

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1638 – Entzug der Vermögensverwaltung bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall

BGB §§ 29, 2147, 2205, 2211; GmbHG §§ 15, 16, 40 – Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers; Einreichung einer neuen Gesellschafterliste; Nachweis der Erbfolge

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1638

Entzug der Vermögensverwaltung bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall

I. Sachverhalt

§ 1638 BGB regelt in seiner seit dem 1.1.2023 geltenden Neufassung nunmehr, dass auch ein Entzug der Vermögensverwaltung bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall möglich ist. Eine Mutter bestimmt bei Abschluss eines Versicherungsvertrags, dass die Bezugsberechtigte im Todesfall ihre Tochter sein soll. Später lässt sie sich von ihrem Ehemann, dem Vater der Tochter, scheiden und möchte nun verhindern, dass für den Fall ihres vorzeitigen Ablebens der Vater die Vermögensverwaltung über das Vermögen der Tochter innehat, das der Tochter aus dem Versicherungsvertrag zufallen würde.

II. Frage

Zu welchem Zeitpunkt ist eine solche Anordnung zu

treffen? Kann eine solche nur direkt bei der Bestimmung der Bezugsberechtigung bei einer Versicherung oder Bank getroffen werden oder kommt eine Anordnung des Entzugs der Vermögensverwaltungsbefugnis auch nachträglich noch im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen in Betracht, wenn ein Widerruf der Bezugsberechtigung insgesamt nicht gewollt ist?

III. Zur Rechtslage

1. Inhaltliche Neufassung des § 1638 BGB im Rahmen der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts

Durch die umfassende Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 1.1.2023 wurden die betroffenen Rechtsgebiete neu strukturiert und viele Gesetzesbestimmungen auch inhaltlich neu gefasst. Die Möglichkeit der Beschränkung der Vermögenssorge nach § 1638 BGB wurde im Rahmen der Reform grundsätzlich beibehalten, Abs. 1 der Vorschrift aber neu gefasst wie folgt [Änderung hervorgehoben]:

„(1) Die Vermögenssorge erstreckt sich nicht auf das Vermögen, welches das Kind von Todes wegen, **durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall** oder unter Lebenden erwirbt, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung, der Zuwendende bei der Zuwendung be-

stimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen.“

Die Ausschließungsmöglichkeit wurde damit tatbestandlich ausgeweitet auf Vermögen, welches das Kind nicht nur von Todes wegen oder unter Lebenden, sondern auch **durch unentgeltliche Zuwendung auf den Todesfall** erwirbt. Entsprechende Änderungen sind auch im Rahmen der möglichen Verwaltungsanordnungen für ererbtes und geschenktes Vermögen erfolgt (vgl. §§ 1639, 1811, 1837 BGB n. F.; Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667). Der Gesetzgeber will mit diesen Änderungen erreichen, dass künftig auch unentgeltliche Zuwendungen auf den Todesfall, die im Rahmen von **Verträgen zugunsten Dritter** (d. h. des Minderjährigen/Mündels/Betreuten) erfolgen, **in den Anwendungsbereich der oben genannten Vorschriften fallen** und z. B. der Betreuer nach § 1837 Abs. 2 BGB n. F. ggf. nach Eintritt des Erbfalls auch hiervon abweichen kann (vgl. BT-Drucks. 19/24445, 270; Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667). Gemeint sind hiermit die klassischen Zuwendungen auf den Todesfall mithilfe eines Vertrages zugunsten Dritter, wie z. B. Zuwendung eines Bankguthabens oder einer Lebensversicherungssumme auf den Todesfall (vgl. Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667; vgl. auch BeckOK-BGB/Veit, Std.: 1.1.2023, § 1638 Rn. 5).

Warum der Gesetzgeber davon ausging, dass solche Zuwendungen **bislang** tatbestandlich nicht erfasst wären und demzufolge eine Ausweitung des Tatbestands erforderlich sei, erschließt sich nicht unmittelbar (vgl. Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667 Fn. 11). Denn bei den „unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall“ handelt es sich nach hiesiger Auffassung um einen – bislang schon explizit erfassten – unentgeltlichen Vermögenserwerb „unter Lebenden“, da ihm ein **lebzeitiges Rechtsgeschäft** zugrunde liegt, auch wenn der Anspruch vom Begünstigten selbst erst im Todesfall erworben wird, § 331 BGB (vgl. Müller-Engels, ErbR 2022, 666, 667 Fn. 11; OLG Frankfurt/M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 11; vgl. zur Abgrenzung zum Erwerb von Todes wegen auch OLG Naumburg WM 2004, 830, 830).

Auch in der bisherigen Kommentarliteratur war anerkannt, dass z. B. die **Bestimmung des Bezugsberechtigten** aus einer Lebensversicherung auf den Todesfall als Vertrag zugunsten Dritter eine **unentgeltliche Zuwendung nach § 1638 Abs. 1 Var. 2 BGB a. F.** (nicht § 1638 Abs. 1 Var. 1 BGB a. F.) ist, ohne dass insoweit zwischen widerruflicher und unwiderruflicher Bezugsberechtigung i. S. d. § 159 VVG differenziert wurde (s. nur BeckOGK-BGB/Kerscher, Std.: 1.9.2022, § 1638 Rn. 8.1; MünchKommBGB/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1638 Rn. 4; Staudinger/Heilmann, BGB, 2016, § 1638 Rn. 15).

Mit der Neufassung des § 1638 BGB ist nun jedenfalls zweifelsfrei festgehalten, dass auch bei unentgeltlichen Zuwendungen auf den Todesfall ein Ausschluss der elterlichen Vermögensverwaltung durch den Erblasser zulässig ist. Die Frage, **wann** dieser Ausschluss zu erfolgen hat, ob dies insbesondere bei Abschluss des Vertrages zugunsten Dritter bzw. Einräumung des Bezugsrechts zu erfolgen hat oder bei Zustandekommen des Schenkungsvertrages (Valutaverhältnis), ist aber im Rahmen der Reform nicht explizit erörtert worden, und zwar weder in der Gesetzesbegründung noch in der Reformliteratur. Es kann jedoch an den **bisherigen Stand** der Diskussion angeknüpft werden.

2. Bisheriger Streitstand: Maßgeblicher Zeitpunkt für Anordnung

Bei einer **Zuwendung unter Lebenden** ist die Ausschließung des Verwaltungsrechts der Eltern nur zulässig, wenn die Zuwendung **unentgeltlich** erfolgt (Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 14). Außerdem muss der Verwaltungsausschluss – anders als bei Erwerben von Todes wegen – gerade **bei der Zuwendung** angeordnet werden (Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 13). Eine **nach** (und nach h. M. auch vor) **der Zuwendung** erfolgende Anordnung ist nach h. A. **wirkungslos** (BayObLGZ 6, 553, 558; KG FamRZ 1962, 432, 435; OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245; Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 14; BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 Rn. 13.1).

Weiter ist zu beachten, dass die Rechtsprechung unter referierender Zustimmung der Literatur wiederholt als relevante Zuwendung für § 1638 Abs. 1 BGB bereits die **Einräumung der – auch widerruflichen – Bezugsberechtigung** angesehen hat; auf den Zeitpunkt der Wirksamkeit des im Valutaverhältnis zwischen Versprechensempfänger und Dritten zugrunde liegenden **Schenkungsvertrages** und die Kondiktionsfestigkeit des Anspruchserwerbes soll es nach Ansicht der Rechtsprechung gerade **nicht** ankommen (OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 12 f.; s. hierzu auch BeckOGK-BGB/Kerscher, § 1638 Rn. 8.1; MünchKommBGB/Huber, § 1638 Rn. 4; Staudinger/Heilmann, § 1638 Rn. 15).

Eine dem Erwerb der Bezugsberechtigung erst **nachfolgende Verwaltungsanordnung** gem. § 1638 BGB, die zu ihrer Wirksamkeit gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB dem Lebensversicherer zugehen müsse, wäre nach dieser Ansicht daher **verspätet und damit wirkungslos** (OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 12 f. der Entscheidungsgründe).

Diese strenge Auslegung des § 1638 BGB erscheint jedoch **nicht zweifelsfrei**. Es ließe sich vertretbar auch

auf den Anspruchserwerb (Todesfall) bzw. das Wirksamwerden des im Valutaverhältnis zugrunde liegenden Schenkungsvertrages und damit den Zeitpunkt der bereicherungsrechtlichen Kondiktionsfestigkeit der Zuwendung abstellen, da hierin die eigentliche „Zuwendung“ an den Minderjährigen zu sehen sein dürfte.

Für die Praxis wird man nach dem **Gebot des sichersten Weges** gleichwohl die vorliegenden Judikate zugrunde legen müssen.

Soweit die Ausschließung von der Vermögensverwaltung bei Einräumung des Bezugsrechts nicht vorgenommen worden ist, müsste das Bezugsrecht folglich in einem ersten Schritt zunächst durch Erklärung gegenüber dem Versprechenden (z. B. Versicherungsunternehmen) **widerrufen** werden (sofern es sich um ein widerrufliches Bezugsrecht handelte; vgl. § 159 Abs. 2 VVG). In einem zweiten Schritt könnte dann die Bezugsberechtigung dem Minderjährigen **neu eingeräumt** und hierbei gleichzeitig die **entsprechende Verwaltungsanordnung nach § 1638 BGB getroffen werden** (hierauf verweisend auch OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2015, 7245 Rn. 13). Auch wenn dieses Vorgehen umständlich erscheint oder sogar ggf. als „sinnlose Förmlichkeit“ angesehen werden könnte, da dem widerruflich Begünstigten bis zum Eintritt des Versicherungsfalls noch kein Recht zusteht, sondern nur eine ungesicherte Hoffnung auf die später einmal fällig werdende Leistung, die sich rechtlich betrachtet als Nullum darstellt (vgl. nur BGH VersR 2010, 1021; 2015, 1542 m. w. N.; Prölss/Martin/Schneider, Versicherungsvertragsgesetz, 31. Aufl. 2021, § 159 VVG Rn. 15), so entspricht dieses Vorgehen angesichts der o. a. Rspr. jedenfalls dem Gebot des sichersten Weges.

3. Alternative Regelungsmöglichkeiten

Alternativ besteht die Möglichkeit, den Vermögenserwerb aus der Lebensversicherung in den Nachlass fallen zu lassen und die **Ausschließungserklärung gem. § 1638 BGB durch Verfügung von Todes wegen** vorzunehmen bzw. über die Versicherungssumme **Dauervollstreckung** anzuordnen (vgl. dazu Wedemann, FamRZ 2009, 1197 ff.).

In den Nachlass fielen der Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme jedoch nur dann (vgl. § 160 Abs. 3 VVG; BGHZ 32, 44, 46 f. = NJW 1960, 912; BeckRS 1980, 30381114), wenn

- der Erblasser die **Benennung aller Bezugsberechtigungen unterließe** (an dieser Stelle ist in der Praxis Vorsicht geboten, da Versicherungsverträge häufig in vorgedruckter Form die Einräumung von Bezugsrechten zugunsten des Ehegatten bzw. der Kinder vorsehen) oder

- durch **schriftliche Erklärung gegenüber der Versicherung zu Lebzeiten des Erblassers** alle bestehenden Bezugsberechtigungen **widerrufen** werden; ein – nach dem Tod des Erblassers zugehender – Widerruf durch letztwillige Verfügung würde folglich nicht genügen (vgl. BGH NJW 1993, 3133, 3134; BeckOGK-BGB/Mäsch, Std.: 1.4.2023, § 332 Rn. 8). Insoweit kann es sich empfehlen, sich den Widerruf aller Bezugsberechtigungen (mit der Folge, dass der Auszahlungsanspruch in den Nachlass fällt) vom Lebensversicherer schriftlich bestätigen zu lassen.

Bei Wahl dieser Gestaltungsvariante könnte hinsichtlich der Lebensversicherung auch Testamentsvollstreckung (auch als Dauervollstreckung) angeordnet werden, die zeitlich über den Zeitraum nach Eintritt der Volljährigkeit des Kindes hinaus ausgedehnt werden könnte.

BGB §§ 29, 2147, 2205, 2211; GmbHG §§ 15, 16, 40

Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers; Einreichung einer neuen Gesellschafterliste; Nachweis der Erbfolge

I. Sachverhalt

G ist Alleingesellschafter und alleiniger Geschäftsführer der G-GmbH. Er ist verstorben und hat in einem handschriftlichen Testament seine drei Söhne zu Erben und seine Ehefrau als Testamentsvollstreckerin eingesetzt. Seinen Anteil an der G-GmbH hat er seiner Frau vermacht. Es muss ein neuer Geschäftsführer bestellt werden. Die Beantragung eines Erbscheins soll – wenn möglich – aus Kostengründen vermieden werden.

II. Fragen

1. Kann der Testamentsvollstrecker den Anteil an der G-GmbH auf sich übertragen? Kann der Notar eine neue Gesellschafterliste als Ergebnis dieser Übertragung zum Handelsregister einreichen, ohne dass zuvor eine Liste eingereicht wurde, die die Söhne in Erbengemeinschaft als Erben ausweist? Kann damit die Ehefrau als neue Gesellschafterin einen Geschäftsführer bestellen?

2. Kann alternativ der Testamentsvollstrecker einen neuen Geschäftsführer bestellen, der dann zunächst die Gesellschafterliste nach Erbgang einreicht?

3. Muss dem Handelsregister die Erbfolge durch Erbschein nachgewiesen werden, damit die Erbengemeinschaft (oder der Testamentsvollstrecker) einen Geschäftsführer bestellen kann, der dann eine Gesellschafterliste zum Handelsregister einreicht?

III. Zur Rechtslage

1. Gesellschaftsrechtliche Situation (insb.: fehlender Geschäftsführer)

a) Gesellschafter der GmbH und Gesellschafterliste

Zunächst soll die Situation hinsichtlich der Gesellschafterstellung und -liste dargestellt werden.

aa) Allgemeines

Gem. § 46 Nr. 5 Alt. 1 GmbHG unterliegt die Bestellung eines Geschäftsführers der Bestimmung der Gesellschafter. Unterstellt man, dass G von seinen drei Söhnen aufgrund letztwilliger Verfügung beerbt wurde, so sind diese in Erbengemeinschaft an seine Stelle getreten (§ 15 Abs. 1 Var. 2 GmbHG, §§ 1922, 1937 BGB). Es handelt sich dann weiterhin nur um *einen* Geschäftsanteil, der den drei Söhnen als Erbengemeinschaft in gesamthänderischer Verbundenheit und damit in **Mitberechtigung i. S. d. § 18 Abs. 1 GmbHG** zusteht (vgl. Heidinger/Knaier, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 13 Rn. 730). Das Vermächtnis an die Ehefrau ändert hieran nichts, da dieses nur einen schuldrechtlichen Übertragungsanspruch begründet (§§ 2147, 2174 BGB) und die dingliche Zuordnung der Nachlassgegenstände bei den Erben unberührt lässt.

Es ist anerkannt, dass unverzüglich nach Bekanntwerden des Todes eines Gesellschafters gem. **§ 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG** eine **neue Gesellschafterliste** seitens der Geschäftsführer eingereicht werden muss (BGH NJW 2015, 1303 Rn. 8; Lange, notar 2017, 28, 29; Mayer, MittBayNot 2014, 114, 124). Ein **Testamentsvollstreckervermerk** ist in die Gesellschafterliste nach Auffassung des BGH **nicht** aufzunehmen (BGH DNotZ 2015, 456 Rn. 8 ff.; kritisch hierzu bspw. MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rn. 134).

Die Änderung der Liste erfolgt durch den Geschäftsführer auf Mitteilung und **Nachweis der Veränderung** (vgl. § 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG). An diesen Nachweis sind jedoch **strenge Anforderungen** zu stellen. Hierfür reicht die Vorlage eines privatschriftlichen Testaments nicht aus. Es entspricht der herrschenden Meinung, dass **im Regelfall** (seitens des Geschäftsführers) ein **Erbschein** verlangt werden darf (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 175; GroßkommGmbHG/Paefgen, 3. Aufl. 2020, § 40 Rn. 137; Link, RNotZ 2009, 193, 200).

Der Geschäftsführer dürfte im Rahmen des § 40 Abs. 1 GmbHG sogar ganz grundsätzlich berechtigt und verpflichtet sein, wegen der weitreichenden Konsequenzen der Listeneinreichung (vgl. § 16 GmbHG) auf die Vorlage eines **förmlichen Erbnachweises** zu bestehen (Erbschein, Europäisches Nachlasszeugnis oder notarielle

letztwillige Verfügung samt Eröffnungsniederschrift, vgl. § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO; hierzu auch Wachter, GmbHR 2023, 328, 330). Ein privatschriftliches Testament kann hierfür nicht ausreichen. Denn es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dem Geschäftsführer nicht sämtliche Verfügungen von Todes wegen zur Kenntnis gelangen (etwa: die Familie legt ein unliebsames Testament nicht offen; das Testament ist wegen einer bindenden vorherigen Verfügung unwirksam oder ein jüngeres privatschriftliches Testament wurde noch nicht aufgefunden) oder dass das vorgelegte privatschriftliche Testament aus anderen Gründen (etwa Geschäftsunfähigkeit) unwirksam war. Freilich begründet auch der Erbschein keine *Richtigkeitsgewähr* (vgl. nur § 2361 BGB), jedoch knüpft das Gesetz an den Erbschein eine *Richtigkeitsvermutung* (§ 2365 BGB). Zudem knüpft an einen Erbschein die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs nach § 2366 BGB. Diese gesetzgeberische Wertung ist im Rahmen der Überzeugungsbildung des § 40 GmbHG zu berücksichtigen. Eine **notarielle letztwillige Verfügung nebst Eröffnungsniederschrift** (§ 348 Abs. 1 S. 2 FamFG) ist dem Erbschein insofern allerdings **gleichzustellen**, wie die Wertung des § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 GBO aufzeigt (vgl. auch Wachter, GmbHR 2023, 328, 330).

Angesichts dessen dürfte der Geschäftsführer pflichtwidrig handeln, wenn er sich auf die Angaben der vermeintlichen Erben verlässt. Stellt der Geschäftsführer eine berichtigte Gesellschafterliste gleichwohl **ohne einen förmlichen Erbnachweis** in das Handelsregister ein und zeigt sich im Nachhinein, dass eine andere als die in der Liste eingetragene Person Erbe des Gesellschafters geworden ist, dürfte von einer **Pflichtverletzung** auszugehen sein und eine **Schadensersatzpflicht** des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 3 GmbHG in Betracht kommen.

bb) Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers

Vorliegend besteht die Besonderheit, dass mit G auch der einzige Geschäftsführer weggefallen ist (instruktiv zum Tod des einzigen Gesellschafter-Geschäftsführers MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 337 ff.), jedoch nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG der Geschäftsführer die neue (die Erben ausweisende) Liste einreichen muss.

Damit eine neue Liste eingereicht werden kann (nach entspr. Nachweis der Erben, s. o.), muss zunächst ein neuer Geschäftsführer bestellt werden. Allerdings gibt es keine weiteren Gesellschafter, die eine Gesellschafterversammlung einberufen könnten; die Erben sind noch nicht in der Gesellschafterliste eingetragen. Die **Ausübung von Gesellschafterrechten von Erben** ist aber

erst nach Aufnahme der geänderten Gesellschafterliste möglich (vgl. KG GmbHR 2023, 349, 350; OLG Naumburg MittBayNot 2017, 287 Rn. 27 ff.; OLG Köln FGPrax 2019, 219; Wachter, GmbHR 2023, 328, 329; GroßkommGmbHG/Löbke, 3. Aufl. 2019, § 16 Rn. 30; MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2022, § 16 Rn. 163 ff.; Servatius, in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 16 Rn. 20). Dies legt nahe, dass die Erben keinen Geschäftsführer bestellen können, weshalb zur Listeneinreichung ein Notgeschäftsführer bestellt werden müsste (so OLG Köln FGPrax 2019, 219).

Es wird zur Lösung des Problems vorgeschlagen, sich der Vorschrift des **§ 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG** zu bedienen. Demgemäß wäre es möglich, dass ein Geschäftsführerbestellungsbeschluss durch die noch nicht in der Gesellschafterliste eingetragenen Erben gefasst wird. Dieser Beschluss könnte im Rahmen einer Gesellschafterversammlung stattfinden, bei der die Erben auf alle Formalia, insb. die form- und fristgerechte Ladung, verzichten. Würde sodann die vom neuen Geschäftsführer eingereichte, die Erben ausweisende Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen, so würden die *Erben – letztlich im Wege der „Selbstheilung“ – rückwirkend zu (relativen) Gesellschaftern*, welche einen wirksamen Geschäftsführerbestellungsbeschluss fassen konnten (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 340-342). Der zunächst schwebend unwirksame Beschluss würde damit wirksam. In dieser Sondersituation aber müssen sich die nicht in die Gesellschafterliste eingetragenen Erben gegenüber dem Registergericht förmlich legitimieren und **zweifelsfrei ihre Erbenstellung nachweisen** (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 340). Hierfür reicht die Vorlage eines privatschriftlichen Testaments nicht aus. Wiederum bedürfte es der Vorlage eines **Erbscheins** oder einer **notariellen letztwilligen Verfügung samt Eröffnungsniederschrift**.

Da mithin auch diese Möglichkeit ausscheidet, wenn die Beteiligten keinen Erbschein beantragen wollen, bleibt nur die Vertretung des verstorbenen G mittels einer **transmortalen Vollmacht** oder die Bestellung eines **Notgeschäftsführers** gem. § 29 BGB analog (vgl. dazu OLG Köln FGPrax 2019, 219; Servatius, § 16 Rn. 20; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 342; Mayer, MittBayNot 2014, 114, 124; vgl. auch Heidinger, GmbHR 2020, 274, 275 f.), um eine neue Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG einreichen zu können. Unterstellt man, dass eine von G erteilte und über dessen Tod hinausreichende Vollmacht nicht besteht (Tatfrage), müsste mithin ein Notgeschäftsführer bestellt werden. Sollte hingegen eine über den Tod hinauswirkende Vollmacht erteilt worden sein, könnte der

Bevollmächtigte die Gesellschafterrechte des Verstorbenen ausüben und eine Gesellschafterversammlung abhalten (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 338; Wachter, DB 2009, 159).

Doch auch wenn ein Notgeschäftsführer seitens des Registergerichts oder ein „normaler“ Geschäftsführer seitens eines transmortal Bevollmächtigten bestellt werden könnte, **ändert dies nichts daran**, dass dieser keine neue Gesellschafterliste einreichen dürfte, bis die Erben ihre Gesellschafterstellung ordnungsgemäß nachweisen. Hierfür reicht die Vorlage des privatschriftlichen Testaments gerade nicht aus (s. o. unter sublit. aa). Es führt daher, da keine notarielle letztwillige Verfügung des G vorliegt, **kein Weg an der Beantragung eines Erbscheins vorbei**.

b) Veräußerung der Geschäftsanteile

Die unter lit. a geschilderte Notwendigkeit der Beantragung eines Erbscheins kann auch nicht dadurch umgangen werden, dass zwecks der Vermächtniserfüllung eine Anteilsabtretung vor der Einreichung einer neuen Liste beurkundet würde.

aa) Pflicht zur unverzüglichen Listeneinreichung auch bei einer Vermächtnisanordnung

Eine Ausnahme der unverzüglichen Einreichung einer aktuellen Liste nach dem Tod des Gesellschafter-Geschäftsführers wird zwar mitunter angenommen, wenn die Erben die Geschäftsanteile unmittelbar veräußern wollen (Gutachten DNotI-Report 2010, 53, 56). Allerdings entspricht es der herrschenden Auffassung, auch in dieser Situation eine Pflicht zur Voreintragung der Erben und damit zur **lückenlosen Fortführung** der Liste anzunehmen (so bspw. Heidinger/Knaier, Kap. 13 Rn. 678; Wachter, GmbHR 2010, 152, 155; BeckOGK-GmbHG/Hardung, Std. 15.6.2022, § 40 Rn. 282; Link, RNotZ 2009, 193, 206;).

In jedem Falle entspricht es dem sichersten Weg, auch bei einer unmittelbar anstehenden Geschäftsanteilsabtretung **zunächst eine neue Gesellschafterliste** einzureichen, welche die **Erben** ausweist. Damit erledigt sich die soeben unter lit. a sublit. aa geschilderte Problematik trotz des angeordneten Vermächtnisses zugunsten der Ehefrau nicht.

bb) Mangelnde Überzeugung des Notars i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG

Doch selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellen wollte, dass vorab keine korrigierte Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG einzureichen sei, verhilft die Geschäftsanteilsübertragung nicht dazu, auf einen förmlichen Erbnachweis der Söhne des G verzichten zu können. Hintergrund ist die fehlende Überzeugung des

Notars von der Wirksamkeit der Abtretung, falls ein nicht in der Gesellschafterliste aufgeführter und nicht förmlich legitimierter Erbe als Veräußerer auftreten sollte.

Der Notar ist nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG gehalten, **nach Wirksamwerden** der Veränderungen, an denen er mitwirkte, eine neue Liste einzureichen. Der Notar, der Zweifel hat, ob die Veränderung, an der er mitgewirkt hat, wirksam ist, darf eine entsprechende Liste zum Handelsregister erst dann einreichen, wenn die **Zweifel beseitigt** sind (vgl. KG NJOZ 2022, 1142 Rn. 15; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 225 ff.; hierzu auch Gutachten DNotI-Report 2010, 53).

Wie weit die **Prüfungspflicht des Notars** vor Erstellen und Einreichen einer neuen Gesellschafterliste i. S. d. § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG reicht und wie hoch der **Grad an Überzeugung** sein muss, ist im Gesetz **nicht geregelt** (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 227; Mayer, MittBayNot 2014, 114, 119). Wegen der gesteigerten Bedeutung der Gesellschafterliste bezüglich der unwiderleglichen Vermutung der relativen Gesellschafterstellung (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und der Möglichkeit des darauf beruhenden gutgläubigen Erwerbs (§ 16 Abs. 3 GmbHG) ist es zwar einerseits wichtig, dass die Liste so schnell wie möglich im Handelsregister aufgenommen wird. Andererseits muss aber verhindert werden, dass der Falsche in der Gesellschafterliste ausgewiesen wird (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 225). Eine generelle Aussage dahingehend, dass nur Nachweise in einer bestimmten Form zu akzeptieren sind – wie z. B. in § 29 GBO, § 12 HGB oder § 55 GmbHG – verbietet sich zwar im Rahmen des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG. Jedoch erscheint eine **Orientierung am Prüfungsmaßstab des Handelsregisters** sinnvoll (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 227; Hauschild, ZIP 2012, 660, 663 f.; Schmidt, NotBZ 2013, 13, 16). In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird sogar davon ausgegangen, dass der Notar die aktualisierte Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einreichen dürfe, wenn er sich vom Eintritt der Veränderungen sicher überzeugt habe (KG NJOZ 2022, 1142 Rn. 15; OLG Jena DNotZ 2011, 65, 66).

Die Intensität der Überzeugungsbildung ist damit eine Einzelfallfrage. Jedoch reicht es nach unserem Dafürhalten **nicht** aus, aufgrund eines **privatschriftlichen Testaments** die Gesellschafterstellung der Söhne als gegeben anzusehen. Insofern ist auf die obigen Ausführungen (unter Ziff. 1 lit. a sublit. aa), insbesondere die gesetzgeberische Wertung der Richtigkeitsvermutung eines Erbscheins gem. § 2365 BGB (und der

diesem insofern gleichzustellenden notariellen letztwilligen Verfügung samt Eröffnungsniederschrift) zu verweisen. Eine entsprechende Überzeugung kann daher beim Notar nicht bestehen, wenn er allein auf Basis eines privatschriftlichen Testaments die Anteilsabtretung beurkunden würde. In diesem Fall dürfte er keine aktualisierte, die Erwerberin (die Ehefrau als Vermächtnisnehmerin) ausweisende Gesellschafterliste einreichen.

Es wird daher allgemein empfohlen, dass der Notar **auf Korrekturen der Gesellschafterliste hinzuwirken hat**, wenn diese nicht auf dem aktuellen Stand ist (vgl. Kallrath, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 16 Rn. 667; Gutachten DNotI-Report 2010, 53, 55). Obwohl es für die **Wirksamkeit der Abtretung** eines Geschäftsanteils materiell-rechtlich **nicht zwingend erforderlich** ist, dass der Veräußerer in die **Gesellschafterliste eingetragen** ist (vgl. BGH NZG 2021, 117 Rn. 17), sollte die Überzeugung des Notars von der Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, insbesondere im Rahmen der Listeneinreichung, nicht unterschätzt werden. Ablehnen darf der Notar die Beurkundung freilich nur, wenn er von der Unwirksamkeit der Geschäftsanteilsabtretung überzeugt ist (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 228). Allerdings bestehen **erhebliche Zweifel** schon im Rahmen der Beurkundung der Abtretung, wenn sich bei Einsicht in die Gesellschafterliste herausstellt, dass der Veräußerer dort nicht eingetragen ist. **Spätestens** aber bei der **Listeneinreichung** nach § 40 Abs. 2 GmbHG tritt das Problem, wie apostrophiert, (erneut) zu Tage. Daher gilt: Selbst wenn der Notar seine Beurkundungstätigkeit hinsichtlich der Geschäftsanteilsabtretung nicht verweigerte, kann die Einreichungspflicht der Gesellschafterliste bei Zweifeln an der Wirksamkeit der Veränderung leerlaufen (Gutachten DNotI-Report 2010, 53, 54). Letztlich wird also auch auf dieser Ebene das **Problem des fehlenden Erbscheins** virulent.

2. Besonderheiten der Testamentsvollstreckung

Der Umstand der Testamentsvollstreckung ändert an der oben dargestellten gesellschaftsrechtlichen Lage nichts.

Die Testamentsvollstreckung führt zum Verlust der Verfügungsbefugnis des Erben hinsichtlich der der Testamentsvollstreckung unterliegenden Nachlassgegenstände, § 2211 Abs. 1 BGB. Insofern tritt der Testamentsvollstreckter an die Stelle des Erben, er hat den Nachlass zu verwalten, § 2205 S. 1 BGB. Obwohl der Testamentsvollstreckter nicht als Vertreter der Erben agiert, handelt er mit unmittelbarer Rechtswirkung für und gegen diese (BeckOGK-BGB/Grotheer,

Std.: 1.4.2022, § 2205 Rn. 60). Zwar ist auch § 181 BGB grundsätzlich auf den Testamentsvollstrecker anwendbar (vgl. BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2205 Rn. 92 m. N.), jedoch würde die Anteilsabtretung zur Erfüllung einer Verbindlichkeit, nämlich der Vermächtnisanordnung, vorgenommen werden.

Unabhängig davon können die Gesellschafter (hier die Söhne, die als Erben gemeinschaftlich den Geschäftsanteil des verstorbenen G halten) **ohne einen Erbschein** zum einen **nicht das Problem beheben**, dass unverzüglich eine **neue Gesellschafterliste** einzureichen ist und für ihre Eintragung die Vorlage des privatschriftlichen Testaments nicht ausreicht (dazu oben Ziff. 1 lit. a). Zum anderen kann **auch die Vermächtniserfüllung** im Wege der Geschäftsanteilsübertragung **nicht ohne förmlichen Erbnachweis** vorgenommen werden bzw. jedenfalls kann beim Notar nicht die erforderliche Überzeugung hinsichtlich der Wirksamkeit der Abtretung für die Listeneinreichung gem. § 40 Abs. 2 GmbHG bestehen (dazu oben Ziff. 1 lit. b).

3. Ergebnis

Auf die **erste Frage** ist zu antworten, dass eine Abtretung des Geschäftsanteils (durch die Testamentsvollstreckerin, hier zur Vermächtniserfüllung) nur beurkundet werden sollte, wenn der Notar von der Wirksamkeit der Abtretung überzeugt ist. Jedenfalls aber darf der Notar die neue Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG nur einreichen, wenn er am Eintritt der Veränderungen keinen Zweifel hat. Dies kann bei der Vorlage eines privatschriftlichen Testaments ganz grundsätzlich nicht der Fall sein. Es ist insofern ein Erbschein oder eine notarielle letztwillige Verfügung samt Eröffnungsniederschrift erforderlich.

Auf die **zweite Frage** ist zu antworten, dass die Testamentsvollstreckerin noch keinen Gesellschafterbeschluss fassen kann, da die Erben des G – für die sie als Testamentsvollstreckerin handelt – noch nicht in die Gesellschafterliste eingetragen sind. Die denkbare Möglichkeit der „Selbstheilung“, indem seitens der Testamentsvollstreckerin ein Geschäftsführer bestellt wird, der sodann die neue Liste einreicht und damit die Gesellschafterstellung der Erben rückwirkend begründet (vgl. § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG) scheidet ohne Vorliegen eines förmlichen Erbnachweises (hier nur in Form des Erbscheins denkbar) ebenfalls aus.

Auf die **dritte Frage** ist zu antworten, dass in der Tat ein Erbschein beantragt werden muss. Sodann müsste (jedenfalls nach h. M.) zunächst eine korrigierte Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 1 GmbHG eingereicht werden, welche die Söhne als Erben des G als Gesellschafter (bzw. als Mitberechtigte des vererbten Geschäftsanteils)

ausweist. Sofern das Registergericht eine „Selbstheilung“ durch einen Beschluss der künftigen, zu diesem Zeitpunkt noch nicht in der Liste eingetragenen Gesellschafter nicht akzeptiert, müsste ein Notgeschäftsführer zwecks Listeneinreichung bestellt werden. Anschließend kann die Übertragung des Geschäftsanteils der Söhne im Wege der Vermächtniserfüllung an die Testamentsvollstreckerin erfolgen und eine neue Gesellschafterliste gem. § 40 Abs. 2 GmbHG eingereicht werden.

Gutachten im Abrufdienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

<http://www.dnoti.de>

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

GBO § 29; BeurkG §§ 40 Abs. 3, 68; HessOrtsGG § 13 Abs. 1

Unterschriftsbeglaubigung vor hessischem Ortsgerichtsvorsteher; Bezeichnung der Person im Beglaubigungsvermerk
Abruf-Nr.:

AktG §§ 292 Abs. 1 Nr. 2, 295, 293, 294 Abs. 1 S. 1 HS. 2, 293a Abs. 3, 293b Abs. 2; HGB §§ 230 ff.

Stille Beteiligung als Teilgewinnabführungsvertrag; Mitarbeiterbeteiligungsprogramm; Zustimmungsbeschluss im Hinblick auf künftige Vertragsschlüsse und Vertragsänderungen; Berichtspflicht des Vorstands; Prüfungspflicht; Sammelbezeichnung bei der Anmeldung
Abruf-Nr.:

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. Philipp Theuersbacher

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