

**Gutachten des Deutschen Notarinstituts****Abruf-Nr.: 169354****letzte Aktualisierung: 19. Juni 2019****GmbHG §§ 40, 16; HGB § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1; BGB § 168****Tod eines Gesellschafters; Berichtigung von Gesellschafterliste und Handelsregistereintragung; transmortale Vollmacht****I. Sachverhalt**

Ein GmbH-Gesellschafter ist verstorben. Nach einem handschriftlichen Testament sind Erben sein Sohn und zu insgesamt 10 % (durch Erbeinsetzung oder Vermächtnis) dessen zwei Kinder, von denen eines minderjährig ist. Der Haupterbe (Sohn) hat eine Generalvollmacht des früheren Gesellschafters, die ausdrücklich über dessen Tod hinaus gilt und mit der er die Erben vertreten kann. Ein Erbschein liegt noch nicht vor. Das Handelsregister ist bereit, eine Gesellschafterliste einzustellen, in der statt des verstorbenen Gesellschafters dessen unbekannte Erben eingesetzt sind. Das Handelsregister ist auch bereit, den Sohn und die beiden Kinder in Erbengemeinschaft in die GmbH-Gesellschafterliste aufzunehmen, ohne dass deren Erbberechtigung dem Handelsregister gegenüber nachgewiesen ist.

Außerdem wurden KG-Anteile an den Sohn und die Kinder vererbt. Diesbezüglich wurde Testamentsvollstreckung angeordnet.

**II. Fragen**

1. Kann bei unbekannten Erben die Ladung der Gesellschafter auch durch Einladung des transmortal Bevollmächtigten eines verstorbenen Gesellschafters erreicht werden?
2. Welche Rechtsfolge hat es, wenn die Gesellschafter auf Wunsch der Erbengemeinschaft bzw. des Erben eine Berichtigung des Handelsregisters einer Kommanditgesellschaft nicht vornehmen, weil der Erbe die Kosten des Erbscheins sparen will? Sofern die Berichtigung des Handelsregisters der Kommanditgesellschaft zwingend erforderlich ist, müssten dort die minderjährigen Kinder als Rechtsnachfolger in einen Teil der bisherigen Kommanditbeteiligung (Hafteinlage) anstelle des Erblassers eingetragen werden. Können die Eltern die Kinder bei dieser Eintragung vertreten?

### III. Zur Rechtslage

#### 1. GmbH

##### a) Erbfolge

Verstirbt der Gesellschafter einer GmbH, geht seine Gesellschafterstellung auf die Erben im Wege der Gesamtrechtsnachfolge über (§ 1922 Abs. 1 BGB). Die Mitglieder einer Erbengemeinschaft erwerben einen einzigen ungeteilten Anteil in gesamthänderischer Verbundenheit (§ 18 Abs. 1 GmbHG; vgl. nur Heidinger, in: Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl. 2018, Kap. 13 Rn. 677).

Nach dem mitgeteilten Sachverhalt gehen wir davon aus, dass Erben des Gesellschafters dessen Sohn und seine Kinder geworden sind. Sollten die Kinder nur im Wege eines Vermächtnisses bedacht worden sein, würden die Kinder zunächst keine Berechtigung am Gesellschaftersanteil erwerben. Erforderlich wären eine Teilung des Gesellschaftersanteils und ein sich anschließender Vermächtniserfüllungsvertrag. Soweit Zweifel an der Erbenstellung der Kinder bestehen sollten, würden wir einen dementsprechenden Weg empfehlen. Anderenfalls besteht das Risiko, dass die Kinder gar keine Berechtigung am Gesellschaftersanteil erwerben würden (mit ggf. nachteiligen steuerlichen Konsequenzen).

##### b) Berichtigung der Gesellschafterliste

Nach § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG hat ein Geschäftsführer unverzüglich nach dem Wirksamwerden einer Veränderung in der Person der Gesellschafter eine neue Liste zum Handelsregister einzureichen. Hierunter fällt auch der Übergang des Anteils im Erbfall (BGH NJW 2015, 1303 Tz. 8; Altmeppen, in: Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 40 Rn. 20; Baumbach/Hueck/Noack, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 40 Rn. 6).

##### aa) Mitteilung durch den Berechtigten und Nachweis

Die Änderung der Liste erfolgt durch den Geschäftsführer auf **Mitteilung** und Nachweis der Veränderung (§ 40 Abs. 1 S. 4 GmbHG). Die Mitteilung muss durch den Berechtigten erfolgen. Auch wenn der Erbe noch nicht formell legitimiert ist, ist er mitteilungsbefugt (vgl. näher hierzu MünchKommGmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2019, § 40 Rn. 154 f.).

Möglich ist aber, dass der transmortal Bevollmächtigte für die Erben die Mitteilung vornimmt. Eine Vollmacht erlischt grundsätzlich nicht mit dem Tod des Erblassers, sondern gilt im Zweifel über dessen Tod hinaus (vgl. §§ 672 S. 1, 168 S. 1 BGB). Mit dem Tod des Vollmachtgebers wandelt sich die **transmortale Vollmacht** in eine Vollmacht für die Erben des Vollmachtgebers um (vgl. § 1922 Abs. 1 BGB); der Bevollmächtigte handelt in Namen der Erben und kann für sie handeln, soweit es sich um **nachlassbezogenes Vermögen** handelt (BGH NJW 1983, 1487, 1489; Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, Einf. v. § 2197 Rn. 10). Konsequenterweise kann der **Bevollmächtigte** auch für die Erben die **Mitteilung des Erbfalls** an den Geschäftsführer vornehmen (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 156; Heidinger, Kap. 13 Rn. 680;

Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 16 Rn. 17; Wachter, DB 2009, 159, 161 f.).

Problematisch ist jedoch der Nachweis, wenn **kein Erbschein und kein öffentlich beurkundetes Testament** vorliegen. Die wohl h. M. hält in entsprechender Anwendung von § 35 GBO ein privatschriftliches Testament in der Regel nicht für ausreichend (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 40 Rn. 53; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 164; Paefgen, in: Ulmer/Habersack/Löbke, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 40 Rn. 94; Link, RNotZ 2009, 193, 200; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 40 Rn. 33; zurückhaltender Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 40 Rn. 46, 47 – „nicht ohne Weiteres ausreichender Nachweis“). Andere Stimmen halten einen Nachweis der Erbenstellung in öffentlicher Form nicht für erforderlich (Wachter, DB 2009, 159, 161; Baumbach/Hueck/Noack, § 40 Rn. 26). Für diese Auffassung könnte sprechen, dass der BGH zum Nachweis der Erbenstellung gegenüber Banken ein notarielles Testament nicht für erforderlich hält (BGH NJW 2016, 2409). Allerdings ist zu konstatieren, dass die Einreichung der Gesellschafterliste weitreichende Wirkungen entfaltet (vgl. § 16 Abs. 1 GmbHG) und die Basis für einen gutgläubigen Erwerb sein kann (vgl. § 16 Abs. 3 GmbHG). Ein privatschriftliches Testament weist in der Regel zu viele Unklarheiten und Unsicherheiten auf, als dass es eine gesicherte Grundlage für die Eintragung in der Liste als Träger von besonderen Publizitätswirkungen bilden könnte. Wir halten daher die Auffassung der h.M. tendenziell für überzeugend, weisen aber darauf hin, dass es stets im pflichtgemäßen Ermessen des Geschäftsführers liegt, eine Prüfung der Erbfolge vorzunehmen. In eindeutigen Fällen wird man ihm zumindest das Recht zugestehen müssen, eine neue Liste auch ohne Erbschein einzureichen.

#### **bb) Eintragung unbekannter Erben**

Liegt kein ausreichender Nachweis der Erbenstellung vor, fragt sich, ob in die Gesellschafterliste die unbekannten Erben einzutragen sind.

Die Möglichkeit der Eintragung unbekannter Erben ist in der Literatur anerkannt (MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 38, 170; D. Mayer, MittBayNot 2014, 114, 124 f.; Werner, GmbHR 2014, 357, 358; a. A. BeckOK-GmbHG/Heilmeyer, Std.: 1.2.2019, § 40 Rn. 21). Man zieht insoweit überwiegend eine Parallele zur Rechtslage im Grundbuchverfahren (D. Mayer, MittBayNot 2014, 114, 124 f.). Demzufolge müssen die unbekannten Erben eingetragen werden, sofern nicht unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung in der Person des Gesellschafters ein Erbschein vorgelegt werden kann. Die Eintragung der unbekannten Erben sollte insbesondere dann erfolgen, wenn die Legitimationswirkung der Gesellschafter nach § 16 Abs. 1 GmbHG in Rede steht und eine Ladung erfolgen soll.

#### **c) Ausübung der Gesellschafterrechte und Ladung zur Gesellschafterversammlung**

Sind die Erben unbekannt, soll die GmbH nach § 1960 Abs. 1 S. 2 BGB verpflichtet sein, die Bestellung eines Nachlasspflegers gem. § 1960 BGB zu erwirken (vgl. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 157). Dies gilt zumindest so lange, wie ein

Vertretungsbedarf der Erben besteht, die nicht gem. § 16 Abs. 1 GmbHG durch Listeneintragung legitimiert sind.

Allerdings dürfte die Bestellung eines Nachlasspflegers im vorliegenden Fall entbehrlich sein, wenn der Bevollmächtigte für die Erben wirksam handeln könnte. Die transmortal Vollmacht berechtigt grundsätzlich auch zur Wahrnehmung von Gesellschafterrechten für die Erben – zumindest so lange, wie der Gesellschaftsanteil noch den Erben in ungeteilter Erbengemeinschaft zusteht. Demzufolge wird auch die Ladung an einen transmortal Bevollmächtigten des vormaligen Listengeschafters wirksam ergehen können (vgl. OLG Naumburg MittBayNot 2017, 287 Tz. 34; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 40; Link, RNotZ 2009, 193, 213; Wachter, DB 2009, 159, 162; Baumbach/Hueck/Fastrich, § 16 Rn. 17; Wolff, BB 2010, 454, 456; Gutfried, notar 2018, 228, 231; zweifelnd Paefgen, § 40 Rn. 75 Fn. 162).

An der Möglichkeit des transmortal Bevollmächtigten, für die Erben zu handeln, würde auch eine Testamentsvollstreckung nichts ändern. Denn nach h. M. bestehen Vollmacht und Testamentsvollstreckung parallel nebeneinander (OLG München MittBayNot 2013, 230; MittBayNot 2016, 137, 139; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 168 Rn. 41; Palandt/Weidlich, Einf. v. § 2197 Rn. 12; a. A. MünchKommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, Vor § 2197 Rn. 15).

## 2. Kommanditgesellschaft

### a) Erbfolge

Grundsätzlich kommt es bei der Erbfolge in Personengesellschaftsanteile zu einer Sondererbfolge. Der Erblasser scheidet aus der Gesellschaft aus (vgl. §§ 177, 171 Abs. 2, 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB). Jeder Erbe erwirbt eine eigenständige Gesellschaftsbeteiligung entsprechend seiner Erbquote (vgl. BGH NJW 1981, 749, 750; OLG Düsseldorf NZG 2017, 1355 Tz. 15; Lorz, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 139 Rn. 10; MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2012, § 177 Rn. 16). Sind der Sohn und seine Kinder Erben geworden, so sind diese jeweils einzeln Kommanditisten der Gesellschaft geworden.

### b) Anmeldung der Erbfolge zum Handelsregister (Kommanditgesellschaft)

Der Tod eines Kommanditisten ist durch alle Gesellschafter einschließlich aller Erben zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§§ 161 Abs. 2, 143 Abs. 2, 107, 162 Abs. 3 HGB). Es besteht eine **Anmeldepflicht**. Die Anmeldung muss somit zwingend erfolgen. Die Anmeldepflicht kann nach § 14 HGB durch Festsetzung eines **Zwangsgelds** durchgesetzt werden (Oetker/Lieder, HGB, 5. Aufl. 2017, § 107 Rn. 2). Dass der Erbe die Kosten für einen Erbschein scheut, entbindet ihn nicht der Anmeldepflicht.

#### aa) Handeln aufgrund von transmortaler Vollmacht

Fraglich ist, ob der transmortal Bevollmächtigte für die Erben die Anmeldung vornehmen und sie vertreten könnte. Die Wirkung der Vollmacht für oder gegen die Erben bezieht sich immer nur auf den Nachlass, nicht etwa auf die sonstigen

Angelegenheiten und das Eigenvermögen der Erben (MünchKommBGB/Schubert, § 168 Rn. 39).

Soweit der Erblasser die konkreten Erben aufgrund der Vollmacht zur Eintragung bringen will, haben wir Zweifel, ob er dies aufgrund einer transmortalen Vollmacht tun könnte. Denn der Kommanditanteil ist gerade aufgrund der Sondererbfolge in das Eigenvermögen des Erben übergegangen.

Vor diesem Hintergrund wird streitig diskutiert, ob eine post- oder transmortale Vollmacht überhaupt zur Anmeldung des Ausscheidens des Erblassers und des Eintritts von Erben aufgrund Rechtsnachfolge von Todes wegen zum Handelsregister ermächtigen kann. Dies hat das OLG Hamburg (MDR 1974, 1022; vgl. auch OLG Hamburg DNotZ 1967, 30) bejaht. In dem Fall meldete der Bevollmächtigte nach dem Tod der Kommanditistin den Austritt und den Eintritt des Kommanditisten an.

Allgemein wird in der Literatur vertreten, Anmeldungen zum Handelsregister könnten auch aufgrund einer post- oder transmortalen Vollmacht vorgenommen werden (Krafka/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 114; Schaub, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2019, § 12 Rn. 64, 75).

Kritisch hat sich in diesem Zusammenhang *Gustavus* (GmbHR 1978, 219, 222 f.) geäußert. Für den Erben könnten aus der Gesellschafterstellung des Erblassers zahlreiche Anmeldungen erforderlich werden, von denen nicht nur der Nachlass, sondern auch das Eigenvermögen des Erben betroffen sei. Aus diesem Grund sei es entgegen der Auffassung des OLG Hamburg nicht möglich, dass der Bevollmächtigte das Ausscheiden des Erblassers und den Eintritt des Erben in die Gesellschaft anmeldet und damit unter Umständen dessen persönliche Haftung auslöse. Nach Auffassung von *Janke* (MittRhNotK 1981, 249, 257) soll dies dann nicht gelten, wenn der Erblasser seine Kommanditeinlage bereits in voller Höhe geleistet hat, da dann die Gefahr eines Zugriffs auf das Eigenvermögen des Erben ausgeschlossen sei. Die von *Gustavus* (GmbHR 1978, 219, 222 f.) geäußerten Bedenken hat das KG in einem Beschl. v. 2002 (NJW-RR 2003, 225, 256 f. = MittBayNot 2003, 495) aufgegriffen und ausgeführt:

„Allerdings erscheint bereits zweifelhaft, ob eine Generalvollmacht über den Tod hinaus auch zur Anmeldung des Ausscheidens des vollmachtgebenden Kommanditisten durch Tod und des Eintritts seiner Erben als Gesamtrechtsnachfolger zum Handelsregister ermächtigt (so aber OLG Hamburg MDR 1974, 1022). Denn naturgemäß handelt es sich hierbei um eine Anmeldung, die der Vollmachtgeber nicht selbst hätte vornehmen können. Auch liegen der Anmeldung keinerlei rechtsgeschäftliche Vorgänge zugrunde, auf die sich eine Vollmacht nur beziehen kann. Generell ist schließlich zu berücksichtigen, dass sich für den Erben aus der Gesellschafterstellung des Erblassers zahlreiche Anmeldungen ergeben können, von denen nicht nur der Nachlass, sondern auch sein Eigenvermögen betroffen ist. Da sich die Vollmacht auf den Nachlass beschränkt, wird der Bevollmächtigte in diesen Fällen weder materiell für den Erben

handeln noch Registeranmeldungen für ihn vornehmen können (vgl. Gustavus, GmbHR 1978, 219, 222 f.). Vorliegend kann diese Frage jedoch dahingestellt bleiben, da Gegenstand dieses Verfahrens lediglich die auf Vorlage eines Erbscheins gerichtete Zwischenverfügung des Registergerichts ist.“

Es erscheint damit sehr zweifelhaft, ob der transmortale Bevollmächtigte die Erben vertreten kann.

Diese Bedenken teilen wir auch im Hinblick auf die Vertretung der Erben im **Rahmen der Gesellschafterversammlung bei der KG**. Da die Sondererbfolge wie eine gegenständlich beschränkte Auseinandersetzung wirkt und der Erbanteil in das Eigenvermögen des Erben übergeht, haben wir Zweifel, ob der Bevollmächtigte die Erben noch vertreten kann.

#### bb) Vertretung durch die Eltern

Die **Eltern können die Kinder nach §§ 1626, 1629 BGB bei der Anmeldung vertreten**, auch wenn sie Mitgesellschafter sind. §§ 1629 Abs. 2, 1795, 181 BGB finden keine Anwendung (BayObLGZ 1970, 133; Schaub, § 12 Rn. 34; Krafka/Kühn, Rn. 110; Goslich, in: Walz, Beck'sches Formularbuch Zivil- Wirtschafts- und Unternehmensrecht Deutsch-Englisch, 4. Aufl. 2018, II. 6 Anm. 5). Eine familiengerichtliche Genehmigung ist nicht erforderlich (Goslich, II. 6 Anm. 5), da der Erwerb im Wege der Gesamtrechtsnachfolge erfolgt und insoweit keiner der Genehmigungstatbestände des § 1822 BGB einschlägig ist.

Bezüglich des Nachweises der Erbfolge gilt § 12 Abs. 2 S. 2 HGB. Die Rechtsnachfolge ist „soweit tunlich“ durch öffentliche Urkunden nachzuweisen, mithin durch Vorlage einer **Ausfertigung des Erbscheins oder ggf. einer die Rechtsnachfolge eindeutig ausweisenden öffentlich beurkundeten Verfügung von Todes wegen** neben Eröffnungsprotokoll, nachzuweisen (vgl. Klein/Lindemeier, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 40 Rn. 74). Die Rechtsprechung ist insoweit streng und verlangt in analoger Anwendung von § 35 GBO die Vorlage eines Erbscheins oder eines öffentlich beurkundeten Testaments (KG NZG 2018, 1150 Tz. 6; OLG Stuttgart ZEV 2012, 338). Mit der **Vorlage des privatschriftlichen Testaments** wird sich keine Berichtigung im Handelsregister erzielen lassen.

#### c) Testamentsvollstreckung

Nach § 2205 S. 1 BGB ist Voraussetzung für die Anordnung der Testamentsvollstreckung über einen Vermögensgegenstand, dass es sich bei diesem um Nachlassvermögen handelt. Fraglich ist daher, ob der Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung der Umstand entgegensteht, dass der Kommanditanteil auf die Erben im Wege der Sondererbfolge übergegangen ist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist dies unschädlich. Dass der Kommanditanteil nicht in das Vermögen der Erbengemeinschaft, sondern unmittelbar dem Erben im Wege der Sondererbfolge zufällt, schließt die Anordnung der Testamentsvollstreckung nicht aus (BGH NJW 1989, 3152, 3153; MittBayNot 1986, 191, 194; ZEV 2012, 335 Rn. 18; zum Ganzen Lorz, in:

Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2019, § 139 Rn. 11 m. w. N. auch zu früheren Gegenauffassungen).

Im Grundsatz ist anerkannt, dass auch der Gesellschaftsanteil an einer Personengesellschaft der Dauertestamentsvollstreckung unterfallen kann; dies gilt insbesondere für eine Kommanditbeteiligung (vgl. BGH NJW 1989, 3152; ZEV 2012, 335 Rn. 14). Voraussetzung für die Zulässigkeit der Testamentsvollstreckung in den Kommanditanteil ist außerdem, dass diese entweder im Gesellschaftsvertrag zugelassen ist oder die Mitgesellschafter der Testamentsvollstreckung zustimmen (BGH NJW 1977, 1339; NJW 1989, 3152, 354; ZEV 2012, 335 Rn. 18). Der Testamentsvollstrecker kann den Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung vertreten (vgl. Burandt/Rojahn/Heckschen, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2205 Rn. 39-51). Nach Auffassung des BGH erstreckt sich die Testamentsvollstreckung nicht nur auf die Außen-, sondern auch auf die Innenseite der Beteiligung. Ausgenommen sind lediglich solche Handlungen, die zu einer persönlichen Haftung des Kommanditisten führen (BGH FamRZ 1989, 1168). Der Testamentsvollstrecker kann die Rechte an der Innenseite der Beteiligung nur ausüben, wenn dies nach dem Gesellschaftsvertrag zulässig ist oder die Gesellschafter im Einzelfall ihre Zustimmung erteilen (Staudinger/Reimann, BGB, 2017, § 2205 Rn. 181). Einzelheiten sind allerdings noch ungeklärt.

Der Testamentsvollstrecker kann auch die Handelsregisteranmeldung vornehmen, sofern Verwaltungs- oder Dauertestamentsvollstreckung angeordnet ist (vgl. OLG München RNotZ 2009, 666, 667; Burandt/Rojahn/Heckschen, § 2205 Rn. 42).

In das Handelsregister ist ein Testamentsvollstreckervermerk einzutragen (vgl. BGH NJW-RR 2012, 730; NJW 2015, 1303 Tz. 18).