
GmbHG § 40

Kanada: Erbnachweis für einen verstorbenen GmbH-Gesellschafter

I. Sachverhalt

Es wurde ein Gesellschafterbeschluss über eine Kapitalerhöhung bei einer GmbH beurkundet. Für einen in Kanada lebenden Gesellschafter (kanadischer Staatsangehöriger) handelte ein vollmachtloser Vertreter. Der Gesellschafter verstarb jedoch in der kanadischen Provinz Ontario, bevor er die Stimmabgabe durch den vollmachtlosen Vertreter genehmigen und die Übernahme der im Zuge der Kapitalerhöhung neu gebildeten Anteile erklären konnte.

Die Hinterbliebenen legen nun ein „*proof of death certificate*“ eines Bestattungsunternehmens und ein „*primary last will and testament*“ vor. Das Testament hatte der Gesellschafter vor zwei Zeugen

unterschrieben. Danach ist seine Ehefrau seine alleinige „Erbin“.

II. Fragen

Wie stellt sich die Erbfolge nach dem verstorbenen Gesellschafter dar? Wie erfolgt der Nachweis der Erbfolge?

III. Zur Rechtslage

1. Auf die Erbfolge anwendbares Recht

Gem. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO unterliegt die Erbfolge dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Der gewöhnliche Aufenthalt i. S. d. EuErbVO ist nicht gesetzlich definiert. Aus den Erwägungsgründen 23 und 24 EuErbVO sollen sich allerdings nach Ansicht des EuGH Anhaltspunkte für die Auslegung des Begriffs ergeben. Es soll danach auf eine langfristige und dauerhafte Verbindung des Erblassers zu einem bestimmten Staat ankommen (EuGH ZEV 2020, 628 „E. E.“). Sämtliche Umstände des Einzelfalls seien im Rahmen einer langfristigen Betrachtung auszuwerten. Es kommt darauf an, wo eine Person in sozialer und familiärer Hinsicht ihren Lebensmittelpunkt hatte.

Der Erblasser ist in Ontario verstorben und war kanadischer Staatsangehöriger. Daraus allein ergibt sich noch nicht zwingend, wo er zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. EuErbVO hatte. Sollte man allerdings – wofür eine gewisse Vermutung spricht – annehmen, dass er seinen Lebensmittelpunkt und seinen gewöhnlichen Aufenthalt i. S. d. EuErbVO zuletzt in Kanada hatte, ergäbe sich aus Art. 21 Abs. 1 EuErbVO eine Verweisung auf das in Kanada geltende Recht einschließlich dessen internationales Privatrecht (IPR), Art. 34 Abs. 1 EuErbVO. Eine Rückverweisung auf das deutsche Recht wäre demnach zu beachten.

In Kanada sind weder das Erbrecht noch das IPR einheitlich geregelt. Gem. Art. 36 Abs. 1 EuErbVO wäre zur Ermittlung der einschlägigen Teilrechtsordnung auf eine bundeseinheitliche kanadische Regelung abzustellen, welche bestimmt, das Recht welcher Provinz anzuwenden ist. Auch eine solche einheitliche interlokale Kollisionsrechtsregelung gibt es in Kanada allerdings (zumindest auf dem Gebiet des Erbrechts) nicht. Daher wird durch Art. 21 Abs. 1 EuErbVO in Ermangelung einheitlicher interner kanadischer Kollisionsvorschriften i. S. v. Art. 36 Abs. 1 EuErbVO gem. Art. 36 Abs. 2 lit. a EuErbVO auf

das Recht der Gebietseinheit verwiesen, in welcher der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Damit dürfte hier eine Verweisung auf das IPR der Provinz Ontario ausgesprochen worden sein, wenn der Erblasser dort zuletzt seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

In der kanadischen Provinz Ontario ist das internationale Erbrecht in Sec. 34 ff. des *Ontario Succession Law Reform Act 1990* geregelt. Hieraus ergibt sich, dass die Art und Form der Testamentserrichtung, die materielle Wirksamkeit und die Wirkungen eines Testaments, soweit es bewegliches Vermögen betrifft, durch das materielle Recht des Ortes, an dem der Testator zum Zeitpunkt seines Todes sein *domicile* hatte, bestimmt werden, Sec. 36 Abs. 2 *Ontario Succession Law Reform Act 1990*. Die Art und Weise der Errichtung eines Testaments, seine materielle Wirksamkeit und Wirkungen in Bezug auf unbewegliches Vermögen (*interest in land*) unterliegen dagegen dem materiellen Recht des Staates, in dem das jeweilige Grundstück belegen ist, Sec. 36 Abs. 1 *Ontario Succession Law Reform Act 1990* (Meyer, ZEV 1998, 452, 454; Hausmann/Nockelmann, Internationales Erbrecht, Länderbericht Kanada (Provinz Ontario), Std.: 1.1.2002, Rn. 4).

Hieraus ergibt sich hinsichtlich der Anteile an der GmbH (da es sich hierbei um bewegliches Vermögen handelt) eine Verweisung auf das Recht des Staates, in dem der Erblasser zuletzt sein *domicile* i. S. d. Rechts von Ontario hatte.

Ein *domicile* erwirbt jeder Mensch mit der Geburt von seinen Eltern (*domicile of origin*). Volljährige Personen können ihr *domicile* verändern (*domicile of choice*) (Fleischhauer, MittRhNotK 2000, 225, 227). Erforderlich für die Begründung eines solchen *domicile of choice* ist der tatsächliche Aufenthalt (*actual residence*) in einem bestimmten Rechtsgebiet, verbunden mit dem Willen, dort für eine nicht von vornherein beschränkte Zeit zu bleiben (*animus manendi et non revertendi*). Das *domicile* enthält also ein objektives und ein subjektives Element (Pitel, Conflict of Laws, 3. Aufl. 2025, S. 15; Fleischhauer, MittRhNotK 2000, 225, 227). Insoweit wäre mithin im vorliegenden Fall genauer festzustellen, wo der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes sein *domicile* i. S. d. kanadischen Rechts hatte. Dabei kann von der Begründung eines *domicile of choice* in Ontario ausgegangen werden, sollte der Erblasser sich dort zuletzt dauerhaft mit der Absicht aufgehalten ha-

ben, auch endgültig oder zumindest dauerhaft in Ontario zu verbleiben.

Vorrangig vor der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt wäre eine Rechtswahl zu beachten. Der Erblasser konnte aufgrund seiner kanadischen Staatsangehörigkeit gem. Art. 22 Abs. 1 EuErbVO das kanadische Recht wählen. Sollte das Testament auf bestimmte Vorschriften des Rechts von Ontario Bezug nehmen, wäre das Vorliegen einer konkludenten Rechtswahl denkbar. Eine solche wäre gem. Art. 22 Abs. 2 EuErbVO möglich. Schließlich käme dann, sollte das Testament vor dem 16.8.2015 errichtet worden sein, eine fiktive Rechtswahl gem. Art. 83 Abs. 4 EuErbVO in Betracht. Danach ist eine Wahl des Heimatrechts immer dann anzunehmen, wenn der Erblasser das Testament vor dem 17.8.2015 „nach den Vorschriften dieses Rechts“ errichtet hatte. Folge einer Rechtswahl wäre insbesondere, dass das Recht dieses Staates anzuwenden ist und eine Rückverweisung bzw. Weiterverweisung des in seinem Heimatstaat geltenden IPR gem. Art. 34 Abs. 2 EuErbVO nicht mehr zu beachten wäre. Nachdem im vorliegenden Fall jedoch das IPR von Ontario (hinsichtlich beweglichen Vermögens) die Verweisung ohnehin annimmt, dürfte sich keine Rückverweisung ergeben.

2. Zur Formwirksamkeit des Testaments

Die Formwirksamkeit einer Verfügung von Todes wegen untersteht aus deutscher Sicht gem. Art. 75 Abs. 1 EuErbVO (vorrangig vor Art. 27 EuErbVO) den Vorschriften des Haager Testamentsformübereinkommens vom 5.10.1961 (HTFÜ).

Art. 1 Abs. 1 lit. a HTFÜ lässt zur Formwirksamkeit eines Testaments genügen, dass dieses den Regeln des am Errichtungsort geltenden Rechts entsprechend verfasst wurde. Insoweit dürfte im vorliegenden Fall bei Errichtung des Testaments in Ontario genügen, dass das Testament den Regeln des in Ontario geltenden materiellen Erbrechts entsprechend verfasst wurde.

Insoweit bestimmt Sec. 3 *Ontario Succession Law Reform Act 1990*, dass ein Testament in Schriftform zu verfassen ist. Das Testament ist gem. Sec. 4 Abs. 2 *Ontario Succession Law Reform Act 1990* an dessen Ende durch den Testator zu unterschreiben. Die Unterschrift ist in Gegenwart von mindestens zwei bei Unterschriftsleistung gegenwärtigen Zeugen vorzunehmen oder anzuerkennen. Schließlich muss das Testament von min-

destens zwei Zeugen in Gegenwart des Testators ebenso unterschrieben werden. Das materielle Erbrecht von Ontario verlangt also die Errichtung des Testaments als Zwei-Zeugen-Testament (Nockelmann, Rn. 9). Die genannten gesetzlichen Anforderungen sind bei der Testamentserrichtung vorliegend eingehalten worden. Falls die begünstigte Ehefrau selbst als Zeugin unterschrieben hat, hätte dies regelmäßig zur Folge, dass die Verfügungen zugunsten des betreffenden mitwirkenden Zeugen unwirksam sind (Sec. 12 Abs. 1 *Ontario Succession Law Reform Act 1990*).

3. Erbenstellung nach dem Recht von Ontario

Besonderheit des in Ontario geltenden *common law* ist es, dass dieses einen „Erben“ i. S. d. deutschen Rechts nicht kennt. Das Eigentum am Nachlass geht vielmehr auf einen Nachlassverwalter (*personal representative*) über. Dieser kann vom Erblasser testamentarisch ernannt werden (*executor*). Wurde kein *executor* benannt, bestellt der *probate court* einen *personal representative (administrator)*. Der *personal representative* hat den Nachlass entsprechend den testamentarischen Anordnungen zu verwalten und anschließend den testamentarisch benannten Vermächtnisnehmern herauszugeben. Anders als beim *trust* sind die Vermächtnisnehmer während der Dauer der Nachlassverwaltung durch den *executor* noch nicht einmal in einer quasi-dinglichen Weise am Nachlass berechtigt (Häcker, in: Löhnig/Dutta/Gottwald/Grziwotz, u. a., Testamentsvollstreckung in Europa, 1. Aufl. 2018, S. 203).

Unter der Geltung des Art. 25 EGBGB a. F. für Erbfälle bis zum 16. August 2015 wurde in Deutschland von der überwiegenden Auffassung die sog. Spaltungstheorie vertreten: Aus dem kollisionsrechtlichen Grundsatz des *common law*, wonach der gesamte in einem *common law*-Gebiet belegene (unbewegliche und bewegliche) Nachlass Gegenstand der dort geltenden Regeln über die *administration* ist, ergebe sich eine „versteckte Rückverweisung“ hinsichtlich des in Deutschland belegenen Vermögens. Für das in Deutschland belegene Vermögen gelte somit deutsches Nachlassabwicklungsrecht und trete daher ein unmittelbarer Erwerb durch einen oder mehrere „Erben“ i. S. d. deutschen Rechts ein (so KG ZEV 2012, 593; Staudinger/Dörner, BGB, 2007, Art. 25 EGBGB Rn. 268; grundlegend: Firsching, Deutsch-amerikanische Erbfälle, 1965, S. 1; zuletzt wieder OLG Hamm ZEV 2025, 535 Rn. 92; vgl. auch KG ErbR 2025, 326).

Dagegen wird für Erbfälle unter der Geltung der EuErbVO nunmehr zunehmend vertreten, dass die Verweisung auf das ausländische Recht im Fall eines *common law*-Staates auch das System des dort vorgesehenen Erbgangs einschließt. Es sei daher zu beachten, dass der *executor* als *personal representative* nicht lediglich die Befugnis erhalte, über den Nachlass zu verfügen, sondern diesen zunächst zu Eigentum erwerbe. Er sei daher im Erbschein nicht als Testamentsvollstrecker, sondern als Inhaber des gesamten Nachlasses, also – nach deutschem Verständnis – als „Erbe“ auszuweisen (J. P. Schmitt, in: Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2. Aufl. 2021, Art. 23 EuErbVO Rn. 66; Mariottini, Effects of the EU Succession Regulation on Wills and Successions connected with the United States, in: Bariatti/Viarengo/Villata, EU Cross-Border and Succession Law, 2022, Rn. 32.037; Odersky, in NK-BGB, V: Erbrecht, 6. Aufl. 2022, Länderbericht England Rn. 28 ff.; Weber/Weber, Die Testamentsvollstreckung, 2024, Rn. 782). Dieser Ansicht hat sich in der Rechtsprechung nunmehr das OLG Düsseldorf angeschlossen (BeckRS 2025, 17904 zu einem durch ein englisches Gericht bestellten *administrator*).

Nach alledem ist im vorliegenden Fall dann, wenn das Testament nach den Regeln des in Ontario geltenden *common law* formuliert ist, wohl anzunehmen, dass dieses keinen „Erben“ benennt. Vielmehr dürfte das Testament eine Person zum „*executor*“ bzw. zum „*executor and trustee*“ einsetzen und diesen anweisen, den Nachlass zu Gunsten bestimmter Personen zu verwalten bzw. nach Begleichung aller Nachlassverbindlichkeiten einer oder verschiedenen weiteren Personen auszuhändigen.

Je nachdem, welcher der vorgenannten beiden Ansichten man folgt, wäre im vorliegenden Fall entweder der *executor* deswegen, weil er Universalnachfolger des Erblassers ist und zumindest in formeller Weise die Eigentümerstellung am Nachlass des Erblassers erhält, als „Erbe“ i. S. d. deutschen Rechts zu behandeln und daher auch in der Gesellschafterliste entsprechend als neuer Gesellschafter einzutragen. Folgt man dagegen der überkommenen Ansicht, wonach aus seiner Position als *executor* noch nicht das Recht folgt, den Nachlass auch für sich selbst zu behalten, wäre er allenfalls als Testamentsvollstrecker zu behandeln, während die testamentarisch begünstigten Personen als Miterben zu behandeln wären. Es stellt sich dann lediglich die Frage, ob

auch unter den Maßstäben des BGB deswegen, weil der *executor* den Nachlass dauerhaft verwalten soll, diesem die Position eines Testamentsvollstreckers zukommt.

Einfacher ist die Situation dann, sollte der Erblasser in seinem Testament seine überlebende Ehefrau zur *executrix* bzw. *executrix and trustee* eingesetzt haben und ihr zugleich auch den gesamten Nachlass bzw. den wesentlichen Teil des Nachlasses zugewandt haben und allenfalls über einzelne Rechte durch Einzelvermächtnis (*legacy* bzw. *device*) verfügt haben. In diesem Fall käme der überlebenden Ehefrau nach beiden Ansichten im Inland die Position einer „Alleinerbin“ i. S. d. deutschen Rechts zu. Der Geschäftsführer müsste sodann nicht entscheiden, ob er der traditionellen oder der neuen Auffassung folgt.

4. Zum Nachweis der Erbfolge

Insoweit ist zwischen den Nachweisen gegenüber dem Geschäftsführer, dem Notar sowie dem Handelsregister zu unterscheiden.

a) Nachweis gegenüber dem Geschäftsführer; Pflicht zur Erstellung und Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Verstirbt ein GmbH-Gesellschafter, so ist der Geschäftsführer berufen, eine neue Gesellschafterliste zu erstellen und zum Handelsregister einzureichen, sobald ihm die Erbfolge nachgewiesen ist, § 40 Abs. 1 S. 1, 5 GmbHG (MünchKommGmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2023, § 40 Rn. 157, 234; Wicke, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 40 Rn. 31). Für den Nachweis der Erbfolge existieren dabei (anders als z. B. im Grundbuchrecht) keine festen Regeln. Insbesondere *kann* der Geschäftsführer einen Erbschein als Nachweis verlangen – dies dürfte insbesondere dann geboten sein, wenn die Erbfolge nicht einfach zu beurteilen ist – sich aber auch mit anderen Nachweisen zufrieden geben (Wicke, § 40 Rn. 31 m. w. N.).

Sollte das Testament im vorliegenden Fall die überlebende Ehefrau eindeutig zur *executrix* und alleinigen Nachlassbegünstigten ernannt haben, dürfte die rechtliche Beurteilung dem Geschäftsführer (selbst angesichts des oben erwähnten Literaturstreits und der ungeklärten Rechtslage in der Rechtsprechung) möglich sein. Allerdings müsste der Nachweis erbracht werden, dass die Erbfolge tatsächlich auf diesem Testament beruht (vgl. Luther/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 40 Rn. 78). Dieser Nachweis könnte im vorliegenden Fall z. B. durch die Eröffnungsurkunde eines

deutschen Gerichts erfolgen. Als ausreichend könnte der Geschäftsführer darüber hinaus aber auch ansehen, wenn ihm die Bestätigung (*probate*) eines Nachlassgerichts in Ontario (*probate court*) vorgelegt wird, in welcher dieses das Testament als wirksam und für die Erbfolge maßgeblich und eine bestimmte Person als *personal representative* und damit als Rechtsnachfolgerin des Erblassers bestätigt hat.

b) Nachweis gegenüber dem Notar; Prüfung der Rechtsnachfolge bei Unterschriftsbeglaubigung

Zur Genehmigung der Erklärungen des vollmachtlosen Vertreters sowie zur Abgabe der Übernahmeerklärung erscheint vorliegend nicht (wie ursprünglich geplant) der kanadische Gesellschafter, sondern dessen Ehefrau als Rechtsnachfolgerin. Dies wirft die Frage auf, welche Nachweise sich der Notar hierbei vorlegen lassen sollte (siehe allg. zur Vererblichkeit des Bezugsrechts nach § 55 Abs. 2 GmbHG: BeckOGK-GmbHG/Miller, Std. 15.7.2025, § 55 Rn. 193; MünchKommGmbHG/Lieder, 5. Aufl. 2025, § 55 Rn. 116).

Die Pflicht zur Prüfung der Rechtsmacht zur Abgabe der Erklärungen folgt aus § 17 Abs. 1 BeurkG, ähnlich der Situation, in welcher der Notar sich von der Vertretungsmacht des Vertreters zu überzeugen hat (s. hierzu BeckOK-BeurkG/Köther, Std. 1.9.2025, § 17 Rn. 10). § 35 GBO ist nicht einschlägig, da die Urkunden nicht zum Grundbuchvollzug vorzulegen sind. Der Notar *kann* sich daher u. E. auch mit „weniger“ als einem förmlichen Erbnachweis begnügen, muss jedoch von der Rechtsmacht der Ehefrau zur Abgabe der Genehmigungs- und Übernahmeerklärung überzeugt sein.

Unerheblich für die notarielle Prüfung ist es u. E., wenn beim Handelsregister zum Zeitpunkt der Unterschriftsbeglaubigung bereits eine aktualisierte Gesellschafterliste hinterlegt ist, die die Ehefrau als Inhaberin des Geschäftsanteils ausweist. Die Gesellschafterliste hat nach § 16 Abs. 1 GmbHG zwar Legitimationswirkung gegenüber der Gesellschaft, jedenfalls *in dieser Situation* nicht aber gegenüber dem Notar, der sein konkretes Urkundengeschäft (Kapitalerhöhungsbeschluss, Übernahmeerklärung) vor Augen hat. Eine Bindung des Notars an die Ausweisung der Ehefrau als Gesellschafterin in der Gesellschafterliste hätte zudem u. U. ein Defizit an Rechtssicherheit zur Folge, da der Notar keinen Einfluss darauf

hat, wie der Geschäftsführer die Erbfolge geprüft hat. Auch das Handelsregister prüft bei der Aufnahme der Liste nur formelle Aspekte, nicht aber die inhaltliche Richtigkeit der Eintragungen (vgl. BGH NZG 2025, 994 Rn. 33: Prüfungsrecht nur bei „sichere[r] Kenntnis“ von „offensichtlich[en] inhaltliche[n] Mängel[n]“; s.a. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rn. 357). Müsste der Notar sich an die Eintragung in der Gesellschafterliste halten, den Nachweis der Rechtsnachfolge ihm gegenüber also als geführt ansehen, so würde sich ein etwaiger Fehler des Geschäftsführers perpetuieren.

c) Nachweis der Rechtsnachfolge gegenüber dem Handelsregister

Bei der Anmeldung einer Kapitalerhöhung zum Handelsregister sind die in § 57 Abs. 3 GmbHG genannten Dokumente und Erklärungen beizufügen, darunter die Übernahmeerklärungen nach § 55 Abs. 1 GmbHG. Daneben ist, wie bei jeder Satzungsänderung, der Beschluss über die Satzungsänderung (Kapitalerhöhungsbeschluss) beizufügen (BeckOK-GmbHG/Ziemons, Std.: 1.5.2024, § 57 Rn. 38). Das Handelsregister prüft nach § 57a GmbHG umfassend, ob die Kapitalerhöhung gesetzes- und satzungskonform erfolgt ist (BeckOK-GmbHG/Ziemons, § 57a Rn. 2). Hiervon umfasst ist auch die Frage, ob die Ehefrau die Erklärungen des vollmachtlosen Vertreters genehmigen konnte und ob die Übernahmeerklärung wirksam abgegeben wurde.

Prüfungsmaßstab ist § 26 FamFG, sodass auch im Registerverfahren nicht zwingend besondere (Form-)Vorgaben an den Nachweis der Erbfolge zu stellen sind. Ein Fall des § 12 Abs. 1 S. 5 HGB, wonach die Rechtsnachfolger eines Beteiligten die Rechtsnachfolge soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen haben, liegt nicht vor, da es sich nicht um den Nachweis der Rechtsnachfolge eines Beteiligten *am Anmeldeverfahren* handelt (wie bspw. im Fall eines verstorbenen Kommanditisten und der Anmeldung von dessen Rechtsnachfolger, vgl. hierzu KG NZG 2018, 1150). Vielmehr wird eine Kapitalerhöhung durch die Geschäftsführer angemeldet (s. § 78 GmbHG: sämtliche Geschäftsführer) und die Frage der Rechtsnachfolge nach einem Gesellschafter stellt sich nur inzident. Wenn die dem Register vorgelegten Dokumente die Rechtsnachfolge jedoch plausibel belegen, so hat das Registergericht u. E. keine weiteren Nachforschungen anzustellen. Gesetzliche Formerfordernisse an den Nachweis der Erbfolge bestehen jedenfalls nicht.