

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1629, 1643, 1799, 1809, 1852 – Genehmigungserfordernis bei der Neugründung oder dem Erwerb von Anteilen in Bezug auf eine grundstücksverwaltende Familienpool-KG

Aktuelles

Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 1629, 1643, 1799, 1809, 1852 Genehmigungserfordernis bei der Neugründung oder dem Erwerb von Anteilen in Bezug auf eine grundstücksverwaltende Familienpool-KG

I. Sachverhalt

Im Rahmen der Neugründung einer grundstücksverwaltenden Familienpool-KG soll auch ein Minderjähriger beteiligt werden.

II. Fragen

1. Ist in diesem Zusammenhang eine familiengerichtliche Genehmigung nach den seit dem 1.1.2023 geltenden §§ 1643 Abs. 1, 1850-1854 BGB erforderlich?

2. Macht es einen Unterschied, ob der Minderjährige bereits an dem Gesellschaftsvertrag zur Gründung beteiligt ist oder die Anteile im Wege der Übertragung erhält?

3. Hat sich die Rechtslage insoweit mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts geändert?

III. Zur Rechtslage

1. Problemaufriss

a) Genehmigungstatbestände nach der Reform zum 1.1.2023

Die Genehmigungstatbestände wurden mit Wirkung zum 1.1.2023 in das Betreuungsrecht verschoben, völlig neu strukturiert und sind nunmehr **nach Lebenssachverhalten sortiert** (vgl. Gutachten DNotI-Report 2023, 6, 7; Siegel/Kraus, DNotZ 2022, 906, 918). In Bezug auf das **Gesellschaftsrecht** ist der relevante Genehmigungstatbestand in **§ 1852 BGB** zu finden. Insofern ist zu beachten, dass nunmehr auch der unentgeltliche Erwerb eines Anteils an einer Gesellschaft, die ein **Erwerbsgeschäft** betreibt, der Genehmigung gem. § 1852 Nr. 1 lit. b BGB bedarf (vgl. Gutachten DNotI-Report 2023, 6, 7; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 494; Werner, ZEV 2021, 618, 621). Überdies wird nicht mehr zwischen Kapital- und Personengesellschaften differenziert (Siegel/Kraus, DNotZ 2022, 906, 922).

b) Geltung für alle gesetzlichen Vertreter des Kindes

Für den nachfolgend behandelten Aspekt des Genehmi-

gungserfordernisses spielt es keine Rolle, wer als gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Kindes agiert (zur wichtigen Differenzierung zwischen der Vertretung eines Minderjährigen und dem Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung vgl. Münch/Schaal, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 17 Rn. 275).

Denn wesentliche Teile der §§ 1850 ff. BGB gelten sowohl für **Eltern**, die als gesetzliche Vertreter ihrer Kinder auftreten (§§ 1629 Abs. 1, 1643 Abs. 1 BGB), als auch für einen etwaigen **Ergänzungspfleger** (§§ 1809, 1813 Abs. 1, 1799 Abs. 1 BGB) oder einen **Vormund** (§§ 1773 Abs. 1, 1799 BGB). Lediglich in geringem Umfang sind Besonderheiten zu beachten, da die Genehmigungstatbestände in den Verweisungsvorschriften teilweise modifiziert oder für nicht anwendbar erklärt werden (vgl. § 1643 Abs. 2-5, § 1799 Abs. 1, Abs. 2 BGB).

c) Abschließende Normierung in § 1852 Nr. 1, 2 BGB bzgl. des Beitritts oder Erwerbs von Gesellschaftsanteilen

§ 1852 BGB trifft eine **abschließende Regelung** (vgl. Werner, ZEV 2021, 618, 622; Everts, MittBayNot 2023, 9, 12; Münch/Lotte, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 13 Rn. 187). Auch sonstige Genehmigungstatbestände, etwa gem. § 1850 BGB, sind im Falle einer **Gesellschaftsgründung** oder des **Erwerbs einer Beteiligung** richtigerweise nicht heranzuziehen (so implizit auch Werner, ZEV 2021, 618, 621; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 495).

Der Genehmigungstatbestand des **§ 1854 Nr. 4 BGB** (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) ist neu gefasst worden und bei der Gründung einer Gesellschaft oder Übernahme von Gesellschaftsanteilen nach ganz h. A. **nicht (mehr) einschlägig**, da eine subsidiäre Haftung für eine fremde Schuld, welche sich als bloße Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts darstellt, nicht mehr von der Neufassung der Norm umfasst ist (Werner, ZEV 2021, 618, 622; BeckOGK-BGB/Schöpfli, Std.: 15.5.2023, § 1854 Rn. 27; Eble, RNotZ 2021, 117, 133; Münch/Lotte, § 13 Rn. 226; Siegel/Kraus, DNotZ 2022, 906, 922 f.; vorsichtiger nur Walter, NZFam 2023, 241, 244 f.).

§ 1850 BGB soll den Minderjährigen davor schützen, (insbesondere) Grundstücke oder Rechte hieran ohne gerichtliche Kontrolle zu verlieren (Zorn, FamRZ 2023, 915, 916). Bei einer grundstücksverwaltenden Gesellschaft ist nur diese Eigentümerin des Grundbesitzes, sodass es im Falle des Beitritts zu dieser Gesellschaft allein auf § 1852 BGB ankommt. **Diskutiert** wird jedoch die Konstellation, dass eine grundstückshaltende

GbR, an welcher ein Minderjähriger beteiligt ist, **über Grundstücke verfügt**. Insofern wird mitunter ein Genehmigungserfordernis der Veräußerung durch die GbR gem. § 1850 Nr. 1 BGB angenommen, wenn keine Gründungs- bzw. Eintrittskontrolle nach § 1852 BGB hinsichtlich des minderjährigen Gesellschafters erfolgte (so Jürgens/Trautmann, Betreuungsrecht, 7. Aufl. 2023, Vorbem. zu §§ 1848-1854 Rn. 7; tendenziell auch Beckervordersandfort/Steinbrink, ZErB 2022, 125, 130; Hinweis auf die umstrittene Rechtslage bei jurisPK-BGB/Herberger, 10. Aufl. 2023, Std. 6.12.2023, § 1850 Rn. 12.1). Ob dies zu überzeugen vermag, kann für den vorliegenden Sachverhalt dahinstehen, da nicht die Verfügung über ein Grundstück, sondern der Beitritt eines Minderjährigen zu einer Gesellschaft in Rede steht.

Für den hier zu begutachtenden Sachverhalt der Neugründung einer grundstücksverwaltenden Familienpool-KG ist daher **allein § 1852 BGB relevant**.

2. Genehmigungserfordernis des § 1852 BGB

Gemäß § 1852 Nr. 1 BGB bedarf ein Betreuer der Genehmigung des Betreuungsgerichts zu einer Verfügung und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung, durch die der Betreute einen **Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft erwirbt oder veräußert**, die ein **Erwerbsgeschäft** betreibt. § 1852 Nr. 2 BGB umfasst die Konstellation, dass ein **Gesellschaftsvertrag** zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts **eingegangen** wird. Es ergibt sich daher – in Bezug auf die Rechtsfrage zu Ziff. II. 2. – kein Unterschied dahingehend, ob der Minderjährige bereits an dem Gesellschaftsvertrag zur Gründung beteiligt ist oder die Anteile im Wege der Übertragung erhält.

Die **Verweisungsnormen der §§ 1643, 1799 BGB** für das Handeln von Eltern, Vormund oder Ergänzungspfleger als gesetzliche Vertreter eines Minderjährigen weisen keine inhaltlichen Modifikationen dieses Genehmigungstatbestands auf.

a) Erwerbsgeschäft i. S. d. § 1852 BGB

Wann ein „Erwerbsgeschäft“ i. S. d. Norm vorliegt, ist – wie schon vor Inkrafttreten der Reform am 1.1.2023 (damals maßgeblich: § 1822 Nr. 3 BGB a. F.) – **umstritten und ungeklärt**. Definiert wird dieses als „jede regelmäßig ausgeübte, auf selbstständigen Erwerb gerichtete Tätigkeit, die mit dem Willen zur Gewinnerzielung ausgeübt wird und auf eine gewisse Dauer angelegt ist“ (OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; BayObLG DNotZ 1995, 941, 942; Münch/Lotte, § 13 Rn. 215; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 24 ff.; Eble, RNotZ 2021, 117, 119 m. N.). Hinsichtlich dieses Begriffs haben sich **keine Änderungen zu**

§ 1822 Nr. 3 BGB a. F. **ergeben** (Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; Eble, RNotZ 2021, 117, 119), sodass insofern auf die Literatur und Rechtsprechung zum alten Recht zurückgegriffen werden kann. Es wird bedauert, dass der Gesetzgeber anlässlich der Reform keine klareren Vorgaben zur Abgrenzung von Erwerbsgeschäft und Vermögensverwaltung geschaffen hat (vgl. Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; ähnlich Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539).

Abzugrenzen ist das Erwerbsgeschäft insbesondere von der **Verwaltung eigenen Vermögens** (Grüneberg/Götz, BGB, 83. Aufl. 2024, § 1852 Rn. 3; Beckervordersandfort/Steinbrink, ZErB 2022, 125, 126). Die Abgrenzung zwischen vermögensverwaltender Tätigkeit und Erwerbsgeschäft kann im Einzelfall schwierig sein (vgl. Eble, RNotZ 2021, 117, 120; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539).

b) Streitstand zu vermögensverwaltenden Familiengesellschaften

Nach **h. A.** unterfallen **rein vermögensverwaltende Gesellschaften** nicht dem Begriff des Erwerbsgeschäfts und damit nicht dem Genehmigungserfordernis des § 1852 Nr. 1 BGB (vgl. OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14; OLG Schleswig NZG 2020, 593 Rn. 12 jeweils zu § 1822 Nr. 3 BGB a. F.; Grüneberg/Götz, § 1852 Rn. 6; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186 f.; Staake/Weinmann, RFamU 2022, 493, 495; Münch/Schaal, § 17 Rn. 275; wohl auch OLG Jena ZEV 2013, 521).

Häufig jedoch wird ein Erwerbsgeschäft angenommen bei einer Gesellschaft, deren Gegenstand die **Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert** ist (vgl. BayObLGZ 1995, 230 = DNotZ 1995, 941; BayObLGZ 1997, 113 = NJW-RR 1997, 1163; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1999, 1174 = FamRZ 2000, 117, 119; OLG Schleswig NJW-RR 2020, 805 Rn. 12; tendenziell auch OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12; Münch/Lotte, § 13 Rn. 216). Insofern soll es vor allem auf das **unternehmerische Risiko** sowie die **geschäftsmäßige Tätigkeit der Verwaltung, Vermietung und Verwertung von gewerblich nutzbaren Immobilien** ankommen (vgl. nur OLG Dresden MittBayNot 2019, 270 Rn. 12).

Mitunter wird pauschal postuliert, **Familiengrundstücksgesellschaften** seien **stets** auf den **Betrieb eines Erwerbsgeschäfts** gerichtet (so KG NZG 2020, 548 Rn. 9; BeckOK-BGB/Kadelbach, Std.: 1.11.2023, § 1852 Rn. 4; jurisPK-BGB/Herberger, § 1852 Rn. 37; differenzierend hingegen OLG München MittBayNot 2019, 132 Rn. 14: jedenfalls Verwaltung eines selbstgenutzten Wohnhauses kein Erwerbsgeschäft).

Bei einer – hier nicht maßgeblichen – **Außen-GbR** (die nunmehr freilich als „rechtsfähige Gesellschaft“ bezeichnet wird, vgl. § 705 Abs. 2 Var. 1 BGB k. F.) soll wegen der unbeschränkten persönlichen Haftung **immer ein Erwerbsgeschäft** vorliegen (Jürgens/Trautmann, § 1852 Rn. 9). Zu einem ähnlichen Ergebnis dürfte auch die oben dargestellte Abwägungslösung auf Basis des entsprechenden unternehmerischen Risikos kommen.

c) Fazit für die Praxis

Im Schrifttum wird angesichts der schwierigen Grenzziehung dazu geraten, **sicherheitshalber stets von einer Genehmigungsbedürftigkeit auszugehen** und eine Genehmigung bzw. ein Negativattest einzuholen (Herrler/Berkefeld, in: Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 3. Aufl. 2022, § 14 Rn. 23; BeckOGK-BGB/Eitzinger, Std.: 1.10.2023, § 1643 Rn. 57.9; Bock, DNotZ 2020, 643, 648; Everts, MittBayNot 2023, 9, 13; Harbecke, RNotZ 2022, 521, 539 f.). Dem wird man sich auch für die grundstücksverwaltende Familiengesellschaft anschließen müssen, da das Meinungsspektrum (dazu oben lit. b; vgl. auch die detaillierte Rechtsprechungsübersicht bei BeckOGK-BGB/Eitzinger, § 1643 Rn. 57.1 ff.) zu breit ist und das Gebot des sichersten Weges gilt.

Ohne eine – seitens eines Gerichts für erforderlich gehaltene – Genehmigung wäre das Rechtsgeschäft (zunächst schwebend) unwirksam. Hinzuweisen ist darauf, dass ein (nicht normiertes) Negativattest der Genehmigung *nicht* gleichsteht und keine Bindungswirkung entfaltet (BGH NJW 1966, 652; OLG Schleswig RNotZ 2020, 525 Rn. 8; Eble, RNotZ 2021, 117, 118; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 187 Fn. 18).

d) Genehmigungsvoraussetzungen und -verfahren

Der Maßstab für die Erteilung der familiengerichtlichen Genehmigung ergibt sich für den Fall der Vertretung durch die Eltern aus § 1644 Abs. 1 BGB. Hiernach wird die Genehmigung erteilt, wenn das Rechtsgeschäft dem **Wohl des Kindes** unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung **nicht widerspricht**. Inhaltlich gilt dasselbe für den Fall der Vertretung durch einen Vormund oder Ergänzungspfleger: Hiernach ist das Rechtsgeschäft zu genehmigen, wenn es dem Wohle des Mündels/Minderjährigen unter Berücksichtigung der Grundsätze einer wirtschaftlichen Vermögensverwaltung und der wachsenden Bedürfnisse des Mündels/Minderjährigen zu selbständigem und verantwortungsbewusstem Handeln entspricht (§§ 1800 Abs. 1, 1798 Abs. 1 BGB, für den Ergänzungspfleger vgl. den Verweis in §§ 1809, 1813 Abs. 1 BGB).

Im Schrifttum findet sich der – u. E. nachvollziehbare – Hinweis, die Gründung einer KG sei insbesondere dann genehmigungsfähig, wenn dem Risiko eines Verlustes der nicht aus eigenen Mitteln aufgetragenen Kommanditeinlage **erhebliche Gewinnchancen** gegenüberstehen (Jürgens/Trautmann, § 1852 Rn. 10; vgl. auch BeckOGK-BGB/Eitzinger, § 1644 Rn. 12; aus der Rspr. etwa OLG Nürnberg MittBayNot 2015, 235, 237 f.; BayObLG DNotZ 1995, 941, 946, jeweils zum alten Recht).

Hinsichtlich des Verfahrens verweisen § 1644 Abs. 3 BGB sowie §§ 1813 Abs. 1, 1800 Abs. 2 BGB jeweils auf §§ 1855, 1856 Abs. 1, 2 BGB. Die Genehmigung wird erst mit **Rechtskraft des entsprechenden Beschlusses** wirksam (§§ 111 Nr. 2, 151 Nr. 1 bzw. Nr. 4 i. V. m. § 40 Abs. 2 S. 1 FamFG).

3. Ergebnis

Es ist – wie auch schon vor der am 1.1.2023 in Kraft getretenen Reform – umstritten und weiterhin unklar, wann eine Gesellschaft ein „Erwerbsgeschäft“ i. S. d. § 1852 BGB betreibt.

Im Rahmen der Mitwirkung eines Minderjährigen an der **Neugründung** einer grundstücksverwaltenden Familienpool-KG sollte vorsichtshalber stets vom **Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung gem. § 1852 Nr. 2 BGB** ausgegangen werden. Dasselbe gilt gem. § 1852 Nr. 1 BGB für den **Erwerb von Anteilen** an einer solchen Gesellschaft, sodass es keinen Unterschied macht, ob der Minderjährige bereits an dem Gesellschaftsvertrag zur Gründung beteiligt ist oder die Anteile im Wege der Übertragung erhält.

Aktuelles

Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024

1. Allgemeines

Zum 1.1.2024 tritt das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG, BGBl. I 2021, S. 3436) in Kraft. In erster Linie wird hierdurch die anerkannte Rechtsfähigkeit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) gesetzlich nachvollzogen. Dies bedeutet eine umfassende **Neugestaltung der §§ 705 ff. BGB**. Künftig *kann* eine GbR in einem mit Publizitätswirkung ausgestatteten Gesellschaftsregister eingetragen werden. Die Art und Weise der Eintragung einer GbR in anderen Registern (insb. im Grundbuch und im Handelsregister) ändert sich. Nachfolgend ist eine Auswahl zentraler notarrelevanter Änderungen durch das MoPeG zusammengestellt.

2. Das Gesellschaftsregister

Für die **Führung** des Gesellschaftsregisters ist grundsätzlich das **Amtsgericht** zuständig, in dessen Bezirk das Landgericht seinen Sitz hat (§ 376 Abs. 1, § 374 Nr. 2 FamFG k. F., § 1 Handelsregisterverordnung (HRV), § 1 Abs. 1 Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV) k. F.). Die Länder können hiervon abweichende Zuständigkeiten mittels Verordnung regeln. Eine Übersicht zu den bisherigen Zuständigkeitsverordnungen der Länder betreffend die Handels- und Genossenschaftsregister sowie die Partnerschafts- und Vereinsregister stellt die BNotK auf ihrer Homepage unter Aufgaben und Tätigkeiten – Rundschreiben (Nr. 8/2023) zur Verfügung. In seiner **Ausgestaltung** und **Funktionsweise** ist das Gesellschaftsregister eng an das Handelsregister angelehnt. § 1 GesRV verweist weitgehend auf die Handelsregisterverordnung. Wie die **Gesellschaftsregisterblätter** aussehen werden, kann den Anlagen 1-4 der GesRV entnommen werden.

Anmeldungen zum Gesellschaftsregister sind elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen (§ 707b Nr. 2 BGB k. F., § 12 HGB). Die Beglaubigung im Online-Verfahren ist möglich (§ 12 Abs. 1 S. 2 HGB). Vor der Einreichung ist die Anmeldung auf Eintragungsfähigkeit zu prüfen, § 378 Abs. 3 S. 1 FamFG. Der **Inhalt** der Anmeldungen richtet sich nach § 707 Abs. 2 BGB k. F.. **Muster** für die Anmeldung finden sich u.a. bei *M. Wachter*, in: Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der freiwilligen Gerichtsbarkeit, 27. Aufl. 2023, § 123 Rn. 81 ff.. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 GesRV soll in der Anmeldung auch der Gegenstand der Gesellschaft angegeben werden, soweit er sich nicht aus deren Namen ergibt (zum Begriff des Gesellschaftsgegenstands BeckOGK-GesRV/Krafka, Std.: 1.8.2023, Rn. 30 ff.). **Zuständig** für die Anmeldung sind nach § 707 Abs. 4 S. 1 BGB k. F. grundsätzlich **sämtliche Gesellschafter** gemeinsam. Ausnahmen regeln § 707 Abs. 4 S. 2, 3 BGB k. F..

Die h. M. in der Literatur geht davon aus, dass die Anmeldung auch **durch Bevollmächtigte** vorgenommen werden kann, obgleich nach § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB in der Anmeldung (nicht strafbewehrt) zu *versichern* ist, dass die GbR nicht bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist (statt vieler BeckOGK-BGB/Krafka, § 707 k.F. Rn. 43).

Die Übermittlung von Anmeldungen an das Gesellschaftsregister erfolgt über das XNP-Modul „Handelsregister“. Die BNotK stellt insoweit eine Online-Hilfe zur Verfügung.

Die zum 1.6.2023 in Kraft getretenen Änderungen der DONot (§ 5 Abs. 1 S. 4 u. 5, § 5a) gelten auch für An-

meldungen zum Gesellschaftsregister. Dies betrifft insbesondere die Angabe privater Wohnanschriften.

Die **Eintragung** einer GbR im Gesellschaftsregister ist **nicht** konstitutive Voraussetzung für deren Entstehen oder ihre Rechtsfähigkeit (§ 705 Abs. 2 BGB k. F.). Es besteht auch **keine unmittelbare Eintragungspflicht** für die GbR. Den eingetragenen Tatsachen kommt allerdings die **volle Publizitätswirkung** zu (§ 707a Abs. 3 S. 1 BGB k. F., § 15 HGB).

Ist eine GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen, so führt sie (verpflichtend) den Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ bzw. „**eGbR**“ (§ 707a Abs. 2 S. 1 BGB k. F.). Haftet in einer eGbR keine natürliche Person als Gesellschafterin, so muss der Name eine Bezeichnung enthalten, die die **Haftungsbeschränkung** kennzeichnet (§ 707a Abs. 2 S. 2 BGB k. F.), z. B. „GmbH & Co. eGbR“ (hierzu Servatius, GbR, 2023, § 707a BGB Rn. 8).

Konsequenz der Eintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister ist nach § 20 Abs. 1 S. 1 GwG die Verpflichtung zur Mitteilung bestimmter Angaben zu den wirtschaftlich Berechtigten in das **Transparenzregister**.

Eine **Löschung** der eGbR aus dem Gesellschaftsregister kommt nur nach den allgemeinen Regeln in Betracht (§ 707a Abs. 4 BGB k. F.), mithin insb. im Wege der Liquidation. Eine voraussetzungslose gewillkürte Löschungsmöglichkeit besteht aus Verkehrsschutzgründen nicht.

Mit der Möglichkeit zur Eintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister ändern sich die Regelungen zur **Bezeichnung einer GbR in anderen Registern** (insb. Grundbuch, Handelsregister, GmbH-Gesellschafterliste). Künftig werden dort nur noch der Name der Gesellschaft, ihr Sitz sowie das Registergericht und das Registerblatt angegeben.

Von besonderer praktischer Relevanz sind hierbei künftig „Altfälle“, in denen nach Inkrafttreten des MoPeG eine GbR noch nach den bisherigen Regelungen in anderen Registern eingetragen ist. Auch in diesen Fällen besteht jedoch **keine anlasslose Verpflichtung** zur Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister.

3. Das verfahrensrechtliche Voreintragungserfordernis

Durch das MoPeG wird an einigen Stellen im Gesetz ein **verfahrensrechtliches Voreintragungserfordernis** geregelt, so dass sich letztlich für die GbR doch eine Notwendigkeit zur Eintragung im Gesellschaftsregister ergibt, insbesondere wenn sie etwa **grundbuchfähige**

Rechte erwerben möchte oder **in andere Register** (als Gesellschafterin) eingetragen werden soll. Zu beachten ist daneben, dass ein Eintragungserfordernis im Gesellschaftsregister auch dann besteht, wenn sich lediglich **der Bestand der Gesellschafter** einer bereits in einem anderen Register eingetragenen GbR ändert (siehe hierzu Merkblatt der Bundesnotarkammer, Wechsel im GbR-Gesellschafterbestand und freiwillige Eintragungen, Beilage zu BNotK-RS Nr. 8/2023 v. 24.11.2023, abrufbar unter <https://www.bnotk.de/aufgaben-und-taetigkeiten/rundschreiben/details/gesetz-zur-modernisierung-des-personengesellschaftsrechts-mopeg>; zuletzt aufgerufen am 12.12.2023).

§ 47 Abs. 2 GBO k. F. regelt, dass ein Recht *für* eine GbR im Grundbuch nur eingetragen werden soll, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Diese Regelung erfasst den Fall des Erwerbs einer Rechtsposition durch eine GbR, insbesondere die Eintragung einer GbR als Eigentümerin. Demgegenüber bestimmt Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB k. F., dass Eintragungen, die Rechte einer GbR *betreffen*, in das Grundbuch grundsätzlich nicht erfolgen sollen, solange die GbR nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist **und** anschließend ihre Bezeichnung im Grundbuch an die neuen Vorgaben des § 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV k. F., § 47 Abs. 2 GBO k. F. angepasst worden ist. Die Richtigstellung der Bezeichnung der nunmehr eingetragenen GbR im Grundbuch bedarf der Bewilligung aller bisher eingetragenen Gesellschafter und, wenn die GbR im Wege der Richtigstellung als Eigentümerin (oder Erbbauberechtigte) eingetragen werden soll, zudem der Zustimmung der einzutragenden eGbR selbst (Art. 229 § 21 Abs. 3 S. 2 EGBGB k. F. i. V. m. § 22 Abs. 2 GBO). Dies betrifft den praktisch wichtigen und häufigen Fall der **Veräußerung einer Immobilie durch eine noch nach bisheriger Rechtslage im Grundbuch als Eigentümerin eingetragenen GbR**.

Grundsätzlich – und insbesondere angesichts des Wegfalls von § 899a BGB zum 1.1.2024 – dürfte es daher dem Gebot des sichersten Weges entsprechen, **vor Beurkundung** des Veräußerungsvertrags die GbR im Gesellschaftsregister eintragen und den Grundbucheintrag richtigstellen zu lassen. Die nicht im Gesellschaftsregister eingetragene GbR ist zwar rechtsfähig, wenn sie Eigentümerin eines Grundstücks ist (§ 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB k. F.), und kann daher materiell-rechtlich wirksam Verträge schließen. Es ergeben sich allerdings verfahrensrechtliche Herausforderungen beim Vollzug eines solchen Vertrages (Nachweis der Existenz und Vertretungsberechtigung; Nachweis der Identität zwischen registrierter und nicht registrierter GbR) sowie materielle **Risiken** auf der Ebene der **Transaktionssicherheit für den Vertragspartner der GbR**. Eine Auflistung der

verfahrensrechtlichen Anforderungen sowie der Risiken beim Versuch der Vermeidung der Registrierung und Voreintragung findet sich im BNotK-RS Nr. 8/2023 S. 9 ff. Eine „best practice“ für Fälle, in denen unbedingt die Beurkundung (des schuldrechtlichen sowie ggf. auch des dinglichen Teils des Veräußerungsvertrags) vor Eintragung im Gesellschaftsregister vorgenommen werden soll, ist noch nicht ersichtlich.

Die Literatur hat verschiedene Thesen dazu entwickelt, in welchen Fällen das Voreintragungserfordernis nicht greift, etwa bei liquidationsloser Vollbeendigung der Gesellschaft (§ 712a BGB k. F.; Wilsch, MittBayNot 2023, 457, 458) oder unter analoger Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO (str.; dagegen: Wobst, ZPG 2023, 58, 60; Kratzlmeier, ZfIR 2023, 197, 203; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167, 174; dafür: Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 329; Servatius, GbR, 2023, § 713 Rn. 14; differenzierend für die Anwendbarkeit von § 40 Abs. 1 GBO analog bei einer Ehegatten- und Familien-GbR Wilsch, MittBayNot 2023, 457).

Ein Erfordernis zur Eintragung im Gesellschaftsregister ergibt sich auch in Fällen, in denen eine GbR **Gesellschafterin einer GmbH** ist. § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG k. F. lautet: „Eine [GbR] kann nur in die Liste eingetragen und Veränderungen an ihrer Eintragung können nur vorgenommen werden, wenn sie in das Gesellschaftsregister eingetragen ist.“ Die Vorschrift ist insbesondere bei der Listeneinreichung durch den Notar nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG zu beachten, wonach die Einreichung *unverzüglich* zu erfolgen hat (siehe zur Bedeutung der Unverzüglichkeit auch § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG; hierzu BNotK RS Nr. 8/2023 S. 11). Eine Übergangsvorschrift zu § 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG k. F. enthält § 12 EGGmbHG k. F.. Eine zu **§ 40 Abs. 1 S. 3 GmbHG k. F.** parallele Regelung enthält § 67 Abs. 1 S. 3 AktG k. F. für das Aktienregister.

Daneben besteht ein Voreintragungserfordernis auch für die **Eintragung einer GbR im Handelsregister** (etwa als Kommanditistin einer KG; § 707a Abs. 1 S. 2 k. F., § 105 Abs. 3 HGB k. F., § 161 Abs. 2 HGB k. F.), ebenso wie für die Eintragung einer GbR als Gesellschafterin einer anderen GbR (§ 707a Abs. 1 S. 2 BGB k. F.) sowie für den Erwerb und die Veräußerung von Rechten, die in das **Schiffsregister** einzutragen sind (§ 51 Abs. 2 SchRegO k. F.). Eine Übergangsvorschrift für eine bereits nach bisherigem Recht als Gesellschafterin einer OHG oder KG eingetragene GbR enthält Art. 89 EGHGB k. F..

4. Weitere notarrelevante Änderungen

Nach § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB k. F. ist künftig auch bei

der **Erstanmeldung einer OHG** (sowie gemäß § 161 Abs. 2 HGB bei der **Erstanmeldung einer KG**) zu *versichern*, dass die angemeldete Gesellschaft nicht in einem anderen Register (Gesellschafts- oder Partnerschaftsregister) eingetragen ist. So sollen **Doppelseintragungen** vermieden werden. Insoweit besteht u. U. **Anpassungsbedarf** bei den bislang verwendeten Mustern.

Ausdrücklich und erstmals gesetzlich geregelt wird mit Inkrafttreten des MoPeG das **Statuswechselverfahren**. Betroffen sind hiervon Fälle, in denen eine Gesellschaft im Gesellschafts-, Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist und nun in ein anderes dieser Register einzutragen ist, etwa weil die GbR zur OHG geworden ist oder eine im Partnerschaftsregister eingetragene Gesellschaft nicht mehr freiberuflich, sondern gewerblich tätig ist. Neben derartigen Fällen werden auch freiwillige Statuswechsel erfasst, beispielsweise der Wechsel von der kleingewerblichen eGbR in eine OHG oder der Wechsel einer kleingewerblichen OHG in eine eGbR. Die zentrale Vorschrift findet sich in § 707c BGB k. F. (i. V. m. § 105 Abs. 3 HGB k. F. bzw. § 1 Abs. 4 PartGG k. F.). Der Statuswechsel ist ausschließlich bei dem Register anzumelden, in dem die Gesellschaft bisher eingetragen ist, § 707c Abs. 1 BGB k. F.. Vermieden werden sollen durch das formalisierte Verfahren insbesondere Doppelseintragungen.

Die **kostenrechtlichen Auswirkungen** des MoPeG ergeben sich aus dem Rundschreiben der BNotK Nr. 8/2023 S. 14 ff. sowie den praxisrelevanten Beispielfällen im Beitrag der Prüfungsabteilung der Notarkasse A.d.ö.R. (MittBayNot 2023, 645).

In **grunderwerbsteuerrechtlicher Hinsicht** wurde insbesondere durch Art. 29 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes (s. BT-Drucks. 20/9782) die Vorschrift des **§ 24 GrEStG k. F.** neu geschaffen, der mit Wirkung zum 1.1.2024 lautet: „Rechtsfähige Personengesellschaften (§ 14a Absatz 2 Nummer 2 der Abgabenordnung) gelten für Zwecke der Grunderwerbsteuer als Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen“. § 24 GrEStG k. F. tritt jedoch nach Art. 30 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes zum 1.1.2027 wieder außer Kraft (s. Art. 36 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes), so dass die **Weitergeltung insb. der §§ 5-7 GrEStG** vorerst für die **kommenden drei Jahre** geregelt wurde.

Im Bereich der **Erbschafts- und Schenkungssteuer** wird durch Art. 28 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes dauerhaft ein **§ 2a ErbStG k. F.** („Rechtsfähige Personengesellschaft“) geschaffen, nach dem die Gesamthandsfiktion für Zwecke der Erbschafts- und

Schenkungssteuer ebenfalls Bestand hat und die Gesellschafter als Zuwendende oder Erwerber gelten, wenn eine rechtsfähige Personengesellschaft eine Zuwendung macht oder erhält.

Mit dem MoPeG werden die Rechtsformen der **OHG und der KG für Freie Berufe geöffnet** (§ 107 Abs. 1 S. 2 HGB k. F., § 161 Abs. 2 HGB k. F.), so dass die Angehörigen der Freien Berufe optional durch konstitutive Eintragung ihrer Firma als OHG oder KG in das Handelsregister eben diese Rechtsform wählen können. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch aus § 107 Abs. 1 S. 2 a.E. HGB k. F., wonach dies nur dann möglich ist, soweit das anwendbare **Berufsrecht** die Eintragung zulässt. Insoweit ist zu beachten, dass es landesrechtliche Unterschiede bzgl. der berufsrechtlichen Zulässigkeit geben kann, die allerdings nach der Gesetzesbegründung zum MoPeG von den Registergerichten regelmäßig nicht zu prüfen sind (BT-Drucks. 19/27635, S. 224; ebenso BeckOGK-HGB 2024/Sander, Std. 1.5.2023, § 107 Rn. 12).

Kommt es zu einem **Kommanditistenwechsel**, so ergibt sich nun durch die Neufassung von § 176 Abs. 2 HGB k. F. eindeutig, dass dieser **nicht** für die in der Zeit zwischen Übertragung des Kommanditanteils und Eintragung im Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt persönlich haftet (Wertenbruch, JZ 2023, 78, 85). Die Haftung eines (zusätzlich) neu eintretenden Kommanditisten bleibt hingegen unberührt (zu den Auswirkungen der Neufassung im Einzelnen Weidlich/Federle, NJW 2023, 1993, 1996).

Der **Tod eines GbR-Gesellschafters** führt nach der gesetzlichen Regelung künftig nicht mehr zur Auflösung der Gesellschaft (so noch § 727 Abs. 1 BGB bisherige Fassung), sondern zum Ausscheiden des Gesellschafters (§ 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB k. F.). Das Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters führt künftig nach der gesetzlichen Regelung ausdrücklich zum Erlöschen der Gesellschaft ohne Liquidation und zum Übergang des Gesellschaftsvermögens im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf den verbleibenden Gesellschafter (§ 712a BGB k. F.).

Bezüglich der **Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung** einer an einer notariellen Urkunde beteiligten eGbR empfiehlt die Literatur trotz Entfalls des § 736 ZPO und nicht zuletzt angesichts des § 722 Abs. 2 BGB k. F. weiterhin, dass sich neben der eGbR auch die einzelnen Gesellschafter der Zwangsvollstreckung unterwerfen (Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 10. Aufl. 2024, Rn. 2888 f.).

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 Fabian Schwarz

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