

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG § 17 Abs. 2; HGB §§ 12 Abs. 2 S. 2, 322 Abs. 1 S. 1; BGB §§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1 – Einreichung eines qualifiziert elektronisch signierten Prüfaxemplars des Jahresabschlusses beim Registergericht bei Umwandlungsvorgängen

BGB § 1951 – Gestattung einer teilweisen Ausschlagung von Vermächtnissen

Rechtsprechung

GmbHG §§ 46 Nr. 5, 53, 54; AktG § 241 Nr. 3 – Satzungsdurchbrechung: Kompetenzwidrig gefasster Beschluss über die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers nicht nichtig

Veranstaltung

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

UmwG § 17 Abs. 2; HGB §§ 12 Abs. 2 S. 2, 322 Abs. 1 S. 1; BGB §§ 126 Abs. 3, 126a Abs. 1 Einreichung eines qualifiziert elektronisch signierten Prüfaxemplars des Jahresabschlusses beim Registergericht bei Umwandlungsvorgängen

I. Sachverhalt

Im Rahmen einer Verschmelzung wird dem Notar von den Beteiligten der Jahresabschluss des übertragenden Rechtsträgers vorgelegt. Es handelt sich um das sog. Prüfaxemplar des Abschlussprüfers, welches den Prüfungsbericht und das Testat enthält. Dieses Prüfaxemplar ist kein eigenhändig unterschriebenes und unter Siegelbeidruck des Prüfers angefertigtes (physisches) Druckwerk. Vielmehr hat das für die Aufstellung des Jahresabschlusses zuständige Organ der Gesellschaft den von ihm unterschriebenen Jahresabschluss zunächst eingescannt. Der Wirtschaftsprüfer hat das eingescann-

te Dokument sodann mit seinem Bestätigungsvermerk mit qualifizierter elektronischer Signatur versehen. Der Notar kann diese qualifizierte elektronische Signatur durch „Anklicken“ der digitalen Unterschriften überprüfen.

II. Fragen

1. Genügt die Einreichung eines qualifiziert elektronisch signierten Prüfaxemplars des Jahresabschlusses beim Registergericht für die Zwecke des § 17 Abs. 2 UmwG?

2. Müsste ein solcher Jahresabschluss ohne vorherige Umwandlung des Dateiformats über XNotar dem Registergericht übermittelt werden, damit dieses (durch „Anklicken“ der digitalen Unterschriften) das Zertifikat über die Echtheit der digitalen Signatur überprüfen kann?

III. Zur Rechtslage

1. Beifügen der Schlussbilanz

Gem. § 17 Abs. 2 S. 1 UmwG muss der Anmeldung der Verschmelzung zum Handelsregister eine Schlussbilanz jedes übertragenden Rechtsträgers beigefügt werden. Bei der **Schlussbilanz** kann es sich um die Jahresbilanz

handeln (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Std.: 1.10.2024, § 17 Rn. 59). In der Praxis wird auch typischerweise die Jahresbilanz eingereicht (Kallmeyer/Zimmermann/Lanfermann, UmwG, 8. Aufl. 2024, § 17 Rn. 17). Mit dem Begriff der **Jahresbilanz** ist die Bilanz nach HGB gemeint, die gemeinsam mit der Gewinn- und Verlustrechnung den **Jahresabschluss** bildet, vgl. § 242 Abs. 3 HGB (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 17 Rn. 61; Lutter/Decher, UmwG, 7. Aufl. 2024, § 17 Rn. 8; Kallmeyer/Zimmermann/Lanfermann, § 17 Rn. 19). Es ist allerdings **unschädlich**, anstelle („nur“) der Jahresbilanz den gesamten **Jahresabschluss einzureichen** (BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 17 Rn. 55).

Exkursorisch sei an dieser Stelle auf Folgendes hingewiesen: Über den Verweis in § 125 Abs. 1 S. 1 UmwG gilt die Vorschrift des § 17 UmwG auch für die Spaltung, sodass sich dort dieselben Rechtsfragen stellen. Darüber hinaus muss auch der Anmeldung der Eintragung einer **Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln** eine Bilanz als Anlage beigefügt werden, die höchstens acht Monate vor dem Zeitpunkt der Anmeldung erstellt worden ist, § 57i Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GmbHG. Diese Bilanz muss nach dem Wortlaut der Norm mit einem **Bestätigungsvermerk** eines Abschlussprüfers versehen sein, § 57i Abs. 1 S. 1 GmbHG (BeckOGK-GmbHG/Neumayer/Grädler, Std.: 1.7.2024, § 57i Rn. 10; MünchKommGmbHG/Lieder, 4. Aufl. 2022, § 57i Rn. 6). Es ist allerdings davon auszugehen, dass sich die nachfolgenden Überlegungen zur Form der Bilanz bei *Umwandlungsmaßnahmen* auf die Bilanz bei der *Kapitalerhöhung* aus Gesellschaftsmitteln im Wesentlichen übertragen lassen.

Was der Notar im Hinblick auf das Beifügen des Jahresabschlusses zur Anmeldung zu beachten hat, wenn der Jahresabschluss nicht mehr – wie bislang üblich – in Papierform, sondern in elektronischer Form vorliegt, ist einerseits im Hinblick auf die bilanzrechtlichen Formerfordernisse (Ziff. 2) und andererseits im Hinblick auf die handelsregisterverfahrensrechtlichen Formvorgaben (Ziff. 3) zu prüfen.

2. Bilanzrechtliche Formerfordernisse

Gem. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG gelten für die Schlussbilanz die handelsrechtlichen Vorschriften über die Jahresbilanz und deren Prüfung entsprechend. Hierbei handelt es sich um einen Verweis auf die materiell-rechtlichen Anforderungen an die Bilanz nach §§ 242 ff., 316 ff. HGB für den übertragenden Rechtsträger (Hörtnagl, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 10. Aufl. 2024, § 17 UmwG Rn. 25; Bula/Thees, in: Sagasser/Bula, Umwandlungen, 6. Aufl. 2024, § 10 Rn. 34; Lutter/Decher, § 17 Rn. 9). Im Hinblick auf den Jahres-

abschluss einer Gesellschaft ist zu differenzieren zwischen (1) der **Aufstellung** des Jahresabschlusses durch den Kaufmann bzw. dessen gesetzliche Vertreter nach §§ 242 Abs. 1-3, 264 Abs. 1 S. 1 HGB, (2) der **Prüfung** des Jahresabschlusses nach §§ 316 ff. HGB, (3) der **Feststellung** des Jahresabschlusses (etwa durch die GmbH-Gesellschafter nach §§ 46 Nr. 1, 47 Abs. 1 GmbHG) und (4) der **Unterzeichnung** des festgestellten Jahresabschlusses.

a) Unterzeichnung des Jahresabschlusses

Im Anschluss an die Feststellung müssen **sämtliche Geschäftsführer** einer GmbH den Jahresabschluss **unterzeichnen**, § 245 S. 2 HGB (MHLS/Römermann, GmbHG, 4. Aufl. 2023, § 46 Rn. 64; Scholz/K. Schmidt/Bochmann, GmbHG, 13. Aufl. 2024, § 46 Rn. 9; Hörtnagl, § 17 UmwG Rn. 18; Lutter/Decher, § 17 Rn. 10). § 245 S. 1 HGB fordert dabei die **Schriftform** i. S. d. § 126 Abs. 1 BGB (Staub/Pöschke, HGB, 6. Aufl. 2021, § 245 Rn. 11). Damit übernimmt der Kaufmann die Verantwortung für die Richtigkeit und Vollständigkeit des unterschriebenen Abschlusses (MünchKommHGB/Ballwieser, 5. Aufl. 2024, § 245 Rn. 1). Die Unterzeichnung ist eine öffentlich-rechtliche Pflicht (BGH NJW 1996, 1678, 1679; Hopt/Merkt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 245 Rn. 1); der Organwalter muss sie höchstpersönlich wahrnehmen (MünchKommHGB/Ballwieser, § 245 Rn. 2). Das zuständige Organ kann die letzte Seite des Jahresabschluss einmalig unterzeichnen, ohne jede andere Seite abzeichnen zu müssen. Dazu muss es die **einzelnen Teile des Jahresabschlusses** aber derart **miteinander verbinden**, dass eine **etwaige nachträgliche Trennung erkennbar** wäre (BeckOGK-HGB/Kleindiek, Std.: 1.11.2023, § 245 Rn. 11; MünchKommHGB/Ballwieser, § 245 Rn. 3; Staub/Pöschke, § 245 Rn. 11).

Gem. § 126 Abs. 3 BGB i. V. m. § 126a Abs. 1 BGB ersetzt die Unterzeichnung mit qualifizierter elektronischer Signatur die Schriftform, sofern dem keine gesetzlichen Vorschriften entgegenstehen. Für die Aufstellung des Jahresabschluss sind keine entgegenstehenden gesetzlichen Vorschriften ersichtlich. Insbesondere kann der Kaufmann auch einen qualifiziert elektronisch signierten Jahresabschluss durch Abspeicherung auf einem Datenträger i. S. d. § 257 Abs. 3 S. 1 HGB verwahren. Daher muss es möglich sein, dass das zuständige Organ der Gesellschaft den **Jahresabschluss als elektronisches Dokument erstellt** und sodann **qualifiziert elektronisch signiert** (zum Ganzen: Staub/Pöschke, § 245 Rn. 11). Bei der qualifizierten elektronischen Signatur für ein PDF-Dokument handelt es sich sozusagen um eine *Dokumentensignatur*, „Gegenstand“ der Signatur ist mithin das **gesamte Dokument** (vgl. Schlebusch/Obst, WPg 2023, 975, 976; BeckOK-BGB/Wendtland,

Std.: 1.8.2024, § 126a BGB Rn. 6). Sie würde ungültig werden, wenn sich an der Zusammensetzung des Dokuments etwas änderte. Demnach wahrt auch die qualifizierte elektronische Signatur das Erfordernis, dass die **einzelnen Teile des Jahresabschlusses miteinander verbunden** sind.

b) Prüfung des Jahresabschlusses

Gem. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG gelten für die einzureichende Schlussbilanz die Vorschriften über die Jahresbilanz *und deren Prüfung* entsprechend. Aus Sicht des Umwandlungsrechts ist eine Prüfung der Schlussbilanz daher nur dann erforderlich, wenn ein auf den Stichtag der Schlussbilanz aufgestellter Jahresabschluss kraft Gesetzes *prüfungspflichtig* wäre (Bula/Thees, § 10 Rn. 5; Heidinger/Knaier, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 17 UmwG Rn. 20; BeckOGK-UmwG/Rieckers/Cloppenburg, § 17 Rn. 77; Hörtnagl, § 17 UmwG Rn. 20; Lutter/Decher, § 17 Rn. 9). Eine **Prüfungspflicht** besteht gem. § 316 Abs. 1 S. 1 HGB insbesondere für Kapitalgesellschaften, die nicht kleine Kapitalgesellschaften i. S. d. § 267 Abs. 1 HGB sind sowie für die gem. § 264a Abs. 1 HGB gleichgestellten Personenhandelsgesellschaften. Solange ein prüfungspflichtiger Jahresabschluss nicht geprüft wurde, kann er nicht festgestellt werden, § 316 Abs. 1 S. 2 HGB. **Zeitlich liegt die Prüfung daher vor der Feststellung.** Ein dennoch festgestellter Jahresabschluss ist nichtig, vgl. § 245 Abs. 1 Nr. 2 AktG.

aa) Der Abschlussprüfer muss den Kontrollorganen der Gesellschaft über Art, Umfang sowie das Ergebnis der Prüfung berichten, sog. **Prüfungsbericht**, § 321 HGB (Böcking/Gros/Rabenhorst, in: Ebenroth/Boujong, HGB, 5. Aufl. 2024, § 321 Rn. 1; MünchKommHGB/Ebke, § 321 Rn. 4). Gem. § 321 Abs. 5 S. 1 HGB muss der Abschlussprüfer den Prüfungsbericht eigenhändig unterzeichnen und siegeln (Böcking/Gros/Rabenhorst, § 321 Rn. 33). Alternativ kann der Abschlussprüfer den Prüfungsbericht aber auch mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen (MünchKommHGB/Ebke, § 321 Rn. 84; BeckOGK-HGB/Bormann, Std.: 1.1.2024, § 321 Rn. 86). Der *Bestätigungsvermerk* (dazu sogleich) ist auch in den Prüfungsbericht aufzunehmen, § 322 Abs. 7 S. 2 HGB.

bb) Bei einer Pflichtprüfung muss der Abschlussprüfer das *Ergebnis* der Prüfung zudem schriftlich in einem **Bestätigungsvermerk** zum Jahresabschluss zusammenfassen, hierbei handelt es sich um das sog. Testat, § 322 Abs. 1 S. 1 HGB. Mit einem *uneingeschränkten* Bestätigungsvermerk erklärt der Abschlussprüfer, dass der Jahres- oder Konzernabschluss aufgrund seiner bei der Prüfung gewonnenen Erkenntnisse nach seiner Beurteilung den gesetzlichen Vorschriften entspricht und

unter Beachtung der Grundsätze ordnungsmäßiger Buchführung oder sonstiger maßgeblicher Rechnungslegungsgrundsätze ein den tatsächlichen Verhältnissen entsprechendes Bild der Vermögens-, Finanz- und Ertragslage der Kapitalgesellschaft oder des Konzerns vermittelt, § 322 Abs. 3 S. 1 HGB (zu den vier Arten des Bestätigungsvermerks siehe Möller, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 6. Aufl. 2023, § 56 Rn. 382). Den Bestätigungsvermerk muss der Abschlussprüfer **auf dem Jahresabschluss anbringen** oder mit diesem (und ggf. dem Lagebericht) **fest verbinden** (BeckOK-HGB/Schorse/Morfeld, Std.: 1.10.2024, § 322 Rn. 49). Es gibt allerdings keine gesetzliche Vorgabe, wonach der Bestätigungsvermerk nur auf einem vom Geschäftsführer der GmbH bereits *unterzeichneten* Exemplar des Jahresabschlusses angebracht werden dürfte. Dies ist angesichts des zeitlichen Ablaufs auch logisch, denn zunächst wird der *geprüfte* Jahresabschluss *festgestellt* und erst dann hat ihn die Geschäftsführung zu unterzeichnen (s.o.).

Den **Bestätigungsvermerk** hat der Abschlussprüfer unter Angabe des Ortes der Niederlassung des Abschlussprüfers und des Tages der Unterzeichnung zu **unterzeichnen**, § 322 Abs. 7 S. 1 Hs. 1 HGB (siehe dazu BGH NJW 2022, 2185 Rn. 35). Das HGB fordert also **Schriftform** i. S. d. § 126 Abs. 1 BGB. Gem. § 126 Abs. 3 BGB kann die elektronische Form die gesetzlich vorgeschriebene Schriftform ersetzen. Dazu muss der Aussteller der Erklärung dieser seinen Namen hinzufügen und sie mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versehen, § 126a Abs. 1 BGB. Der Abschlussprüfer kann mithin seinen Bestätigungsvermerk auch mit seiner **qualifizierten elektronischen Signatur** versehen, anstatt ihn händisch zu unterschreiben (Justenhoven/Küster/Bernhard, in: Beck'scher Bilanzkommentar, § 322 HGB Rn. 105 f.; MünchKommHGB/Ebke, § 322 Rn. 76 Fn. 269). Gem. § 20 Abs. 2 S. 2 Var. 1 der aktuell gültigen Fassung der Satzung der Wirtschaftsprüferkammer über die Rechte und Pflichten bei der Ausübung der Berufe des Wirtschaftsprüfers und des vereidigten Buchprüfers (Berufssatzung für Wirtschaftsprüfer/vereidigte Buchprüfer – BS WP/Vbp) kann ein Wirtschaftsprüfer sein Siegel auch elektronisch führen. Der Abschlussprüfer braucht demnach seinen Bestätigungsvermerk gar nicht mehr eigenhändig zu unterzeichnen (Holthaus/Lehnhoff, in: Lang/Weidmüller, GenG, 2022, § 58 Rn. 4a).

3. Handelsregisterverfahrensrechtliche Formvorgaben

Materiell-rechtlich kann somit das gesamte Verfahren vom Aufstellen der Bilanz über deren Prüfung, deren Feststellung und deren Unterzeichnung in elektronischer Form erfolgen. Davon zu unterscheiden sind

die Formvorgaben des Handelsregisterverfahrensrechts.

Gem. § 12 Abs. 1 S. 1 HGB muss der Notar die Anmeldung der Umwandlungsmaßnahme zum Handelsregister elektronisch einreichen (Schwab, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 8, 5. Aufl. 2018, § 70 Rn. 38). Soweit eines der beim Handelsregister einzureichenden *Dokumente* nach materiellen Recht *nicht* der notariellen Beurkundung oder öffentlichen Beglaubigung bedarf, gilt die Vorschrift des § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB (OLG Jena RNotZ 2011, 121, 122; OLG Düsseldorf FGPrax 2020, 178, 179). Danach kann der Notar das jeweilige Dokument als **(einfache) elektronische Aufzeichnung** übermitteln; einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift bedarf es nicht (Lutter/Decher, § 17 Rn. 5; Schwab, § 70 Rn. 39; DNotI-Report 2018, 25). Die elektronische Aufzeichnung muss ein maschinenlesbares und durchsuchbares Format aufweisen. Einzelheiten können die Landesregierungen in Verordnungen nach § 8a Abs. 2 HGB regeln (dazu ausführlich Staub/Koch/Harnos, HGB, 6. Aufl. 2023, § 8a Rn. 9 ff.). Grundsätzlich soll nach der Regierungsbegründung zum DiRUG (BT-Drucks. 19/28177, S. 96) etwa die Übermittlung im XML-Format oder als durchsuchbare Datei im PDF-Format in Betracht kommen. Auch ein *originär elektronisch erstelltes* Dokument genügt den Anforderungen des § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB (KG NJW 2022, 3521 Rn. 7 f. = DNotZ 2023, 56 m. Anm. W. Mayer). Es ist also *nicht* denklogische Voraussetzung einer elektronischen Aufzeichnung, dass es eine Papierfassung des Dokuments überhaupt gibt.

Zudem braucht dem einreichenden Notar gemäß einer Entscheidung des OLG Düsseldorf *nicht* eine etwa (aus materiell-rechtlichen Gründen) in Schriftform zu erichtende Urschrift des einzureichenden Dokuments vorzuliegen. Nichts anderes kann aber in den Fällen des § 126a BGB gelten, also dann, wenn anstelle des Schriftformerfordernisses die äquivalente Form des § 126a BGB gewahrt wird. Vielmehr kann der Notar eine vom jeweiligen Beteiligten selbst erstellte elektronische Aufzeichnung beim Handelsregister einreichen (zum Ganzen: OLG Düsseldorf FGPrax 2019, 175 f. = EWiR 2019, 685 m. Anm. Cziupka). Es trifft den **Notar** also **keine Pflicht**, sich selbst von der **(form-)wirksamen Errichtung** eines unter § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB fallenden Dokuments zu **überzeugen**. Der Gesetzgeber nahm in Kauf, dass bei elektronischen Dokumenten Zweifel an der Authentizität bestehen können (so BeckOK-HGB/Müther, § 12 Rn. 34).

Wendet man die Aussagen des OLG Düsseldorf auf § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG i. V. m. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB

an, so gilt Folgendes: Weder die Schlussbilanz noch der Bestätigungsvermerk des Abschlussprüfers bedürfen einer notariellen Beurkundung oder Beglaubigung. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 HGB ist daher nicht anwendbar. § 17 Abs. 2 S. 2 UmwG verweist auf die Vorschriften des Bilanzrechts. Diese verlangen für Jahresabschluss und Bestätigungsvermerk (sowie für den Prüfungsbericht) des Abschlussprüfers nur die Wahrung der Schriftform. Würde die GmbH den Jahresabschluss noch in Papierform aufstellen und auch der Prüfer seinen Bestätigungsvermerk schriftlich in Papierform anbringen und würde die GmbH anschließend das Dokumentenkonvolut einscannen und dem Notar ein einfaches PDF-Dokument übersenden, so würde dies genügen.

Erstellen die Beteiligten **originär elektronische Dokumente**, so gilt Folgendes:

Muss der Jahresabschluss **geprüft** werden, muss es u. E. für diesen Fall **ausreichen**, dass der Notar den **Jahresabschluss** (bzw. die Bilanz) **mitsamt Bestätigungsvermerk** beim Handelsregister als **originäre elektronische Aufzeichnung i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB** einreicht (vgl. Oetker/Preuß, 8. Aufl. 2024, HGB § 12 Rn. 63).

Diese Schlussfolgerung stimmt mit den Praxishinweisen der Wirtschaftsprüfungskammer zu elektronischen Prüfungsvermerken und -berichten überein. Danach reicht es aus, wenn das für die Aufstellung des Abschlusses zuständige Organ den unterschriebenen Jahresabschluss einscann und der Wirtschaftsprüfer dieses Dokument mit seinem Bestätigungsvermerk mit qualifizierter elektronischer Signatur zusammenführt (Wirtschaftsprüferkammer, Elektronische Prüfungsvermerke und -berichte, Frage Nr. 21, abrufbar unter: <https://www.wpk.de/mitglieder/praxishinweise/elektronische-pruefungsvermerke-und-berichte/#c15847>, Abruf vom 11.11.2024). Es sei nicht erforderlich, dass die Gesellschaft den eingescannten Jahresabschluss ihrerseits zuvor qualifiziert elektronisch signiert hat (digitale „Testatsexemplar-Datei“). Denn der **Abschlussprüfer übernehme die Gewähr** dafür, dass es sich hierbei um den Jahresabschluss handle, den er von der Gesellschaft zum Zwecke der Prüfung erhalten habe, und dass er genau diesen als Scan beigefügten Jahresabschluss seiner Prüfung zugrunde gelegt habe (siehe zum Ganzen auch: Holthaus/Lehnhoff, § 58 Rn. 4b).

Ist der Jahresabschluss **nicht prüfungspflichtig** und daher ungeprüft, muss es zulässig sein, dass der Notar einen ihm übermittelten **Scan des Jahresabschlusses** oder eine **originär elektronische Aufzeichnung** des Jahresabschlusses dem Registergericht übersendet. Das

für die Aufstellung zuständige Organ braucht keine qualifizierte elektronische Signatur an dem Dokument anzubringen. Weder Notar noch Registergericht brauchen die qualifizierten elektronischen Signaturen zu überprüfen.

4. Ergebnis

Es ist zulässig, dass der Notar die Schlussbilanz bei Umwandlungsvorgängen als *elektronische Aufzeichnung* i. S. d. § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB ohne qualifizierte elektronische Signaturen beim Handelsregister einreicht. Erst recht muss es zulässig sein, dass der Notar ein vom Abschlussprüfer qualifiziert elektronisch signiertes Prüfexemplar des Jahresabschlusses beim Handelsregister einreicht. Weder Notar noch Registergericht brauchen jedoch die qualifizierten elektronischen Signaturen zu prüfen.

BGB § 1951

Gestattung einer teilweisen Ausschlagung von Vermächtnissen

I. Sachverhalt

Erblasser E möchte sein werthaltiges und komplex strukturiertes Immobilienvermögen mehreren Personen im Vermächtniswege zukommen lassen. Die Vermächtnisnehmer sollen (wohl aus steuerlichen Gründen) möglichst flexibel steuern können, wie viel Vermögen sie nach dem Erbfall tatsächlich erhalten. Hierzu sollen bspw. Vermächtnisnehmer A fünf Immobilien zugewiesen werden, wobei A im Hinblick auf jede einzelne der Immobilien die Möglichkeit haben soll, das Vermächtnis teilweise (also hinsichtlich einzelner Bruchteileigentumsanteile) anzunehmen und im Übrigen auszuschlagen. Im Testament soll ausdrücklich eine solche teilweise Annahme und teilweise Ausschlagung des Vermächtnisses gestattet werden.

II. Fragen

1. Ist eine teilweise Annahme und teilweise Ausschlagung dieses einheitlichen Vermächtnisses nach den §§ 2180, 1950 BGB zulässig, wenn der Erblasser durch die ausdrückliche Gestattung die Befugnis zur teilweisen Annahme und Ausschlagung (auch hinsichtlich einzelner Bruchteile einer Immobilie) im Testament einräumt?

2. Falls Frage 1 verneint wird, müsste für die Zulässigkeit jeder einzelne Bruchteil (je 1/10 Miteigentumsanteil der Immobilie 1, der Immobilie 2, etc.) ausdrücklich als eigenständiges Vermächtnis im Testament ausgewiesen werden?

III. Zur Rechtslage

Bevor die Möglichkeiten zur teilweisen Ausschlagung von *Vermächtnissen* näher geprüft werden, soll der Blick zunächst auf die **Ausschlagungsmöglichkeiten bei der Berufung zu mehreren Erbteilen** gerichtet werden.

1. Rechtslage in Bezug auf die Teilausschlagung von Erbteilen

Sowohl bei der **gesetzlichen Erbfolge** als auch bei der **gewillkürten Erbfolge** sind Konstellationen denkbar, in denen ein Erbe **zu mehreren Erbteilen berufen** wird. Bei der gewillkürten Erbfolge ist dies etwa dann der Fall, wenn der Erbe zugleich Ersatzerbe oder Nacherbe aufgrund Wegfalls eines vorrangig berufenen (Vor-)Erben wird. Bei der gesetzlichen Erbfolge sind die praktisch seltenen Fälle der §§ 1927, 1934 BGB zu nennen.

Welche Möglichkeiten zur Ausschlagung bestehen, wenn ein Erbe zu mehreren Erbteilen berufen ist, regelt § 1951 BGB (vgl. zu den möglichen Konstellationen der Mehrfachberufung MünchKommBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1951 Rn. 2).

§ 1951 Abs. 3 BGB bestimmt, dass ein Erblasser dann, wenn er einen Erben auf mehrere Erbteile eingesetzt hat, er diesem durch Verfügung von Todes wegen gestatten kann, den einen Erbteil anzunehmen und den anderen auszuschlagen. Dabei wird es in der Literatur explizit auch für **zulässig** gehalten, dass der Erblasser **mehrere Erbteile allein deswegen bildet**, um dem Erben eine **isolierte Annahme oder Ausschlagung** (etwa aus erbschaftsteuerlichen Gründen) **zu ermöglichen** (vgl. nur NK-BGB/Ivo, 6. Aufl. 2022, § 1951 Rn. 6; MünchKommBGB/Leipold, § 1951 Rn. 7 m. w. N.). Dies bedeutet, dass die Berufung zu mehreren Erbteilen nicht erst des Wegfalls eines anderen Erben bedarf (so bei der Ersatz- oder Nacherbfolge), sondern dass der Erblasser frei darin sein soll, etwa einen Erben zu 2/3 und zugleich zu 1/3 einzusetzen.

Umstritten ist allerdings, ob **alleine die Teilung eines Erbteils** (2/3 + 1/3 anstelle 1/1) auf die **Gestattung** zur getrennten Ausschlagung/Annahme **schließen lässt** (so z. B. MünchKommBGB/Leipold, § 1951 Rn. 6 f.; NK-BGB/Ivo, § 1951 Rn. 7; a. A. dagegen BeckOGK-BGB/Heinemann, Std.: 1.9.2024, § 1951 Rn. 27, wonach die Teilung zwar eine notwendige, aber noch keine hinreichende Voraussetzung für die Teilbarkeit des Annahme-/Ausschlagungsrechts darstelle). Lehnt man dies mit der Mindermeinung ab, wäre demgemäß eine **ausdrückliche Gestattungsverfügung** erforderlich, die etwa wie folgt formuliert werden könnte (vgl. BeckOGK-BGB/Heinemann, § 1951 Rn. 28):

„Ich gestatte dem Erben, den Erbteil zu 2/3 und den Erbteil zu 1/3 gesondert anzunehmen bzw. auszuschlagen.“

2. Rechtslage im Falle der Vermächtniszurwendung

Für das Vermächtnis bestimmt § 2180 Abs. 3 BGB, dass die für die Annahme und die Ausschlagung einer Erbschaft geltenden Vorschriften des § 1950, des § 1952 Abs. 1, 3 und des § 1953 Abs. 1, 2 BGB entsprechende Anwendung finden.

Aus dem Verweis des § 2180 Abs. 3 BGB auf § 1950 BGB lässt sich herleiten, dass ein **einheitliches Vermächtnis nicht teilweise ausgeschlagen** werden kann (OLG Celle BeckRS 2011, 15225; BeckOGK-BGB/Forschner, Std.: 1.9.2024, § 2180 Rn. 16).

Für zulässig wird es allerdings gehalten, **eines von mehreren Vermächtnissen anzunehmen** und ein **anderes auszuschlagen** (BeckOGK-BGB/Forschner, § 2180 Rn. 16.; Burandt, in: Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2180 Rn. 7; Staudinger/Otte, BGB, 2019, § 2180 Rn. 18). Dabei wirft die **Abgrenzung** zwischen **einzelnen Vermächtnissen** und einem **einheitlichen Vermächtnis** in der Praxis durchaus Schwierigkeiten auf, etwa, wenn es sich um das Vermächtnis des gesamten Hausrats handelt. Während einzelne Kommentatoren hierin mehrere Einzelvermächtnisse sehen wollen (vgl. etwa Staudinger/Otte, § 2180 Rn. 18), gehen andere davon aus, dass es sich bei einem Hausratsvermächtnis eher um ein einheitliches Vermächtnis handele, da es nicht der allgemeinen Lebenserfahrung entspreche, dass der Erblasser es dem Bedachten gestatten wolle, sich die besten Stücke herauszusuchen und die (erfahrungsgemäß häufig lästige und kostspielige) Entsorgung der übrigen dem Erben zu überlassen (vgl. BeckOGK-BGB/Forschner, § 2180 Rn. 17).

Zur Frage, ob auch bei Vorliegen eines **einheitlichen Vermächtnisses** eine **Teilannahme oder -ausschlagung** (vergleichbar mit § 1951 Abs. 3 BGB) **gestattet** werden kann, liegt soweit ersichtlich keine Rechtsprechung oder Stellungnahme in der Literatur vor. Unseres Erachtens ist eine Teilausschlagung selbst dann nicht möglich, wenn der Erblasser dies dem Vermächtnisnehmer explizit gestattet hat. Denn es fehlt eben an einer § 1951 Abs. 3 BGB vergleichbaren Öffnungsklausel in Buch 5 Abschnitt 3 Titel 4 („Vermächtnis“) des BGB. Jedenfalls unter Beachtung des Gebots des sichersten Weges dürfte es sich daher nicht empfehlen, eine nicht hinreichend abgesicherte Gestaltungsvariante wie die Gestattung der Teilausschlagung eines Vermächtnisses zu wählen.

In diesem Zusammenhang bleibt zu berücksichtigen, dass bei der Frage der Teilausschlagung u. E. **nicht die**

Frage der Gestattung im Mittelpunkt steht. Zentrales Element ist bei der Erbeinsetzung die **Bildung mehrerer Erbteile** bzw. beim Vermächtnis die **Aussetzung mehrerer Vermächtnisse**. Die Gestattung muss im ersten Fall nur zusätzlich hinzukommen; beim Vermächtnis spielt sie wohl keine Rolle, da § 1951 BGB, der insoweit als Einschränkung angesehen werden kann, gar keine Anwendung findet. Hierzu führt *Otte* (in: Staudinger, § 2180 Rn. 18) Folgendes aus:

„Wer zu mehreren Vermächtnissen berufen ist, kann das eine annehmen und das andere ausschlagen. Dies hatte E I § 1873 Abs. 4 ausdrücklich ausgesprochen. Die II. Kommission hat diese Bestimmung als selbstverständlich gestrichen (Prot. V 219). Die Annahme oder Ausschlagung eines von mehreren Vermächtnissen ist demnach nicht an die einschränkenden Voraussetzungen des § 1951 BGB gebunden.“

3. Ergebnis

Zusammenfassend betrachtet ist daher davon auszugehen, dass bei einem einheitlichen Vermächtnis keine Teilausschlagung gestattet werden kann. Zur **Ermöglichung einer Teilausschlagung** müssten **selbstständige Vermächtnisse gebildet** werden. Alternativ kann auch die Einräumung von Wahlvermächtnissen i. S. v. § 2154 BGB erwogen werden. Hierbei würde dem Vermächtnisnehmer *ein Wahlrecht* eingeräumt, welchen bestimmten Anteil an einem bestimmten Gegenstand er beanspruchen will. In diesem Fall würde das Vermächtnis von vornherein ein Wahlrecht umfassen, so dass sich die in diesem Gutachten thematisierte Frage einer möglichen (Teil-)Ausschlagung nicht stellen würde.

Rechtsprechung

GmbHG §§ 46 Nr. 5, 53, 54; AktG § 241 Nr. 3
Satzungsdurchbrechung: Kompetenzwidrig gefasster Beschluss über die Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers nicht nichtig

1. Gesellschafterbeschlüsse einer GmbH, die gegen die in der Satzung festgelegte, nicht auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften beruhende Kompetenzverteilung verstoßen, sind lediglich anfechtbar.

2. Die Abberufung eines Geschäftsführers durch die nach der Satzung dafür nicht zuständige Gesellschafterversammlung ist keine zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung.

BGH, Urt. v. 16.7.2024 – II ZR 71/23

Problem

Die Entscheidung des BGH betrifft die Abberufung

des Geschäftsführers der Hannover 96 Management GmbH (nachfolgend: GmbH). Einziger Gesellschafter der GmbH war der Hannoversche Sportverein von 1896 e.V. (nachfolgend: Verein). Laut der GmbH-Satzung war für die Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers nicht die Gesellschafterversammlung zuständig, sondern ein fakultativer vierköpfiger Aufsichtsrat. In diesen Aufsichtsrat entsandte der Verein zwei Mitglieder. Die beiden anderen Mitglieder entsandte die Hannover 96 GmbH & Co. KGaA (nachfolgend: KGaA). Der Verein hatte sich in einem schuldrechtlichen Vertrag mit der KGaA und der einzigen Kommanditaktionärin verpflichtet, Satzungsänderungen der GmbH nur mit Zustimmung der Kommanditaktionärin zu beschließen. In einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung im Juli 2022 berief der Verein als Alleingesellschafter der GmbH den Geschäftsführer ab. Dieser beantragte vor Gericht, die Nichtigkeit des Abberufungsbeschlusses festzustellen.

Entscheidung

Der BGH hat die Entscheidung der Vorinstanz aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Mangels Vorschriften zur Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Beschlüssen der GmbH-Gesellschafterversammlung wendet der BGH die aktienrechtlichen Vorschriften der §§ 241 ff. AktG an (Rn. 13): Entsprechend § 241 Nr. 3 AktG könne nur eine **Verletzung der tragenden Strukturprinzipien** des GmbH-Rechts eine Unvereinbarkeit des Beschlusses mit dem Wesen der GmbH und somit die Nichtigkeit des Beschlusses begründen.

Zu diesen tragenden Strukturprinzipien zählen laut BGH nicht die konkreten Satzungsbestimmungen der beklagten GmbH, sondern eben nur die abstrakt-generellen Strukturmerkmale der GmbH (Rn. 14). **Verstoße ein Gesellschafterbeschluss gegen** die in der Satzung festgelegte, nicht auf zwingenden gesetzlichen Vorschriften beruhende **Kompetenzverteilung**, sei er daher lediglich **anfechtbar**. Gem. § 52 Abs. 1 GmbHG könne die GmbH freiwillig einen Aufsichtsrat einrichten. Die Zuständigkeit für die Bestellung und Abberufung des GmbH-Geschäftsführers verbleibe gem. §§ 45 Abs. 2, 46 Nr. 5 GmbHG aber auch dann weiter bei der Gesellschafterversammlung. Daher ist der gefasste Abberufungsbeschluss nach Ansicht des BGH mit den tragenden Strukturmerkmalen des GmbH-Rechts vereinbar (Rn. 16). Die statutarisch geänderte Zuständigkeit ergebe sich nicht aus dem Gesetz, sondern gewissermaßen „nur“ aus der konkreten Satzungsgestaltung.

Auch der **Verstoß gegen den Stimmbindungsvertrag** des Vereins mit der KGaA und deren einziger Kom-

manditaktionärin **führe nicht zur Nichtigkeit** des Abberufungsbeschlusses. Denn der Stimmbindungsvertrag mit einem Nichtgesellschafter begründe nur eine schuldrechtliche – relative – Verpflichtung des (Allein-)Gesellschafters, gehöre aber nicht zu den gesetzlichen Strukturmerkmalen der GmbH (Rn. 20 f., 26).

Im zweiten Schritt lehnt der BGH auch eine Nichtigkeit des Beschlusses wegen **Sittenwidrigkeit** analog § 241 Nr. 4 AktG ab (Rn. 31). Der kompetenzwidrige Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Abberufung des Geschäftsführers schädige keine Dritten (Rn. 36 f.). Der Verstoß gegen den Stimmbindungsvertrag könne deswegen keine Sittenwidrigkeit begründen, weil andernfalls die schuldrechtliche Vereinbarung des Gesellschafters Rechtsfolgen in der Gesellschaft zeitige (Rn. 39).

Darüber hinaus sieht der BGH den Abberufungsbeschluss **nicht als zustandsbegründende Satzungsdurchbrechung** an (Rn. 43). Bislang hat der BGH zwischen Beschlüssen differenziert, die *punktuell* gegen die Satzung verstoßen und solchen, die einen von der Satzung abweichenden *dauerhaften* Zustand begründen (Rn. 44). Letztere müssten die Form der notariellen Beurkundung wahren, ansonsten seien sie nichtig, § 53 Abs. 3 GmbHG, § 125 S. 1 BGB. Die kompetenzwidrige Abberufung des Geschäftsführers begründe allerdings keine dauerhafte Abweichung von der Satzung. Allein das Zustandekommen des Beschlusses verletze die Satzung (Rn. 46). Diese Verletzung betreffe keine schützenswerten Interessen des Rechtsverkehrs (Rn. 47 ff.).

Infolgedessen bleibe lediglich die Anfechtbarkeit des Beschlusses nach § 246 Abs. 1 AktG. Dem Geschäftsführer einer GmbH fehle jedoch die Anfechtungsbefugnis. Diese stehe nur dem gem. § 16 Abs. 1 GmbHG zu bestimmenden GmbH-Gesellschafter zu (Rn. 54).

Praxishinweis

Die Entscheidung des BGH zeigt, dass Verstöße allein gegen Stimmbindungsverträge nicht zur Unwirksamkeit eines vertragswidrig zustande gekommenen Beschlusses führen. Darüber hinaus können die GmbH-Gesellschafter wirksam die Abberufung des GmbH-Geschäftsführers beschließen, obwohl sie nach dem Gesellschaftsvertrag nicht dafür zuständig sind. Noch **ungeklärt** ist, ob der BGH die herkömmlichen **Grundsätze der Satzungsdurchbrechung** (insbesondere die Differenzierung zwischen punktueller und zustandsbegründender Durchbrechung) unverändert **beibehalten** hat (s. zur Diskussion etwa Leuschner, NZG 2024, 1216 Rn. 15 ff.; Lüttenberg, NJW 2024, 2956 Rn. 14 ff., 19).

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: Notarassessor Dr. Maximilian Pechtl

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