

Gutachten des Deutschen Notarinstituts**Abruf-Nr.:** 192566**letzte Aktualisierung:** 17. März 2023**BGB § 727; GBO §§ 19, 22, 35****GbR; Grundbuchberichtigung nach dem Tod eines Gesellschafters; Erforderlichkeit des Nachweises der Erbenstellung; transmortale Vollmacht****I. Sachverhalt**

A, B und C sind in Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. A ist nunmehr verstorben. Er wurde aufgrund gesetzlicher Erbfolge beerbt von seiner Ehefrau B und seinem Sohn C. Ein Erbschein wurde bisher aus Kostengründen (ca. 15.000 EUR) nicht beantragt. A hat der B unter Befreiung von § 181 BGB und über den Tod des A hinaus eine Vorsorgevollmacht erteilt. Im notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag ist geregelt, dass beim Tod eines Gesellschafters die Gesellschaft mit dessen Erben fortgesetzt wird, soweit es sich hierbei um Ehepartner und/oder Abkömmlinge des verstorbenen Gesellschafters handelt.

II. Fragen

1. Ist eine Grundbuchberichtigung nach § 19 GBO allein unter Vorlage des Gesellschaftsvertrags, d. h. ohne Erbschein, möglich, ggf. aufgrund der transmortalen Vorsorgevollmacht?
2. Wenn Frage 1 zu verneinen ist: Gibt es in diesem Fall eine andere Möglichkeit, die Grundbuchberichtigung ohne Erbschein zu erreichen?
3. Wenn Frage 1 zu verneinen ist: Wäre eine Grundbuchberichtigung allein unter Vorlage des Gesellschaftsvertrags, d. h. ohne Erbschein, möglich, falls der Gesellschaftsvertrag nur eine einfache Fortsetzungsklausel enthalten würde?

III. Zur Rechtslage**I. Grundsätze****1. Materielle Rechtslage**

Nach § 727 Abs. 1 BGB wird die Gesellschaft durch den Tod eines der Gesellschafter aufgelöst, sofern nicht aus dem Gesellschaftsvertrag sich ein anderes ergibt. Im Gesellschaftsvertrag kann mithin die Vererblichkeit bzw. eine sonstige Rechtsnachfolge in einen Gesellschaftsanteil vereinbart werden.

Als abweichende Vereinbarungen kommen dabei insbesondere folgende Klauseln in Betracht (Überblick zu den möglichen abweichenden Vereinbarungen etwa bei MünchKommBGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 727 Rn 27 ff. m. w. N.):

Eine einfache **Fortsetzungsklausel** ist gegeben, wenn der Gesellschaftsvertrag für den Todesfall eines Gesellschafters die Fortsetzung der Gesellschaft allein mit den überlebenden Gesellschaftern vorsieht; der verstorbene Gesellschafter scheidet mit seinem Tod aus der Gesellschaft aus und sein Anteil am Gesellschaftsvermögen wächst den übrigen Gesellschaftern zu (§ 738 Abs. 1 S. 1 BGB; BeckOK-BGB/Schöne, 62. Ed. 1.2.2023, § 727 Rn. 12).

Einfache Nachfolgeklauseln bezwecken ebenfalls abweichend von § 727 Abs. 1 BGB die Auflösung der Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters auszuschließen und darüber hinaus aber den Anteil an der werbenden Gesellschaft für den oder die als Nachfolger in Betracht kommenden Personen vererblich zu stellen (MünchKommBGB/Schäfer, § 727 Rn 27 f.). Beim Tod eines Gesellschafters werden sodann alle seine Erben automatisch Gesellschafter (s. nur Grüneberg/Weidlich, BGB, 82. Aufl. 2023, § 1922 Rn. 16 m. w. N.). Sie treten allerdings nicht in Erbengemeinschaft ein, sondern im Weg der Sondererbfolge mit einem der Größe ihres Erbteils entsprechenden Gesellschaftsanteil (BGH NJW 1983, 2376).

Ein Gesellschaftsanteil kann – wie im vorliegenden Sachverhalt ausweislich Ihrer Angaben geschehen – auch dergestalt vererblich gestellt sein, dass nur einer oder mehrere Miterben in die Gesellschafterstellung nachfolgen sollen (sog. **qualifizierte Nachfolgeklausel**). Hier wird nur derjenige Gesellschafter, der zugleich kraft Erbfolge und Regelung im Gesellschaftsvertrag (hier: Ehepartner und/oder Abkömmlinge) dazu berufen ist. Erbt ein Miterbe aufgrund qualifizierter Nachfolgeklausel alleine, so geht der Gesellschaftsanteil des Erblassers auf ihn über (BGH NJW 1977, 1339; Grüneberg/Weidlich, § 1922 Rn. 18).

2. Nachweisführung gegenüber dem Grundbuchamt

Für die Nachweisführung gegenüber dem Grundbuchamt gilt grundsätzlich Folgendes (instruktiver Überblick: BeckOK-GBO/Kral, Std.: 2.1.2023, Sonderbereiche: Gesellschaftsrecht, Rn. 74 ff.; s. weiterhin auch BeckOGK-BGB/Hertel, Std.: 15.4.2021, § 899a Rn. 49 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn 4273 ff., 4275 ff.):

Zur Berichtigung des Grundbuchs kann einerseits der Weg der Berichtigungsbewilligung gem. § 19 GBO und andererseits der Weg des Unrichtigkeitsnachweises gem. § 22 GBO gewählt werden.

a) Berichtigungsbewilligung

Zunächst kommt eine Grundbuchberichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung gem. § 19 GBO in Betracht. Erforderlich ist dann eine Berichtigungsbewilligung seitens aller Erben des ausgeschiedenen Gesellschafters, die hierbei wiederum ihre Erbenstellung gem. § 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen haben, und grundsätzlich aller verbliebenen Gesellschafter (OLG München MittBayNot 2016, 408; OLG München RNotZ 2015, 639; BeckOK-GBO/Kral, Sonderbereiche: Gesellschaftsrecht, Rn. 71, 76; vgl. hinsichtlich einer Fortsetzungsklausel bspw. auch Weber, ZEV 2015, 200, 203; teilweise wird in der Rechtsprechung allerdings die Bewilligung der verbliebenen Gesellschafter für entbehrlich gehalten, so bspw. KG FGPrax 2015, 153). Ob es bei der Grundbuchberichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung nach § 19 GBO der Vorlage des Gesellschaftsvertrags bedarf, ist hingegen umstritten (vgl. dazu Freier,

DNotZ 2020, 884, 886 ff.; bejahend bspw. BeckOK-GBO/Kral, Sonderbereiche: Gesellschaftsrecht, Rn. 71, 76; ablehnend KG RNotZ 2009, 251). **Festzuhalten bleibt jedoch, dass im Falle der Grundbuchberichtigung aufgrund Berichtigungsbewilligung ein Nachweis der Erbenstellung nach dem durch Tod ausgeschiedenen Gesellschafter in der Form des § 35 Abs. 1 GBO gefordert wird.**

b) Unrichtigkeitsnachweis

Ferner bestünde die Möglichkeit, gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis der Unrichtigkeit zu erbringen. Hierfür ist die Vorlage der **Sterbeurkunde** des verstorbenen Gesellschafters notwendig sowie die Vorlage des **Gesellschaftsvertrags**, um das Bestehen der Fortsetzungsklausel nachzuweisen (Freier, DNotZ 2020, 884, 897; BeckOK-GBO/Kral, Sonderbereiche: Gesellschaftsrecht, Rn. 71).

Ob ein Nachweis für die Erbfolge (§ 35 GBO) vorgelegt werden muss, hängt davon ab, wie die Gesellschaft fortgesetzt wird. **Wird die Gesellschaft nach dem Tod eines Gesellschafters mit dessen Erben oder auch nur bestimmten Erben fortgesetzt (einfache oder qualifizierte Nachfolgeklausel), müssen diese ihre Erbenstellung in der Form des § 35 GBO nachweisen** (Weber, ZEV 2015, 200, 201, 203; Freier, DNotZ 2020, 884, 897 f.). **Regelt der Gesellschaftsvertrag jedoch eine Fortsetzung der Gesellschaft unter den verbleibenden Gesellschaftern (Fortsetzungsklausel), genügt an sich die Vorlage der Sterbeurkunde des verstorbenen Gesellschafters und des Gesellschaftsvertrags** (BeckOK-GBO/Kral, Sonderbereiche: Gesellschaftsrecht, Rn. 71; Weber, ZEV 2015, 200, 203; Schaal, RNotZ 2008, 569, 580; Schöner, DNotZ 1998, 815, 816). Auch die Buchposition (also nicht der Gesellschaftsanteil) des Erblassers dürfte keine eigenständige Rechtsposition darstellen, die auf die Erben übergeht und zu deren Löschung die Mitwirkung der Erben als Betroffene i. S. v. § 19 GBO erforderlich ist (so aber KG DNotZ 2020, 916 Rn. 14). Insofern hat der BGH jüngst ausdrücklich festgehalten (ZEV 2022, 358 Rn. 11, 17):

„Nach dem Tod des Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die Buchposition des Gesellschafters keine gesondert vererbliche Rechtsposition dar; die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags [...]. Wegen der Vermutung des § 891 BGB ist für die Bewilligungsberechtigung zwar grds. die Grundbuchposition maßgeblich. Die Buchposition ist aber kein selbständig vererblicher Vermögenswert, sondern sie beruht grds. auf der materiellen Berechtigung, die durch sie verlautbart wird (vgl. nur BayObLGZ 1992, 259 (263)). Ist das Grundbuch unrichtig und die Vermutung des § 891 BGB widerlegt, muss der wahre Berechtigte, also der Inhaber des betroffenen Rechts, die Eintragung gem. § 19 GBO bewilligen [...]. Für die Gesellschafter einer GbR und die Vermutung des § 899a S. 1 BGB gilt das gem. § 47 Abs. 2 S. 2 GBO entsprechend. Steht fest, dass ein im Grundbuch eingetragener Gesellschafter einer GbR verstorben ist, ist die Vermutung des

§ 891 BGB widerlegt. Infolgedessen müssen an Stelle des verstorbenen Gesellschafters nunmehr dessen Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil die Zustimmung erklären; eine vom Gesellschaftsvertrag losgelöste Vererbung der Buchposition findet nicht statt. [...]

Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen eine Regelung gem. § 736 Abs. 1 BGB, wonach die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (sog. Fortsetzungsklausel), wächst der Anteil des verstorbenen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen gem. § 738 Abs. 1 S. 1 BGB den übrigen Gesellschaftern zu. [...] Im Ergebnis geht die Zustimmungsberechtigung des Verstorbenen also auf den oder die Mitgesellschafter über.“

Zudem muss der Gesellschaftsvertrag vorgelegt werden, aus dem sich die Nachfolgeklausel ergibt. Die Rechtsprechung lässt hierbei, wenn der Gesellschaftsvertrag nur privatschriftlich oder mündlich abgeschlossen wurde, ausnahmsweise einen formlosen Nachweis genügen, wenn die Grundbuchberichtigung anders nicht möglich ist (vgl. jüngst dazu BGH ZEV 2022, 258 Rn. 23 ff.). Die verbliebenen Gesellschafter bzw. die Erben können dann z. B. einen privatschriftlichen Vertrag oder auch notariell beglaubigte, übereinstimmende Erklärungen über den Inhalt des formlosen Gesellschaftsvertrages vorlegen (dazu BGH ZEV 2022, 258 Rn. 23 ff.; OLG München NZG 2020, 191; OLG Dresden BWNotZ 2011, 194; OLG Zweibrücken FGPrax 1995, 93; Überblick zum Meinungsstand: BeckOK-GBO/Kral, Sonderbereiche: Gesellschaftsrecht, Rn. 68 m. w. N.).

3. Konsequenzen für den vorliegenden Sachverhalt

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass u. E. damit **sowohl eine Grundbuchberichtigung nach § 19 GBO als auch eine Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO bei Vorliegen einer sog. qualifizierten Nachfolgeklausel nur dann in Frage kommen dürfte, wenn die Erbenstellung gem. § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden kann**. Soweit hingegen eine **Fortsetzungsklausel** vereinbart wäre, dürfte der **Unrichtigkeitsnachweis** wohl entsprechend der jüngsten Rechtsprechung des BGH (und entgegen der vorgenannten Entscheidung des KG) geführt werden können, **ohne dass insofern die Erbenstellung gem. § 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen wäre**.

II. Besonderheiten bei Vorliegen einer transmortalen Vollmacht

Fraglich ist, ob hier vom Nachweis, dass B und C materiell-rechtlich Erben des A geworden sind, in der Form des § 35 Abs. 1 GBO abgesehen werden kann, da B hier zugleich **aufgrund der vorliegenden transmortalen Bevollmächtigung** handeln könnte. Dies dürfte insb. für die Berichtigung durch Bewilligung (§ 19 GBO) relevant sein.

Soll das Grundbuch mittels Berichtigungsbewilligung berichtet werden, bedarf es – wie vorstehend dargelegt – grundsätzlich der Bewilligung aller Erben des verstorbenen und ausgeschiedenen Gesellschafters, welche den Erbnachweis in der Form des § 35 GBO zu erbringen und die Sterbeurkunde vorzulegen haben (Freier, DNotZ 2020, 884, 895).

Ist allerdings eine transmortale Vollmacht erteilt, **befähigt diese nach Ansicht der Rechtsprechung bis zum Widerruf (dazu § 172 Abs. 2 BGB) ihren Inhaber, die Berichtigung des Grundbuchs zu bewilligen (§§ 19, 22 GBO)**, ohne dass die Erben voreingetragen sein müssten oder ihre Erbenstellung nach § 35 GBO nachzuweisen hätten (OLG Dresden BWNotZ 2011, 194 m. w. N.; KG DNotZ 2020, 916 Rn. 24). Somit könnte augenscheinlich die B hier mittels notarieller transmortaler Vollmacht für die Erben handeln; ein Erbnachweis wäre nicht notwendig.

Das OLG Dresden und das KG beschäftigen sich allerdings in ihren Entscheidungen nicht näher mit folgendem Aspekt: Der Bevollmächtigte kann die Erben nur in dem Umfang vertreten, wie er den Erblasser zu Lebzeiten vertreten konnte (vgl. Kurze, ZErb 2008, 399, 401; vgl. Kroiß/Horn, NJW 2013, 516, 517 auch zu Erbauseinandersetzungen als sog. Eigengeschäft der Erben, die nicht aufgrund einer transmortalen Vollmacht vorgenommen werden können). Möglicherweise handelt es sich bei der in Rede stehenden Grundbuchberichtigungsbewilligung um ein sog. **Eigengeschäft der Erben**, woraus folgen würde, dass der Bevollmächtigte nicht aufgrund der transmortalen Vollmacht des Erblassers handeln kann. An der Möglichkeit, eine *Berichtigungsbewilligung*, die darauf abzielt, die Eintragung der Erben des Eingetragenen herbeizuführen, durch einen Bevollmächtigten abgeben zu lassen, könnte deshalb gezweifelt werden, weil der Erblasser selbst nicht hätte vortragen können, das Grundbuch sei aufgrund seines Ablebens unrichtig geworden (s. zum Erfordernis der schlüssigen Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit bei der Berichtigung aufgrund Bewilligung Schöner/Stöber, RN. 364 m. w. N.).

Mit diesem Aspekt des Stellvertretungsrechts haben sich das OLG Dresden und das KG nicht auseinander gesetzt. Ferner betraf der Beschluss des OLG Dresden nicht direkt die Konstellation der Grundbuchberichtigung aufgrund Versterbens eines Gesellschafters, sondern die Erben bzw. der transmortal Bevollmächtigte übertrug rechtsgeschäftlich den Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters auf die verbliebene Gesellschafterin der GbR und in diesem Kontext wurde das Grundbuch auf die Zessionarin berichtet. Das OLG Dresden stellte diesbezüglich fest, dass die Bewilligung der Erben – unabhängig von der Anteilsübertragung – vorlag, da die Beteiligte (= die Gesellschafterin, die die Anteile erhielt und aufgrund transmortaler Vollmacht handelte) nicht nur im eigenen Namen, sondern auch als Generalbevollmächtigte des verstorbenen Gesellschafters zugleich für seine Erben handelte (OLG Dresden BWNotZ 2011, 194, 196).

Das Problem, ob eine Grundbuchberichtigung aufgrund Versterbens eines Gesellschafters ein Eigengeschäft der Erben darstellt, scheint in der Literatur und Rechtsprechung bisher kaum diskutiert zu werden. Insbesondere *Bestelmeyer* (notar 2013, 147, 160) kritisiert jedoch die Entscheidung des OLG Dresden:

„Demgegenüber meint das OLG Dresden, dass die Erbfolge nicht nachgewiesen zu werden braucht, wenn der Bevollmächtigte die Berichtigung des Grundbuchs für die Erben bewilligt, weil diese einen GbR-Gesellschaftsanteil des Erblassers an den Bevollmächtigten übertragen haben. Dies kann kaum zutreffend sein, weil sich eine Grundbuchunrichtigkeit, die durch ein rechtsgeschäftliches Eigenhandeln von nicht nach § 35 GBO ausgewiesenen Erben herbeigeführt worden sein soll, in der Berichtigungsbewilligung des Bevollmächtigten überhaupt nicht in der erforderlichen Weise schlüssig darlegen lässt.“

Hinzu kommen folgende Erwägungen:

Die hier vorliegende Rechtslage dürfte grundsätzlich mit derjenigen bei **Verfügungen eines Testamentsvollstreckers** vergleichbar sein. Auch der Testamentsvollstrecker hat gegenüber dem Grundbuchamt lediglich seine Verfügungsbefugnis in der Form des § 35 Abs. 2 GBO nachzuweisen. Ist dieser Nachweis geführt, dann ist grundsätzlich nicht nur gem. § 40 Abs. 2 GBO die vorgängige Berichtigung des Grundbuchs auf die Person der Erben entbehrlich, sondern darüber hinaus auch die Vorlage eines Erbscheins. Diese ist regelmäßig nicht erforderlich, da der Testamentsvollstrecker die Erben – welche es auch seien – von der grundbuchverfahrensrechtlichen Verfügungsbefugnis gem. §§ 2205, 2211 BGB ausschließt. Eine Ausnahme gilt jedoch auch für Verfügungen des Testamentsvollstreckers dann, wenn die Wirksamkeit der Verfügung des Testamentsvollstreckers von der Beurteilung der Erbfolge abhängt, etwa weil der Testamentsvollstrecker seinerseits die Grundbuchberichtigung auf die Person der Erben beantragt. In diesem Sonderfall ist notwendigerweise die Erbenstellung in der Form des § 35 Abs. 1 GBO zusätzlich nachzuweisen (hierzu OLG Köln Rpfleger 1992, 342; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 35 Rn. 57).

Auch hier soll die Grundbuchberichtigung auf die Person der Erben B und C beantragt werden. Für diese besondere Fallgestaltung verbleibt es nach unserer Einschätzung aber – im Anschluss an die angeführte Entscheidung des OLG Köln (Rpfleger 1992, 342) zum Testamentsvollstrecker – bei der Notwendigkeit eines Erbnachweises nach dem verstorbenen Gesellschafter in der Form des § 35 Abs. 1 GBO. Kritisch hinsichtlich der Möglichkeit zur Abgabe einer Berichtigungsbewilligung durch einen Bevollmächtigten äußert sich auch *Wilsch* (BeckOK-GBO, 48. Ed., Std. 2.1.2023, § 35 Rn. 79), wonach eine Berichtigungsbewilligung durch einen Bevollmächtigten nicht als Nachweisform in der GBO vorgesehen sei und auch keine glaubwürdigen Aussagegehalt habe.

Nach unserem Dafürhalten dürfte eine Berichtigung des Grundbuchs auf die Erben des verstorbenen Vollmachtgebers aufgrund transmortaler Vollmacht daher nicht möglich sein. Es bedarf vielmehr einer Mitwirkung der Erben (oder eine Bevollmächtigung durch diese) sowie eines Erbnachweises. Hinzuweisen ist jedoch darauf, dass zu genau der hier in Rede stehenden Konstellation keine Rechtsprechung ersichtlich ist und sich mit dem OLG Dresden und dem KG in neuerer Zeit zwei Obergerichte für eine entsprechende Berichtigungsmöglichkeit ausgesprochen haben.

III. Ergebnis

Bei Vorliegen einer **qualifizierten Nachfolgeklausel** wird sowohl eine Grundbuchberichtigung nach § 19 GBO als auch eine Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO nur dann in Frage kommen dürfen, wenn die **Erbenstellung gem. § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden kann**; entgegen der vorgenannten Entscheidung insbesondere des KG dürfte nach unserem Dafürhalten eine **Berichtigung des Grundbuchs** auf die Erben des verstorbenen Vollmachtgebers **aufgrund transmortaler Vollmacht nicht möglich sein**, da es sich wohl um ein sog. Eigengeschäft der Erben handelt (Fragen 1 u. 2).

Soweit der Gesellschaftsvertrag lediglich eine **Fortsetzungsklausel** enthält, dürfte ein Unrichtigkeitsnachweis gem. § 22 GBO wohl geführt werden können, **ohne dass insofern die Erbenstellung gem. § 35 Abs. 1 GBO nachzuweisen wäre** (Frage 3).