

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1896, 168; BeurkG § 44a – Teilweiser Widerruf einer Vorsorgevollmacht; Rückgabe der Ausfertigungen

PartGG § 9 – Ausscheiden des vorletzten Partners einer Partnerschaftsgesellschaft; Gestaltungsmöglichkeiten für eine Fortsetzung der Partnerschaftsgesellschaft

Gutachten im Abrufdienst

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1896, 168; BeurkG § 44a Teilweiser Widerruf einer Vorsorgevollmacht; Rückgabe der Ausfertigungen

I. Zur Rechtslage

Im Jahr 2017 errichtete eine ältere Dame eine Generalvollmacht für ihren Sohn. Der Sohn war als einziger Bevollmächtigter vorgesehen und somit einzelvertretungsbefugt. Diese Vollmacht soll nun dahingehend ergänzt werden, dass eine zweite Person ebenfalls bevollmächtigt wird. Diese zweite Person soll nur zusammen mit dem Sohn vertretungsbefugt sein. Die Einzelvertretung des Sohnes soll gleichzeitig dahingehend eingeschränkt werden, dass der Sohn nur noch Geschäfte, Rechtserklärungen etc. in einem Wert von bis zu maximal 25.000,00 € alleine tätigen darf und für rechtsgeschäftliche Erklärungen mit einem Wert von über 25.000,00 € Gesamtvertretungsbefugnis mit den weiteren Bevollmächtigten besteht.

II. Fragen

1. Kann die bestehende Vollmacht ergänzt werden?
2. Sind alle bisherigen Ausfertigungen der bestehenden Vollmacht für den Sohn zurückzuverlangen?
3. Kann die Ergänzung der Vollmacht an die Ausfertigungen „angenäht“ werden, damit die ursprüngliche Vollmacht nur zusammen mit der Ergänzung verwendet werden kann?
4. Oder ist eine solche Ergänzung einer bestehenden Vollmacht nicht möglich und es muss die alte Vollmacht aufgehoben und eine neue Vollmacht errichtet werden?

III. Zur Rechtslage

1. Einordnung und Zulässigkeit der „Vollmachtergänzung“

Die geplante „Ergänzung“ der im Jahre 2017 errichteten General- und Vorsorgevollmacht stellt sich rechtlich als nachträgliche Einschränkung der dem Sohn ursprünglich erteilten Vertretungsmacht und damit als **teilweiser Widerruf der Vollmacht** dar. Das Betreuungsrecht regelt in den §§ 1896 ff. BGB den Widerruf der

Vorsorgevollmacht, die es in § 1896 Abs. 2 BGB als nach dem Subsidiaritätsprinzip gegenüber der Anordnung einer Betreuung vorrangig voraussetzt, selbst nicht. Daher ist für den Vollmachtswiderruf auf die allgemeine Vorschrift des § 168 BGB zurückzugreifen. Nach §§ 168 S. 3, 167 Abs. 1 BGB erfolgt die Erklärung des Widerrufs der Vorsorgevollmacht gegenüber dem Bevollmächtigten oder dem Dritten, dem gegenüber die Vertretung konkret widerrufen werden soll. Die durch Aushändigung einer Vollmachtsurkunde dem Bevollmächtigten erteilte Vertretungsmacht (vgl. §§ 172 Abs. 1, 171 Abs. 1 BGB) bleibt bestehen bis die Vollmachtsurkunde dem Vollmachtgeber zurückgegeben oder für kraftlos erklärt wird (§ 172 Abs. 2 BGB). Der teilweise Widerruf der erteilten Vollmacht ist anerkanntermaßen **zulässig, sofern die Vollmacht i. S. v. § 139 BGB teilbar** ist. Es handelt sich dann um eine Beschränkung der Vertretungsmacht (aus der Kommentarliteratur: Staudinger/Schilken, BGB, 2019, § 168 Rn. 7; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 168 Rn. 16; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl. 2021, § 168 Rn. 5). Diese wird in der Rechtsprechung unproblematisch vorausgesetzt, wie etwa in der vom BGH entschiedenen Fallgestaltung eines Teilwiderrufs der Vollmacht gegenüber einem einzelnen bevollmächtigten Dritten (BGH NJW 2017, 3373 Rn. 18). Dementsprechend ist auch die Möglichkeit eines teilweisen Widerrufs einer zwecks Vermeidung der Betreuung erteilten Vorsorgevollmacht in der Rechtsprechung unbestritten (OLG München NJW-RR 2009, 1379, 1380; AG Unna BeckRS 2015, 15234).

Bedenken im Hinblick auf § 139 BGB sehen wir im vorliegenden Fall für den geplanten Teilwiderruf der Vollmacht nicht. Die Beschränkung der Vertretungsmacht des Sohnes im Bereich der Vermögensangelegenheiten auf eine Gesamtvertretungsmacht mit dem weiter ernannten Bevollmächtigten soweit Rechtsgeschäfte im Wert oberhalb von 25.000,00 € betroffen sind, ist unproblematisch denkbar. Dass diese Gestaltung dem Willen der Vollmachtgeberin entspricht, erweist der erteilte Beurkundungsauftrag.

Da – wie dargelegt – der teilweise Widerruf mit der Wirkung einer Beschränkung der 2017 erteilten Vollmacht ist unproblematisch zulässig, besteht rechtlich keinerlei Notwendigkeit, stattdessen die 2017 erteilte Vollmacht insgesamt zu widerrufen und eine neue Vollmacht zu erteilen. Möglich ist dies freilich gleichwohl.

2. Prüfung der Geschäftsfähigkeit der Vollmachtgeberin

Darüber hinaus müssen selbstverständlich die allgemeinen Voraussetzungen für den Vollmachtswiderruf

vorliegen. Insbesondere ist die Geschäftsfähigkeit der Vollmachtgeberin zum gegenwärtigen Zeitpunkt für die anstehende Beurkundung zu prüfen (vgl. § 11 BeurkG). Ist der Notar von der **Geschäftsunfähigkeit** des Erklärenden **überzeugt**, so muss er die **Beurkundung** nach § 4 BeurkG **ablehnen**, da er bei der Errichtung nichtiger Urkunden nicht mitwirken darf (s. nur Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 4 Rn. 11; Grziwotz, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 4 Rn. 25). Gelangt der beurkundende Notar nicht zur Überzeugung von der Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten, hat aber insoweit **konkrete Zweifel**, so sind diese nach § 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG in der Niederschrift zu vermerken. *Winkler* (§ 17 Rn. 273) weist darauf hin, dass der **Zweifelsvermerk** nur dann in die Niederschrift aufgenommen werden dürfe, wenn der Notar wirkliche, ernsthafte Zweifel habe. Denn mit diesem Hinweis sei die praktische Verwertbarkeit der Urkunde nahezu ausgeschlossen. Die damit angesprochene Problematik ist u. E. gerade bei Vorsorgevollmachten, die wiederholt gegenüber einem offenen Personenkreis verwendet werden sollen und bei denen im Streitfall eine rechtskräftige Entscheidung über die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers mit Wirkung *erga omnes* faktisch nicht herbeizuführen ist (vgl. § 325 ZPO), besonders im Blick zu behalten: Ein derartiger Vermerk dürfte die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr merklich beeinträchtigen. Dies kann selbst bei einer im Ergebnis wirksamen Vollmachtserteilung eine Betreuerbestellung erforderlich machen, wenn Dritte die Vollmacht unter Berufung auf die Wirksamkeitsbedenken bereits zurückgewiesen haben oder Entsprechendes konkret zu besorgen ist (BGH NJW 2016, 1514, 1515; Überblick zur Entwicklung der Rspr.: BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2021 § 1896 Rn. 29 m. w. N.). Die vorliegend anstehende Prüfung hat der Notar nach seinem eigenverantwortlichen, pflichtgemäßen Ermessen vorzunehmen. Zu weiteren Nachforschungen ist der Notar insoweit aber (nur) verpflichtet, wenn er aufgrund des Verhaltens der Beteiligten oder sonstiger Umstände Zweifel an der Geschäftsfähigkeit haben muss (s. hierzu unter dem Gesichtspunkt eines – im Ergebnis verneinten – Anspruchs aus § 19 BNotO: OLG Hamm RNotZ 2016, 60 ff.; vgl. Winkler, § 11 Rn. 8).

3. Weitere Urkundenbehandlung nach teilweisem Vollmachtswiderruf

Infolge des zulässigen teilweisen Widerrufs einer Vollmacht kann gem. § 175 BGB zwar nicht die Herausgabe der Vollmachtsurkunde bzw. der die Originalurkunde vertretenden Urkundsausfertigungen (§ 47 BeurkG) verlangt werden, wohl aber die Vorlage der Vollmachtsurkunde zwecks Anbringung eines entsprechenden Vermerks über den teilweisen Widerruf (s.

OLG München NJW-RR 2009, 1379, 1380; AG Unna BeckRS 2015, 15234; Jürgens/Loer, Betreuungsrecht, 6. Aufl. 2019, § 175 BGB Rn. 2).

Im vorliegenden Fall der notariellen Beurkundung der ursprünglichen Vorsorgevollmacht sowie ihrer nachträglichen Beschränkung wird über die nachträgliche Beschränkung bzw. den teilweisen Vollmachtswiderruf gem. § 44a Abs. 2 S. 3 BeurkG eine eigene notarielle Niederschrift aufzunehmen sein, da es vorliegend nicht um einen Fall offensichtlicher Unrichtigkeit i. S. v. § 44a Abs. 2 S. 1, 2 BeurkG geht (s. hierzu BeckOGK-BeurkG/Regler, Std.: 1.4.2021, § 44a Rn. 44 ff.). Diese **Nachtragsurkunde** kann dann entsprechend der gängigen Praxis an die Urschrift der **ursprünglichen Vollmachtsurkunde angeklebt oder angeheftet** werden (§§ 18 Abs. 2 S. 1, 3, Var. 8 Abs. 7 DONot). An der Stelle der bei der Haupturkunde verwahrten Nachtragsurkunde ist dann in die Urkundensammlung ein Hinweisblatt oder eine Abschrift, auf der ein Hinweis auf die Haupturkunde anzubringen ist, aufzunehmen (§ 18 Abs. 2 S. 3 DONot). Entsprechend sollte u. E. auch mit dem in Umlauf befindlichen Ausfertigungen der ursprünglichen Vollmachtsurkunde verfahren werden. Diese Ausfertigungen weiterhin unverändert im Umlauf zu lassen, empfiehlt sich hingegen nicht, da in diesem Fall der Sohn bei Vorlage der ursprünglichen Ausfertigung weiterhin jedem gutgläubigen Dritten gegenüber im ursprünglich gewährten Umfang zur Vertretung berechtigt wäre (vgl. §§ 171 Abs. 1, 172, 173 BGB).

4. Fazit

Gegen die Ergänzung der ursprünglichen Vollmacht mittels Nachtrag bestehen aus unserer Sicht keine rechtlichen Bedenken. In der Praxis wird man erwägen müssen, ob die Beurkundung einer neuen Vollmacht nicht dennoch zweckmäßig ist, um die Vollmachtsurkunde für den Rechtsverkehr übersichtlich zu gestalten. Das Beifügen der Ergänzung kann ggf. dazu führen, dass die Vollmacht im Rechtsverkehr auf beschränkte Akzeptanz trifft, auch wenn die Vollmacht rechtlich einwandfrei geändert wurde. Auf diese Methode sollte deshalb allenfalls dann zurückgegriffen werden, wenn sie von den Beteiligten aufgrund einer möglichen Kostenersparnis (im Rahmen der Zugrundelegung eines angemessenen Teilwerts gem. § 36 GNotKG) ausdrücklich gewünscht ist. Diese Kostenersparnis wird sich aber nur im – seltenen – Fall der Begrenzung auf einen bestimmten Betrag ergeben. Bei der Erteilung einer Vollmacht an einen weiteren Bevollmächtigten, wird hingegen der gleiche Geschäftswert zugrunde zu legen sein wie bei der Erteilung einer neuen Vollmacht, sodass in diesem Fall die Neuerteilung vorzuzugswürdig sein dürfte.

PartGG § 9

Ausscheiden des vorletzten Partners einer Partnerschaftsgesellschaft; Gestaltungsmöglichkeiten für eine Fortsetzung der Partnerschaftsgesellschaft

I. Sachverhalt

Bei einer Partnerschaftsgesellschaft mit beschränkter Berufshaftung (PartGmbH) ist der vorletzte Partner verstorben. Erben des verstorbenen Partners sind seine Ehefrau und sein minderjähriges Kind, die beide keinen Beruf ausüben, der sich in der Rechtsform einer PartGmbH ausüben ließe. Der Partnerschaftsvertrag enthält keine Regelung für den Fall des Todes eines der Partner. Der verbliebene Partner möchte die PartGmbH mit einem neuen Partner fortführen. Er fragt den Notar, welche Registeranmeldungen aufgrund des Ausscheidens des vorletzten Partners erforderlich sind und welche Handlungsoptionen bestehen.

II. Fragen

1. Ist es möglich, die PartGmbH mit einem neuen Partner fortzuführen und dies zum Partnerschaftsregister anzumelden?
2. Falls nein: Ist die Fortführung der PartGmbH mit einem neuen Partner in die Gründung einer neuen PartGmbH umzudeuten?
3. Lässt sich durch eine gesellschaftsvertragliche Regelung erreichen, dass die PartGmbH beim Ausscheiden des vorletzten Partners fortgeführt werden kann?
4. Welche Registeranmeldung ist im Ausgangsfall erforderlich?

III. Zur Rechtslage

1. Möglichkeit der Fortführung einer Partnerschaftsgesellschaft beim Tod des vorletzten Partners ohne Regelung für den Tod eines Partners im Vertrag

a) Schicksal der Partnerschaftsgesellschaft beim Tod des vorletzten Partners

Der Tod eines Partners führt gem. § 9 Abs. 1 PartGG i. V. m. § 131 Abs. 3 Nr. 1 HGB zu dessen Ausscheiden aus der Partnerschaft. Mangels abweichender Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag treten die Erben nicht in die Gesellschaft ein, sondern erben lediglich den dem Ausscheidenden zustehenden Abfindungsanspruch.

Bei der zweigliedrigen Partnerschaft kommt es beim Ausscheiden des vorletzten Partners zum **Erlöschen**

der Partnerschaft **ohne Liquidation** und zum **Übergang des Vermögens** im Wege der Gesamtrechtsnachfolge **auf den letzten Partner** (BGH NJW 1978, 1525, KG NZG 2007, 665, 666; Henssler, PartGG, 3. Aufl. 2018, § 9 Rn. 47; Hoffmann, in: Meilicke u. a., PartGG, 3. Aufl. 2015, § 9 Rn. 68; Hirtz, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 9 PartGG Rn. 19; Zöbeley, RNotZ 2017, 341, 363; Roth, in: Baumbach/Hopt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 131 Rn. 35; K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 11 V 3a, § 44 II 2).

Dies ist – soweit ersichtlich – unstrittig. Eine abweichende Gestaltung war in früheren Entwürfen zum Partnerschaftsgesetz vorgesehen (BT-Drs. 7/5413, S. 8 vom 21.6.1976; s. dazu näher Meurer, Die Partnerschaftsgesellschaft, 1997, S. 41; Arnold, Die erbrechtliche Nachfolge in der Partnerschaftsgesellschaft, 2006, S. 25; Römermann, in: Römermann, PartGG, 5. Aufl. 2017, § 9 Rn. 1; der letztlichen Nichtaufnahme in das Gesetz zustimmend Hoffmann, § 9 Rn. 68; K. Schmidt, § 44 III 2 a). Allerdings ist die Regelung gerade nicht Gesetz geworden (KG NZG 2007, 665, 666). Zudem deutet der Namenszusatz „Partner“ zwingend auf eine Mehrheit von Personen hin, die nach dem Wegfall des vorletzten Gesellschafters nicht mehr gegeben ist (KG NZG 2007, 665, 666). Für die Partnerschaftsgesellschaft verbleibt es damit *de lege lata* beim oben skizzierten Grundsatz.

Die Partnerschaft ist damit aus dem Register zu löschen, die Verwendung des Namens „Partnerschaft“ ist nicht mehr zulässig (Hoffmann, § 9 Rn. 68).

b) Möglichkeit eines Fortsetzungsbeschlusses mit einem neuen Partner

Grundsätzlich ist ein Fortsetzungsbeschluss auch nach Auflösung der Partnerschaft möglich. Wird diese etwa durch Beschluss aufgelöst, kann durch einen Fortsetzungsbeschluss die Auflösung der Partnerschaft rückgängig gemacht werden; aus der „sterbenden“ wird dann wieder eine „werbende“ Gesellschaft (Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 2096). Eine explizite Ausprägung dieses Grundsatzes ist in § 144 HGB für den Fall der Auflösung durch Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft geregelt; § 144 HGB ist über § 9 Abs. 1 PartGG auch auf die Partnerschaft anwendbar.

Ein **Fortsetzungsbeschluss** ist dabei jedoch **nur während der Liquidation** möglich. Zu einer solchen Liquidation kann es kommen, wenn eine aus mehreren Partnern bestehende Partnerschaftsgesellschaft aufgelöst wird. Nach Beendigung der Liquidation kann ein Fortsetzungsbeschluss nicht mehr beschlossen werden,

es ist dann vielmehr eine neue Partnerschaft zu errichten (vgl. Krafka, Rn. 2096). Dies gilt insbesondere auch im Fall des § 144 HGB, der voraussetzt, dass die Gesellschaft noch nicht vollbeendet wurde (BeckOGK-HGB/Michel, Std.: 1.1.2021, § 144 Rn. 4; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 144 Rn. 4; Oetker/Kamanabrou, HGB, 7. Aufl. 2021, § 144 Rn. 4).

Durch das Ausscheiden des vorletzten Partners kommt es jedoch nicht zu einer Liquidationsphase, vielmehr wächst die Partnerschaft ohne Liquidation dem letzten Partner an (vgl. auch KG NZG 2007, 665, 666; Hirtz, in: Henssler/Strohn, § 9 PartGG Rn. 28). Eine Fortsetzung durch Fortsetzungsbeschluss scheidet u. E. daher im Ausgangsfall aus.

2. Umdeutung einer Fortführung in die Gründung einer neuen Partnerschaft

Eine Umdeutung ist nach § 140 BGB dann möglich, wenn ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts entspricht und bei Kenntnis der Nichtigkeit das Letztere gewollt wäre. **Im Zweifel** dürfte anzunehmen sein, dass die Gesellschafter dann eine **neue Gesellschaft gründen wollten**. Allerdings unterscheidet sich die Haftung bei beiden Varianten (bei einer Fortsetzung der alten Gesellschaft haftet diese für die Schulden, bei der Gründung einer neuen haften die Altgesellschafter für die Schulden der Altgesellschaft), was im Einzelfall dagegen sprechen kann, dass mit dem Fortsetzungsbeschluss eine Neugründung gewollt war. Eine Umdeutung ist u. E. daher möglich, jedoch bleibt stets eine Rechtsunsicherheit, ob diese tatsächlich so gewollt war. Sofern ein solcher Beschluss noch nicht gefasst worden ist, wäre den Beteiligten daher in jedem Fall zur Gründung einer neuen Partnerschaft zu raten, um Zweifel zu vermeiden.

3. Vertragliche Regelung zur Fortführung der PartGG beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters

a) Regelungen über den Eintritt neuer Gesellschafter

In bestimmten Konstellationen kann eine erbrechtliche Nachfolgeklausel die Auflösung der Partnerschaft beim Ausscheiden eines Gesellschafters durch dessen Tod verhindern (Henssler, § 9 Rn. 5; Arnold, S. 43 ff.; Heydn, Die erbrechtliche Nachfolge in Anteile an Partnerschaftsgesellschaften, 1998, S. 41 ff.). Voraussetzung ist allerdings, dass mindestens eine Person zum Erben berufen wird, die einem der freien Berufe nachgeht; zudem setzt das Berufsrecht häufig Grenzen, welche Berufe partnerschaftsfähig sind (etwa § 59a BRAO für Rechtsanwälte).

Es werden verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten unterschieden:

- Nach einer **einfachen Nachfolgeklausel** werden sämtliche Erben des verstorbenen Gesellschafters neue Partner. Nach § 9 Abs. 4 S. 2 PartGG soll dann im Partnerschaftsvertrag festgelegt sein, dass nur Personen, die partnerschaftsfähig sind, als Nachfolger in Betracht kommen (Römermann, § 9 Rn. 30). Die Benennung der Erben erfolgt wie üblich durch letztwillige Verfügung oder gesetzliche Erbfolge.

- Bei einer **qualifizierten Nachfolgeklausel** treten kraft Sondererbfolge nur ein oder mehrere, aber nicht alle Erben ein (Römermann, § 9 Rn. 32). Wer Erbe wird, richtet sich weiterhin nach Erbrecht; im Partnerschaftsvertrag kann bestimmt werden, welcher Erbe in die Gesellschaft eintreten soll (Arnold, S. 148).

- Bei **Eintrittsklauseln** scheidet der Erblasser zunächst aus, ein automatischer Eintritt von Erben erfolgt nicht. Es kann dann Dritten das Recht eingeräumt werden, durch Erklärung in die Partnerschaft einzutreten; dies können Erben (dann sog. „erbrechtliche Eintrittsklausel“) oder Dritte („gesellschaftsrechtliche Eintrittsklausel“; vgl. Römermann, § 9 Rn. 33 f.) sein.

Unklar ist dabei die genaue Behandlung der **Schwebezeit**, bis der Erbe bzw. Dritte eintritt, vor allem dann, wenn er noch Bedenkzeit benötigt. Diese Schwebephase besteht auch bei einfachen oder qualifizierten Nachfolgeklauseln, wenn noch berufsrechtliche Qualifikationen ausstehen. Teilweise wird hier für eine „angemessene“ Frist plädiert, während der das Eintrittsrecht ausgeübt werden kann. Maßstab soll sein, inwiefern den anderen Gesellschaftern das Abwarten zugemutet werden kann, wobei auch eine Rolle spielt, ob während dieser Zeit Abfindungen an andere Erben zu zahlen sind. Während dieser Zeit soll die Partnerschaft allerdings den anderen Partnern anwachsen (Arnold, S. 163 f.). Eine Sonderregelung enthält § 71 Abs. 1 StBerG, der auf Antrag der Erben ermöglicht, dass eine Wartezeit von bis zu vier Jahren durch einen Treuhänder überbrückt wird. Dies kann auch als Anhaltspunkt für andere Freiberufler herangezogen werden (so Arnold, S. 163). Zunächst tritt nach Auffassung von *Arnold* jedoch eine Anwachsung ein, was für zweigliedrige Partnerschaftsgesellschaften problematisch wäre. Ein anderes Modell schlägt *Heydn* vor (S. 77, 79). So soll zunächst eine BGB-Gesellschaft zwischen der Erbengemeinschaft bzw. dem Erben und den verbleibenden Partnern bestehen, die einer Vor-Partnerschaftsgesellschaft ähnelt und die mit Erfüllung der Voraussetzungen (Eintritt, ggf. Erfüllung der berufsrechtlichen Voraussetzungen) (wohl) zu einer Partnerschaftsgesellschaft erstarkt. Diese Variante hat den Vorzug, dass sie auch bei einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft funktioniert, da keine Vereinigung aller Anteile in einer Hand erfolgt;

zudem erscheint diese Behandlung der Schwebephase angemessener als eine zunächst erfolgende Anwachsung und die anschließende Herausgabe an den Eintretenden. Die Frage wird jedoch in der breiten Literatur nicht diskutiert; auch Rechtsprechung ist nicht ersichtlich. Für den Fall einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft sollte in jedem Fall Vorsorge getroffen werden (s. unten lit. d), wobei sich auch damit Rechtsunsicherheiten u. E. nicht vollständig ausräumen lassen.

b) Übertragung an Dritte

Die Beteiligung des Erblassers kann auch durch diesen rechtsgeschäftlich aufschiebend bedingt auf seinen Tod auf einen Dritten übertragen werden (Römermann, § 9 Rn. 35). Auch hier sind jedoch die erwähnten berufsrechtlichen Einschränkungen an die Partnerschaftsfähigkeit zu beachten.

c) Aufschiebend bedingte Umwandlung

Die aufschiebend auf den Tod eines der beiden letzten Gesellschafter bedingte Umwandlung der Partnerschaftsgesellschaft in eine Gesellschaft anderer Rechtsform dürfte ebenfalls kein gangbarer Weg sein. Es fehlt hier im fraglichen Zeitpunkt an einem umwandlungsfähigen Rechtssubjekt, da die Partnerschaftsgesellschaft durch den Tod des vorletzten Gesellschafters regelmäßig erlischt.

d) Fortsetzungsklausel auch bei einer zweigliedrigen Partnerschaftsgesellschaft

Speziell für die zweigliedrige Partnerschaft wird empfohlen, eine Regelung vorzusehen, dass mit dem Ausscheiden des vorletzten Partners die Partnerschaft nicht liquidationslos erlischt, sondern lediglich aufgelöst wird (ggf. verbunden mit einer Übernahmemöglichkeit; vgl. speziell zur PartGG Hensler, § 9 Rn. 47; Giehl, in: BeckOF-Vertrag, Std.: 1.12.2019, 7.3.2.1, Anm. 10; vgl. auch zur OHG BeckOGK-HGB/Michel, § 131 Rn. 126.1; Schäfer, in: Habersack/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 131 HGB Rn. 10; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 131 Rn. 55). Dies soll auch auf den Fall einer zweigliedrigen Gesellschaft beschränkt werden können; im Zweifel soll eine Fortsetzungsklausel entsprechend auszulegen sein, nicht aber ein bloßes Übernahmerecht des verbleibenden Gesellschafters (Schäfer, § 131 HGB Rn. 10). Dies hätte die Folge, dass dann **zunächst die Erben an der Liquidationsgesellschaft beteiligt** bleiben. Der verbleibende Gesellschafter könnte jedoch durch eine Übernahmeerklärung das Geschäft an sich ziehen (mit der Folge, dass die Erben des verstorbenen Gesellschafters dann ausgeschlossen wären und Abfindungsansprüche hätten); der Beschluss ähnelt in dieser Gestaltung einem Fortsetzungsbeschluss (Schäfer, § 131 HGB Rn. 10).

In diesem Fall wäre u. E. das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters und das Erlöschen, noch nicht aber die Vollbeendigung der Gesellschaft zum Register anzumelden. Kritisch zu hinterfragen ist, ob das Erfordernis der Zugehörigkeit zu einem freien Beruf die Beteiligung von Erben an der Liquidationsgesellschaft entgegensteht. Hält man wie oben unter lit. a mit *Heydn* eine BGB-Gesellschaft zwischen dem Erben und verbleibenden Gesellschaftern jedenfalls temporär für zulässig, erscheint es u. E. nur konsequent, auch eine Beteiligung von Erben an der Partnerschaftsgesellschaft i. L. zuzulassen. Der Schwebezustand könnte auf diese Weise zumindest für die Zeit der Abwicklung aufrechterhalten werden. In der Konsequenz müsste dies bedeuten, dass dann auch eine Fortsetzung der ursprünglichen Partnerschaftsgesellschaft möglich sein müsste. Rechtssicher lässt sich dies angesichts der fehlenden Behandlung der Frage in Literatur und Rechtsprechung jedoch nicht sagen.

4. Handelsregisteranmeldung

Das Erlöschen der Gesellschaft ist zum Handelsregister anzumelden. Dabei ist neben dem **Erlöschen des Namens** (§ 2 PartGG i. V. m. § 31 Abs. 2 S. 1 HGB) auch das **Ausscheiden des Gesellschafters einzutragen** (Henssler, § 9 Rn. 111; MünchKommHGB/K. Schmidt, § 143 Rn. 4; OLG München NZG 2010, 1305; OLG Frankfurt NZG 2004, 808, 809; BayObLG NJW-RR 2002, 246; BeckOK-HGB/Lehmann-Richter, Std.: 15.1.2021, § 143 Rn. 5). Es handelt sich daher (mindestens) um einen Doppeltatbestand, der zum Register anzumelden ist. Eine abweichende Auffassung hat in der Rechtsprechung – soweit ersichtlich – zuletzt das OLG Köln vertreten (DNotZ 1970, 747: nur Auflösung sei anzumelden, nicht das Ausscheiden; für die PartGG nunmehr offenbar auch Römermann, § 9 Rn. 18 mit falschem Zitat von KG NZG 2007, 665). Eine allein auf das Ausscheiden des Partners gerichtete Anmeldung wird von den Gerichten zurückgewiesen (KG NZG 2007, 665, 666 f.; Henssler, § 9 Rn. 111; Hoffmann, § 9 Rn. 68).

Auch für den Fall der Anwachsung hat dabei die Anmeldung des Ausscheidens der früheren Gesellschafter (als Element der Handelsregisteranmeldung der „Anwachsung“) durch sämtliche (früheren) Gesellschafter, d. h. unter Einschluss des Ausgeschiedenen – bzw. im Fall von dessen Tod dessen Erben – zu erfolgen (OLG Frankfurt NZG 2004, 808, 809; s. a. Krafka, Rn. 781; Zöbeley, RNotZ 2017, 341, 364). Die Rechtslage unterscheidet sich insofern nicht von der bei einem Ausscheiden eines Gesellschafters einer OHG oder KG, bei der dieser ebenfalls nach § 108 HGB mitwirken muss.

Für den Fall des Versterbens gilt dabei jedoch die Ausnahmevorschrift des § 143 Abs. 3 HGB, nach der die

Anmeldung auch ohne die Mitwirkung der Erben erfolgen kann, soweit einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen (Römermann, § 9 Rn. 18). Solche Hindernisse werden angenommen, wenn Erben über absehbare Zeit nicht ermittelbar oder unerreichbar sind. Die bloße Geschäftsunerfahrenheit von Erben ist kein ausreichender Grund (BeckOGK-HGB/Michel, § 143 Rn. 23), ebenso wenig, wenn ein Erbe sich lediglich weigert (MünchKommHGB/K. Schmidt, § 143 Rn. 17; EBS/Lorz, HGB, 4. Aufl. 2020, § 143 Rn. 14). Die bloße Minderjährigkeit von Erben dürfte daher kein tauglicher Hinderungsgrund sein.

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.

GmbHG §§ 53 Abs. 1, 54, 55, 56a, 57, 7 Abs. 2; AktG §§ 241 Nr. 2, 242 Abs. 1; BGB § 125

Formnichtiger Kapitalerhöhungsbeschluss; formnichtige Übernahmeerklärung; Heilung durch Eintragung; Voreinzahlung

Abruf-Nr.:

ASVG § 1

Obstbau kein Fall der „gartenbaulichen Erzeugung“ i. S. d. § 1 ASVG

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. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte

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:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit