

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Editorial

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2231; BeurkG § 30 – Beurkundung eines Testaments oder Erbvertrags durch Übergabe einer offenen Schrift; Beurkundungsverfahren; notwendige Unterzeichnung des Erblassers

Gutachten im Abrufdienst

Aktuelles

Auswirkungen des COVID-19-G auf das Gesellschaftsrecht (Teil 1)

Aktueller Hinweis zu Beglaubigungen im Ausland

Editorial

Wenn wir vor einem Monat die Frage gestellt hätten, ob der Gang zum Notar ein „triftiger Grund“ ist, das Haus zu verlassen, hätte das vermutlich unverständliche Blicke der Leser zur Folge gehabt. Inzwischen scheint die Frage alles andere als absurd. In verschiedenen Rechtsverordnungen der Länder hat der Notarbesuch ausdrücklich Niederschlag gefunden (bspw. in Baden-Württemberg und Sachsen). In anderen Bundesländern lässt sich der Notarbesuch auch ohne ausdrückliche Nennung unter den Begriff des „triftigen Grundes“ subsumieren (so bspw. in Bayern).

Im Zusammenhang mit der Corona-Ausbreitung stellen sich auch für die Notare zahlreiche berufsrechtliche und beurkundungsrechtliche Fragen. Aber auch im materiellen Recht sind die Auswirkungen zu spüren. Am 25. März 2020 hat der Bundestag ein umfangreiches Maßnahmenpaket beschlossen, das sich vor allem im Gesellschaftsrecht auswirken wird.

Wir möchten diesen Report nutzen, Ihnen u. a. diese Gesetzesänderungen vorzustellen und auf einige beurkundungsrechtliche Fragen einzugehen, die in den

letzten Wochen an uns herangetragen wurden. Die jetzige Situation fordert vor allem pragmatische Lösungen innerhalb des geltenden Rechts. Das Beurkundungsverfahren bietet insofern bereits jetzt die notwendige Flexibilität, die aktuelle Krisensituation unter Mitwirkung der Notare zu bewältigen.

Insbesondere enthält das geltende Recht eine Reihe von Sondervorschriften, die in der Krise genutzt werden können, um Präsenzkontakte in den Notariaten auf ein Minimum zu beschränken und die Versorgung der Unternehmen mit notariellen Leistungen auch unter Geltung der kontaktreduzierenden Vorgaben von Bund und Ländern aufrechtzuerhalten. Wir werden Ihnen in Kürze – ergänzend zu diesem Report – auf der Homepage des DNotI unter „Arbeitshilfen/Corona“ verschiedene FAQs und Hinweise bereitstellen, u. a. zur virtuellen Hauptversammlung bei der AG und zur Verringerung von Präsenzkontakten im Gesellschaftsrecht z. B. durch den Einsatz von Vollmachten und Nachgenehmigungen sowie Anmeldungen durch den Notar gem. § 378 Abs. 2 FamFG. Diese Hinweise werden wir laufend aktualisieren.

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 2231; BeurkG § 30

Beurkundung eines Testaments oder Erbvertrags durch Übergabe einer offenen Schrift; Beurkundungsverfahren; notwendige Unterzeichnung des Erblassers

I. Sachverhalt

Der Notar soll in einem Pflegeheim vor Ort das Testament eines betagten Heimbewohners beurkunden. Es besteht beim Erblasser der Verdacht auf eine Infektion mit dem Corona-Virus. Die Beurkundung des Testaments soll durch Übergabe einer offenen Schrift erfolgen. Dem liegt ein notarieller Entwurf zugrunde, den der Notar im Vorfeld mit dem Heimbewohner ausführlich telefonisch erörtert hat.

II. Frage

Was hat der Notar verfahrensrechtlich bei der Beurkundung des Testaments zu beachten? Speziell: Handelt es sich bei der vom Notar anzufertigenden Urkunde um eine Tatsachenbescheinigung oder um eine Niederschrift i. S. d. §§ 8 ff. BeurkG, die auch vom Erblasser zu unterzeichnen ist?

III. Zur Rechtslage

1. Errichtung eines öffentlichen Testaments/Erbvertrags durch Übergabe einer Schrift

Ein öffentliches Testament kann grundsätzlich nur durch den Notar errichtet werden. Üblicherweise geschieht dies durch mündliche Erklärung gegenüber dem Notar und Anfertigung einer Niederschrift hierüber (§ 2232 S. 1 Alt. 1 BGB). Als alternative Errichtungsform sieht § 2232 S. 1 Alt. 2 BGB die Übergabe einer Schrift des Erblassers mit der Erklärung vor, dass diese seinen letzten Willen enthalte. Dabei kann die Schrift nach § 2232 S. 2 BGB **offen** oder **verschlossen** übergeben werden. § 2232 BGB gilt über den Verweis in § 2276 Abs. 1 S. 2 BGB gleichermaßen für die Errichtung eines Erbvertrags. Beim Erbvertrag ist es sogar möglich, dass nur die Willenserklärung des einen Teils durch Übergabe einer Schrift erfolgt, während der andere Vertragsteil seine Willenserklärung mündlich gegenüber dem Notar abgibt (BeckOGK-BGB/Röhl, Std.: 1.3.2020, § 2276 Rn. 4; Staudinger/Kanzleiter, BGB, 2019, § 2276 Rn. 5).

Die **Schrift** braucht vom Erblasser nicht selbst (eigentlich oder sonst) geschrieben oder unterschrieben sein

(vgl. § 2232 S. 2 Hs. 2 BGB). Sie muss auch nicht mit Orts- oder Datumsangabe versehen sein. Die Schrift kann auch von einem Dritten, beispielsweise dem Urkundsnotar, entworfen sein (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 79. Aufl. 2020, § 2232 Rn. 3 m. w. N.). Die Schrift kann ferner in Maschinen-, Kurz-, oder Blindenschrift oder in fremden Schriftzeichen in jeder lebenden oder toten Sprache verfasst sein, sofern nur der Erblasser die Schrift kennt und entziffern kann (Keim, in: Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, B II 3 Anm. 5; Palandt/Weidlich, § 2232 Rn. 3). Keine „Schrift“ liegt dagegen vor, wenn der Wille in einem anderen Speichermedium, wie z. B. gesprochen auf einem Tonträger oder gespeichert auf einem elektronischen Datenträger (USB-Stick, CD-Rom, usw.) enthalten ist (Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 30 BeurkG Rn. 8; BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2020, § 2232 Rn. 13).

Bislang hat die Beurkundung eines öffentlichen Testaments durch Übergabe einer Schrift **in der Praxis keine bedeutende Rolle** erlangt (vgl. nur BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Std.: 1.1.2020, § 30 Rn. 1). Dieses Beurkundungsverfahren kann sich aber beispielsweise anbieten, wenn die Verfügung von Todes wegen von einem anderen Berater als dem Notar verfasst wurde, sie sehr umfangreich ist oder der Testator schwerkrank (aber noch testierfähig) ist, und er sich einer Vertrauensperson bedient, die die Schrift entweder selbst verfasst hat oder ihm dabei behilflich war (Keim, B II 3 Anm. 1). In Frage kommt diese Beurkundungsform auch bei sprachunkundigen Ausländern oder in Fällen, in denen etwa die als Zeuge hinzugezogene Person vom Inhalt der Verfügung von Todes wegen keine Kenntnis erhalten soll (Keim, B II 3 Anm. 1; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 1, 12). Dies ergibt sich daraus, dass bei dieser Beurkundungsform eine Verlesung der vom Erblasser offen übergebenen Schrift nicht erforderlich ist (vgl. § 30 Abs. 5 Hs. 2 BeurkG).

Auch im Zusammenhang mit der aktuellen Corona-Krise wird von Seiten der Notarkammern z. T. wegen des Infektionsrisikos auf die Möglichkeit der Beurkundung von Testamenten durch Übergabe einer offenen Schrift hingewiesen, die der Notar formuliert und dem Beteiligten vorab (z. B. elektronisch) übermittelt haben kann. Hierdurch könnte ggf. eine Verkürzung des Kontakts des Notars mit dem Beteiligten während der anschließenden Beurkundung und die Gefahr einer Ansteckung des Notars verringert werden.

2. Beurkundungsverfahren

Das Beurkundungsverfahren regelt § 30 BeurkG (i. V. m. den allgemeinen Vorschriften).

Bei der offen übergebenen Schrift soll der Notar vom Inhalt Kenntnis nehmen, sofern er der Sprache, in der die Schrift verfasst ist, hinreichend kundig ist (§ 30 S. 4 BeurkG). Aus der dort enthaltenen Verweisung auf § 17 BeurkG folgt ferner, dass der Notar die ihm offen übergebene Schrift nicht nur lesen soll, sondern er diese auch auf ihre **Rechtswirksamkeit prüfen** und wie bei einer selbst verfassten Verfügung **belehren** muss (BGH DNotZ 1974, 296, 297; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 30 Rn. 8; Keim, B II 3 Anm. 4; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 6, 10). Damit bestehen bei der Errichtung eines Testaments durch eine offene Schrift, abgesehen von der Formulierungspflicht des Notars, die **gleichen Pflichten des Notars wie bei der Testamenterrichtung durch Erklärung** (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 6; anders wäre dies nur beim Verfahren der Testamenterrichtung durch Übergabe einer verschlossenen Schrift, bei der den Notar keine Prüfungs- und Belehrungspflicht hinsichtlich des Inhalts trifft, die fehlende sachkundige Betreuung durch den Notar aber wiederum auch zahlreiche Risiken birgt).

Bei Errichtung des öffentlichen Testaments durch Übergabe einer offenen Schrift bedarf es – wie oben bereits erwähnt – keiner Verlesung der Schrift (§ 30 S. 5 BeurkG). Insoweit unterscheidet sich diese Form der Errichtung eines öffentlichen Testaments von der Beurkundung durch Niederschrift einer mündlichen Erklärung (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 12), wo der Testamentsinhalt selbst beurkundet wird. Wird die offen übergebene Schrift gleichwohl verlesen (was im Hinblick auf die erforderliche Kenntnisnahme des Notars vom Inhalt und seine Belehrungspflicht zweckmäßig sein kann), ist dies jedoch unschädlich (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 12, der darauf hinweist, dass der Erblasser die Verlesung jedoch untersagen kann).

Bei Übergabe einer Schrift durch den Erblasser soll diese der **Niederschrift beigefügt** werden mit einer **Kennzeichnung**, die eine Verwechslung ausschließt. Die Art und Weise der Kennzeichnung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Notars (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16; MünchKommBGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 30 BeurkG Rn. 14). Eine Kennzeichnung kann handschriftlich, maschinenschriftlich oder mittels eines Stempels erfolgen (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16). Die Kennzeichnung kann beispielsweise dadurch erfolgen, dass die übergebene Schrift genau beschrieben oder ihr Inhalt ganz oder teilweise wiedergegeben wird (vgl. Keim, B II 3: „Der Erschienene übergab eine offene Schrift, die mit den Worten ... beginnt und mit den Worten ... endet.“).

Eine Verwechslungsgefahr dürfte jedoch am weitestgehenden vermieden sein, wenn man die Kennzeichnung – wie bei Anlagen zu Urkunden – mithilfe der Urkundsnummer des konkreten Urkundsvorgangs vornimmt (vgl. Winkler, Rn. 7 Fn. 13 m. w. N.: „Zur UR-Nr. ... übergebene Schrift“; Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 9; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 16 mit Formulierungsvorschlag in Rn. 18.1: „Die offen übergebene Schrift wurde von mir durch folgenden Vermerk gekennzeichnet: „Offen übergebene Schrift zu URNr. ... des Notars ... in ... URNr. .../Jahr...““). Dabei wird die Kennzeichnung am besten unmittelbar nach der Übergabe der Schrift während der Urkundsverhandlung vorgenommen (Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 9; Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 8. Aufl. 2020, § 30 BeurkG Rn. 9).

Die übergebene Schrift ist nach § 30 S. 5 BeurkG der Niederschrift beizufügen.

3. Anfertigung der Niederschrift

Bei der Testamenterrichtung durch Übergabe einer (offenen oder verschlossenen) Schrift handelt es sich um einen **beurkundungsverfahrensrechtlichen Sonderfall** (Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 1; vgl. auch Armbrüster/Preuß/Renner/Seeger, § 30 BeurkG Rn. 2: „einzigartige Beurkundungsform“).

Denn zum einen muss die Niederschrift die **Feststellung** des Notars enthalten, dass die **Schrift übergeben** worden ist (§ 30 S. 1 BeurkG). Diese **Tatsachenfeststellung** des Notars ist Amtspflicht des Notars und unverzichtbar (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 13). Die zwingend erforderliche Feststellung kann nicht durch die tatsächliche Übergabe ersetzt werden (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 18). Das Fehlen der Feststellung würde vielmehr zur **Unwirksamkeit** der Niederschrift führen (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 18). Zu vermerken ist dabei auch, ob die Schrift offen oder geschlossen übergeben worden ist (§ 30 S. 3 BeurkG).

Zum anderen muss eine **Protokollierung der Erklärung des oder der Beteiligten** durch den Notar erfolgen, dass ihm eine Schrift mit der Bestimmung übergeben wurde, es handle sich dabei um ein Testament (oder eine Willenserklärung im Rahmen eines Erbvertrags) (vgl. §§ 2232 S. 1, 2276 Abs. 1 BGB; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 4).

Die Urkunde besteht daher aus zwei wesentlichen Bestandteilen: der Feststellung der Übergabe der Schrift

des Erblassers (als eigene Wahrnehmung des Notars) sowie der **Testiererklärung** des Erblassers i. S. v. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeurkG (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, Std.: 1.2.2020, § 30 BeurkG Rn. 1; Armbrüster/Preuß/Renner/Seger, § 30 BeurkG Rn. 8; MünchKommBGB/Sticherling, § 30 BeurkG Rn. 5). Hierbei handelt es sich um eine **Willenserklärung**, die darauf gerichtet ist, aus dem bloßen Entwurf (der offenen Schrift) ein wirksames Testament zu machen.

Hierüber ist nach einhelliger Ansicht vom Notar eine **Niederschrift** anzufertigen, für die die §§ 8 ff. BeurkG gelten (BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 30 Rn. 4; Burandt/Rojahn/Egerland, § 30 BeurkG Rn. 4; Winkler, § 30 Rn. 12). Dies bedeutet, dass die Niederschrift vom Notar dem Erblasser gem. § 13 BeurkG vorzulesen und von ihm zu genehmigen ist; außerdem muss die Niederschrift **vom Notar und dem Erblasser** (sowie dem ggf. beigezogenen Dolmetscher, Zeugen, einem zweiten Notar oder einer Verständigungsperson) **eigenhändig unterschrieben** werden (vgl. Winkler, § 30 Rn. 15; Keim, B II 3 (Formulierungsmuster); Otto, in: Münchener Vertragshandbuch, Band 6, Bürgerliches Recht II, 8. Aufl. 2020, XI 2 (Formulierungsmuster)). Etwas anderes gilt nur, wenn ausnahmsweise § 25 BeurkG (Schreibunfähigkeit des Erblassers) eingreifen würde (vgl. auch Winkler, § 30 Rn. 15).

4. Ergebnis

Die Errichtung eines öffentlichen Testaments durch Übergabe einer offenen Schrift ist zulässig und insbesondere im Rahmen der COVID-19-Pandemie ein geeignetes Verfahren, um beiderseitige Ansteckungsgefahren zu reduzieren. Über die Übergabe der Schrift hat der Notar eine Niederschrift nach den §§ 8 ff. BeurkG zu errichten, die dem Erblasser zu verlesen und von ihm auch eigenhändig zu unterschreiben ist. Insbesondere bei umfangreichen Testamenten oder Erbverträgen kann sich das Verfahren anbieten. Wurde den Prüfungs- und Belehrungspflichten (wie im vorliegenden Fall) bereits im Rahmen der Entwurfsfertigung nachgekommen, kann der persönliche Kontakt zwischen Notar und Beteiligten und damit das Ansteckungsrisiko verringert werden.

Gutachten im Abrufdienst

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

<http://www.dnoti.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abrufnummer oder

mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Faxabruf-Gutachten.

ErbStG §§ 13 Abs. 1 Nr. 10; 29

Vorversterben der Tochter; Vater wird Alleinerbe nach der Tochter; Rückforderungsrecht nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG; Konfusion; Vermögensrückfall an den schenkenden Elternteil

Abruf-Nr.:

ZPO § 727; BGB § 1964

Erbvermutung für den Fiskus durch gerichtliche Feststellung; Anforderungen an den Nachweis bei beherrschter Klauselumschreibung aufgrund behaupteter Rechtsnachfolge auf Schuldnerseite

Abruf-Nr.:

Aktuelles

Auswirkungen des COVID-19-G auf das Gesellschaftsrecht (Teil 1)

I. Einleitung

Am 25.3.2020 hat der Bundestag ein umfangreiches Maßnahmenpaket beschlossen, um die Folgen der COVID-19-Pandemie abzumildern. Am 27.3.2020 wurden die entsprechenden Gesetze nach Zustimmung durch den Bundesrat im Bundesgesetzblatt verkündet. Ziel des gesamten Maßnahmenpakets ist es, die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften zu erhalten, auch wenn die Möglichkeiten zur Durchführung von Präsenzversammlungen eingeschränkt sind. Von Interesse für die notarielle Praxis sind vor allem das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht (COVID-19-G, BGBl. I vom 27.3.2020, S. 569) und das Gesetz zur Errichtung eines Wirtschaftsstabilisierungsfonds (WStFG, BGBl. I vom 27.3.2020, S. 543). Das COVID-19-G enthält in Art. 2 das für die notarielle Praxis besonders relevante Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (im Folgenden kurz: MaßnG-GesR).

In zeitlicher Hinsicht ist der Anwendungsbereich des MaßnG-GesR auf Hauptversammlungen und Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse anzuwenden, die im Jahr 2020 stattfinden (§ 7 Abs. 1, 2 MaßnG-GesR). Das BMJV ist ermächtigt, den zeitlichen Anwendungsbereich durch Rechtsverordnung bis zum 31.12.2021 zu verlängern (§ 8 MaßnG-GesR).

In sachlicher Hinsicht findet das COVID-19-G auf **sämtliche Gesellschaften** Anwendung. Das WStFG

hingegen hat einen begrenzten Anwendungsbereich. Das Gesetz findet nur Anwendung auf Unternehmen des Finanzsektors (Art. 2 § 1 Nr. 4 WStFG) und Unternehmen der Realwirtschaft, denen Stabilisierungsmaßnahmen gewährt werden. Letzteres kommt in der Regel nur in Betracht, wenn das Unternehmen in den letzten beiden bereits bilanziell abgeschlossenen Geschäftsjahren vor dem 1. Januar 2020 mindestens **zwei der drei** folgenden Kriterien erfüllt: a) eine Bilanzsumme von mehr als 43 Millionen Euro, b) mehr als 50 Millionen Euro Umsatzerlöse sowie c) mehr als 249 Arbeitnehmer im Jahresdurchschnitt (Art. 2 § 1 Nr. 5 i. V. m. Art. 1 § 16 Abs. 2 WStFG).

Im Folgenden stellen wir Ihnen zunächst die wesentlichen Änderungen im Recht der GmbH dar, geben einige Hinweise zum Umwandlungs- und Insolvenzrecht. Im nächsten Heft folgen die Darstellung für die sonstigen betroffenen Rechtsformen (Aktiengesellschaft, Genossenschaft, eingetragener Verein).

II. GmbH

1. Beschlussfassung im Umlaufverfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG

Nach § 48 Abs. 1 GmbHG werden Beschlüsse der Gesellschafter **in Versammlungen** gefasst. Abweichend von diesem Grundsatz ermöglicht das GmbHG zwei Wege der Abstimmung im **Umlaufverfahren**. Ein Beschluss kann nach § 48 Abs. 2 Alt. 1 GmbHG zunächst zu Stande kommen, wenn alle Gesellschafter *in der Sache* einem Beschlussvorschlag in Textform (§ 126b BGB) zustimmen (**einstufiges Verfahren**). Demgegenüber fordert § 48 Abs. 2 Alt. 2 GmbHG das allseitige (formlose) Einverständnis nur zur Festlegung der *Abstimmungsmodalität* (schriftliche Stimmabgabe). Im Rahmen der daraufhin folgenden Abstimmung in der Sache genügt dagegen grundsätzlich eine Mehrheitsentscheidung (**zweistufiges Verfahren**; zum Ganzen MünchKommGmbHG/Liebscher, 3. Aufl. 2019, § 48 Rn. 161; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 4 Rn. 342; Geißler, GmbHR 2010, 457, 458). Für die Stimmabgabe selbst ist nach dem Wortlaut des Gesetzes die *Schriftform* des § 126 BGB erforderlich (so auch Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 48 Rn. 63; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, 2. Aufl. 2014, § 48 Rn. 51; Blasche, GmbHR 2011, 232, 233), während nach einer im Vordringen befindlichen Auffassung auch hierfür die *Textform* ausreicht (so Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 20. Aufl. 2020, § 48 Rn. 26; MünchKommGmbHG/Liebscher, § 48 Rn. 165; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 48 Rn. 37).

2. Erleichterungen durch § 2 MaßnG-GesR

Nach § 2 **MaßnG-GesR** wird die Durchführung der Beschlussfassung außerhalb von Gesellschafterversammlungen nach § 48 Abs. 2 GmbHG erleichtert. Es ist nun möglich, Beschlüsse im Umlaufverfahren zu fassen, **ohne dass sämtliche Gesellschafter damit einverstanden sind**. Nicht ganz klar ist, wie sich die Neuregelung zu den beiden Alternativen des § 48 Abs. 2 GmbHG verhält, und worauf sich die Ausnahme vom Einverständnis sämtlicher Gesellschafter bezieht – auf die *zu treffende Bestimmung* oder auf die *Abstimmungsmodalität*. Mit Rücksicht auf den **Sinn und Zweck der Neuregelung**, der darin liegt, die Zahl der Präsenzversammlungen mit einem erhöhten Infektionsrisiko zu verringern, indem ein Umlaufverfahren auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter ermöglicht wird, dürfte es grundsätzlich **genügen**, wenn *im Rahmen des zweistufigen Verfahrens* die Mehrheit der sich äußernden Gesellschafter sich formlos mit der schriftlichen Stimmabgabe einverstanden erklärt und sodann die Mehrheit der in Textform (oder Schriftform – s. o.) abgegebenen Stimmen ihre Zustimmung zu dem betreffenden Beschlussvorschlag erteilt. Damit kann der einzelne Gesellschafter weder durch ein ausdrückliches Veto noch durch eine Stimmenthaltung eine Abstimmung im Umlaufverfahren verhindern und eine Präsenzversammlung erzwingen. Wenn man die Neuregelung auch *im Rahmen des einstufigen Verfahrens* für anwendbar hält, dürfte eine Zustimmung mit der für den Gesellschafterbeschluss nach Gesetz oder Satzung erforderlichen Mehrheit der abgegebenen Stimmen erforderlich sein. Wie sich die Neuregelung zum einstufigen Verfahren verhält, erscheint nicht ganz klar. Eines Rückgriffs auf das einstufige Verfahren bedarf es unter praktischen Gesichtspunkten aber auch nicht, da das zweistufige Verfahren ebenso schnelle und effiziente Beschlussfassungen ermöglicht.

In jedem Fall ist dafür Sorge zu tragen, dass alle Gesellschafter zur Teilnahme am Verfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG aufgefordert werden und jedem Gesellschafter die Möglichkeit zur Einverständniserklärung bzw. zur Verweigerung des Einverständnisses gewährt wird. Anderenfalls sind die im Umlaufverfahren gefassten Beschlüsse nach st. Rspr. des BGH entsprechend § 241 Nr. 1 AktG nichtig (BGH NJW 2019, 3155 Tz. 33 m. w. N.). Daran ändert sich mit Rücksicht auf den besonderen Rang des Teilnamerechts des einzelnen Gesellschafters auch durch die Neuregelung in § 2 MaßnG-GesR nichts. Weiterhin dürfte es zur Wahrung der Partizipationsinteressen der Gesellschafter notwendig sein, diesen eine *Mindestfrist* für ihre Entscheidung (im Fall des einstufigen Verfahrens bezogen auf die Entscheidung selbst, im Fall des zweistufigen Verfahrens bezogen auf das Einverständnis zur Abstimmung im Um-

laufverfahren) zu gewähren, wenn ein Umlaufbeschluss ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter gefasst werden soll. Zur Vermeidung von Anfechtungsrisiken sollte die Wochenfrist des § 51 Abs. 1 S. 2 GmbHG oder eine in der Satzung enthaltene längere Einberufungsfrist eingehalten werden.

Zu berücksichtigen ist weiterhin, dass die **Satzung** die Beschlussfassung im Umlaufverfahren erleichtern und eine kombinierte Beschlussfassung, aber auch Telefon- oder Videokonferenzen, Stimmabgabe per E-Mail oder virtuelle Versammlungen vorsehen kann (Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 48 Rn. 29 m. w. N.). Schon bisher ist anerkannt, dass § 48 Abs. 2 GmbHG auch dann greift, wenn die Satzung lediglich die Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung regelt und **keine Bestimmungen zur Beschlussfassung im Umlaufverfahren** enthält (BGHZ 15, 324, 328; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 48 Rn. 44, 45). Darüber hinaus dürfen Beschlüsse im Umlaufverfahren nach dem Sinn und Zweck von § 2 MaßnG-GesR auch dann möglich sein, wenn die Satzung für das Umlaufverfahren die **Zustimmung sämtlicher Gesellschafter** verlangt. Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung erreichen, dass Umlaufbeschlüsse ohne Zustimmung sämtlicher Gesellschafter – mit der nach Gesetz oder Satzung erforderlichen Mehrheit – gefasst werden können. Soweit die Satzung – wie heute üblich – **gemischte Beschlussfassungen in Textform oder durch schriftliche Stimmabgabe** oder durch **gemischte Verfahren** (z. T. in Präsenzversammlung, z. T. in Textform) vorsieht, dürften diese bei einer teleologischen Auslegung der Neuregelung immer dann zulässig sein, wenn die Gesellschafter mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen einer solchen Beschlussfassung zustimmen.

Die Neuregelung bietet mithin **bei Uneinigkeit der Gesellschafter** eine **zusätzliche Möglichkeit** zur Fassung von Gesellschafterbeschlüssen **im Umlaufverfahren**. Sind – wie im Regelfall – **alle Gesellschafter** mit dem zu fassenden Beschluss **einverstanden**, empfiehlt es sich gleichwohl, eine **Präsenzversammlung** abzuhalten. Bei dieser können die Gesellschafter auf die Einhaltung aller Form und- Fristenfordernisse für die Einberufung und Durchführung von Gesellschafterversammlungen verzichten und sich durch in Textform erteilte **Vollmachten** vertreten lassen, wie dies in der Praxis schon bisher üblich ist. Auf diese Weise können Gesellschafterbeschlüsse sofort gefasst werden. Auch bei **streitigen Gesellschafterbeschlüssen** bleibt es den Beteiligten natürlich unbenommen, unter Wahrung der Fristen eine **Präsenzversammlung** einzuberufen, bei der sich dann alle zustimmungswilligen Gesellschafter durch Stimmrechtsvollmachten in Textform vertreten lassen. Soweit die Satzung schriftliche Bevollmäch-

tigung vorsieht, ist die Vollmacht in Schriftform zu erteilen.

3. Beurkundungsbedürftige Beschlüsse im Umlaufverfahren

Notariell beurkundungsbedürftige Gesellschafterbeschlüsse (z. B. § 53 Abs. 2 GmbHG, §§ 13 Abs. 1 S. 3, 193 Abs. 3 S. 1 UmwG) werden in der Praxis in der Regel in **Präsenzversammlungen** beurkundet.

Allerdings kann nach heute h. M. ein gem. § 53 Abs. 2 GmbHG **beurkundungsbedürftiger Satzungsänderungsbeschluss** auch im Verfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG gefasst werden (MünchKommGmbHG/Liebscher, § 48 Rn. 145, 147; Lutter/Hommelhoff/Bayer, § 48 Rn. 21; GroßkommGmbHG/Hüffer/Schürnbrand, § 48 Rn. 56; Scholz/Seibt, § 48 Rn. 55; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 48 Rn. 28; Wolff, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 3, 5. Aufl. 2018, § 39 Rn. 95; Zöllner, in: Festschrift Fischer, 1979, 905, 911 f.; die Anwendung von § 48 Abs. 2 GmbHG voraussetzend auch Begr. RegE, BT Drucks. 14/4987, S. 30 r. Sp.; a. A. BGHZ 15, 324, 328 (*obiter dictum*); OLG Hamm NJW 1974, 1057; Heckschen/Heidinger/Heckschen, Kap. 4 Rn. 344; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 56). § 2 **MaßnG-GesR** verhält sich hierzu *nicht*. Nach dem **Sinn und Zweck des Gesetzes** ist jedoch davon auszugehen, dass die durch die Neuregelung eingeführten Erleichterungen für das Umlaufverfahren nach § 48 Abs. 2 GmbHG auch für beurkundungsbedürftige Beschlüsse gelten mit der Maßgabe, dass eine **Beschlussfassung durch Beurkundung der Einzelstimmen auch ohne Einverständnis sämtlicher Gesellschafter erfolgen kann**. In diesem Fall geben die Gesellschafter einzeln und ggf. nacheinander ihre Stimmen zu Protokoll eines Notars ab (einzelne Gesellschafter können dabei verschiedene Notare aufsuchen). Sämtliche beurkundeten Stimmabgaben sind sodann in Ausfertigung an den Notar zu übermitteln, der mit der Entgegennahme der Stimmabgaben und mit der Beurkundung des Beschlussergebnisses beauftragt ist (Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn. 7; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl. 2020, § 53 Rn. 66; MünchKommGmbHG/Harbarth, 3. Aufl. 2018, § 53 Rn. 61; GroßkommGmbHG/Ulmer/Casper, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 46). Jeder Gesellschafter kann also zu seinem Notar vor Ort gehen.

In Zeiten der Corona-Pandemie lässt sich eine **zusätzliche Vereinfachung des Umlaufverfahrens** nach § 48 Abs. 2 GmbHG dadurch erreichen, dass die zustimmungswilligen Gesellschafter einen von ihnen zur Stimmabgabe **bevollmächtigen**. Diese Bevollmächtigung zur Stimmabgabe im Umlaufverfahren ist

schriftlich oder in Textform möglich (MünchKomm-GmbHG/Harbarth, § 53 Rn. 61). Im Fall einer Kapitalerhöhung können somit diejenigen Gesellschafter, die dem Kapitalerhöhungsbeschluss zustimmen wollen, den Übernehmern neuer Geschäftsanteile eine Stimmrechtsvollmacht in Textform erteilen. Im Ergebnis müssen dann grds. nur diejenigen Personen vor dem Notar erscheinen, die eine Übernahmeerklärung für neue Geschäftsanteile abgeben möchten (§ 55 Abs. 1 GmbHG). Alle anderen Gesellschafter können sich – wie dargestellt – durch Stimmrechtsvollmacht vertreten lassen. Neben der Stimmabgabe ist bei der Fassung beurkundungsbedürftiger Beschlüsse im Umlaufverfahren – wie dargestellt – auch das Beschlussergebnis notariell zu protokollieren. Dies wird zweckmäßigerweise durch den Notar erfolgen, der auch die Stimmabgaben durch den hierzu bevollmächtigten Gesellschafter oder sonstigen Beteiligten beurkundet.

Daneben können **Satzungsänderungsbeschlüsse** weiterhin im Wege der **Präsenzversammlung** gefasst werden. Für **notariell beurkundungsbedürftige Beschlüsse nach dem Umwandlungsgesetz** ist die Durchführung einer Präsenzversammlung sogar zwingend, vgl. §§ 13 Abs. 1 S. 2, 193 Abs. 1 S. 2 UmwG (MünchKomm-GmbHG/Liebscher, § 48 Rn. 144; Blasche, GmbHR 2011, 232). Hier herrscht **Versammlungszwang**. Den im Rahmen der Pandemie mit einer Präsenzversammlung typischerweise verbundenen Schwierigkeiten kann aber auch hier mit **Stimmrechtsvollmachten** begegnet werden, für deren Erteilung grds. wiederum **Textform** genügt (vgl. ausf. mit Musterformulierung Heckschen/Heidinger/Heckschen, Kap. 9 Rn. 60 ff.).

Bei der Erteilung von Stimmrechtsvollmachten ist insbesondere auf die **Befreiung von § 181 BGB** zu achten (dazu ausführlich Heckschen/Heidinger/Heckschen, Kap. 9 Rn. 147). Bei ausländischen Gesellschaften als Gesellschaftern der GmbH sind für die Zulässigkeit von Insichgeschäften und Mehrfachvertretung die entsprechenden Regelungen des jeweiligen nationalen Gesellschaftsstatuts maßgeblich (vgl. bspw. zu Frankreich DNotI-Internetgutachten Nr. 165542; zu England Nr. 174022; zur Schweiz Nr. 163993 sowie zahlreiche weitere Gutachten zu dieser Thematik unter <https://www.dnoti-online-plus.de/>). Von den Beschränkungen des § 181 BGB kann, sofern die Satzung der betreffenden Gesellschaft dies – wie im Regelfall – zulässt, wiederum durch einen im Umlaufverfahren oder in einer Präsenzversammlung aufgrund von in Textform erteilten Vollmachten gefassten Beschluss befreit werden.

4. Strukturmaßnahmen nach Art. 2 § 9a WStFG

Die Neuerungen des WStFG werden aufgrund ihres sehr engen Anwendungsbereichs für die GmbH voraussicht-

lich nur eine geringe Bedeutung haben. In Art. 2 § 9a WStFG sind Erleichterungen für Beschlüsse im Rahmen von **Refinanzierungsmaßnahmen unter Beteiligung des Bundes** nach Art. 2 §§ 7, 7b WStFG vorgesehen. Es genügt nach Art. 2 § 9a Abs. 1 WStFG ausnahmsweise für den Kapitalerhöhungsbeschluss in dieser Sondersituation die **einfache Mehrheit der „anwesenden“ Stimmen**. Art. 2 § 9a Abs. 2 WStFG verweist für das Verfahren auf § 2 MaßnG-GesR und stellt klar, dass Beschlüsse auch im – nach Maßgabe der Neuregelung erleichterten – Umlaufverfahren gefasst werden können. Da Art. 2 § 9a Abs. 1 WStFG auf die Kapitalmaßnahmen gem. Art. 2 §§ 7, 7b WStFG verweist, die nach § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundungsbedürftig sind, bietet sich hierfür das oben (unter II. 3.) dargestellte Verfahren an, wenn von einem Beschluss im Umlaufverfahren Gebrauch gemacht werden soll. Weiterhin möglich ist freilich auch das Verfahren mit Präsenzversammlung – ggf. unter Bevollmächtigung eines Gesellschafters, der aufgrund in Textform erteilter Vollmacht beim Notar für alle anderen zustimmungswilligen Gesellschafter handelt. Mit beiden Verfahren kann mithin durch den Einsatz von Stimmrechtsvollmachten erreicht werden, dass diejenigen Gesellschafter, die lediglich dem Kapitalerhöhungsbeschluss zustimmen möchten und nicht auch eine Übernahmeerklärung für neue Geschäftsanteile abgeben wollen, nicht vor dem Notar erscheinen müssen. Diejenigen Gesellschafter, die eine Übernahmeerklärung für neue Geschäftsanteile abgeben wollen, müssen sich wegen des Beurkundungserfordernisses aus § 55 Abs. 1 GmbHG ohnehin grds. zum Notar begeben. Soll auch die Übernahmeerklärung aufgrund Vollmacht erklärt werden, ist die Vollmacht notariell zu beurkunden oder zu beglaubigen (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, § 48 Rn. 37). Vgl. zur Möglichkeit der Beglaubigung im Ausland in dringenden Fällen unten S. 56 („Aktueller Hinweis zu Beglaubigungen im Ausland“).

III. Änderungen im Umwandlungsrecht

Nach § 4 MaßnG-GesR genügt es abweichend von § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG für die Zulässigkeit der Eintragung, wenn die Bilanz auf einen höchstens **zwölf Monate vor Anmeldung liegenden Stichtag** ausgestellt worden ist. Damit wird die Achtmonatsfrist des § 17 Abs. 2 S. 4 UmwG für Umwandlungsmaßnahmen auf zwölf Monate verlängert. Diese Erweiterung gilt für alle Handelsregisteranmeldungen, die im Jahr 2020 vorgenommen werden, § 7 Abs. 4 MaßnG-GesR.

IV. Insolvenzrecht

Gem. § 15a InsO muss bei Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ohne schuldhaftes Zögern, spätestens drei Wochen nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung ein Insolvenzantrag gestellt werden. Für Vereine gilt gem. § 42 Abs. 2 BGB

Postvertriebsstück: B 08129

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

eine ähnliche Regelung. Diese Pflichten sind bis zum 30. September 2020 ausgesetzt. Dies gilt jedoch nicht, wenn die Insolvenzreife nicht auf den Folgen der Ausbreitung des SARS-CoV-2-Virus (COVID-19-Pandemie) beruht oder wenn keine Aussichten darauf bestehen, eine bestehende Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. Bestand die Zahlungsunfähigkeit noch nicht bereits am 31. Dezember 2019 so wird vermutet, dass die Zahlungsunfähigkeit auf der COVID-19-Pandemie beruht und eine Aussicht darauf besteht, die Zahlungsunfähigkeit zu beseitigen. (*Wird in DNotI-Report 8/2020 fortgesetzt.*)

Aktueller Hinweis zu Beglaubigungen im Ausland

Aus der Praxis wird berichtet, dass in verschiedenen

Ländern die Beschaffung von Beglaubigungen, Legalisationen und/oder Apostillen aufgrund der Schließung der zuständigen öffentlichen Stellen Schwierigkeiten bereitet. Das Auswärtige Amt hat mitgeteilt, dass die deutschen Auslandsvertretungen grundsätzlich in dringenden Fällen weiterhin für Beglaubigungen zur Verfügung stehen. In dringenden Fällen empfiehlt es sich daher, mit dem Konsulat oder der Botschaft vor Ort per E-Mail Kontakt aufzunehmen und die Dringlichkeit der Angelegenheit kurz darzulegen. Um die Abläufe der Beglaubigung im Ausland möglichst effizient zu gestalten, empfiehlt sich zudem eine bestmögliche Vorbereitung durch den Notar, etwa durch Entwurf der zu beglaubigenden Dokumente oder durch Vornahme erforderlicher Belehrungen.

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. Julius Forschner

Redaktion: Notarassessor Matthias Miller

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Bezugspreis:

Jährlich 170,00 €, Einzelheft 8,00 €, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Nicht eingegangene Exemplare können nur innerhalb von 6 Wochen nach dem Erscheinungstermin reklamiert und kostenfrei zugesandt werden. Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle Deutsches Notarinstitut, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

Druck:

Druckerei Franz Scheiner
Mainleite 5, 97340 Marktbreit