

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 707a Abs. 4; PartGG §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4; HGB §§ 105 Abs. 3, 3 Abs. 2 – Kein identitätswahrender Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die (nicht eingetragene) GbR nach dem MoPeG; Sperrwirkung des Statuswechselverfahrens bei eingetragenen Gesellschaften

BGB § 168; GBO §§ 19, 35 – Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund Berichtigungsbewilligung des transmortal bevollmächtigten Alleinerben?

Rechtsprechung

HGB § 15 Abs. 1; BGB §§ 164, 177, 242, 433; GmbHG §§ 35, 49 Abs. 2, 50 Abs. 3 S. 1; AktG § 179a – Fehlende Eintragung der Geschäftsführerabberufung im Handelsregister; negative Publizität; Missbrauch der Vertretungsmacht

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 707a Abs. 4; PartGG §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4; HGB §§ 105 Abs. 3, 3 Abs. 2

Kein identitätswahrender Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die (nicht eingetragene) GbR nach dem MoPeG; Sperrwirkung des Statuswechselverfahrens bei eingetragenen Gesellschaften

I. Sachverhalt

Eine PartGmbH soll in eine GbR umgewandelt werden.

II. Frage

Ist die Umwandlung der PartGmbH in eine (nicht eingetragene) GbR möglich oder haben sich – ggf. auch durch das MoPeG – Gründe ergeben, die dieser Möglichkeit entgegenstehen?

III. Zur Rechtslage

1. Der Statuswechsel zwischen registrierten Gesellschaften

Der **Wechsel zwischen Handels-, Gesellschafts- und Partnerschaftsregister (und umgekehrt) kann** gem. § 707c Abs. 1 BGB, §§ 106 Abs. 3-5, 107 Abs. 3 HGB, §§ 1 Abs. 4, 4 Abs. 4 PartGG **nur im Wege des Statuswechsels erfolgen**. Wird eine bereits im Partnerschaftsregister eingetragene PartG (mbH) als GbR zur (Erst-)Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldet, ist diese Anmeldung gem. § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c Abs. 1 BGB unzulässig. Die Anmeldung kann vielmehr nur im Wege des Statuswechsels (§ 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c BGB) **bei dem Partnerschaftsregister** erfolgen (vgl. zum Statuswechsel *in* eine PartG Heckschen/Weitbrecht, in: Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 5 Rn. 89 ff.). Hierbei ist über den Verweis in § 4 Abs. 4 PartG die Regelung in § 107 Abs. 3 HGB zu beachten, sodass vom Register geprüft wird, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt und folglich nicht als GbR fortgeführt werden kann (vgl.

MünchKommBGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 4 PartGG Rn. 12).

Will eine eGbR in eine OHG/KG oder PartG wechseln, erfolgt dies ebenfalls im Wege des Statuswechsels, der in diesem Fall beim Gesellschaftsregister anzumelden ist (§ 106 Abs. 2 HGB, § 1 Abs. 4 PartGG i. V. m. § 707c Abs. 1 BGB; zum Statuswechsel in eine Personenhandelsgesellschaft Heckschen/Weitbrecht, § 5 Rn. 83 ff.).

Das **Statuswechselverfahren** ist (mangels Einschlägigkeit der §§ 190 ff. UmwG) die **einzige Möglichkeit** für registrierte Personengesellschaften, **zwischen den Registern zu wechseln** und in diesem Zuge ihre Rechtsform zu ändern. Auf diese Weise soll die **Identität** der zwischen den Registern wechselnden Gesellschaften **sichergestellt** und sollen **Doppelseintragungen vermieden** werden (Heckschen/Weitbrecht, § 5 Rn. 8 ff.).

2. Löschung der registrierten Personengesellschaft „nach den allgemeinen Vorschriften“

Im vorliegenden Fall soll der materiell-rechtliche Rechtsformwechsel von der PartGmbH in die GbR aber gerade nicht von einem Register in ein anderes erfolgen. Die PartG soll vielmehr in eine nicht eingetragene rechtsfähige GbR wechseln. Es stellt sich die Frage, ob dies rechtlich möglich ist.

a) Gem. § 707a Abs. 4 BGB findet **nach Eintragung der Gesellschaft** (im Gesellschaftsregister) die Löschung der Gesellschaft nur nach den allgemeinen Vorschriften statt. Was genau der Gesetzgeber mit den „allgemeinen Vorschriften“ gemeint hat, ist im Detail nicht abschließend geklärt (ausf. dazu BeckOK-BGB/Enders, Std.: 1.1.2024, § 707a Rn. 49 ff.; jedenfalls erfasst sein dürften § 738 und § 712a Abs. 1 S. 1 BGB; Servatius, GbR, 2023, § 707a BGB Rn. 11; Heckschen/Weitbrecht, § 2 Rn. 17).

Jedenfalls folgt jedoch aus § 707a Abs. 4 BGB, dass für die GbR der Weg von der eingetragenen GbR in die nicht eingetragene GbR versperrt ist (Bachmann, NJW 2021, 3073 Rn. 10: „einmal vorgenommene Eintragung [kann] grundsätzlich nicht wieder rückgängig gemacht werden“; wohl i. E. auch BeckOK-BGB/Enders, § 707a Rn. 60). Eine **gewillkürte Löschung der eingetragenen GbR wird** durch § 707a Abs. 4 BGB **ausgeschlossen** (BT-Drucks. 19/27635, S. 109; Servatius, § 707a Rn. 11; Herrler, ZGR-Sonderheft 23/2020, 39, 58: „Eintragung ohne Rückfahrkarte“; Heckschen/Weitbrecht, § 2 Rn. 17). Die Gesetzesbegründung führt hierzu aus:

„Absatz 4 gestattet eine Löschung der eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur nach den allgemeinen Vor-

schriften. Danach erlischt die Gesellschaft im Regelfall nach Beendigung der Liquidation (§ 738 BGB-E), falls nicht ausnahmsweise Auflösung und Vollbeendigung zusammenfallen (vergleiche Heinemann, in: Keidel, 19. Aufl. 2017, § 393 Rn. 7). § 707a Absatz 4 BGB-E dient wie sein Regelungsvorbild § 3 Absatz 2 HGB in erster Linie dem Verkehrsschutz (vergleiche Bundestagsdrucksache. 13/8444, Satz 91). Obschon für die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ein Eintragungswahlrecht besteht, tritt mit der Eintragung in das Gesellschaftsregister eine Bindungswirkung ein. Die Gesellschafter müssen sich an ihrer Eintragungsentscheidung festhalten lassen und können die Gesellschaft nicht mehr gewillkürt wieder löschen. Insofern unterscheidet sich die Rechtslage von dem geltenden § 105 Absatz 2 Satz 2 HGB in Verbindung mit § 2 Satz 2 und 3 HGB, der für freiwillig im Handelsregister eingetragene, kleingewerbliche oder vermögensverwaltende, Gesellschaften eine gewillkürte Löschung zulässt. Folgerichtig entfällt auch für diese Gesellschaften in Zukunft ein solches Recht und bestimmt § 107 Absatz 2 HGB-E, dass eine Fortsetzung als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege des Statuswechsels, das heißt durch den Wechsel vom Handelsin das Gesellschaftsregister, zulässig ist.“

(BT-Drucks. 19/27635, S. 133)

b) Der für die GbR zum 1.1.2024 normierte **Grundsatz des § 707a Abs. 4 BGB, dass nach Eintragung der Gesellschaft keine gewillkürte Löschung möglich ist, gilt** über das durch das MoPeG stärker konturierte Verweisungssystem des Personengesellschaftsrechts **auch für alle weiteren Arten von Personengesellschaften.**

aa) Gem. §§ 105 Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB finden auf die Personenhandelsgesellschaften (soweit in den §§ 105 bis 160 HGB nichts anderes vorgeschrieben ist) die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft entsprechende Anwendung.

Nach der auf den Einzelkaufmann zugeschnittenen Vorschrift des § 2 S. 3 HGB erfolgt die Löschung der Firma des Kannkaufmanns auf Antrag. Bis zum 1.1.2024 fand § 2 S. 3 HGB über § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. auf die kleingewerbliche oder vermögensverwaltende OHG (und über § 161 Abs. 2 HGB auf die KG) entsprechende Anwendung. Nach den bis zum 1.1.2024 geltenden Regelungen konnte daher eine im Handelsregister eingetragene Personenhandelsgesellschaft, die nicht die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB erfüllte, aufgrund einfachen Antrags aus dem Handelsregister gelöscht werden. Durch das MoPeG wurde der Verweis in § 105 Abs. 2 S. 2 HGB a. F. aufgehoben. Die Gesetzesbegründung zu § 707a BGB verweist daher richtigerweise darauf, dass sich die Rechtslage für Personenhandelsge-

sellschaften unter Geltung des § 707a Abs. 4 BGB vom bisherigen § 105 Abs. 2 S. 2 i. V. m. § 2 S. 2 und 3 HGB unterscheidet (BT-Drucks. 19/27635, S. 133). In der **Gesetzesbegründung zu § 107 HGB** heißt es:

„Absatz 2 Satz 2 stellt klar, dass eine kleingewerbliche, vermögensverwaltende und nunmehr auch freiberufliche offene Handelsgesellschaft das Handelsregister zwar wieder verlassen kann, um die Kaufmannseigenschaft abzustreifen. Anders als nach der geltenden Regelung für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Gesellschaften wird hierfür aber nicht auf § 2 Satz 3 HGB verwiesen, der die Löschung auf Antrag regelt. Vielmehr muss die Gesellschaft, die den Status einer offenen Handelsgesellschaft freiwillig angenommen hat, einen Statuswechsel zu einer eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts vornehmen, wenn sie ihre Kaufmannseigenschaft ablegen will. Das bedeutet, dass sie die mit der Eintragung im Handelsregister erlangte Transparenz nicht ohne Weiteres ablegen kann.“

(BT-Drucks. 19/27635, S. 224 f.)

Über den allgemeinen Verweis in § 105 Abs. 3 HGB findet also nun § 707a Abs. 4 HGB auf die Personenhandelsgesellschaft Anwendung (*nicht*: „entsprechende“ Anwendung). Ist daher eine **Personenhandelsgesellschaft** im Handelsregister eingetragen, dann erfolgt also **auch dann keine gewillkürte Löschung** auf Antrag, **wenn** es sich um eine **kleingewerbliche oder vermögensverwaltende Gesellschaft** handelt, die nach § 107 Abs. 1 HGB erst freiwillig durch Eintragung Personenhandelsgesellschaft geworden ist (die Neuregelung wohl übersehend Koch/Szalai, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 707a BGB Rn. 16). Die einzige Möglichkeit, als weiterhin werbende GbR aus dem Handelsregister auszuscheiden, ist der Wechsel in die *eingetragene* GbR im Wege des Statuswechsels. Dies ordnet § 107 Abs. 2 S. 2 HGB ausdrücklich an.

Ein **Rechtsformwechsel von** einer im Handelsregister registrierten (kleingewerblichen bzw. vermögensverwaltenden) **OHG bzw. KG in eine nicht registrierte GbR ist damit ausgeschlossen.**

bb) Für die **Partnerschaftsgesellschaft** gilt im Ergebnis **Entsprechendes** wie für die Personenhandelsgesellschaft. Denn auf die Partnerschaft finden gem. § 1 Abs. 4 PartGG die Vorschriften des BGB über die Gesellschaft entsprechende Anwendung. Von dieser Verweisung ist auch § 707a Abs. 4 BGB umfasst. Anhand der vorstehenden Ausführungen zu den Personenhandelsgesellschaften und des dort für die kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften bewusst vollzogenen Wandels hin zu dem in § 707a Abs. 4 und § 707c BGB niedergelegten System besteht für uns

kein Anlass, dieses für die PartG abweichend zu beurteilen. Es handelt sich vielmehr um ein stimmiges System zur Absicherung der einmal erlangten Registerpublizität in Bezug auf alle Arten von Personengesellschaften (und zur Vermeidung von Firmenbestattungen, vgl. BT-Drucks. 19/27635, S. 134). Dass die allgemeinen Grundsätze zur Löschung im Register bei der eGbR und bei der PartG entsprechend gelten, zeigt auch die Anpassung von § 393 Abs. 6 FamFG zum 1.1.2024.

3. Ergebnis

Eine in einem Register eingetragene und materiell-rechtlich noch existierende **Personengesellschaft** (eGbR, PartG, OHG und KG) **kann nicht** aufgrund einfachen **Löschungsantrags aus dem Register ausscheiden**. Soll die Gesellschaft als werbende Gesellschaft fortbestehen, ist ein Wechsel des Registers (mit dem damit in den meisten Fällen einhergehenden Rechtsformwechsel in eine andere Art der Personengesellschaft) nur im Wege des Statuswechselverfahrens (s. § 707c Abs. 1 BGB) möglich. Die **Löschung** einer PartG bzw. OHG oder KG außerhalb des Statuswechselverfahrens (oder einer Umwandlung nach dem UmwG) erfolgt damit **nur im Anschluss an die Vollbeendigung** der Gesellschaft (§§ 738, 712a Abs. 1 S. 1 BGB, § 150 HGB, § 10 Abs. 1 PartGG).

BGB § 168; GBO §§ 19, 35

Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund Berichtigungsbewilligung des transmortal bevollmächtigten Alleinerben?

I. Sachverhalt

Der verstorbene Grundstückseigentümer hat eine postmortale Vorsorgevollmacht (notariell beurkundet, klassischer Inhalt) erteilt. Bevollmächtigt wurde die alleinige Erbin (einziges Kind, gesetzliche Erbfolge). Ein Erbschein wurde bisher nicht beantragt, was aus Kostengründen auch möglichst vermieden werden soll.

II. Fragen

1. Kann die Erbin aufgrund der Vorsorgevollmacht die erforderliche Grundbuchberichtigung vornehmen?
2. Wäre der Fall anders zu beurteilen, wenn die Bevollmächtigte nicht die alleinige Erbin wäre?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzliche Überlegungen zum Einsatz einer trans- oder postmortalen Vollmacht

a) Der trans- oder postmortal Bevollmächtigte handelt aus **vom Erblasser abgeleitetem Recht**. Er kann dabei

alle **Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie der Erblasser dies selbst hätte tun können** (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; Zinger, in: Bengel/Reimann/Holtz/Röhl, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 8. Aufl. 2023, § 1 Rn. 62). Der transmortal Bevollmächtigte vertritt also zwar den oder die Erben (BGHZ 87, 19, 25; OLG München ZEV 2012, 376; OLG Frankfurt DNotZ 2012, 140), handelt aber – wie gesehen – aus vom Erblasser (Vollmachtgeber) abgeleitetem Recht.

b) Erteilt ein Erblasser eine post- oder transmortale Vollmacht, so tritt nach seinem Tod lediglich eine **Änderung in der Person der Vertretenen** ein (nämlich nunmehr der Erben), **nicht aber hinsichtlich des Umfangs und Inhalts der Vollmacht**. Daher erfasst die durch eine transmortale Vollmacht verliehene Vertretungsmacht anerkanntermaßen nur den Nachlass, dagegen nicht das sonstige Vermögen (Eigenvermögen) der Erben (s. Grüneberg/Weidlich, BGB, 83. Aufl. 2024, Vor § 2197 Rn. 10; MünchKommBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 168 Rn. 38; Staudinger/Dutta, BGB, 2021, Vor § 2197 Rn. 71; Zinger, § 1 Rn. 62; Gutachten DNotI-Report 2017, 156). Infolgedessen kann bspw. eine Erbauseinandersetzung (also der schuldrechtliche Vertrag) hinsichtlich des Nachlasses des Vollmachtgebers grundsätzlich nicht aufgrund einer transmortalen Vollmacht abgeschlossen werden, weil diese Erbauseinandersetzung ein Rechtsgeschäft der Miterben persönlich darstellt. Dieses betrifft die Erbteile als solche, also das Eigenvermögen der Miterben. Der Erblasser selbst hätte das Rechtsgeschäft nicht in gleicher Weise vornehmen können (s. bereits Gutachten DNotI-Report 2017, 156 f.).

Bereits diese allgemeinen Überlegungen deuten darauf hin, dass eine **Grundbuchberichtigung** durch Eintragung der Erbfolge aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht **ausscheidet**: Der Erblasser hätte eine derartige Grundbuchberichtigung selbst zu Lebzeiten nicht vollziehbar beantragen können.

2. Stellungnahmen zur Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht

Rechtsprechung und Literatur hatten schon mehrfach Gelegenheit, sich konkret mit der Frage zu beschäftigen, ob eine Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aufgrund Berichtigungsbewilligung des transmortal bevollmächtigten Erben möglich ist. Diese Frage wurde dabei **stets einhellig verneint und der Erbe auf die Führung des Erbnachweises in der Form des § 35 GBO verwiesen** (aus der Rspr.: BayObLG Rpfleger 1994, 410, 412; OLG Stuttgart ZEV 2012, 430; LG Heidelberg NJW 1973, 1088; aus der Lit.: Meikel/

Krause/Weber, GBO, 12. Aufl. 2021, § 35 Rn. 29; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3571 m. Fn. 1671; Demharter, GBO, 33. Aufl. 2023, § 35 Rn. 9).

Das BayObLG (Rpfleger 1994, 410, 412) urteilt knapp, die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund Bewilligung sei im Fall der Erbfolge teilweise durch die Natur der Sache, im Übrigen (etwa bei Eintritt der Nacherbfolge zu Lebzeiten des Vorerben) durch die Sondervorschrift des § 35 Abs. 1 S. 1 GBO ausgeschlossen. Ausführlicher argumentiert das LG Heidelberg (NJW 1973, 1088): Aus seiner Sicht ermächtigt die vom Erblasser über den Tod hinaus erteilte Vollmacht den Antragsteller nicht, eine Bewilligung auf Eintragung der ungeteilten Erben-gemeinschaft abzugeben. **Der Bewilligung liege kein gewillkürtes Rechtsgeschäft zugrunde, eine Vertretung im Willen des Vollmachtgebers sei hierbei nicht möglich**. Abgesehen davon hätte auch der Vollmachtgeber selbst zu Lebzeiten eine dahingehende Bewilligung nicht wirksam abgeben können, sodass der Bevollmächtigte hierzu ebenfalls nicht in der Lage sei, auch wenn der Erbfall nunmehr eingetreten sei. Darüber hinaus sei die Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs auch aus anderen Gründen nicht ausreichend: Sei die bewilligte Eintragung inhaltlich zulässig, so könne eine Ablehnung durch das Grundbuchamt grundsätzlich nur erfolgen, wenn es wisse, dass mit der Eintragung das Grundbuch inhaltlich unrichtig würde. Eine Einschränkung gelte jedoch auch hier für den Fall, dass es sich um die Eintragung eines Rechts für Erben als solche handele. In diesem Fall sei das Grundbuchamt verpflichtet, den urkundlichen Nachweis des Erbrechts nach Maßgabe des § 35 GBO zu verlangen, da nach §§ 51, 52 GBO das Grundbuchamt bei Eintragung von Erben als solchen von Amts wegen für die Eintragung einer etwaigen Nacherbfolge und einer Testamentsvollstreckung Sorge zu tragen habe, sich also mit bloßen Erklärungen Beteiligten nicht begnügen dürfe. Ob derartige Eintragungen in Frage kämen, sei nur in der Form des § 35 GBO zu klären.

Wieder einen andersartigen Begründungsansatz für das identische Ergebnis vertritt das OLG Stuttgart (ZEV 2012, 430, 431): Im unterbreiteten Sachverhalt seien die Erben und damit die vom transmortal Bevollmächtigten Vertretenen unbekannt, solange die Erbfolge dem Grundbuchamt nicht urkundlich nachgewiesen werde. Zwar könnten sie infolgedessen nicht am Verfahren beteiligt werden und etwaige Einwendungen bezüglich des Fortbestands der Vollmacht oder eines Vollmachtmissbrauchs erheben, die dann der Prüfungspflicht und der freien Beweiswürdigung des Grundbuchamts unterlägen. Dies könne aber dem transmortal Bevoll-

mächtigten, der gerade den von ihm verlangten urkundlichen Nachweis der Erbfolge verweigere und damit das dem Notariat zustehende Prüfungsrecht hinsichtlich der Vertretungsmacht vereitere, nicht zum Vorteil gereichen und möglicherweise dazu führen, dass das Grundbuch durch die Eintragung der Eigentumsänderung unrichtig werden würde. Denn ein Berichtigungsantrag sei zurückzuweisen, wenn sich aus den mit der Berichtigungsbewilligung vorgelegten Urkunden oder aus anderen dem Grundbuchamt bekannten Umständen ergebe, dass das Grundbuch durch die der Bewilligung entsprechende Eintragung unrichtig werden würde.

Die oben angeführten Literaturfundstellen beschränken sich, soweit sie das einhellig vertretene Ergebnis nochmals begründen, auf ein zustimmendes Referat der vorliegenden Judikatur.

Gegen den vorstehend dargestellten Standpunkt der ganz h. M. ließe sich anführen, dass der Generalbevollmächtigte grundsätzlich unstreitig zur Abgabe von Berichtigungsbewilligungen für den verstorbenen Vollmachtgeber und damit nunmehr auch für die Erben berufen ist. Dies kommt beispielsweise bei der Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns gem. § 152 UmwG im Betracht (dazu allg. Schöner/Stöber, Rn 995e f.). Im Allgemeinen genügt es zudem, wenn der Berichtigungsbewilligung eine schlüssige Darlegung der Unrichtigkeit des Grundbuchs angefügt wird (s. z. B. OLG Naumburg NotBZ 2015, 65; BayObLG DNotZ 1991, 598; Meikel/Böttcher, § 22 Rn 109 m. w. N.). Schlüssigkeit ist aber schon dann zu bejahen, wenn das tatsächliche Vorbringen als richtig *unterstellt* den Antrag rechtfertigt (Eickmann, Rpfleger 1981, 213, 217). Trotzdem halten wir das von der h. M. vertretene Ergebnis für angemessen: Die **Wertung des § 35 GBO** mit dem dort festgelegten Nachweistypenzwang **sollte nicht durch Einsatz einer transmortalen Vollmacht umgangen werden können**.

3. Erlöschen der Vollmacht wegen Konfusion nicht entscheidungserheblich

Der Fortbestand der vorliegenden Vorsorgevollmacht ist im unterbreiteten Sachverhalt ohnehin noch aus einem weiteren Grund problematisch: Nach der Sachverhaltschilderung ist die Bevollmächtigte zugleich Alleinerbin des verstorbenen Vollmachtgebers geworden. Unter Berufung auf den Konfusionsgedanken ist das automatische **Erlöschen einer an sich transmortal erteilten Vollmacht** in der Rechtsprechung vor allem für die hier gegebene Fallgruppe vertreten worden, dass der **Bevollmächtigte den Erblasser alleine beerbt** (für ein Erlöschen in dieser Grundkonstellation:

OLG Hamm RNotZ 2013, 382 = DNotI-Report 2013, 70). Seither ist zu diesem Problemkreis eine ausgedehnte Diskussion in Gang gekommen (Überblick zum Meinungsstand etwa bei MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1922 Rn. 103; BeckOGKBGB/Huber, Std.: 1.11.2021, § 168 Rn. 62 ff.).

Im Anschluss an das OLG Hamm ist auch von anderen Gerichten ein Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion befürwortet worden, wenn der Bevollmächtigte – wie hier – Alleinerbe des Vollmachtgebers geworden war (OLG München NJW 2016, 3381). Dagegen sollte nach einer ausdrücklichen Entscheidung des OLG Schleswig (ZEV 2015, 225) der grundbuchliche Vollzug eines Rechtsgeschäfts, das ein Bevollmächtigter aufgrund einer trans- oder postmortal wirkenden Vollmacht eines verstorbenen eingetragenen Berechtigten vornimmt, auch dann **nicht** von einem **Erbnachweis nach § 35 GBO** abhängig sein, wenn der **Bevollmächtigte Miterbe** ist.

Aus Sicht der Rechtsprechung sollte die Vollmacht unabhängig vom Konfusionsgedanken aufgrund der Wirkungen des § 172 BGB in jedem Fall verwertbar bleiben, solange der auftretende Bevollmächtigte nur mutmaßlich Alleinerbe des Vollmachtgebers geworden ist (OLG München NJW 2016, 3381). Schädlich soll es demgegenüber sein, wenn der Bevollmächtigte die Willenserklärung für den eingetragenen Eigentümer (= Vollmachtgeber und Erblasser) abgibt, jedoch gleichzeitig erklärt, Alleinerbe zu sein (OLG München NJW 2016, 3381; s. aus jüngerer Zeit noch weiter einschränkend KG DNotZ 2021, 703 m. Anm. Meier, OLG Bremen ErbR 2023, 948; OLG Nürnberg DNotI-Report 2024, 94 = ZEV 2024, 400).

Für den unterbreiteten Sachverhalt kann diese Streitfrage jedoch letztlich dahingestellt bleiben. Denn selbst wenn nicht bereits der Konfusionsgedanke mit Ableben des Erblassers zum Erlöschen der zugunsten des Alleinerben erteilten Vollmacht führen würde, wäre diese **Vollmacht jedenfalls für die hier erstrebte Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge aus den in Ziff. 2 genannten Gründen nicht verwendbar**.

4. Ergebnis

Die **Eintragung der Erbfolge** aufgrund einer **Berichtigungsbewilligung seitens der transmortal bevollmächtigten Erbin** ist nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur **nicht möglich**. Dies gilt unabhängig davon, ob die transmortal Bevollmächtigte Alleinerbin des Vollmachtgebers oder nur Miterbin ist.

Rechtsprechung

HGB § 15 Abs. 1; BGB §§ 164, 177, 242, 433; GmbHG §§ 35, 49 Abs. 2, 50 Abs. 3 S. 1; AktG § 179a
Fehlende Eintragung der Geschäftsführerabberufung im Handelsregister; negative Publizität; Missbrauch der Vertretungsmacht

a) **Die Berufung auf die fehlende Eintragung einer eintragungspflichtigen Tatsache ist dem Dritten gem. § 15 Abs. 1 HGB nur dann verwehrt, wenn er positive Kenntnis von der einzutragenden Tatsache hat; ein Kennenmüssen oder eine grob fahrlässige Unkenntnis genügen demgegenüber nicht.**

b) **Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht gelten auch im Anwendungsbereich des Rechtsscheintatbestands des § 15 Abs. 1 HGB.**

BGH, Urt. v. 9.1.2024 – II ZR 220/22

Problem

Die Mehrheitsgesellschafterin einer Immobilien-GmbH forderte den Geschäftsführer zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung auf. Der Geschäftsführer kam diesem Ansinnen nach, unterschrieb jedoch die Ladung nicht. Daraufhin lud die Mehrheitsgesellschafterin selbst zu einer Gesellschafterversammlung, die sodann einen Mehrheitsbeschluss über die Abberufung des Geschäftsführers fasste. Zwei Tage nach der Beschlussfassung verkaufte der Geschäftsführer im Namen der GmbH ein Grundstück, das im Wesentlichen das gesamte Vermögen der GmbH darstellte, an einen Dritten zu einem aus Sicht der Mehrheitsgesellschafterin zu niedrigen Kaufpreis. Die Abberufung des Geschäftsführers war zu diesem Zeitpunkt nicht im Handelsregister eingetragen. Die Gesellschafterversammlung hatte dem Verkauf nicht zugestimmt. Dem Käufer war zwar bekannt, dass die Gesellschafter einen Abberufungsbeschluss gefasst hatten, ihm war allerdings auch bewusst, dass angesichts der Ladung durch die Mehrheitsgesellschafterin Zweifel an der Wirksamkeit des Beschlusses bestanden. Der als Zeuge vernommene Notar erklärte, er habe im Verlauf der Beurkundung des Kaufvertrages den Hinweis gegeben, dass es keines internen Gesellschafterbeschlusses bedürfe. Ob dies der Käufer im Einzelnen wahrgenommen hat, ist strittig.

Entscheidung

Im Kern geht es in der Entscheidung um die Frage, ob die Verkäufergesellschaft beim Kaufvertragsschluss wirksam vertreten wurde.

Der BGH bestätigt zunächst, dass der Kaufvertrag **nicht** bereits mangels Beschlusses der Gesellschafter-

versammlung **in entsprechender Anwendung des § 179a AktG nichtig** ist (so bereits BGH DNotZ 2020, 136 Rn. 9 ff.). Nach Ansicht des BGH wäre eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht bei einer GmbH aufgrund der weitreichenden Mitwirkungs-, Kontroll- und Informationsrechte der Gesellschafter systemfremd.

Der BGH gelangt weiter zu dem Ergebnis, dass der Geschäftsführer aufgrund des wirksamen Abberufungsbeschlusses im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses materiell-rechtlich nicht mehr organschaftlicher Vertreter der Verkäufer-GmbH gem. § 35 Abs. 1 GmbHG war. Insbesondere habe die Mehrheitsgesellschafterin die Gesellschafterversammlung aufgrund des ihr zustehenden Selbsthilferechts gem. § 50 Abs. 3 S. 1 GmbHG einberufen können. Der BGH hält das Selbsthilferecht nach § 50 Abs. 3 S. 1 GmbHG auch dann für gegeben, wenn der Geschäftsführer die Gesellschafterversammlung **formell nicht ordnungsgemäß** (hier: ohne Unterschrift auf der Ladung) einberufen hat.

Gleichwohl wird laut BGH die organschaftliche **Vertretungsmacht** des Geschäftsführers gem. § 15 Abs. 1 GmbHG (sog. **negative Publizität**) **fingiert**, da seine Abberufung im Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses nicht im Handelsregister eingetragen war. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass der Käufer Kenntnis vom Vorhandensein des Abberufungsbeschlusses sowie der Zweifel an der Wirksamkeit des Beschlusses gehabt habe. Gem. § 15 Abs. 1 Hs. 2 HGB könne sich der Käufer auf die fehlende Eintragung des Abberufungsbeschlusses lediglich dann nicht berufen, wenn diesem die **Wirksamkeit** und nicht lediglich das Vorhandensein eines Abberufungsbeschlusses **positiv bekannt** sei. Wenn der Dritte wisse, dass die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses in Zweifel gezogen werde, schließe dies die positive Kenntnis i. S. d. § 15 Abs. 1 Hs. 2 HGB aus. Den Dritten treffen nach Ansicht des BGH diesbezüglich keine weiteren Nachforschungspflichten. Der BGH wendet auf die fingierte Vertretungsmacht des § 15 Abs. 1 HGB im nächsten Schritt allerdings die **Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht** an: Die Vertretungsmacht nach § 15 Abs. 1 HGB dürfe nämlich nicht weiter gehen als die tatsächlich bestehende rechtsgeschäftliche oder organschaftliche Vertretungsmacht. Danach sei das Vertrauen in den Bestand der Vertretungsmacht nicht schutzwürdig, wenn dem Geschäftsgegner die fehlende Vertretungsmacht bekannt sei oder hätte bekannt sein müssen.

Der Geschäftsführer sei bei **besonders bedeutsamen Geschäften nach § 49 Abs. 2 GmbHG** angehalten, im Innenverhältnis die Zustimmung der Gesellschafterversammlung einzuholen. Die Verpflichtung zur Ver-

äußerung eines Grundstücks, welches das **wesentliche Vermögen der Gesellschaft** ausmacht, bedarf nach Ansicht des BGH daher eines internen Gesellschafterbeschlusses gem. § 49 Abs. 2 GmbHG.

Der BGH erachtet einen Missbrauch der Vertretungsmacht dann für gegeben, wenn der Vertreter das rechtliche Dürfen (Innenverhältnis) im Außenverhältnis in ersichtlich verdächtiger Weise überschreitet (sog. Evidenz). Voraussetzung sei dabei eine massive Verdachtsmomente voraussetzende **objektive Evidenz** des Missbrauchs der Vertretungsmacht, sodass sich Rückfragen bei dem Vertretenen geradezu hätten aufdrängen müssen.

Der BGH erläutert, dass sich bei der für den Käufer ersichtlichen Veräußerung des nahezu gesamten Vermögens einer Gesellschaft selbst **einem juristischen Laien hätte aufdrängen müssen**, dass dafür ein interner Gesellschafterbeschluss erforderlich sei. Folglich bejaht der BGH einen Missbrauch der Vertretungsmacht.

Der BGH untersucht sodann, ob der vorliegende **Rechtsirrtum des Käufers** über die Notwendigkeit eines internen Gesellschafterbeschlusses **beachtlich** war. Nach dem BGH ist ein Rechtsirrtum über das Beschlusserfordernis noch unschädlich, wenn dieser auf lediglich *einfacher* Fahrlässigkeit beruht. Laut BGH handelt es sich im konkreten Fall jedoch um einen evidenten und damit auf grober Fahrlässigkeit beruhenden Rechtsirrtum seitens des Käufers. Dieser evidente Rechtsirrtum sei wiederum nur dann ausnahmsweise unschädlich, wenn er auf einem (fehlerhaften) **Rechtsrat einer Vertrauensperson (hier: des Notars) beruhe**. *Ob* der Rechtsirrtum des Käufers tatsächlich auf dem (fehlerhaften) Rat des Notars beruhe, müsse das Berufungsgericht durch eine erneute Beweisaufnahme entscheiden.

Praxishinweis

Die Entscheidung unterstreicht die Notwendigkeit, die Abberufung des Geschäftsführers in der Praxis umgehend zum Handelsregister anzumelden. Gleichzeitig zeigt sie auf, dass auch die Berufung auf die negative Publizität des Handelsregisters Grenzen hat. Die Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht sind ebenso zu beachten.

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