

# DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

23. Jahrgang  
Januar 2015  
ISSN 1434-3460

2/2015

## Inhaltsübersicht

### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 1897 – Vorschlagsrecht des Elternteils und aktuellen Betreuers bzgl. Person des künftigen Betreuers eines behinderten Kinds

GmbHG §§ 5a, 55, 56a, 7 Abs. 2 – „Umwandlung“ einer UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH; Barkapitalerhöhung; Volleinzahlungsgebot; Sacheinlageverbot; Halbeinzahlungsgrundsatz

### Gutachten im Abrufdienst

## Rechtsprechung

HGB §§ 161, 123; GBO §§ 13, 19, 29, 32, 47 – Nachweis der Vertretungsmacht für eine GmbH & Co. KG i. G. ggü. dem Grundbuchamt; Löschung einer Eigentumsübertragungsvormerkung im Grundbuch; Nachweis der Identität zwischen KG i. G. und KG

BGB §§ 133, 2346, 2347, 2348 – Erbverzicht in Übernahmevertrag

## Literaturhinweise

## Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB § 1897 Vorschlagsrecht des Elternteils und aktuellen Betreuers bzgl. Person des künftigen Betreuers eines behinderten Kinds

#### I. Sachverhalt

Eine Mutter ist Betreuerin ihrer zwei behinderten Kinder. Sie möchte in einem notariellen Testament anordnen, wer nach ihrem Tod Betreuer der Kinder wird. Die Festlegung soll verbindlich sein.

Der Urkundsnotar ist der Ansicht, dass eine bindende Anordnung nicht möglich sei, allenfalls ein Vorschlag. Eine Anweisung im Testament sei wenig hilfreich. Bis zur Testamentseröffnung werde das Gericht bereits einen Betreuer eigener Wahl bestellt haben. Auch wenn man es einem Bevollmächtigten in einer Vorsorgevollmacht zur Auflage machte, dem Gericht einen selbstgewählten Betreuer zu benennen, hätte dies nach Ansicht des Notars keine bindende Wirkung.

#### II. Frage

Wie ist die Rechtslage?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Vorschlag bzgl. Person des Betreuers und Bindungswirkung

Schlägt der Volljährige eine Person vor, die zum Betreuer

bestellt werden kann, so ist nach § 1897 Abs. 4 BGB diesem Vorschlag zu entsprechen, wenn es dem Wohl des Volljährigen nicht zuwiderläuft. Der Vorschlag des Betroffenen, eine bestimmte Person zum Betreuer zu bestellen (**positiver Vorschlag**), ist für das Gericht damit grundsätzlich **bindend** (vgl. nur BayObLG FamRZ 1993, 998; FamRZ 1996, 1374, 1375 = MittRhNotK 1996, 323; FamRZ 1997, 900, 901 = NJW-RR 1997, 69; OLG Düsseldorf FamRZ 1996, 1373; FamRZ 1994, 894, 895). Dies gilt auch für Vorschläge, die der Betroffene vor dem Betreuungsverfahren (etwa im Rahmen einer sog. Betreuungsverfügung) gemacht hat (§ 1897 Abs. 4 S. 3 BGB).

Die bindende Wirkung des Vorschlags setzt weder die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen noch irgendeinen Grad natürlicher Einsichtsfähigkeit voraus (vgl. BGH NJW 2011, 925 Tz. 14 = FamRZ 2011, 285; NJW-RR 2011, 723 = FamRZ 2011, 880; BeckOK-BGB/G. Müller, Std.: 1.11.2014, § 1897 Rn. 14 m. w. N.). Erforderlich ist nach der Rechtsprechung des BayObLG (vgl. BayObLGR 2003, 360 = BtPrax 2003, 270; BayObLGR 2005, 202 = BtPrax 2005, 35) nur, dass es sich um einen **ernsthaften, eigenständig gebildeten und dauerhaften Vorschlag** handelt (einschränkend demgegenüber BGH NJW 2011, 925, 926 Tz. 14, wonach es genügt, dass der Betroffene seinen Willen oder Wunsch kundtut, eine bestimmte Person solle sein Betreuer werden; etwaigen Missbräuchen und Gefahren werde nämlich durch die begrenzte, letztlich auf das Wohl des Betroffenen abstellende Bindungswirkung eines solchen Vorschlags begegnet).

Ob die Abgabe des Betreuervorschlags eine **höchstpersönliche Erklärung** des Betroffenen darstellt, ist in der Rechtsprechung nach unserer Kenntnis noch nicht ausdrücklich entschieden worden. In der Literatur wird die Frage – soweit sie überhaupt erörtert wird – bejaht (vgl. NK-BGB/Heitmann, 2. Aufl. 2010, § 1897 Rn. 41, wonach der Vorschlag von dem zu Betreuenden selbst ausgehen muss). Dem ist u. E. zuzustimmen. Die Höchstpersönlichkeit des Betreuervorschlags folgt bereits daraus, dass die Rechtsprechung (vgl. oben) eine „eigenständig gebildete“ Entscheidung des Betroffenen verlangt. Davon abgesehen steht hinter § 1897 Abs. 4 BGB einer der zentralen Gedanken, der der Reform des Erwachsenenvormundschaftsrechts hin zum Betreuungsrecht zugrunde liegt: die Wahrung und stärkere Berücksichtigung des **Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen** (sofern er dieses angesichts seines konkreten psychischen und physischen Zustands wahrnehmen kann). Der Betreuervorschlag ist damit Ausdruck der Autonomie des Betroffenen.

Das bedeutet im Ergebnis aber auch, dass eine **dritte Person nicht** in Vertretung des Betroffenen oder im eigenen Namen einen Vorschlag für die Auswahl der Betreuerperson unterbreiten könnte, dem die bindende Wirkung eines positiven Vorschlags i. S. d. § 1897 Abs. 4 BGB zukäme.

## 2. Betreuerauswahl bei fehlendem Vorschlag des Betroffenen

Schlägt der Volljährige selbst keine geeignete Person als Betreuer vor, so wählt das **Betreuungsgericht** den Betreuer gem. § 1897 Abs. 5 BGB **nach pflichtgemäßem Ermessen** aus. Im Rahmen dieser Ermessensentscheidung ist das Betreuungsgericht nach § 1897 Abs. 5 BGB gehalten, auf die verwandtschaftlichen und sonstigen persönlichen Bindungen des Volljährigen, insbesondere auf die Bindungen zu Eltern und Kindern, zum Ehegatten und zum Lebenspartner, sowie auf die Gefahr von Interessenkonflikten Rücksicht zu nehmen. Familienangehörige, etwa Geschwister, sind also grundsätzlich vor fremden Personen zu Betreuern zu bestellen, sofern sie sich als gleich geeignet erweisen.

Im Rahmen der Ermessensentscheidung des Betreuungsgerichts lässt sich u. E. auch der **„Betreuervorschlag“ eines Dritten berücksichtigen**, vor allem wenn er von den Eltern des geistig behinderten Betroffenen oder dessen ehemaligem Betreuer stammt. Diese Personen werden nämlich häufig über die Eignung der vorgeschlagenen Person, etwa im Hinblick auf vorhandene Bindungen oder Interessenkonflikte, am besten im Bilde sein. Daher hat im Gesetzgebungsverfahren zum Betreuungsrecht die Bundesvereinigung Lebenshilfe für geistig Behinderte e. V. vorgeschlagen, die Eltern eines Behinderten als dessen „Begleiter“ im Verfahren zur Betreuerbestellung zu beteiligen, denn nur Menschen, die mit dem Betroffenen über längere Zeit zusammengeliebt hätten, könnten etwa beurteilen, ob der Betreuervorschlag eines geistig Behinderten wirklich ernst gemeint und von einer gewissen Dauer sei (vgl. Bienwald, in: Bienwald/Sonnenfeld/Hoffmann, Betreuungsrecht, 5. Aufl. 2011, § 1897 BGB Rn. 86). Dieser Vorschlag ist indes nicht in das Gesetz übernommen worden.

Im Ergebnis kann es daher hilfreich sein, wenn sich die Eltern eines geistig Behinderten zur Person eines geeigneten Betreuers für das „Kind“ äußern. Bindungswirkung

entfaltet ein solcher Betreuervorschlag aber nicht, da allein dem Vorschlag des Betroffenen selbst gem. § 1897 Abs. 4 BGB bindende Wirkung vorbehalten ist.

Ob es sinnvoll ist, einen solchen „Betreuervorschlag“ **in einem Testament** zu äußern, erscheint u. E. fraglich. In Betracht käme auch die Niederlegung in einem sonstigen Schriftstück, insbesondere in einer Vorsorgevollmacht des Elternteils bzw. Betreuers. Daneben mag es evtl. angezeigt sein, das Betreuungsgericht bereits zu Lebzeiten über die Person eines etwaigen geeigneten Ersatzbetreuers zu informieren oder eine solche Person sogar schon zum Ersatzbetreuer nach § 1899 Abs. 4 BGB bestellen zu lassen, wenn der (baldige) Ausfall des Elternteils als Betreuer (z. B. aufgrund schwerer Erkrankung) absehbar ist.

## 3. Schlussbemerkung

Abschließend bleibt noch einmal darauf hinzuweisen, dass der positive Betreuervorschlag nach § 1897 Abs. 4 S. 1 BGB keine Geschäftsfähigkeit voraussetzt, sondern nur die Bildung eines natürlichen Willens (vgl. Ziff. 1). Es ist daher stets im Einzelfall zu prüfen, **inwieweit das jeweilige behinderte Kind** einen Betreuer für den Fall **vorschlagen kann**, dass der Elternteil als Betreuer ausscheidet.

---

## GmbHG §§ 5a, 55, 56a, 7 Abs. 2 „Umwandlung“ einer UG (haftungsbeschränkt) in eine GmbH; Barkapitalerhöhung; Volleinzahlungsgebot; Sacheinlageverbot; Halbeinzahlungsgrundsatz

### I. Sachverhalt

Eine Einmann-UG (haftungsbeschränkt) mit einem Stammkapital von 1.500 € soll durch Barkapitalerhöhung in eine normale GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 € umgewandelt werden.

### II. Frage

Sind auf das Stammkapital die vollen 25.000 € einzuzahlen (also noch 23.500 €) oder mindestens 12.500 € (also noch 11.000 €) oder ist gem. § 56a i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG sogar nur ein Viertel der neuen Stammeinlage zu leisten (also 5.875 €)?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. Volleinzahlungsgebot

Die UG (haftungsbeschränkt) ist eine Sonderform der GmbH; neben den allgemeinen Bestimmungen müssen bei ihr die besonderen Regelungen des **§ 5a GmbHG** beachtet werden. Dort ist in **Abs. 2 S. 1** ausdrücklich das Volleinzahlungsgebot geregelt: Die Anmeldung (auch der Kapitalerhöhung) darf abweichend von § 7 Abs. 2 GmbHG erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Die neuere obergerichtliche Rechtsprechung und die Literatur lassen allerdings eine **Ausnahme** von diesem Gebot zu, **wenn** die Gesellschaft ihr **Stammkapital gegen Bareinlagen auf 25.000 € oder mehr erhöht** und sich damit in eine reguläre GmbH umwandelt (OLG Hamm RNotZ 2011, 439 = GmbHR 2011, 655 = DNotI-Report 2011, 127; OLG Stuttgart DNotZ 2012, 228; OLG München NJW 2012, 1453; Roth, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 5a Rn. 15 f.; Scholz/Westermann, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 5a Rn. 18; Miras, Die neue Unternehmungsgesellschaft, 2. Aufl. 2011, Rn. 162 ff.; krit.

weiterhin Heckschen, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 5 Rn. 44 ff., 72). Höchstrichterlich abgesichert ist diese Ausnahme bisher allerdings noch nicht.

## 2. Sacheinlageverbot

Die obergerichtliche Rechtsprechung stützt die Ausnahme vom Vollenzahlungsgebot auf das Urteil des **BGH** v. 19.4.2011 (DNotZ 2011, 705 = DNotI-Report 2011, 86). Entgegen der vorher überwiegenden Ansicht (OLG München DNotZ 2011, 313 = DNotI-Report 2010, 207; OLG Hamburg, Beschl. v. 12.11.2010, BeckRS 2011, 13174) hat der BGH die Anwendung des **Sacheinlageverbots** aus § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG für eine Kapitalerhöhung abgelehnt, mit der mindestens ein Stammkapital von 25.000 € erreicht wird. Zwar beschränke sich das Verbot nicht auf die Gründung. Dem Wortlaut des § 5a Abs. 5 Hs. 1 GmbHG lasse sich jedoch gerade nicht entnehmen, dass die Absätze 1-4 des § 5a GmbHG erst dann entfielen, wenn das Mindeststammkapital in bar eingezahlt und die Kapitalerhöhung eingetragen sei (DNotZ 2011, 705, 707 Tz. 16). Für den BGH deutet vielmehr die Formulierung „erreicht“ darauf hin, dass die Anwendung der Sonderregeln bereits bei der Kapitalerhöhung endet, die die Mindeststammkapitalgrenze erreicht. Auf die Eintragung der Kapitalerhöhung komme es auch nach der Gesetzesbegründung nicht entscheidend an. Sie werde nur beiläufig erwähnt (DNotZ 2011, 705, 707 Tz. 17). Ein Sacheinlageverbot laufe zudem dem Zweck des § 5a Abs. 2 S. 2 GmbHG zuwider; die UG (haftungsbeschränkt) würde gegenüber der normalen GmbH in einer Weise benachteiligt, die nicht mehr mit den Zielen der Neuregelung zu vereinbaren wäre. Systembedingte Unterschiede rechtfertigten eine Ungleichbehandlung nicht. Die UG (haftungsbeschränkt) sei auf einen Übergang zur GmbH angelegt. Diesen Übergang durch überzogene Anforderungen zu erschweren, widerspräche der Zielvorgabe des Gesetzgebers (DNotZ 2011, 705, 707 f. Tz. 18 f.).

Die Argumente des BGH gegen das Sacheinlageverbot lassen sich nach der eingangs erwähnten Ansicht (s. Ziff. 1) im Wesentlichen gleichermaßen für ein begrenztes Vollenzahlungsgebot anführen.

## 3. Halbeinzahlungsgrundsatz

Soll das Vollenzahlungsgebot vorliegend nicht mehr greifen, so bleibt doch fraglich, ob die Bareinlage nur zu einem Viertel gezahlt werden muss (§ 56a i. V. m. § 7 Abs. 2 S. 1 GmbHG) oder ob § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG analog anzuwenden ist (für Letzteres die derzeit h. M., s. nur OLG Hamm RNotZ 2011, 439, 441; Scholz/Westermann, § 5a Rn. 18). Aus § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG folgt u. E. freilich nicht allgemein ein Halbeinzahlungsgrundsatz, sondern lediglich, dass **mindestens 12.500 €** Stammkapital aus Gründung und Kapitalerhöhung zusammen geleistet sein müssen. Die h. M. hält die Anwendung des § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG für geboten, weil er ansonsten durch eine sog. Stufen Gründung ganz umgangen werden könnte. Auf diesem Wege könnte man zunächst eine UG (haftungsbeschränkt) mit einem voll eingezahlten geringen Stammkapital gründen und sodann das Kapital durch Barkapitalerhöhung mit Vierteileinzahlung auf das reguläre Stammkapital erhöhen.

Wendet man § 7 Abs. 2 S. 2 GmbHG analog an, müssten vorliegend insgesamt 12.500 € eingezahlt sein. Mithin wäre noch eine Einzahlung von 11.000 € erforderlich, aber auch ausreichend.

## 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 Faxabruf-Gutachten.

**BGB §§ 335, 883, 1090; GBO §§ 19, 45**

**Rangrücktritt einer Vormerkung zur Sicherung des Anspruchs auf Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugunsten eines noch unbestimmten Dritten**

Abruf-Nr.:

**BGB § 577**

**Verbrauch des Mietervorkaufsrechts**

Abruf-Nr.:

**BGB §§ 96, 97, 249, 251, 275, 823; BBergG §§ 114 ff.**

**Bergschaden; Anspruch auf Schadensersatz; Eigentumsübertragung des beschädigten Grundstücks; Erlöschen des Anspruchs aus § 249 Abs. 2 BGB; Umfang des Anspruchs nach § 251 Abs. 1 BGB; Rückübertragung; Wiederaufleben des Anspruchs**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

**HGB §§ 161, 123; GBO §§ 13, 19, 29, 32, 47**

**Nachweis der Vertretungsmacht für eine GmbH & Co. KG i. G. ggü. dem Grundbuchamt; Löschung einer Eigentumsübertragungsvormerkung im Grundbuch; Nachweis der Identität zwischen KG i. G. und KG**

**Der im Grundbuchverfahren erforderliche formgerechte Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht für eine GmbH & Co. KG kann durch Bezugnahme auf die Eintragungen im Handelsregister nicht für rechtsgeschäftliche Erklärungen erbracht werden, die vor Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister in deren Namen abgegeben worden sind (entgegen OLG Hamm, FGPrax 2011, 61). Nachweiserleichterungen wie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommen jedenfalls dann nicht in Betracht, wenn die Kommanditgesellschaft durch Aufnahme ihrer Geschäfte wirksam geworden ist.**

KG, Beschl. v. 4.11.2014 – 1 W 247 - 248/14

### Problem

Hinsichtlich einer KG oder **GmbH & Co. KG i. G.** ist zu unterscheiden, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreiben soll (§ 1 Abs. 2 HGB) und somit als **Personenhandels-gesellschaft** im Verhältnis zu Dritten bereits mit Geschäftsbeginn entsteht (§§ 161, 123 HGB) oder ob sie lediglich vermögensverwaltend tätig sein wird und somit vor Eintragung im Handelsregister bloße **BGB-Gesellschaft** ist.

Nach wohl allgemeiner Auffassung kann in beiden Fällen im Zeitraum zwischen Gründung und Registereintragung bereits ein wirksamer **Grundstückskaufvertrag** abgeschlossen und eine wirksame **Auflassung** auf die KG erklärt werden (hierzu und zum Folgenden Gutachten DNotI-Report 2002, 185). Schon mit der Gründung ist nämlich ein Rechtsträger in Gestalt der Personenhandelsgesellschaft oder GbR existent, der die für die Auflassung erforderlichen Willenserklärungen abzugeben vermag (der Rechtsträger existiert bildlich gesprochen „in einem anderen Gewand“). Soweit vor Handelsregistereintragung lediglich eine GbR besteht, ist materiell-rechtlich jedoch u. a. **umstritten, wie die KG i. G. vertreten wird** (vgl. BayObLG DNotZ 1984, 567; Gutachten DNotI-Report 2002, 185, 186 f.). Während nach einer Ansicht bereits der Komplementär allein vertreten kann (vgl. OLG Hamm MittBayNot 2011, 252, 253 = NZG 2011, 300; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011, § 123 Rn. 17), vertreten nach anderer Ansicht entsprechend den gesetzlichen Bestimmungen zur GbR (§§ 714, 709 BGB) alle Gesellschafter gemeinsam (Gutachten DNotI-Report 2002, 185, 186; so wohl auch Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 981c).

**Schwierig** gestaltet sich vor allem die **Nachweisführung** gegenüber dem Grundbuchamt, so wenn die KG i. G. **vor Handelsregistereintragung als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen** werden soll. Ist sie bereits **Personenhandelsgesellschaft**, wäre nämlich nicht nur der Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, sondern auch das Betreiben eines Handelsgewerbes (§ 1 Abs. 2 HGB) und das Einverständnis sämtlicher Gesellschafter mit der Geschäftsaufnahme (Gutachten DNotI-Report 2002, 185, 187). Wenn im Falle der vermögensverwaltenden KG noch vor Eintragung der KG im Handelsregister eine **GbR** im Grundbuch eingetragen wird, können Nachweisprobleme dadurch entstehen, dass das Grundbuch nach Handelsregistereintragung der KG richtigzustellen ist (vgl. hierzu Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2015, Einl C Rn. 52 m. w. N.; OLG Rostock BeckRS 2011, 01454).

Weniger problematisch ist die Bestellung und Nachweisführung bei Eintragung einer **Vormerkung** (§ 883 BGB) für die KG i. G. Diese ist nach wohl überwiegender Ansicht auch zugunsten einer noch nicht eingetragenen Personenhandelsgesellschaft möglich, denn sie ist kein dingliches Recht, sondern sichert als Sicherungsmittel eigener Art „nur“ den schuldrechtlichen Anspruch der künftigen KG/OHG (vgl. Schöner/Stöber, Rn. 981d m. w. N.; Neubauer/Herchen, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 2, 4. Aufl. 2014, § 28 Rn. 7).

### **Entscheidung**

**I.** Der Entscheidung des KG Berlin liegt folgender Sonderfall zugrunde: Mit Veräußerungsvertrag vom 26.8.2013 erwarbe eine GmbH & Co. KG i. G. ein Grundstück. Komplementärin der Gesellschaft war die I-GmbH und Kommanditist der Geschäftsführer der I-GmbH. Zugunsten der KG i. G. wurde am 11.9.2013 im Grundbuch eine **Eigentumsverschaffungsvormerkung eingetragen**, im Handelsregister eingetragen wurde die KG am 23.9.2013. In der Veräußerungsurkunde hatte der Veräußerer nicht nur die Eintragung der Vormerkung bewilligt, sondern die KG i. G. hatte auch bereits deren spätere Löschung bewilligt. Am 10.4.2014 beantragte der Veräußerer die **Löschung der Vormerkung** im Grundbuch, weil er vom Kaufvertrag zurückgetreten war. Obwohl laut Urkunde auch in diesem

Fall von der Schubladenlöschungsbewilligung Gebrauch gemacht werden durfte, verweigerte das Grundbuchamt die Eintragung der Löschung, weil die Vertretungsmacht aufseiten der KG nicht hinreichend nachgewiesen worden sei. Hiergegen legte der Veräußerer Beschwerde ein.

**II.** Das KG Berlin führt zunächst aus, dass die Eintragung der Löschung der Vormerkung im Grundbuch (§ 46 Abs. 1 GBO) nicht nur eines Antrags (§ 13 Abs. 1 S. 1 GBO), sondern auch einer hinreichenden Löschungsbewilligung bedürft hätte (§ 19 GBO). Die **Bewilligung** vonseiten der KG könne zwar auch ein **Vertreter** abgeben. Dann müsse aber dem Grundbuchamt die **Vertretungsmacht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen** werden, und zwar zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Bewilligung. Eine Bewilligung werde als rein verfahrensrechtliche Erklärung wirksam, wenn sie entweder mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift zugehe oder – zur Vorlage bei diesem – demjenigen, zu dessen Gunsten die Erklärung erfolgen solle. Dem stehe es gleich, wenn der Begünstigte einen unwiderruflichen gesetzlichen Anspruch auf Erteilung von Ausfertigungen der notariellen Urkunde habe. Daher war nach Ansicht des KG vorliegend der **Zeitpunkt der Beurkundung des Veräußerungsvertrags** für den Nachweis der Vertretungsmacht maßgeblich, denn ein Anspruch des Veräußerers auf Erteilung von Ausfertigungen ergab sich zumindest aus § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG.

**III.** Nach Ansicht des KG hatte der Veräußerer den erforderlichen **grundbuchlichen Nachweis der Vertretungsmacht** der persönlich haftenden Gesellschafterin für die KG als Erwerberin jedoch nicht erbracht. Weder aus § 32 GBO noch aus dem Umstand, dass der Geschäftsführer der I-GmbH in der Erwerbsurkunde die Vertretungsmacht behauptet habe, ergebe sich ein grundbuchtauglicher Nachweis.

**1.** Die im Handelsregister eingetragenen Vertretungsberechtigungen könnten zwar durch **Bezugnahme auf das (Handels-)Register** nachgewiesen werden, wenn das Register elektronisch geführt werde (§ 32 GBO). Allerdings gelte das **erst ab dem Zeitpunkt der Eintragung**, auf frühere Zeiträume erstreckte sich die Beweiswirkung nicht. Danach hätten die Eintragungen im Handelsregister vorliegend lediglich die Existenz und die Vertretungsberechtigung in der KG ab dem 23.9.2013 beweisen können, für den Zeitpunkt der Abgabe der Löschungsbewilligung am 26.8.2013 treffe das Handelsregister hingegen keine Aussage. Hieran ändere auch der Umstand nichts, dass die Gründungsgesellschaft mit der später im Handelsregister eingetragenen Kommanditgesellschaft identisch sei, denn dem Handelsregister lasse sich nicht entnehmen, welche konkrete juristische Person im Zeitpunkt der Bewilligung vertretungsberechtigtes Organ der damaligen Erwerberin gewesen sei.

**2.** Durch die **Erklärung des Geschäftsführers** der I-GmbH in der Erwerbsurkunde, die KG sei am Tag des Erwerbsvertrags gegründet worden und werde durch die von ihm vertretene I-GmbH vertreten, könne der Nachweis der Vertretungsberechtigung ebenfalls nicht erbracht werden. Denn durch die Beurkundung dieser Erklärung sei lediglich die Abgabe der Erklärung vor dem Notar, nicht jedoch deren inhaltliche Richtigkeit nachgewiesen. Die Erklärung sei für § 29 Abs. 1 GBO auch nicht deswegen hinreichend, weil sich etwa die **Nachweiserleichterungen**

## **Aktuelle gesellschaftsrechtliche Herausforderungen**

**Freitag, 3. Juli 2015**

**in der Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität  
Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg**

- 09.30 Uhr **Begrüßung**  
*Sebastian Herrler*, Notar, München; Tagungsleiter
- 09.45 Uhr **Registergericht und Notar**  
*Dr. Ulrich Kühn*, Leiter des Registergerichts München  
anschließend Diskussion
- 10.45 Uhr *Kaffeepause im historischen Innenhof der Alten Universität*
- 11.15 Uhr **Probleme der GmbH – Gesellschafterliste (Arbeitstitel)**  
*Dr. Marc Löbke*, Rechtsanwalt, SZA – Schilling, Zutt & Anschutz, Frankfurt  
anschließend Diskussion
- 12.15 Uhr **Öffentliches Recht und Gesellschaftsrecht im Spannungsfeld**  
*Prof. Dr. Martin Burgi*, Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Wirtschafts-  
verwaltungsrecht, Umwelt- u. Sozialrecht, LMU München  
anschließend Diskussion
- 13.15 Uhr *Mittagessen im historischen Innenhof der Alten Universität*
- 14.45 Uhr **Besonderheiten der Gründung, Satzungsgestaltung und Auflösung  
einer gemeinnützigen GmbH**  
*Dr. Jörg Ihle*, Notar, Bergisch Gladbach-Bensberg  
anschließend Diskussion
- 15.45 Uhr **Aktuelle Entwicklungen bei der grenzüberschreitenden Umwandlung**  
*Prof. Dr. Christoph Teichmann*, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und  
Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht, Universität Würzburg  
anschließend Diskussion
- 17.00 Uhr **Schlusswort**  
Tagungsleiter: *Sebastian Herrler*

---

**anschließend: 18. NotRV-Mitgliederversammlung mit Neuwahlen**

---

**Organisatorische Hinweise:**

Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post.

**Tagungsbeitrag** (inklusive Verköstigung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband):

- frei für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind
- 40 € für Notare a. D., die Mitglied der NotRV sind
- 85 € für Notare a. D., Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung
- 155 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. (NotRV)
- 205 € für Nichtmitglieder

Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2015“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: **DE29790200760006671594**. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.

**Anmeldungen richten Sie bitte an:**

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel.: 0931/355760, Fax: 0931/35576225, E-Mail: [notrv@dnoti.de](mailto:notrv@dnoti.de); Aufgrund der Neugestaltung der NotRV-Internetseite ist eine **online-Anmeldung derzeit leider nicht möglich**.

für den Grundstückserwerb durch eine GbR (dazu BGH DNotZ 2011, 711 = DNotI-Report 2011, 92) auf die KG i. G. übertragen ließen. Bei der GbR genüge es zwar, wenn die Gesellschaft und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt seien und die für die GbR Handelnden erklärten, sie seien deren alleinige Gesellschafter. Auf die KG i. G. seien diese Grundsätze jedoch **nicht anwendbar**, weil die KG grundbuchrechtlich nicht durch ihre Gesellschafter, sondern durch ihre Firma und ihren Sitz vermittelt werde. Vorliegend sei die **KG i. G.** durch Geschäftsaufnahme offensichtlich **bereits wirksam gewesen** und dementsprechend auch als Vormerkungsberechtigte eingetragen worden.

3. Letztlich wäre es nach Ansicht des KG vorliegend nur möglich gewesen, die Vertretungsverhältnisse der KG durch einen **am selben Tag beurkundeten Gesellschaftsvertrag** i. S. d. § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachzuweisen. Ein solcher wurde dem Grundbuchamt jedoch nicht vorgelegt.

IV. Das KG weicht mit seinem relativ strengen Ansatz von einer **Entscheidung des OLG Hamm** (MittBayNot 2011, 252) aus dem Jahre 2011 ab. Dieses vertrat die Ansicht, dass Existenz und Vertretungsverhältnisse der KG i. G. zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung eines Grundstückserwerbsvertrags durch die spätere Handelsregistereintragung der Gesellschaft im Hinblick auf die Identität zwischen Vorgesellschaft und rechtlich voll entstandener KG nachgewiesen werden könnten. Wegen dieser **Divergenz** ließ das KG die **Rechtsbeschwerde zum BGH** zu. Die Rechtsbeschwerde wurde eingelegt; das Verfahren wird beim BGH unter dem Az. V ZB 199/14 geführt.

---

## **BGB §§ 133, 2346, 2347, 2348** **Erbverzicht in Übernahmevertrag**

**Die Vereinbarung in einem notariellen Vertrag, nach der ein Beteiligter mit der Zahlung eines Betrages „unter Lebenden und von Todes wegen ein für alle Male abgefunden sei“, kann als Erbverzicht dieses Beteiligten auszulegen sein.**

OLG Hamm, Beschl. v. 22.7.2014 – 15 W 92/14

### **Problem**

Die Eheleute L und G hatten zwei Kinder, einen Sohn und eine Tochter. Ein Hausgrundstück stand im gemeinschaftlichen Eigentum der Ehegatten, ein Erbbaurecht gehörte dem Ehemann allein. Der Ehemann L verstarb im Februar 1991, ohne eine Verfügung von Todes wegen zu hinterlassen. Der Nachlasswert wurde seinerzeit mit 220.000 DM angegeben, wovon 120.000 DM auf das Grundvermögen und 100.000 DM auf das Sparvermögen entfielen. Es wurde ein gemeinschaftlicher Erbschein erteilt, wonach die Ehefrau zu ½ und die beiden Kinder zu je ¼ Miterben nach dem Ehemann waren.

Im November 1991 schlossen Ehefrau G und die beiden Kinder einen notariellen Vertrag, der als „Erbauseinandersetzungsvertrag“ bezeichnet war. Nach dessen Wortlaut sollten die jeweils durch die Erbschaft erlangten Anteile am Grundvermögen von der Tochter auf den Sohn und von der Ehefrau auf den Sohn übertragen werden. Der Sohn sollte verpflichtet sein, für die Übertragung des

Erbanteils seiner Schwester insgesamt 100.000 DM zu zahlen. Sodann hieß es wörtlich:

*„Die [Schwester] erklärt, dass sie mit dem Empfang des Betrages von [100.000 DM] vom elterlichen Vermögen unter Lebenden und von Todes wegen ein für alle Male abgefunden sei.“*

Im Zusammenhang mit der Verpflichtung der G zur Übertragung auf den Sohn war die Einräumung eines Altenteilsrechts (Wohnrechts) zu ihren Gunsten vorgesehen. Diese Verpflichtung wurde im Jahr 2007 umgesetzt. Im Jahr 2013 verstarb die Ehefrau, ohne eine Verfügung von Todes wegen zu hinterlassen.

Der Sohn beantragte die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben nach seiner Mutter G auswies. Seine Schwester habe nämlich durch den genannten Vertrag auf ihr Erbrecht verzichtet. Dem trat die Tochter entgegen.

### **Entscheidung**

Die Beschwerde des Sohns gegen die Zurückweisung seines Erbscheinsantrags hatte vor dem OLG Erfolg. Das OLG gelangte zu dem Ergebnis, dass im notariellen Vertrag vom November 1991 ein Verzicht der Tochter auf das gesetzliche Erbrecht nach ihrer Mutter G gem. § 2346 BGB zu sehen sei, der sich auch auf ihre Abkömmlinge erstreckte (§ 2349 BGB).

Die formellen Anforderungen der §§ 2347, 2348 BGB seien erfüllt, da Ehefrau G und Tochter am notariellen Vertrag beteiligt gewesen seien. Dass sich das zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft auf eine vom Sohn zu erbringende Gegenleistung beziehe, sei unschädlich.

Den **Erbverzicht** erblickte das OLG in der Erklärung der Schwester, sie sei durch den Empfang des genannten Betrags „vom elterlichen Vermögen unter Lebenden und von Todes wegen ein für alle Male abgefunden“. Auch wenn der Begriff „Erbverzicht“ nicht ausdrücklich verwendet worden sei, ergebe sich dies **aus dem objektiven Erklärungswert**. Dabei stellte das OLG zunächst auf die Worte „elterliches Vermögen“ ab. Sodann spreche auch die übrige Formulierung deutlich dafür, dass das Erbrecht nach Vater und Mutter endgültig habe geregelt werden sollen; dies habe gerade der Schwester als juristischer Laiin angesichts der ebenfalls eher laienhaften Formulierung klar vor Augen stehen müssen. Aus dem weiteren Inhalt der Urkunde ergäben sich keine konkreten Anhaltspunkte für ein anderes Auslegungsergebnis. Dazu verwies das OLG insbesondere auf die vereinbarten Beträge und ihre Relation zum angenommenen Nachlasswert bzw. zur Nachlasszusammensetzung.

Die Rechtsbeschwerde ließ das OLG nicht zu – dies, obwohl das RG und das BayObLG in anderen Fällen, in denen ein Hausanwesen bzw. landwirtschaftliches Anwesen zu Lebzeiten auf Kinder übertragen worden war, in der sinn gemäßen Erklärung des Übertragungsempfängers, abgefunden zu sein, keinen Erbverzicht erblickt hatten (vgl. RG HRR 1932 Nr. 628; BayObLG AgrarR 1983, 220; Rpfleger 1984, 191; u. a. wegen ausdrücklichen Pflichtteilsverzichts zurückhaltend: BayObLZ 1981, 30; weniger zurückhaltend hingegen der BGH bzgl. eines stillschweigenden Erb- und Pflichtteilsverzichts in einem Erbvertrag bzw. in einem beurkundeten gemeinschaftlichen Testament: BGHZ 22, 364; NJW 1977, 1728 = DNotZ 1977, 747).

## Literaturhinweise

**Postvertriebsstück: B 08129**

Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg  
Postvertriebsstück, Deutsche Post AG, „Entgelt bezahlt“

---

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:** Notarassessor Dr. Johannes Weber

**Redaktion:** Dr. Simon Blath

**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  
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg