

Gutachten des Deutschen Notarinstituts

Abruf-Nr.: 174717

letzte Aktualisierung: 17. Juni 2020

HGB §§ 161, 177

Nachfolge in Kommanditbeteiligung; Zwischeneintragung; Nachweis im Handelsregisterverkehr

I. Sachverhalt

Die Kommanditistin einer GmbH & Co. KG ist verstorben. Sie hat ihren Kommanditanteil in einem privatschriftlichen Testament ihren vier Enkeln vermacht und Testamentsvollstreckung angeordnet. Davon abgesehen hat sie im Testament auch ihre drei Töchter zu Erben bestimmt. Die Vermächtnisnehmer und zwei der drei Töchter sind ebenfalls Kommanditisten der KG.

Unter Bezugnahme auf den Beschluss des OLG München vom 24.3.2015 (31 Wx 105/15, MittBayNot 2016, 258) haben die Gesellschafter und der Testamentsvollstrecker (ohne Mitwirkung der Miterbin, die nicht Gesellschafterin ist) Folgendes zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„Die Kommanditistin ist durch den Tod aus der Gesellschaft ausgeschieden.

Ihre Kommanditeinlage ist im Wege einer Sondererbfolge zu gleichen Anteilen auf ihre Erben, die drei Töchter, übergegangen, die diese wie nachstehend beschrieben auf die Vermächtnisnehmer übertragen haben, dies wird an Eides statt versichert.

Auf die Zwischeneintragung der Erben wird – soweit rechtlich zulässig – verzichtet.

Als Erbnachweis wird vorgelegt:

Elektronisch beglaubigte Abschrift der beglaubigten Abschrift der Verfügungen von Todes wegen nebst Eröffnungsprotokoll des Nachlassgerichts, nebst eidesstattlicher Versicherung des Testamentsvollstreckers.

Der Nachweis der Rechtsnachfolge gem. § 12 Abs. 1 S. 4 HGB wird aufgrund der unverhältnismäßig hohen Kosten für einen Erbschein ausnahmsweise geführt wie vorstehend angegeben (vgl. OLG München, Beschl. v. 24.3.2015 – 31 Wx 105/15).

Die vorstehend näher bezeichnete Kommanditeinlage wurde zu gleichen Anteilen im Wege der Sonderrechtsnachfolge wie folgt auf die Vermächtnisnehmer und Kommanditisten übertragen:

...“

Daraufhin beanstandete die zuständige Rechtspflegerin beim Handelsregister wie folgt: Ein Verzicht auf die Zwischeneintragung der Erben, die im Wege der Sondererbfolge zunächst als Kommanditisten anstelle der Verstorbenen in die Gesellschaft eingetreten seien, sei nicht möglich, da das Handelsregister die Haftungsverhältnisse lückenlos wiedergeben müsse. Damit die Eintragung entsprechend erfolgen könne, sei daher die Anmeldung entsprechend – unter Angabe der Personalien der drei Erben – zu ergänzen.

Ferner ist die Rechtspflegerin der Ansicht, dass die Rechtsnachfolge der Erben noch durch einen Erbschein zu belegen ist. Dies wäre grundsätzlich nur bei Vorliegen einer notariellen letztwilligen Verfügung mit Eröffnungsprotokoll entbehrlich, nicht jedoch bei handschriftlichen letztwilligen Verfügungen oder gesetzlicher Erbfolge. Als zu hoch angesehene Kosten des Erbscheinsverfahrens würden den Erbnachweis mittels Erbscheins selbstverständlich nicht entbehrlich machen.

Die eingetretenen Änderungen hätte im Übrigen auch die Erbin, die nicht Gesellschafterin ist, mit anzumelden.

II. Fragen

1. Sind der Erbschein als Erbnachweis und die Zwischeneintragung der Erben im vorliegenden Fall entbehrlich?
2. Haben neben dem Testamentsvollstrecker auch die Erben anzumelden?

III. Zur Rechtslage

1. Tod eines Kommanditisten

a) Eintritt der Erben im Wege der (quotenentsprechenden) Sondererbfolge

Gem. § 177 HGB wird beim Tod eines Kommanditisten die Gesellschaft mangels abweichender vertraglicher Bestimmung mit den Erben fortgesetzt. Liegt eine Erbenmehrheit (und damit eine Erbengemeinschaft) vor, so rückt aber nicht die Erbengemeinschaft als solche in die Kommanditistenstellung des Erblassers ein; vielmehr geht die Mitgliedschaft auf die einzelnen Erben entsprechend ihren Erbquoten über, womit es im Ergebnis zu jenem Zustand kommt, der nach hypothetischer Erbausinandersetzung in Bezug auf den Kommanditanteil bestünde („Sondererbfolge“; vgl. Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 39. Aufl. 2020, § 177 Rn. 3 f.; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2019, § 177 Rn. 16).

Der Eintritt eines Kommanditisten in eine bestehende Gesellschaft und das Ausscheiden eines Kommanditisten, damit auch die Sonderrechtsnachfolge in den Kommanditanteil, sind gem. §§ 107, 143 Abs. 2 u. 3, 161 Abs. 2, 162 Abs. 1 u. 2 HGB **anzumelden** und in das Handelsregister einzutragen. Auch Sondererbfolge ist daher als Aus-

scheiden des Erblassers und Eintritt der einzelnen Erben zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden (MünchKommHGB/K. Schmidt, § 177 Rn. 16).

b) Erforderlichkeit der Zwischeneintragung

- aa)** In unserer Gutachtenpraxis gehen wir zunächst **allgemein** davon aus, dass das Eintragungserfordernis auch bei mehreren Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolgen in unmittelbarer zeitlicher Abfolge gilt. Wenn im Handelsregister noch der Rechtsvorgänger eines Kommanditisten eingetragen ist, der seinerseits durch Tod oder Übertragung seines Kommanditanteils inzwischen aus der Gesellschaft ausgeschieden ist, so kann der Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolger des zuletzt Ausgeschiedenen **erst nach der Zwischeneintragung** seines Rechtsvorgängers im Handelsregister eingetragen werden (vgl. OLG Köln DNotZ 2005, 555; KG NJW-RR 2003, 225 = MittBayNot 2003, 495; KG DNotZ 2001, 408 = NJW-RR 2000, 1704; OLG Hamm NJW-RR 1993, 807; zustimmend die h. L., Krafka, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 751, 756; vgl. auch Krug, ZEV 2001, 51 und Ivo, ZErB 2006, 7). Begründet wird dies zum einen damit, dass die vorgenannten gesetzlichen Bestimmungen – anders als § 40 GBO für das Grundbuch – Ausnahmen insoweit nicht vorsehen. Zum anderen wird auf den Zweck des Handelsregisters verwiesen, die die Gesellschaft betreffenden einzutragenden Tatsachen – insbesondere ihre Haftungsverhältnisse – zuverlässig und vollständig, also vor allem auch lückenlos, wiederzugeben (KG DNotZ 2001, 408, 409; OLG Hamm NJW-RR 1993, 807, 808 f.).
- bb)** In einem **Sonderfall** hat das **LG Frankenthal** (Rpfler 1995, 74 = MittBayNot 1994, 459; zust. Krafka, Rn. 756) zwar entschieden, dass bei unbekanntem Erben der Übergang der Kommanditanteile in Erfüllung eines angeordneten Vermächtnisses im Handelsregister eingetragen werden kann. Das LG Frankenthal hält aber eine Eintragung in das Handelsregister dergestalt für erforderlich, dass die Erblasserin verstorben sei, dass ihre unbekannten Erben von dem Nachlasspfleger vertreten würden und dass ihr Kommanditanteil auf die Vermächtnisnehmer im Wege der Sonderrechtsnachfolge übergegangen sei. Über den entschiedenen Einzelfall hinaus dürfte diese eher pragmatische Lösung jedoch keine Geltung beanspruchen, zumal die flankierenden Feststellungen des Gerichts zum notwendigen Inhalt der Eintragung die Bedeutung der Zwischeneintragung und deren besondere Dokumentationsfunktion eher unterstreichen als abschwächen. Sind die Erben bekannt, so kann die erforderliche Zwischeneintragung – ungeachtet etwaiger praktischer Probleme bei der Ermittlung der maßgeblichen Erbquote – auch in der Praxis bewerkstelligt werden.
- cc)** Da die handelsregisterliche Ausweisung der Kommanditbeteiligungen ihre Funktion in der lückenlosen Darstellung der Haftungslage hat, bedarf es auch bei der Zuwendung eines Kommanditanteils mittels **Vermächtnisses** (§§ 2147 ff. BGB) **zunächst der Eintragung sämtlicher Miterben** im Wege der Sondererbfolge und sodann der Eintragung des Vermächtnisnehmers im Wege der Sonderrechtsnachfolge (OLG Düsseldorf FGPrax 2017, 255; Krafka, Rn. 756; Strohn, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl. 2020, § 173 Rn. 36). Eine unmittelbare Eintragung der Vermächtnisnehmer ist nicht möglich, da anderenfalls die Haftungslage nicht vollständig aus dem Handelsregister ersichtlich ist. Durch den Erbfall gelten nämlich für die erste Rechtsnachfolge die für den Erbfall allgemein maßgeblichen Haftungsregeln (vgl. hierzu auch Strohn, § 173 Rn. 25).

Für die zweite Rechtsnachfolge gelten jedoch die Haftungsregeln für die Übertragung unter Lebenden (zu dieser Haftung vgl. Strohn, § 173 Rn. 13). In beiden Fällen sind im Übrigen Nachfolgevermerke einzutragen (MünchKommHGB/Karsten Schmidt, 4. Aufl. 2019, § 173 Rn. 48). Etwas anderes ergibt sich auch nicht ausdrücklich aus der im Sachverhalt genannten Entscheidung des OLG München (MittBayNot 2016, 258).

Im Ergebnis sind daher auch bei einer vermächtnisweisen Zuwendung des Kommanditanteils zunächst die Erben und erst im zweiten Schritt die Vermächtnisnehmer als Sonderrechtsnachfolger der Erben in das Handelsregister einzutragen.

2. Nachweis der Erbfolge

a) Grundsatz

Beim Übergang des Kommanditanteils auf die gesetzlichen Erben des Erblassers ist gem. § 12 Abs. 1 S. 4 HGB die Rechtsnachfolge „soweit tunlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen.“ Dafür ist in aller Regel die **Vorlage eines Erbscheins** erforderlich, soweit die Erbfolge auf einer privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen beruht (KG FGPrax 2000, 249; Krafka, Rn. 128). Dies gilt auch dann, wenn über den Nachlass des Erblassers Dauertestamentsvollstreckung i. S. d. § 2209 BGB angeordnet wurde (OLG Köln FGPrax 2005, 41). Die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses genügt nicht (OLG Köln FGPrax 2005, 41; KG FGPrax 2000, 249). Dieses weist lediglich die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers nach, erbringt aber gerade nicht den Nachweis darüber, wer Erbe des Erblassers geworden ist (OLG Köln FGPrax 2005, 41, 42; KG FGPrax 2000, 249; Krafka, Rn. 129).

b) Untunlichkeit i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 4 HGB

Eine Einschränkung enthält § 12 Abs. 1 S. 4 HGB jedoch insofern, als der Nachweis durch öffentliche Urkunde nur insoweit erforderlich ist, als dies „tunlich“ ist. Der Urkundennachweis ist untunlich i. S. v. § 12 Abs. 1 S. 4 HGB, wenn sich die Rechtsnachfolge in der vorgeschriebenen Form aus den Akten des Registergerichts selbst oder aus Nachlassakten ergibt, die bei demselben Gericht geführt werden (Krafka, Rn. 128). Hier soll es genügen, wenn der Anmeldepflichtige auf diese Akten Bezug nimmt (KG FGPrax 2007, 91).

In der bisherigen Rechtsprechung und Literatur war es allgemein anerkannt, dass allein ein **etwaiger Kostenaufwand** nicht geeignet ist, eine Untunlichkeit i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 4 HGB zu begründen (OLG Hamburg NJW 1966, 986 f.; OLG Hamm MittRhNotK 1986, 128, 129; OLG Köln FGPrax 2005, 41, 42; OLG Bremen NJW-RR 2014, 816; Staub/Koch, HGB, 5. Aufl. 2009, § 12 Rn. 65).

Anders hat jedoch das **OLG München** (MittBayNot 2016, 258) entschieden. In dem nicht näher begründeten Beschluss ist das Gericht davon ausgegangen, dass der Nachweis der Rechtsnachfolge auch durch Beiziehung der Nachlassakte, in der ein privatschriftliches Testament, eine eidesstattliche Versicherung des Testamentsvollstreckers und ein Testamentsvollstreckerzeugnis enthalten waren, geführt werden kann.

Die Entscheidung hat die Ansicht der Kommentarliteratur zur Untunlichkeit weitgehend unverändert gelassen. So führt etwa *Müther* weiterhin aus, dass die üblichen

Beschwerlichkeiten, die mit der Beschaffung der Urkunden verbunden sind, nicht ausreichen, um eine Untunlichkeit zu begründen (BeckOK-HGB/Müther, Std.: 15.4.2020, § 12 Rn. 29 m. w. N.) Auch nach *Hopt* macht der Zeit- und Kostenaufwand für die Beschaffung eines Erbscheins das Verlangen nicht untunlich (Baumbach/Hopt, § 12 Rn. 5). Dagegen gibt *Krafka* (Rn. 129) die Entscheidung insofern wieder, als dass es im Einzelfall ausreichen könne, wenn ein handschriftliches Testament sowie eine darauf gegründete Testamentsvollstreckung vorliege, die durch Testamentsvollstreckerzeugnis und eine Versicherung des Testamentsvollstreckers, dass kein weiteres Testament bestehe, gestützt werde. Zustimmend ist die Entscheidung von *Schreindorfer* (MittBayNot 2016, 259) besprochen worden. Hiernach soll ein Erbschein auch bei einem privatschriftlichen Testament entbehrlich sein, wenn die Erbfolge sich aus einer hinreichend klar formulierten Verfügung von Todes wegen ergibt und mit vergleichbarer Sicherheit wie im Erbscheinsverfahren feststeht, dass keine (weiteren) letztwilligen Verfügungen vorhanden sind, was auch an Eides statt von den Erben oder vom Testamentsvollstrecker nachgewiesen werden könne. Ob diese Voraussetzungen im vorliegenden Fall vorliegen, ist Tatfrage.

Weiterhin weisen wir darauf hin, dass in einem vergleichbaren Fall (mehrere Erben eines Kommanditanteils und Testamentsvollstreckung) das **OLG Düsseldorf** in einer späteren Entscheidung nochmals betont, dass der bloße Kostenaufwand **nicht** zu einer **Untunlichkeit** führe. Das Gericht führt aus (FGPrax 2017, 255, 256):

„Schließlich ist die Beschaffung eines Erbscheins zumindest in aller Regel nicht schon infolge des damit verbundenen Kosten- und Zeitaufwandes untunlich im Sinne der eingangs zitierten Norm ...“

Das OLG Düsseldorf erwähnt sogar die Entscheidung des OLG München. Es bezeichnet dessen Sachverhalt als „besonders gelagerten Fall“ und verweist auch auf die fehlende Begründung des OLG München.

Wir gehen daher davon aus, dass allein der hohe Kostenaufwand zur Beschaffung eines Erbscheins auch bei Vorliegen eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nicht automatisch zur „Untunlichkeit“ i. S. d. § 12 Abs. 1 S. 4 HGB führt. Die Erbfolge muss mithin grundsätzlich durch öffentliche Urkunde, hier also durch einen Erbschein, nachgewiesen werden. Dass vorliegend ein Erbschein wegen Untunlichkeit verzichtbar ist, halten wir für zweifelhaft. Da § 12 Abs. 1 S. 4 HGB dem Registergericht aber ein **Ermessen** einräumt (vgl. *Krafka*, Rn. 128), kann dieses aufgrund der Umstände des Einzelfalls jedoch auch auf einen Erbschein verzichten.

3. Person des Anmeldenden

In Fällen der Rechtsnachfolge geht auch die Anmeldepflicht auf den Nachfolger über; daher haben, falls ein Gesellschafter einer KG verstirbt, seine Erben das Ausscheiden anzumelden, unabhängig davon, ob sie selbst nachfolgeberechtigt sind (so OLG Düsseldorf FGPrax 2017, 255, 256 f.).

Fraglich ist, ob im konkreten Fall der **Testamentsvollstrecker** die Anmeldung vorzunehmen hat. Die Anordnung von Testamentsvollstreckung an einem Kommanditanteil ist jedenfalls dann zulässig, wenn sie im Gesellschaftsvertrag zugelassen worden ist oder wenn sämtliche Mitgesellschafter zustimmen (BGH NJW 1977, 1339, 1343; NJW 1985, 1953, 1954; NJW 1989, 3152). Der Gesellschaftsanteil gehört zum Nachlass, auch wenn er im

Wege der Sondererbfolge auf den oder die Erben übergeht. Beschränkungen der Befugnisse des Testamentsvollstreckers ergeben sich allein aus der fehlenden Möglichkeit, den Erben persönlich zu verpflichten (BGH NJW 1989, 3152).

Der Testamentsvollstrecker ist berechtigt und verpflichtet, den Erbgang zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, wenn er **Dauertestamentsvollstrecker** ist (vgl. KG NJW-RR 1991, 835). Es kommt mithin darauf an, ob er unter Ausschluss des Erben den Nachlass zu verwalten hat und ob sich die Verwaltung auch auf den Kommanditanteil bezieht (OLG Düsseldorf FGPrax 2017, 255, 256 f.). Sollte nur eine **Abwicklungsvollstreckung** angeordnet worden sein, so dürfte eine Zuständigkeit des Testamentsvollstreckers ausscheiden, denn sein Aufgabenbereich wäre auf die Ausführung der letztwilligen Verfügungen beschränkt. Da der Kommanditanteil aber bereits im Wege der Sondererbfolge auf den konkret bestimmten Erben übergeht, würde selbst bei mehreren Erben kein Abwicklungsbedarf bestehen. Selbiges gilt umso mehr, wenn nur ein Alleinerbe eingesetzt ist.

Ist danach der Testamentsvollstrecker bei hier wohl angeordneter Dauervollstreckung für die Anmeldung zuständig, so gilt es zu beachten, dass er nur die Mitwirkung der Erben, nicht auch die evtl. noch erforderliche Mitwirkung aller Gesellschafter ersetzt (MünchKommHGB/Karsten Schmidt, § 177 Rn. 36).