

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

18. Jahrgang
Januar 2010
ISSN 1434-3460

2/2010

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2205, 2222; GBO §§ 51, 52 – Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks; Nacherbentestamentsvollstreckung bei Ober- und Untererbengemeinschaft

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 35; BGB § 181 – Bestellung des Geschäftsführers im Musterprotokoll; Befreiung vom Verbot des Insichgeschäfts; Fortwirkung der Befreiung bei Neubestellung eines Alleingeschäftsführers

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 745 Abs. 1, 2038, 2040 Abs. 1 – Kündigung eines Mietverhältnisses durch Erben mit Stimmenmehrheit; Verhältnis der Verwaltungsregelung in § 2038 BGB zur Verfügungsregelung in § 2040 BGB

GmbHG § 40 Abs. 2 – Zuständigkeit des Notars zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bei sog. „mittelbarer Mitwirkung“

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2205, 2222; GBO §§ 51, 52

Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks; Nacherbentestamentsvollstreckung bei Ober- und Untererbengemeinschaft

I. Sachverhalt

Erblasser E hat testamentarisch seine zwei Kinder zu Erben eingesetzt. Das eine Kind ist jedoch nur Vorerbe. Nacherben sind die Kinder des Vorerben. Ferner ist Testamentsvollstreckung angeordnet. Der Testamentsvollstrecker hat zunächst die Auseinandersetzung unter den Miterben zu bewirken. Weiter hat er die Aufgabe, die Rechte und Pflichten der Nacherben bis zum Eintritt der Nacherbfolge, längstens jedoch bis zum 25. Geburtstag des jeweiligen Nacherben, auszuüben.

E war als Miterbe an einer anderen Erbengemeinschaft (Obererbengemeinschaft) beteiligt. Dieser Erbteil an der Obererbengemeinschaft ist somit auch Nachlassgegenstand. Zu dem Nachlass der Obererbengemeinschaft gehört ein Grundstück.

Im Rahmen der Erbauseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach E (Untererbengemeinschaft) wurde der Erbteil an der Obererbengemeinschaft unter Mitwirkung aller Miterben und des Testamentsvollstreckers auf den Vorerben übertragen.

II. Frage

Ist ein Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch einzutragen?

III. Zur Rechtslage

1. Art der Testamentsvollstreckung im vorliegenden Fall

Für die Beantwortung der vorgenannten Rechtsfrage (Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch) ist es zunächst entscheidend, **welche Art von Testamentsvollstreckung** hier vorliegt.

a) Auseinandersetzungsvollstreckung

Soweit dem Testamentsvollstrecker hier zunächst die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach E (Untererbengemeinschaft) obliegt, handelt es sich um eine **Auseinandersetzungsvollstreckung**, d. h. der Testamentsvollstrecker ist insofern Testamentsvollstrecker mit Normalbefugnissen i. S. d. §§ 2205 ff. BGB.

Vorliegend ist die **Aufgabe** des Auseinandersetzungsvollstreckers **allerdings beendet**. Unter anderem wurde der Erbteil an der Obererbengemeinschaft im Rahmen der (teilweisen) Erbauseinandersetzung der Untererbengemeinschaft auf den Vorerben übertragen. Damit unterliegt dieser Nachlassgegenstand nicht mehr der Auseinandersetzungsvollstreckung. Eine Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks im Hinblick auf die Auseinandersetzungsvollstreckung scheidet folglich aus.

b) Nacherbentestamentsvollstreckung

Allerdings hat der Erblasser weiter angeordnet, dass der Testamentsvollstrecker die **Rechte und Pflichten der Nacherben** bis zum Eintritt der Nacherbfolge, längstens jedoch bis zum 25. Geburtstag des jeweiligen Nacherben, ausübt.

Die Testamentsvollstreckung, die im Zusammenhang mit **Vor- und Nacherbfolge** angeordnet wird, **kann inhaltlich ganz unterschiedlich ausgestaltet sein**. Im Einzelnen kommen folgende Möglichkeiten in Betracht (vgl. D. Mayer, in: Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2010, Kap. 5 Rn. 306 ff.):

- Im Normalfall der Testamentsvollstreckung beschränkt sich diese auf die allgemeine Abwicklung des Nachlasses (**Testamentsvollstreckung mit Normalbefugnissen**).
- Dem Testamentsvollstrecker kann auch die Aufgabe übertragen sein, für die Dauer der Vorerbschaft den Nachlass i. S. d. § 2209 BGB zu verwalten (**Testamentsvollstreckung für die Vorerbschaft**). In diesem Fall hat der Testamentsvollstrecker **für die Dauer der Vorerbschaft die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis**. Ob der Testamentsvollstrecker auch den Beschränkungen des Vorerben unterliegt (z.B. § 2113 BGB), ist umstritten (bejahend: Staudinger/Reimann, BGB, 2003, § 2205 Rn. 156; MünchKomm/Zimmermann, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2222 Rn. 9; Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2205 Rn. 24; a. A.: Winkler, Der Testamentsvollstrecker, 18. Aufl. 2007, Rn. 215; D. Mayer, Kap. 5 Rn. 308; vgl. auch OLG Stuttgart BWNtZ 1980, 92).
- Die Anordnung der Testamentsvollstreckung kann den Nacherben dahingehend beschränken, dass der Testamentsvollstrecker erst ab dem Eintritt des Nacherbfalles den Nachlass für den Nacherben verwaltet (**Testamentsvollstreckung für die Nacherbschaft**). Dies ist ein Fall der Verwaltungsvollstreckung.
- Die beiden vorstehend genannten Varianten können schließlich kombiniert werden (**Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherbschaft**). Der Testamentsvollstrecker beschränkt dann sowohl den Vorerben als auch den Nacherben und verwaltet beim Vorerben und beim Nacherben den Nachlass. Der Testamentsvollstrecker hat das **Verwaltungs- und Verfügungsrecht während der gesamten Dauer der Vor- und Nacherbschaft**. Die Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB sollen für diesen Fall nicht gelten (BGH NJW 1963, 2320; BayObLG MittBayNot 1991, 122 = MittRhNotK 1991, 124; D. Mayer, Kap. 5 Rn. 311).
- Schließlich kann es i. S. d. § 2222 BGB Aufgabe des Testamentsvollstreckers sein, die Rechte und Pflichten des Nacherben bis zum Eintritt des Nacherbfalles wahrzunehmen (**Nacherbentestamentsvollstreckung gem. § 2222 BGB**). Durch die Anordnung von Nacherbentestamentsvollstreckung wird der Vorerbe nicht in seinen Rechten beschränkt. Der Testamentsvollstrecker hat also nicht die Rechte aus den §§ 2203 ff. BGB. Sein Aufgabenbereich bezieht sich vielmehr auf die **Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben gegenüber dem Vorerben** (statt aller: Palandt/Edenhofer, § 2222 BGB Rn. 2).

Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine **Nacherbentestamentsvollstreckung i. S. v. § 2222 BGB**. Denn Aufgabe des Testamentsvollstreckers ist es hier, die Rechte und Pflichten des Nacherben während der Vorerbschaft wahrzunehmen. So ist auch angeordnet, dass die Testamentsvollstreckung bis zum Eintritt der Nacherbfolge dauern soll, längstens aber bis zum 25. Geburtstag des Nacherben.

Damit stellt sich im vorliegenden Fall die Frage, ob die Nacherbentestamentsvollstreckung in der hier gegebenen Fallkonstellation im Grundbuch vermerkt werden kann bzw. muss.

2. Nacherbenvermerk und allgemeiner Testamentsvollstreckervermerk

Bevor auf den Sonderfall der Nacherbentestamentsvollstreckung eingegangen wird, soll zunächst der Meinungsstand zur **Eintragung eines Nacherbenvermerks** in der vorliegenden Konstellation betrachtet werden, um dies mit dem Grundfall der **Testamentsvollstreckung mit Normalbefugnissen an einem Miterbenanteil** zu vergleichen.

a) Vergleich mit der Rechtslage beim Nacherbenvermerk

Die **Eintragung eines Nacherbenvermerks** wird in der vorliegenden Konstellation von der h. M. **verneint**. Nach *Böhringer* ist fraglich, ob § 2113 BGB auch dann Anwendung findet, wenn ein Grundstück Bestandteil eines Gesamthandsvermögens ist und über das Grundstück verfügt werden soll. Denn **Gegenstand der Nacherbfolge ist der Gesamthandsanteil** (hier: Anteil an der Obererben-gemeinschaft) **und nicht das zum Gesamthandsvermögen gehörende Grundstück**. Wie *Böhringer* unter Verweis auf die Rechtsprechung ausführt, ist **§ 2113 Abs. 1 u. 2 BGB** nach h.M. auf **Verfügungen über zum Gesamthandsvermögen gehörende Grundstücke nicht anzuwenden**, wenn zur Vorerbschaft ein Anteil an einer Erbengemeinschaft gehört (Meikel/Böhringer, GBO, 10. Aufl. 2009, § 51 Rn. 63; BGH NJW 1978, 698 = DNotZ 1976, 554; BGH DNotI-Report 2007, 79 = DNotZ 2007, 700 = MittBayNot 2007, 328 = RNotZ 2007, 414 = NotBZ 2007, 214 = ZNotP 2007, 227). Der **Vorerbe kann** (mit den übrigen Miterben der Obererben-gemeinschaft) über ein solches Grundstück **ohne die Beschränkungen des § 2113 BGB verfügen**. Aus diesem Grund scheidet auch die Eintragung eines Nacherbenvermerks aus (Meikel/Böhringer, § 51 Rn. 63; OLG Köln NJW-RR 1987, 267; BayObLG DNotZ 1989, 182; Schöner/Stöber, 14. Aufl. 2008, Rn. 3467a).

b) Rechtslage beim Testamentsvollstreckervermerk

Während zur Rechtslage bei der Eintragung des Nacherbenvermerks zahlreiche Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur existieren, stellt sich dies beim Testamentsvollstreckervermerk anders dar. Zu dieser Frage gibt es nur sehr wenige Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur.

aa) Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

Schöner/Stöber führen aus, dass bei der Testamentsvollstreckung anders als beim Nacherbenvermerk die **Verfügungsbefugnis dem Erben** des Miterben-Erblassers als Rechtsinhaber **entzogen** und dem an seine Stelle getretenen Testamentsvollstrecker übertragen ist. Während bei der Vor- und Nacherbschaft aufgrund der Nichtanwendung der Beschränkungen des § 2113 BGB der Vorerbe ohne Zustimmung der Nacherben mit den anderen Miterben der Obererben-gemeinschaft über ein Grundstück verfügen

kann, das der Obererbengemeinschaft gehört, ist der Erbe, über dessen Nachlass Testamentsvollstreckung angeordnet ist, **daran gehindert**, mit den Miterben der Obererbengemeinschaft über ein Grundstück zu verfügen, das der Obererbengemeinschaft zugeordnet ist. **An seiner Stelle müsste vielmehr der Testamentsvollstrecker handeln** (Schöner/Stöber, Rn. 3467).

Dieser Ansicht ist u. E. zuzustimmen. Ein wirksamer Erwerb nur bei Mitwirkung des Erben, über dessen Nachlass Testamentsvollstreckung angeordnet ist, scheidet folglich aus. Mit der Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks **wird ein gutgläubiger Erwerb** durch Verfügung des dazu nicht befugten Erben gemeinschaftlich mit den weiteren Miterben aus der Obererbengemeinschaft **ausgeschlossen**. Daher ist nach richtiger Auffassung ein **Testamentsvollstreckervermerk einzutragen**.

bb) Vergleich mit der Rechtslage bei der GbR und der Gütergemeinschaft

Dem steht auch nicht entgegen, wenn in der Literatur vertreten wird, dass bei Mitgliedschaftsrechten an einer GbR ein **Testamentsvollstreckervermerk nicht an einem Grundstück eingetragen** werden kann, das einer **GbR gehört** (Palandt/Edenhofer, § 2205 BGB Rn. 11; Hügel/Zeiser, GBO, 2007, § 52 Rn. 18; LG Hamburg Rpfleger 1979, 26; a. A.: LG Hamburg ZEV 2009, 96). Dies wird daraus gefolgert, dass sich nach wohl h. M. die **Testamentsvollstreckung nicht auf die Innenseite der Beteiligung an einer GbR** erstreckt, was wiederum aus zwingenden gesellschaftsrechtlichen Erwägungen abgeleitet wird. Hiermit ist die Konstellation, dass sich im Nachlass der Obererbengemeinschaft ein Grundstück befindet und über den Miterbenanteil an der Untererbengemeinschaft Testamentsvollstreckung angeordnet ist, **aber nicht vergleichbar**. Denn in dieser Konstellation nimmt die Rechte in Bezug auf die Beteiligung an der Obererbengemeinschaft uneingeschränkt der Testamentsvollstrecker wahr. Anders als bei der GbR gibt es bei der Obererbengemeinschaft keine Einschränkung der Befugnisse des Testamentsvollstreckers.

Zeiser weist ferner darauf hin, dass an **gütergemeinschaftlichen Anteilen** des Erblassers die Testamentsvollstreckung ebenfalls erfolgen kann (BGH NJW 1983, 2247). Gehört dann dieser Gütergemeinschaft ein Grundstück, so kann gleichwohl ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen werden (Hügel/Zeiser, § 52 Rn. 17; Schaub, in: Bauer/v. Oefele, GBO, 2. Aufl. 2006, § 52 Rn. 26).

c) Zwischenergebnis

Zusammenfassend gehen wir davon aus, dass ein **Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch eingetragen werden kann**, wenn für einen Erben Testamentsvollstreckung angeordnet ist, der an einer Obererbengemeinschaft beteiligt ist, und dieser Obererbengemeinschaft ein Grundstück gehört.

3. Sonderfall der Nacherbentestamentsvollstreckung

Die vorstehende Aussage hat aber zunächst nur Geltung für die Grundkonstellationen der Testamentsvollstreckung, d. h. für die Auseinandersetzungsvollstreckung oder auch für die Dauervollstreckung. Die Aussage trifft dann zu, **wenn tatsächlich der Erbe durch die Testamentsvollstreckung eingeschränkt ist**.

Im vorliegenden Fall handelt es sich aber um eine **Nacherbentestamentsvollstreckung (§ 2222 BGB)**. Durch sie ist

nicht der Erbe (= Vorerbe), sondern vielmehr der Nacherbe beschränkt. Dieser **kann seine Rechte**, die ihm als Nacherbe auch schon während der Vorerbschaft zustehen, **nicht selbst ausüben**. Es stellt sich also die Frage, ob die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks auch bei Nacherbentestamentsvollstreckung in Betracht kommt.

a) Grundsatz

Vorliegend ist die besondere Fallkonstellation gegeben, dass nicht das Grundstück der Vor- und Nacherbfolge unterliegt, sondern die Beteiligung an der Obererbengemeinschaft, zu der wiederum ein Grundstück gehört. Bevor wir auf diesen Fall eingehen, ist zunächst für den allgemeinen Fall (das **Grundstück gehört zum Nachlass, der der Vorerbschaft unterliegt**) die Frage zu stellen, ob die Eintragung eines Nacherbenvermerks in Betracht kommt.

Hierzu wird in Rechtsprechung und Literatur vertreten, dass **bei einem Nacherbenvermerk nach § 51 GBO zusätzlich zu vermerken** sei, dass zur Ausübung der Rechte und zur Erfüllung der Pflichten des Nacherben gem. § 2222 BGB **Testamentsvollstreckung** angeordnet ist (KGJ 40, 198; KG JW 1938, 1411; Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 31; Schaub, in: Bauer/v. Oefele, § 52 Rn. 27; Demharter, GBO, 27. Aufl. 2010, § 52 Rn. 12). Durch die Eintragung dieses Testamentsvollstreckervermerks beim Nacherbenvermerk **wird für den Rechtsverkehr klargestellt**, dass die Zustimmung i. S. v. § 2113 BGB hier nicht durch den Nacherben, sondern durch den Nacherbentestamentsvollstrecker erteilt wird. D. h. es erfolgt eine Klarstellung, dass **die Rechte und Pflichten des Nacherben durch den Nacherbentestamentsvollstrecker wahrgenommen** werden.

b) Anwendung auf den vorliegenden Fall

Überträgt man diese Ausführungen auf den vorliegenden Fall, so ergibt sich, dass die **Eintragung eines Nacherbentestamentsvollstreckervermerks ausscheidet**. Wie unter Ziffer 2 a) dargestellt, kommt auch die Eintragung eines Nacherbenvermerks nicht in Betracht, da § 2113 BGB auf den Fall, dass der Vorerbe an einer Obererbengemeinschaft beteiligt ist und dieser Obererbengemeinschaft ein Grundstück gehört, keine Anwendung findet. Dann **bedarf es** aber u. E. ebenfalls **keiner Verlautbarung der Tatsache, dass die Rechte der Nacherben** (insbesondere zur Zustimmung nach § 2113 BGB) nicht durch den Nacherben, sondern **durch den Nacherbentestamentsvollstrecker wahrgenommen werden**. Soweit die Verfügung ohne Mitwirkung des Nacherben wirksam ist, bedarf es nicht der Mitwirkung des Nacherbentestamentsvollstreckers, sodass kein Grund besteht, den Rechtsverkehr durch Eintragung eines Hinweises auf die Nacherbentestamentsvollstreckung zu warnen.

Böhringer weist auch zutreffend darauf hin, dass „bei einem Nacherbenvermerk nach § 51 GBO zusätzlich zu vermerken ist, dass zur Ausübung der Rechte und zur Erfüllung der Pflichten des Nacherben gem. § 2222 BGB Testamentsvollstreckung angeordnet ist“ (Meikel/Böhringer, § 52 Rn. 31). Eine derartige **Eintragung „bei einem Nacherbenvermerk“** muss aber hier ausscheiden, **da kein Nacherbenvermerk eingetragen wird**. Es wäre für den Rechtsverkehr **irreführend**, wenn sich im Grundbuch ein Hinweis auf Nacherbentestamentsvollstreckung nach § 2222 BGB fände, obwohl noch nicht einmal die Vor- und Nacherbfolge im Grundbuch vermerkt ist. Daher kommt u. E. die Eintragung eines Nacherbentestamentsvollstreckervermerks nicht in Betracht.

4. Ergebnis

Gehört zum Nachlass einer Untererbengemeinschaft ein Erbteil an einer Obererbengemeinschaft, so kann eine **Nacherbentestamentsvollstreckung**, die in der Untererbengemeinschaft angeordnet ist, **nicht im Grundbuch eines der Obererbengemeinschaft gehörenden Grundstücks vermerkt werden.**

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 35; BGB § 181 Bestellung des Geschäftsführers im Musterprotokoll; Befreiung vom Verbot des In-sichgeschäfts; Fortwirkung der Befreiung bei Neubestellung eines Alleingeschäftsführers

I. Sachverhalt

Bei einer nach Musterprotokoll gegründeten UG wird der bisherige Geschäftsführer abberufen und ein neuer bestellt. Dieser soll gemäß der abstrakten Vertretungsbefugnis vertreten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein.

Das Handelsregister verweigert die Eintragung der Befreiung nach § 181 BGB und fordert eine Satzungsänderung mit Öffnungsklausel.

II. Frage

Ist ein neuer alleiniger Geschäftsführer bei der UG weiterhin automatisch von § 181 BGB befreit oder kann er durch einfachen Gesellschafterbeschluss befreit werden, wenn nach Musterprotokoll gegründet wurde?

III. Zur Rechtslage

1. Abstrakte und konkrete Vertretungsbefugnisse bei Musterprotokollgründung

Auch bei der Gründung durch Musterprotokoll muss nach inzwischen ganz h. M. zwischen der **abstrakten Vertretungsbefugnis** für alle auch späteren Geschäftsführer und der **konkreten Vertretungsbefugnis** für den ersten bestellten Alleingeschäftsführer unterschieden werden (s. dazu ausführlich schon Gutachten Nr. 90975 im Fax-Pool v. 3.3.2009; jetzt bestätigt durch OLG Stuttgart DNotI-Report 2009, 94 = NotBZ 2009, 376 = MittBayNot 2009, 390 = NZG 2009, 754; OLG Bremen NZG 2009, 1193 = ZIP 2009, 1998; LG Stralsund NZG 2009, 915; ebenso: Heckschen, DStR 2009, 166, 167; Sandhaus, NJW-Spezial 2009, 607; Heckelmann, EWiR 2009, 535, 536; Katschinski/Rawert, ZIP 2008, 1993; Ries, NZG 2009, 739).

Mangels Regelung der **abstrakten Vertretungsbefugnis** im Musterprotokoll muss diese entsprechend der in § 35 GmbHG enthaltenen **gesetzlichen Regelung** angemeldet werden. Gesondert anzumelden ist auch die **konkrete Vertretungsregelung**. Diese umfasst die Aussage, dass der namentlich genannte Geschäftsführer **einzelvertretungsbefugt ist, solange er alleiniger Geschäftsführer ist** (letztlich nur Wiederholung der sich schon aus der abstrakten Vertretungsbefugnis ergebenden Vertretungsmacht; Gustavus, Handelsregister-Anmeldungen, 7. Aufl. 2009, A 91, S. 87; a. A.: Jeep/Kilian/Weiler, notar 2009, 357, 359, nach deren Ansicht keine diesbezüglichen Angaben zu machen sind, sondern die abstrakte Vertretungsbefugnis greift). Zu weit ist demgegenüber für die

Anmeldung der konkreten Vertretungsregelung eine Formulierung, nach der die Alleinvertretungsbefugnis nicht nur gelten würde, wenn der Geschäftsführer einziger Geschäftsführer ist, sondern für den ersten Geschäftsführer generell Alleinvertretungsbefugnis vorgesehen ist (so z. B. Katschinski/Rawert, ZIP 2008, 2008, 1993, 1999).

2. Befreiung von § 181 BGB bei Musterprotokollgründung

a) Konkrete Befreiung

Im vorliegenden Fall ist vorgesehen, dass der neue Geschäftsführer **von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit** sein soll. Diese Befreiung ist Bestandteil der konkreten Vertretungsbefugnis. Denn insofern nimmt die ganz überwiegende Ansicht in der Literatur und Rechtsprechung an, dass die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB **nicht abstrakt, also nicht allgemein** für jeden auch zukünftigen Geschäftsführer gilt. Das OLG Stuttgart (DNotI-Report 2009, 94) spricht insofern ausdrücklich vom namentlich benannten Geschäftsführer, der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist (ebenso schon Wachter, ZNotP 2009, 82, 98; a. A.: Sandhaus, NJW-Spezial 2009, 607, 608).

b) Dauer der Befreiung

Umstritten ist jedoch, wie lange diese konkrete Befreiung für den im Musterprotokoll bestellten Alleingeschäftsführer gilt. Das OLG Stuttgart (DNotI-Report 2009, 94) geht davon aus, dass diese konkrete Befreiung von § 181 BGB nur **so lange** Bestand hat, wie der „**Gründungsgeschäftsführer**“ **Alleingeschäftsführer** bleibt. Das OLG versteht die im Musterprotokoll enthaltene Regelung letztlich aus dem Sinnzusammenhang so, als würde sie lauten: „Der Geschäftsführer ist von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs befreit, [Ergänzung] *soweit er einziger Geschäftsführer ist.*“

Für diesen Ansatz können wir weder aus dem Wortlaut noch aus dem Regelungszusammenhang im Musterprotokoll überzeugende Anhaltspunkte finden. Vielmehr gehen wir davon aus, dass die Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von § 181 BGB **auch im Rahmen der gemeinschaftlichen Vertretungsbefugnis nur für diesen fortgilt** (so schon mit näheren Ausführungen Faxpool-Gutachten Nr. 90975 v. 3.3.2009; das OLG Stuttgart ablehnend auch: Heckelmann, EWiR 2009, 535, 536; Sandhaus, NJW-Spezial 2009, 607; Jeep/Kilian/Weiler, notar 2009, 357, 359; Ries, NZG 2009, 739, 740).

c) Befreiung eines zusätzlichen Geschäftsführers

Zutreffend ist allerdings die Ansicht des OLG Stuttgart, dass **ein zusätzlich bestellter Geschäftsführer** selbst nicht von § 181 BGB befreit ist und auch nicht durch einen einfachen Gesellschafterbeschluss von § 181 BGB befreit werden kann.

Für die Befreiung eines zusätzlichen Geschäftsführers bedarf es einer **satzungsmäßigen** konkreten Befreiung, einer satzungsmäßigen abstrakten, allgemein wirkenden Befreiung für alle Geschäftsführer oder einer Ermächtigung in der Satzung, jeweils einzelne Geschäftsführer durch einfachen Gesellschafterbeschluss von § 181 BGB zu befreien, einschließlich eines konkreten Befreiungsbeschlusses (Jeep/Kilian/Weiler, notar 2009, 357, 359; Katschinski/Rawert, ZIP 2008, 1993, 1999).

3. Konkreter Fall

Davon zu unterscheiden ist die hier aufgeworfene Frage, ob die Befreiung von § 181 BGB für den Gründungsgeschäftsführer auch dann entfällt, wenn zwar kein weiterer Geschäftsführer bestellt wird, aber der **Gründungsgeschäftsführer abberufen und stattdessen ein neuer Geschäftsführer bestellt** wird. Dieser Fall ist klar zu trennen von der Frage der Fortgeltung der Befreiung von § 181 BGB bei Bestellung eines weiteren Geschäftsführers, bei der das OLG Stuttgart aus u. E. nicht überzeugenden Gründen ein Fortgelten der Befreiung von § 181 BGB ablehnt.

Eine Fortwirkung der Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB **zugunsten jedes alleinigen Geschäftsführers**, der dem Gründungsgeschäftsführer nachfolgt, ist u. E. **abzulehnen**. Denn dies wäre mit dem Umstand unvereinbar, dass es sich bei der Befreiung des Gründungsgeschäftsführers von § 181 BGB – wie bereits erwähnt – um keine generelle, sondern um eine konkrete und personenbezogene Befreiung handelt, die nachfolgende Geschäftsführer nicht ohne weiteres erfasst (so auch die personenbezogenen Anmeldungen in den o.g. Mustern von Gustavus und Katschinski/Rawert). Daher ist insofern dem OLG Stuttgart zuzustimmen, das in diesem Punkt ebenfalls von einem Abschluss der Fortgeltung ausgeht (DNotI-Report 2009, 94).

4. Ergebnis

Im **vorliegenden Fall** der Abberufung des bisherigen einzigen Geschäftsführers und der Bestellung eines neuen alleinigen Geschäftsführers muss **Letzterer persönlich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit werden**. Dies kann nach den oben genannten allgemeinen Grundsätzen durch einfachen Gesellschafterbeschluss nur erfolgen, wenn diesbezüglich eine Satzungsermächtigung existiert. Letztlich ist hier wie bei der Befreiung für den zweiten zusätzlichen Geschäftsführer eine Satzungsänderung erforderlich (so auch Wachter, ZNotP 2009, 82, 98).

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

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

BGB § 167; MaBV §§ 3, 7

Änderungsvollmacht für den Bauträger; Auswirkungen der Änderung der Teilungserklärung auf die Vormerkung und die Baugenehmigung

Gutachten-Abruf-Nr.: 97439

BGB §§ 516, 518, 2301

Beurkundungspflicht bei „Schenkung“ / Erlass eines Darlehensrückzahlungsanspruchs auf den Todesfall?

Gutachten-Abruf-Nr.: 98094

ZGB-DDR § 379

Wegfall der erbrechtlichen Bindung bei unter Geltung des ZGB der DDR errichtetem gemeinschaftlichem Testament durch Vorversterben des Schlusserben; Eintritt der gesetzlichen Erbfolge; Bindungswirkung

Gutachten-Abruf-Nr.: 98044

EGBGB Art. 25, 26

Niederlande: Geschiedenentestament

Gutachten-Abruf-Nr.: 98563

ZPO §§ 797, 725, 750

Namentliche Bezeichnung des Gläubigers bei der Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung/Vollstreckungsklausel

Gutachten-Abruf-Nr.: 97329

Rechtsprechung

BGB §§ 745 Abs. 1, 2038, 2040 Abs. 1

Kündigung eines Mietverhältnisses durch Erben mit Stimmenmehrheit; Verhältnis der Verwaltungsregelung in § 2038 BGB zur Verfügungsregelung in § 2040 BGB

Die Erben können ein Mietverhältnis über eine zum Nachlass gehörende Sache wirksam mit Stimmenmehrheit kündigen, wenn sich die Kündigung als Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung darstellt.

BGH, Urt. v. 11.11.2009 – XII ZR 210/05

Fax-Abruf-Nr.: 10906

Problem

Ein noch vom Erblasser geschlossener Mietvertrag sah einen Mietzins vor, der deutlich unter dem marktüblichen Mietzins lag. Die Miterben kündigten daraufhin mit Stimmenmehrheit (nicht einstimmig) den Mietvertrag. Die Wirksamkeit der Kündigung wurde bestritten.

Entscheidung

Trotz fehlender Einstimmigkeit hielt der BGH die Kündigung für wirksam. Er beschäftigte sich in einer **Grundsatzentscheidung** mit dem umstrittenen Verhältnis der Verwaltungsregel des § 2038 BGB zur Verfügungsregelung in § 2040 BGB. Während § 2040 Abs. 1 BGB für Verfügungen über Nachlassgegenstände gemeinschaftliches Handeln fordert, erlaubt § 2038 Abs. 2 S. 1 BGB i. V. m. § 745 Abs. 1 BGB eine Mehrheitsentscheidung über Verwaltungsangelegenheiten, sofern es sich um eine ordnungsgemäße Verwaltung und Benutzung handelt.

Der XII. Zivilsenat stellte zunächst in Übereinstimmung mit einem Urteil des Senats für Landwirtschaftssachen vom 28.4.2006 (MittBayNot 2007, 131 = ZNotP 2006, 309 = NJW 2007, 150) fest, dass die **Kündigung eines Miet- oder Pachtvertrages über ein Nachlassgrundstück eine Verfügung i. S. d. § 2040 Abs. 1 BGB** ist. Dies gab Anlass dazu, das Verhältnis der §§ 2038, 2040 BGB zu untersuchen. Die wohl h. M. hat hierzu bisher vertreten, dass Verfügungen der Miterben i. S. v. § 2040 Abs. 1 BGB grundsätzlich gemeinschaftliches Handeln voraussetzen, auch wenn es sich zugleich um eine Maßnahme ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung handelt (Lohmann, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 2040 Rn. 2; MünchKomm/Heldrich, BGB, 4. Aufl. 2004, § 2040 Rn. 3; Palandt/Edenhofer, BGB, 69. Aufl. 2010, § 2040 Rn. 1; a. A.: AnwKom/Ann, BGB, 2. Aufl. 2004, § 2040 Rn. 13; Soergel/Wolf, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2038 Rn. 5). Demgegenüber entschied der Senat, dass **§ 2038 Abs. 1 BGB der Vorrang zukomme**. Die Kündigung eines Mietverhältnisses sei auch mit Stimmenmehrheit möglich, wenn die Kündigung sich als Maßnahme

ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung darstelle. Dies folge daraus, dass auch der Abschluss eines Mietvertrages mit Stimmenmehrheit möglich sei. Gleiches müsse für die Kündigung als *actus contrarius* gelten. Die überstimmten Erben seien dadurch geschützt, dass der Mehrheitsbeschluss den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Verwaltung genügen müsse. Dies sah der BGH hier aufgrund des Missverhältnisses zwischen dem vereinbarten und dem am Markt zu erzielenden Mietzins als gegeben an.

Hinzuweisen ist allerdings darauf, dass sich der BGH nicht allgemein zum Verhältnis der §§ 2038, 2040 BGB geäußert hat. Er beschränkt sich vielmehr ausdrücklich auf den Fall der Kündigung eines Mietverhältnisses.

GmbHG § 40 Abs. 2 Zuständigkeit des Notars zur Einreichung einer aktualisierten Gesellschafterliste bei sog. „mittelbarer Mitwirkung“

Auch bei bloß mittelbarer Mitwirkung an einer Veränderung im Gesellschafterbestand – Verschmelzung und Wechsel der Gesellschafterstellung von der übertragenden auf die übernehmende Gesellschaft – ist der beurkundende Notar berechtigt und verpflichtet, eine aktuelle Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. (Leitsatz der DNotI-Redaktion)

OLG Hamm, Beschl. v. 1.12.2009 – 15 W 304/09
Fax-Abruf-Nr.: 10907

Problem

Der Notar beurkundete einen Ausgliederungs- und Übernahmevertrag, durch den die B-AG ihre Anteile an der X-GmbH auf die Y-GmbH übertrug und im Gegenzug einen Geschäftsanteil an der Y-GmbH erhielt. Im Anschluss wurde unter Beteiligung desselben Notars die B-AG auf die A-AG verschmolzen. Die übernehmende A-AG ist nunmehr Gesellschafterin der Y-GmbH. Die entsprechend vom Notar erstellte und beim Registergericht eingereichte aktuelle Gesellschafterliste wies das Gericht mit der Begründung zurück, der Notar habe nur mittelbar an der Veränderung im Gesellschafterbestand mitgewirkt. Die Liste sei also nicht von ihm, sondern ausschließlich von den Geschäftsführern zu unterzeichnen.

Entscheidung

Das OLG Hamm hob den angefochtenen Beschluss des Registergerichts auf und wies das Gericht an, die eingereichte Liste in den elektronischen Registerordner aufzunehmen.

Nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG habe der an Veränderungen im Gesellschafterbestand mitwirkende Notar die aktualisierte Gesellschafterliste anstelle der Geschäftsführer zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen. Eine Veränderung i. S. d. § 40 Abs. 1 GmbHG liege auch bei einer Gesamtrechtsnachfolge infolge einer Verschmelzung (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG) vor. Der „Rechtsbegriff der Mitwirkung“ erfasse vom Wortlaut her sowohl die unmittelbare als auch die mittelbare Beteiligung des Notars an einer Veränderung. Unter letztere fallen Konstellationen, in denen zum Vermögen einer übertragenden Gesellschaft auch die Beteiligung an einer dritten Gesellschaft gehört und der Notar den Verschmelzungsvertrag und die korrespondierenden Beschlüsse beurkundet. Hier trete die Veränderung zwar nicht *durch* das beurkundete Geschäft selbst ein. Das OLG sieht aber keinen Grund, abweichend vom umfassenden Wortlaut des § 40 Abs. 2 GmbHG von einer Einreichungspflicht des Notars abzusehen. Es argumentiert allerdings nicht ausschließlich dogmatisch, sondern stellt zusätzlich auf die besonderen Umstände des Falles ab: Der Notar habe beide Verträge (Ausgliederungs-/Übernahme- und Verschmelzungsvertrag) in einem eng beieinander liegenden Zeitraum beurkundet und sei dadurch über die internen Vorgänge der Beteiligten bestens informiert gewesen. Damit sei der Fall ein anschauliches Beispiel für den Gesetzeszweck der Verfahrensvereinfachung („Miterledigung“ der Gesellschafterliste).

Im Ergebnis folgt das OLG Hamm einer starken Literaturmeinung (vgl. etwa Apfelbaum, notar 2008, 160, 170; Bednarz, BB 2008, 1854, 1859; Bohrer DStR 2007, 995, 998; Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 895; Harbarth, ZIP 2008, 57, 59; Wälzholz, MittBayNot 2008, 425, 435), die die **Einreichungskompetenz des Notars bei mittelbarer Mitwirkung generell bejaht. Ob** hierbei eine **Einschränkung auf nach Lage des Falles erkennbare Veränderungen** erfolgen soll (vgl. etwa: Vossius, DB 2007, 2299, 2304; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 408; Tebben, RNotZ 2008, 441, 452), lässt die Entscheidung aber letztlich **offen**.

<p>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</p> <p>Hinweis: Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.</p> <p>Verantwortlicher Schriftleiter: Notarassessor Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>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.</p>	<p>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.</p> <p>Verlag: Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg</p> <p>Druck: Druckerei Franz Scheiner Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg</p>
---	--