abgeleitetem Recht. Im Falle seines Handelns nach dem Tod des Erblassers werden jedoch nach ganz h. A. hierdurch nicht mehr der Erblasser, sondern die *Erben* vertreten (BGH NJW 1983, 1487; OLG München ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140).

Nach dem OLG Nürnberg ist die Übertragung des Eigentums am Nachlassgrundstück durch F als Stellvertreterin der Erben des E an sich selbst als Erwerberin wirksam, §§ 873 Abs. 1, 925 Abs. 1, 164 Abs. 1 S. 1 BGB. Wegen der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB könne F die Auffassung gegenüber sich selbst erklären. Obwohl F die Alleinerbin des E sei, könne sie die transmortale Vollmacht nutzen. Die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde weise dem Grundbuchamt die Erteilung und den Fortbestand der Vollmacht in grundbuchtauglicher Form (§ 29 Abs. 1 GBO) nach (Rn. 13). Teilweise wird zwar vertreten, die Vollmacht erlösche wegen des Zusammenfallens von Vertretenem und Vertreter in einer Person (vgl. die viel beachtete und kontrovers diskutierte Entscheidung des OLG Hamm DNotI-Report 2013, 70 = BeckRS 2013, 6211). Andere

Stimmen behandeln die Vollmacht aufgrund einer systematischen bzw. formalen Betrachtung jedoch als fortbestehend. Das OLG Nürnberg schließt sich nun derjenigen Ansicht an, die ein Fortbestehen der Vollmacht im Rechtsverkehr (jedenfalls) nach den Rechtsscheingrundsätzen der §§ 170-173 BGB bejaht (Rn. 18). Maßgebend sei, dass das Grundbuchamt die Erbenstellung so lange nicht zu prüfen habe, bis ihm ein grundbuchtauglicher Erbnachweis nach § 35 Abs. 1 GBO vorliege (Rn. 18). Ferner könne über einen längeren Zeitraum Unsicherheit darüber bestehen, wer tatsächlich Erbe geworden ist. In dieser Phase habe der Rechtsverkehr ein Interesse daran, dass der Bevollmächtigte wirksam über das Grundstückseigentum verfügen könne (Rn. 19).

Praxishinweis

In der obergerichtlichen Rechtsprechung setzt sich zunehmend die Ansicht durch, dass das Grundbuchamt aufgrund der Rechtsscheinwirkungen der §§ 170-173 BGB vom Fortbestehen der transmortalen Vollmacht auszugehen hat, bis ihm ein grundbuchtauglicher Erbnachweis vorliegt (KG DNotZ 2021, 703; OLG München ZEV 2016, 656 Rn. 23 = MittBayNot 2017, 138; OLG Stuttgart MittBayNot 2019, 578 Rn. 8). Diese Ansicht hat zur Konsequenz, dass sich der Alleinerbe mit Blick auf das Grundbuchverfahren die Kosten der Erteilung eines an sich gem. § 35 Abs. 1 GBO erforderlichen Erbscheins sparen kann, indem er **(nur!) als Bevollmächtigter der Erben** auftritt.

Tritt der Bevollmächtigte **zugleich als Alleinerbe** auf und erklärt er, als solcher zu handeln, zerstört er nach einer Entscheidung des OLG München allerdings den Rechtsschein des § 172 BGB (OLG München NJW 2016, 3381 = DNotI-Report 2016, 163). Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des OLG München und der hier behandelten Entscheidung des OLG Nürnberg kommt es damit praktisch darauf an, **in wessen Namen** der Handelnde im Urkundsrubrum auftritt.

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter www.dnoti.de

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

– eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin –
97070 Würzburg, Gerberstraße 19

Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225

E-Mail: dnoti@dnoti.de Internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter: Notar a. D. Dr. Andreas Bernert

Redaktion: Notarassessorin Katharina Baunach

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Brigitte Scheiner Druck- und Verlagsservice
Andreas-Bauer-Straße 8, 97297 Waldbüttelbrunn