

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2198, 2200 – Geschäftsunfähigkeit des berufenen Testamentsvollstreckers und der zur Ernennung des Ersatzvollstreckers bestimmten Person; Bestimmung eines Ersatztestamentsvollstreckers

GmbHG § 74 Abs. 1; AktG §§ 291, 293, 298, 303 – Fortbestand einer gelöschten GmbH wegen nicht gekündigten Beherrschungsvertrags

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

BGB §§ 167 Abs. 2, 311b Abs. 1; GBO §§ 39, 40 – Beurkundungsbedürftigkeit einer General- und Vorsorgevollmacht; Voreintragung der Erben bei Veräußerung aufgrund transmortaler Vollmacht

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### BGB §§ 2198, 2200

#### Geschäftsunfähigkeit des berufenen Testamentsvollstreckers und der zur Ernennung des Ersatzvollstreckers bestimmten Person; Bestimmung eines Ersatztestamentsvollstreckers

##### I. Sachverhalt

Die Ehegatten A und B haben einen notariellen Erbvertrag geschlossen und jeweils die gemeinsamen drei Kinder zu gleichen Teilen zu Erben eingesetzt. Ferner haben sie jeweils Vermächtnisse ausgesetzt.

Der Längerlebende wurde außerdem zum Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Erstversterbenden zur Abwicklungsvollstreckung bestimmt. Der Testamentsvollstrecker ist auch berechtigt, vor oder nach Annahme des Amtes einen Ersatzvollstrecker zu benennen.

Der Ehemann A ist verstorben. Die B ist inzwischen nicht mehr geschäftsfähig; sie kann daher das Amt des Testamentsvollstreckers nicht annehmen und auch keinen Ersatzvollstrecker benennen. Die B hat den gemeinsamen Kindern (im geschäftsfähigen Zustand) Generalvollmacht erteilt.

##### II. Fragen

1. Können die Kinder aufgrund der Generalvollmacht einen Ersatztestamentsvollstrecker benennen?
2. Kann das zuständige Nachlassgericht ersucht werden, einen geeigneten Testamentsvollstrecker zu bestimmen?

##### III. Zur Rechtslage

#### 1. Anordnung bzgl. Testamentsvollstrecker nicht durchführbar

Vorliegend hat der Erblasser zwar die Testamentsvollstreckung nach § 2197 BGB wirksam angeordnet; er hat den Testamentsvollstrecker zunächst wirksam bestimmt sowie den bestimmten Testamentsvollstrecker wirksam ermächtigt, nach § 2198 BGB einen Ersatztestamentsvollstrecker zu benennen. Jedoch scheidet die vom Erblasser benannte Ehefrau wegen ihrer

**Geschäftsunfähigkeit** als Testamentsvollstreckerin aus. Ihre Ernennung ist gem. § 2201 BGB unwirksam. Das Bestimmungsrecht nach **§ 2198 Abs. 1 BGB**, das ihr eingeräumt ist, kann sie ebenfalls nicht wirksam ausüben, weil die Ausübung dieses Rechts gleichermaßen die volle Geschäftsfähigkeit des Erklärenden voraussetzt (jurisPK-BGB/Heilmann, 8. Aufl. 2017, § 2198 Rn. 6).

## 2. Ausübung des Bestimmungsrechts nach § 2198 BGB aufgrund Vollmacht

Fraglich ist, ob das der Ehefrau zgedachte Bestimmungsrecht von einem ihrer generalbevollmächtigten Kinder ausgeübt werden kann.

Nach der Literatur soll das Bestimmungsrecht grundsätzlich ein **höchstpersönliches Recht** sein, bei dem jedenfalls eine Vertretung im Willen ausscheidet (BeckOGK-BGB/Leitzen, Std.: 1.6.2019, § 2198 Rn. 4; BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.8.2019, § 2198 Rn. 4; s. aber Staudinger/Reimann, BGB, 2016, § 2198 Rn. 12, der eine Vertretung *bei Abgabe* der Erklärung für möglich hält und wohl auch im Willen, wenn der Erblasser dazu gesondert ermächtigt hat). Bereits die dem Erblasser durch § 2198 BGB eingeräumte Möglichkeit, die Bestimmung des Testamentsvollstreckers einem anderen zu überlassen, stellt eine Relativierung des Höchstpersönlichkeitsgrundsatzes aus § 2065 BGB dar. Die letztgenannte Norm fordert eine Entscheidung des Erblassers selbst, soweit die Festlegung der Erbfolge im weiteren Sinne betroffen ist (vgl. Staudinger/Reimann, § 2198 Rn. 1 f.). Insofern liegt es nahe, dass nur der Erblasser den Bestimmungsberechtigten auswählen kann und dass dessen Entscheidung über die Grenze des § 2198 BGB hinaus damit auch **nicht einem Bevollmächtigten zugewiesen werden kann – soweit nicht der Erblasser dies ausdrücklich zugelassen hat** oder sich der Verfügung von Todes wegen ein entsprechender Wille durch Auslegung entnehmen lässt. Im Ergebnis dürfte also davon auszugehen sein, dass der Bestimmungsberechtigte sein Benennungsrecht allenfalls bei entsprechender Anordnung des Erblassers „weiterdelegieren“ kann.

Unterstellt man, dass der Erbvertrag im vorliegenden Fall keine weiteren Bestimmungen enthält, wäre also eine Ausübung des Bestimmungsrechts aufgrund der Vollmacht nicht möglich.

## 3. Fristsetzung durch das Nachlassgericht nach § 2198 Abs. 2 BGB

Da die bevollmächtigten Kinder das Bestimmungsrecht nach oben Gesagtem nicht für die Ehefrau des Erblassers ausüben können, wäre das Verfahren nach § 2198 Abs. 2 BGB – Fristsetzung durch das Nachlassgericht – zu durchlaufen. Dieses Verfahren wird in der Literatur

gerade auch in solchen Fällen für anwendbar erachtet, in denen der Bestimmungsberechtigte sein Recht wegen Geschäftsunfähigkeit nicht ausüben kann (Staudinger/Reimann, § 2198 Rn. 26). Dabei unterstellen wir, dass nicht bereits in der Verfügung von Todes wegen eine Frist für die Bestimmung gesetzt worden ist.

Gem. § 2198 Abs. 2 BGB wäre auf Antrag eines Beteiligten (hier käme insbesondere einer der eingesetzten Erben in Betracht, vgl. BeckOK-BGB/Lange, § 2198 Rn. 8) der bestimmungsberechtigten Ehefrau vom Nachlassgericht eine Frist zur Ausübung des Bestimmungsrechts zu setzen. Nach § 345 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 FamFG wäre die Ehefrau zwingend zu beteiligen, um ihr rechtliches Gehör zu gewähren (vgl. MünchKommBGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2198 Rn. 13). Soweit die erteilte Generalvollmacht dies abdeckt, dürfte diesbezüglich eine Vertretung durch eines der Kinder in Betracht kommen; andernfalls wäre vom Gericht ggf. ein Verfahrenspfleger zu bestellen. **Mit Ablauf der Frist** würde ihr **Bestimmungsrecht erlöschen** (vgl. Staudinger/Reimann, § 2198 Rn. 18).

## 4. Nach Fristablauf: Benennung durch das Nachlassgericht oder Wegfall der Testamentsvollstreckung

Erlischt das Bestimmungsrecht der Ehefrau nach Durchführung des Verfahrens gem. § 2198 Abs. 2 BGB, so ist es – mangels ausdrücklicher Regelung im Testament – eine Frage der **Testamentsauslegung**, ob sodann die Testamentsvollstreckung gänzlich entfällt oder ob das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker benennen kann (vgl. Staudinger/Reimann, § 2198 Rn. 18; Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 355 Rn. 4).

Ein Ernennungsrecht des Nachlassgerichts besteht nur dann, wenn die Auslegung ergibt, dass die letztwillige Verfügung ein – zumindest – **stillschweigendes Ersuchen gem. § 2200 BGB** gegenüber dem Nachlassgericht enthält (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2200 Rn. 2; BeckOK-BGB/Lange, Std.: 1.8.2019, § 2200 Rn. 2 m. w. N.).

Die **Rechtsprechung** ist insoweit **eher großzügig** und nimmt ein stillschweigendes Ersuchen bereits dann an, wenn der Erblasser – hätte er die Veränderung vorhergesehen – **vermutlich die Ernennung durch das Nachlassgericht gewünscht hätte**, insbesondere weil die mit der Testamentsvollstreckung verfolgten Ziele noch nicht erreicht sind. Von maßgeblicher Bedeutung ist demnach, zu welchem Zweck der Erblasser die Testamentsvollstreckung angeordnet hat und ob die für die Testamentsvollstreckung maßgeblichen Gründe auch nach dem Wegfall der im Testament benannten Person fortbestehen (BayObLG NJW-RR 2003, 224, 225; NJWE-FER 1997, 181; NJW-RR 1988, 387, 388;

OLG Hamm RNotZ 2001, 284, 286 = MittBayNot 2001, 217; OLGZ 1976, 20, 21 = DNotZ 1976, 566; OLG Zweibrücken FGPrax 2006, 169; OLG München NJW 2009, 1152, 1153). In der **Literatur** wird dieser großzügige Auslegungsmaßstab der Rechtsprechung – u. E. zu Recht – überwiegend **kritisch** gesehen. Gegen die vorschnelle Annahme eines stillschweigenden Ersuchens spricht, dass es sich bei § 2200 BGB nicht um eine allgemeine „Auffangnorm einer unvollständigen Testamentsvollstreckerernennung“ handelt (vgl. BeckOK-BGB/Lange, § 2200 Rn. 3).

Für die Auslegung ist **relevant, ob die Testamentsvollstreckung aus sachlichen Gründen der Nachlassabwicklung oder mit Blick auf die konkrete Person des eingesetzten Testamentsvollstreckers** angeordnet worden ist (BeckOK-BGB/Lange, § 2200 Rn. 3). Der Schutz minderjähriger Erben oder die Sicherung einer ansonsten komplizierten Erbauseinandersetzung sind dabei mögliche Anhaltspunkte für einen entsprechenden Erblasserwillen (BeckOK-BGB/Lange, § 2200 Rn. 3; Staudinger/Reimann, § 2200 Rn. 8 – jew. m. w. N).

Überwiegend wird für die Annahme eines stillschweigenden Ernennungsersuchens zudem gefordert, dass in der letztwilligen Verfügung der Wille des Erblassers, die Testamentsvollstreckung auch beim Wegfall der benannten Personen fort dauern zu lassen (OLG Düsseldorf NJW-RR 2012, 1097, 1098; BeckOK-BGB/Lange, § 2200 Rn. 3), wenigstens **angedeutet** ist (vgl. die sog. Andeutungstheorie).

Es dürfte daher im vorliegenden Fall darauf ankommen, ob es dem Erblasser nur darum ging, eine Person einzusetzen oder einsetzen zu lassen, die den Bestand des Nachlasses kennt, oder ob ihn darüber hinaus weitere Gründe dazu bewogen haben, eine konkrete Person als Testamentsvollstrecker einzusetzen und mit dem Bestimmungsrecht auszustatten.

## 5. Ergebnis

Die Geschäftsunfähige kann einen (Ersatz-)Testamentsvollstrecker nicht wirksam bestimmen. Die Bestimmung lässt sich auch nicht aufgrund einer Vollmacht des Bestimmungsberechtigten vornehmen. Das Bestimmungsrecht erlischt erst mit Ablauf einer Frist, die der Erblasser in der letztwilligen Verfügung oder ersatzweise das Nachlassgericht gem. § 2198 Abs. 2 BGB gesetzt hat. Ob im Anschluss an den Fristablauf die Testamentsvollstreckung entfällt oder das Nachlassgericht einen Testamentsvollstrecker ernennen kann, ist durch Auslegung der letztwilligen Verfügung zu ermitteln und hängt insbesondere von den Zielen ab, die mit der Anordnung der Testamentsvollstreckung verbunden waren.

---

## GmbHG § 74 Abs. 1; AktG §§ 291, 293, 298, 303

### Fortbestand einer gelöschten GmbH wegen nicht gekündigten Beherrschungsvertrags

---

#### I. Sachverhalt

Im Jahre 1997 schlossen die A-GmbH als herrschende und die B-GmbH als beherrschte Gesellschaft einen Beherrschungsvertrag. Die B-GmbH ist als Untergesellschaft zudem Vertragspartei eines Gewinnabführungsvertrags mit der C-GmbH. Die A-GmbH wurde im Jahre 2014 im Handelsregister gelöscht, nachdem das Ende der Liquidation gem. § 74 Abs. 1 S. 2 GmbHG zum Handelsregister angemeldet worden war. Der Beherrschungsvertrag wurde niemals aufgehoben oder gekündigt, sondern im Rahmen der Liquidation „übersehen“. Im Handelsregisterblatt der B-GmbH ist der Beherrschungsvertrag weiterhin eingetragen.

#### II. Fragen

1. Ist die A-GmbH bei dieser Sachlage erloschen, wenn es kein weiteres Vermögen gab?
2. Falls nein: Kann das Registerblatt der A-GmbH wieder angelegt werden oder ist lediglich ein Nachtragsliquidator zu bestellen?

#### III. Zur Rechtslage

##### 1. Grundsätzlich: Voraussetzungen der Vollbeendigung der GmbH

Nach der heute überwiegend vertretenen **Lehre vom Doppelatbestand** setzt die Vollbeendigung einer GmbH (ihr Erlöschen als Rechtssubjekt) kumulativ die Eintragung ihres Erlöschens und die tatsächliche Vermögenslosigkeit der Gesellschaft voraus (BAG NZA 2003, 1049, 1050; OLG Celle NZG 2008, 271; OLG Düsseldorf NZG 2004, 916, 918; OLG Stuttgart NZG 1999, 31, 32; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 74 Rn. 14; MünchKommGmbHG/H.-F. Müller, 3. Aufl. 2018, § 74 Rn. 32). Allein aus der Eintragung des Erlöschens lässt sich nicht auf die Vollbeendigung der Gesellschaft schließen, denn diese kann zu Unrecht erfolgt sein. Stellt sich später noch Gesellschaftsvermögen heraus, so hat die Gesellschaft nämlich in Wahrheit fortbestanden und besteht bis zur vollständigen Abwicklung weiter. Wurde die GmbH etwa wegen Vermögenslosigkeit nach § 394 FamFG gelöscht, so findet dann erstmals eine Liquidation statt und ist gem. § 66 Abs. 5 GmbHG ein Liquidator zu bestellen. Hat die Gesellschaft eine Liquidation nach den §§ 66 ff. GmbHG durchlaufen, ist nach wohl h. M. analog § 273 Abs. 4 AktG ein Nachtragsliquidator zu bestellen (BGH NJW 1970, 1044 = DNotZ 1970, 427; Münch-

KommGmbHG/H.-F. Müller, § 74 Rn. 42 m. w. N. aus der Rspr.).

Umstritten ist, ob auch **sonstige offene Abwicklungsmaßnahmen** die Bestellung eines Nachtragsliquidators rechtfertigen, wozu in der Praxis häufig die Abgabe von Löschungsbewilligungen gehört (vgl. KG FGPrax 2007, 185, 186; OLG Düsseldorf NJOZ 2011, 600, 601 = NotBZ 2010, 411: subjektiv-persönliches Vorkaufrecht als „formale Rechtsposition“). Wohl überwiegend wird auch insoweit – sowohl bei erstmaliger Liquidation nach Löschung wegen Vermögenslosigkeit als auch bei Nachtragsliquidation – auf § 273 Abs. 4 AktG verwiesen (sog. „**Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand**“; KG BeckRS 2011, 27139; FGPrax 2007, 185, 186; OLG München NZG 2008, 555, 556; NZG 2016, 790 Tz. 18 f.; Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 60 Rn. 105 m. w. N. aus der Rspr., § 66 Rn. 38; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 74 Rn. 19; offenlassend BGH NJW 1989, 220; wohl bejahend BGH DNotZ 2017, 551 Tz. 18), teilweise wird die analoge Anwendung von § 74 Abs. 2 S. 2 GmbHG (OLG Jena NZG 2007, 717, 718 f.; Scholz/K. Schmidt, § 74 Rn. 20a; GroßkommGmbHG/Casper, 2. Aufl. 2016, § 60 Rn. 98) oder von § 1913 BGB (Hachenburg/Ulmer, GmbHG, 8. Aufl. 1997, Anh. § 60 Rn. 40) befürwortet.

## 2. Vermögen bzw. Abwicklungsbedarf aufgrund nicht gekündigten Beherrschungsvertrags?

### a) Auswirkung der Auflösung auf Beherrschungsvertrag

Vor diesem Hintergrund dürfte im konkreten Fall eines nicht gekündigten Beherrschungsvertrags mit der gelöschten GmbH als herrschender Gesellschaft Folgendes gelten: Die Löschung der GmbH im Handelsregister hat nur dann zu ihrer Vollbeendigung und damit zu ihrem Untergang geführt, wenn diese zur Gänze vermögenslos war und (nach der Lehre vom erweiterten Doppeltatbestand) kein sonstiger Abwicklungsbedarf mehr bestanden hat. Dies wäre nur der Fall, wenn auch der noch im Handelsregister eingetragene Beherrschungsvertrag mit der abhängigen B-GmbH beendet worden wäre. An einer Beendigung durch ordentliche oder außerordentliche Kündigung fehlt es indes, ebenso an einem Aufhebungsvertrag.

Allerdings entspricht es der wohl **h. L.**, dass bereits mit der **Auflösung der herrschenden GmbH** (dem ersten Schritt auf dem Wege zur Vollbeendigung) ein **Beherrschungsvertrag kraft Gesetzes**, also ohne Zutun einer der Vertragsparteien **endet** (für Unternehmensverträge Henssler/Strohn/Paschos, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2019, § 297 AktG Rn. 13; Raiser/Veil, Kapitalgesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2010, § 54 Rn. 119; jedenfalls für

den Beherrschungs- und/oder Gewinnabführungsvertrag: Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl. 2018, § 297 Rn. 22; GroßkommAktG/Hopt/Wiedemann, 4. Aufl. 2013, § 297 Rn. 135; Krieger, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 4, 4. Aufl. 2015, § 71 Rn. 207; Wilhelm, Beendigung des Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags, 1976, S. 33 f.). Zur Begründung wird – wenn überhaupt eine solche gegeben wird – auf die **Zweckänderung** bei der aufgelösten Gesellschaft weg von einerwerbenden hin zu einer liquidierenden Gesellschaft verwiesen. Der Liquidationszweck sei mit der Konzernleitungsfunktion der herrschenden GmbH nicht vereinbar; zumindest sei es nicht vom Zustimmungsbeschluss der beherrschten GmbH zum Beherrschungsvertrag gedeckt, dass das Weisungsrecht nunmehr aufgrund des Liquidationszwecks inhaltlich verändert sei (GroßkommAktG/Hopt/Wiedemann, § 297 Rn. 135).

Eine vor allem von *Koppensteiner* (in: KölnKommAktG, 3. Aufl. 2004, § 297 Rn. 44) und *Karsten Schmidt* (ZGR 1983, 513, 530 f.) befürwortete **Gegenansicht** geht nicht von einer automatischen Beendigung des Beherrschungsvertrags mit Auflösung der herrschenden GmbH aus, sondern vielmehr davon, dass der Beherrschungsvertrag in seinen **Wirkungen suspendiert** sei. Hintergrund dieser Ansicht ist, dass bei eventueller Fortsetzung der aufgelösten GmbH auch eine Weiterdurchführung des Beherrschungsvertrags möglich bleibt. Hierfür spricht u. E. einiges; im konkreten Fall ist allerdings zu berücksichtigen, dass die GmbH mittlerweile bereits gelöscht ist, die ganz h. M. aber die Fortsetzungsfähigkeit einer gelöschten GmbH verneint (aus der Rspr. jüngst KG DNotZ 2019, 554 Tz. 11). Im vorliegenden Fall käme daher die skizzierte Gegenansicht zum gleichen Ergebnis wie die h. L.

Anders verhält es sich indes mit einer **weiteren** in der Literatur vertretenen **Ansicht**, derzufolge die Auflösung der herrschenden Gesellschaft eines Beherrschungsvertrags nur zu einem **außerordentlichen Kündigungsrecht** der beherrschten Gesellschaft führt (Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 9. Aufl. 2019, § 297 AktG Rn. 50; MünchKommAktG/Altmeppen, 4. Aufl. 2015, § 297 Rn. 113; Spindler/Stilz/Veil, AktG, 4. Aufl. 2019, § 297 Rn. 40; Göhmann/Winnen, RNotZ 2015, 53, 61). Zur Begründung wird insoweit vor allem vorgetragen, dass der abhängigen Gesellschaft ohne deren Zustimmung nicht durch bloßen Auflösungsbeschluss der herrschenden Gesellschaft die Verlustübernahmepflicht des § 302 AktG genommen werden dürfe. Unseres Erachtens überzeugt dies im Lichte des Schutzzwecks des § 302 AktG. Überdies ist gegen die h. L. schon im Ansatz einzuwenden, dass nicht ersichtlich ist, weshalb Beherrschungsverträ-

ge anders als sonstige Dauerschuldverhältnisse mit Auflösung einer Vertragspartei von selbst erlöschen sollten; Dauerschuldverhältnisse bestehen normalerweise fort und sind im Rahmen der Liquidation abzuwickeln.

### b) Konsequenzen für die Abwicklung

Folgt man der zuletzt genannten, auch **von uns favorisierten Meinung**, hätte dies zur Konsequenz, dass der Beherrschungsvertrag trotz Löschung der GmbH im Handelsregister noch fortbestünde. Er könnte allerdings von der abhängigen Gesellschaft gekündigt werden; schon zur Entgegennahme dieser schriftlichen Kündigung (§ 297 Abs. 3 AktG) **müsste ein Rechtssubjekt als Adressat der Kündigung fortbestehen**. Bereits dies spricht dafür, den Fortbestand der gelöschten GmbH anzunehmen. Insoweit könnte es erforderlich sein (wollte man nicht mit der oben zitierten Literaturansicht den Verwahrer für Bücher und Schriften bemühen), einen Nachtragsliquidator entsprechend § 273 Abs. 4 AktG gerichtlich bestellen zu lassen.

Folgt man dagegen der **h. L.**, die eine automatische Beendigung des Beherrschungsvertrags befürwortet, hätte dies vorliegend auf den ersten Blick wohl zur Konsequenz, dass die gelöschte GmbH mangels fortbestehenden Beherrschungsvertrags weder über Vermögen verfügte noch in sonstiger Weise abwicklungsbedürftig wäre (sodass dahinstehen kann, ob – was wohl eher fernliegt – die bloße Berechtigung zur Weisungserteilung, die der isolierte Beherrschungsvertrag ohne Gewinnabführungsvertrag vermittelt, einen für den Gläubigerzugriff bedeutsamen Vermögenswert darstellt). An einem solchen Ergebnis wäre u. E. allerdings zu zweifeln. Es ist zu bedenken, dass bei einer automatischen Beendigung des Beherrschungsvertrags kraft Auflösung der beherrschten GmbH diese **entsprechend § 303 Abs. 1 AktG** jenen Gläubigern der abhängigen Gesellschaft **Sicherheit leisten** müsste, die sich binnen sechs Monaten **nach Bekanntmachung der Eintragung der Vertragsbeendigung** bei der GmbH melden. Eine solche Eintragung und Bekanntmachung der Beendigung des Beherrschungsvertrags ist hier unterblieben; sie wäre jedoch entsprechend § 298 AktG auch bei Beendigung infolge Auflösung der beherrschten GmbH notwendig gewesen (Spindler/Stilz/Veil, § 303 Rn. 6; gegen diese Ansicht könnte man allerdings – ohne dass dies für den vorliegenden Fall entscheidend wäre – argumentieren, dass schon die Eintragung der Auflösung der beherrschten Gesellschaft dem Rechtsverkehr die Beendigung des Beherrschungsvertrags indiziert; so wird vergleichbar befürwortet, dass bei Beendigung infolge Verschmelzung eine Anmeldung nach § 298 AktG entbehrlich ist, weil die Bestimmungen der §§ 16, 20 Abs. 1 Nr. 2 UmwG diese Funktion erfüllen; s. MünchKommAktG/Altmeppen, § 298 Rn. 4).

Die damit noch ausstehende **Anmeldung** der Beendigung des Beherrschungsvertrags ist ihrerseits allerdings **kein sonstiger Abwicklungsbedarf** der gelöschten GmbH, denn für die Anmeldung ist die Geschäftsleitung der abhängigen Gesellschaft (hier: Geschäftsführung der B-GmbH) zuständig, nicht diejenige der herrschenden Gesellschaft (vgl. Emmerich, § 298 AktG Rn. 4). Gleichwohl ist fraglich, ob für die Entgegennahme der Gläubigermeldung nach nachgeholter Anmeldung und Eintragung mitsamt Bekanntmachung der Beendigung und evtl. sogar für die Pflicht zur Sicherheitsleistung vom Fortbestand der gelöschten GmbH auszugehen ist. Die Pflicht zur Sicherheitsleistung als solche kann u. E. den Fortbestand der GmbH noch nicht rechtfertigen; denn falls die GmbH ordnungsgemäß liquidiert wurde, erlöschen Verbindlichkeiten mit dem Erlöschen der GmbH. Anderes gilt, sofern die Liquidatoren die GmbH nicht ordnungsgemäß liquidiert haben und deshalb **Schadensersatzansprüche der GmbH gegen die Liquidatoren** erwachsen sein sollten. Eine solche Pflichtwidrigkeit dürfte aber wohl nicht bereits in der unterbliebenen Anmeldung der Beendigung des Beherrschungsvertrags liegen – eben weil diese nicht in den Pflichtenkreis der herrschenden Gesellschaft fällt. Ggf. könnte man aber die Pflichtwidrigkeit darin erblicken, dass nach Ablauf des Sperrjahres (womöglich) das Restvermögen unter die Gesellschafter verteilt wurde, obwohl die Pflicht zur Sicherheitsleistung aus § 303 AktG noch nicht erfüllt war (auch wenn diese noch nicht entstanden war, hätten zumindest bei möglicher Gläubigermeldung Rückstellungen gebildet werden müssen). Zudem könnte die nach etwaiger nachgeholter Anmeldung an sich zu gewährende **Gelegenheit zur Gläubigermeldung** bei der herrschenden GmbH (§ 303 Abs. 1 AktG) **fortwirkenden Abwicklungsbedarf** auslösen. Zwar ließe sich argumentieren, dass die Gläubigermeldung bei einer vollständig liquidierten, vermögenslosen GmbH letztlich sinnlos wäre, weil ohnehin keine Sicherheitsleistung erbracht werden könnte; indes lässt sich niemals ausschließen, dass künftig noch Vermögen der gelöschten GmbH auftaucht, diese daher fortbesteht und die Gläubigermeldung deshalb doch wieder Relevanz hat. Aus diesen Gründen halten wir es im vorliegenden Fall für **gut vertretbar**, auch auf Grundlage der h. L. vom **Fortbestand der gelöschten GmbH** auszugehen.

### 3. Ergebnis

Im Ergebnis erscheint es u. E. näherliegend, vom **Fortbestand** der gelöschten GmbH **wegen fortwirkenden Abwicklungsbedarfs** auszugehen. Insoweit wäre nach h. M. ein **Nachtragsliquidator** zu bestellen. Da nicht höchstrichterlich gesichert ist, dass der Beherrschungsvertrag kraft Gesetzes mit Auflösung der herrschenden GmbH endet, läge der sicherste Weg darin, dass die ab-

hängige GmbH den Beherrschungsvertrag gegenüber dem Nachtragsliquidator kündigte oder mit der GmbH einen Aufhebungsvertrag schloss.

## 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.

### **BGB § 1585c**

**Adoption; künstliche Befruchtung; Freistellungsvereinbarung; Verzicht auf Betreuungsunterhalt**

Abruf-Nr.:

### **EGBGB Art. 15 a. F.**

**Italien: Güterstand italienischer Eheleute**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### **BGB §§ 167 Abs. 2, 311b Abs. 1; GBO §§ 39, 40**

**Beurkundungsbedürftigkeit einer General- und Vorsorgevollmacht; Voreintragung der Erben bei Veräußerung aufgrund transmortaler Vollmacht**

**1. Eine widerrufliche General- und Vorsorgevollmacht ist auch dann nicht gem. § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn sie zur Veräußerung von Grundbesitz ermächtigt.**

**2. Verkauft der Erbe als transmortal Bevollmächtigter ein Grundstück, so ist bei der späteren Grundschuldbestellung aufgrund der im Kaufvertrag vorgesehenen Belastungsvollmacht keine Voreintragung der Erben erforderlich.** (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG Celle, Beschl. v. 16.8.2019 – 18 W 33/19

### **Problem**

Der Erblasser wurde nach seinem Tod von seinen drei Kindern beerbt. Zum Nachlass gehörte u. a. ein Grundstück. Das Grundbuch ist bisher nicht berichtigt worden. Vor seinem Tod hatte der Erblasser einem seiner Söhne eine widerrufliche, notariell beglaubigte General- und Vorsorgevollmacht erteilt. Die Vollmacht sollte

ausdrücklich auch die Veräußerung und Belastung von Grundbesitz erfassen und über den Tod hinaus gelten. Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

Mit notariellem Vertrag veräußerte der Bevollmächtigte den Grundbesitz. Der Kaufvertrag enthielt die übliche Belastungsvollmacht zugunsten der Käufer.

Das Grundbuchamt war der Ansicht, dass der Bevollmächtigte den Grundbesitz nicht habe veräußern können; eine General- und Vorsorgevollmacht mit ausdrücklicher Befugnis zur Grundbesitzveräußerung unterliege nämlich dem Formerfordernis des § 311b Abs. 1 BGB und bedürfe damit der notariellen Beurkundung.

### **Entscheidung**

Die gegen die Zwischenverfügung eingelegte Beschwerde ist erfolgreich gewesen.

Das OLG Celle setzt sich zunächst ausführlich mit der Frage auseinander, wann eine General- und Vorsorgevollmacht dem Formerfordernis des § 311b Abs. 1 BGB unterliegt. Mit der ganz h. M. (und im Einklang mit § 167 Abs. 2 BGB) lehnt das Gericht die Beurkundungspflicht ab, wenn die Vollmacht jederzeit frei widerruflich ist. Nur wenn mit der widerruflichen Vollmacht bereits eine faktische Bindung eintrete (bspw. bei entsprechender Absprache im Grundverhältnis), komme eine Beurkundungspflicht in Betracht. Das sei aber bei einer allgemein gehaltenen, widerruflichen General- und Vorsorgevollmacht gerade nicht der Fall.

„Vorsorglich“ weist der Senat noch darauf hin, dass es keiner Voreintragung der Erben gem. § 39 GBO bedürfe. Dies gelte auch hinsichtlich der aufgrund Finanzierungsvollmacht noch einzutragenden Grundschuld. Der Senat stützt dies auf eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 Var. 2 Fall 2 GBO: Das Handeln des transmortal Bevollmächtigten sei mit dem Handeln eines Nachlasspflegers vergleichbar. Damit schließt sich das OLG Celle ausdrücklich den Oberlandesgerichten Köln (FGPrax 2018, 106 = DNotI-Report 2018, 132), Frankfurt (ZEV 2017, 719 = DNotI-Report 2017, 174) und Stuttgart (DNotZ 2019, 194) an. Es lässt sich im Hinblick auf diese Frage folglich eine Verfestigung der obergerichtlichen Rechtsprechung konstatieren.

## Literaturhinweise

**K. Winkler, BeurkG, 19. Aufl., Verlag C. H. Beck, München 2019, 883 Seiten, 139.– €**

Der Kommentar zum BeurkG mit den meisten Auflagen ist das Werk von *Winkler*, der den Kommentar seit fast 50 Jahren als Alleinautor verantwortet. Man kann vor dieser Lebensleistung nur den Hut ziehen. Wenn man die letzten Auflagen miteinander vergleicht, stellt man fest, dass das Werk nicht nur um nötige Hinweise ergänzt und aktualisiert wurde, sondern dass der Autor den Kommentar akribisch fortentwickelt und substanziell erweitert hat. Die Neuauflage berücksichtigt das Gesetz zum Elektronischen Urkundenarchiv und geht auch auf weitere für die Praxis wichtige Gesetzesänderungen ein. Die in § 10 BeurkG integrierte Darstellung des GwG wurde auf den neuesten Stand gebracht. Deutlich vertieft wurden die Ausführungen zur Bezugnahme auf Datenträger und zur Reichweite der Beurkundungspflicht im Zusammenhang mit der Bezugnahme auf Anlagen (§ 9 Rn. 20 ff.).

Die Kommentierung ist sehr umfangreich und als Leitlinie für die Praxis ganz vorzüglich geeignet. Zu Recht führt *Winkler* etwa aus, dass der Unternehmensvertrag der Niederschrift über die Hauptversammlung gem. § 293g Abs. 2 S. 2 AktG lediglich als einfacher Identifizierungsbefehl beizufügen ist. Neu aufgenommen wurde in die Kommentierung ein Abschnitt zur notariellen Vorprüfung nach § 15 Abs. 3 GBO und § 378 Abs. 3 FamFG (§ 53 Rn. 64 ff.). *Winkler* sieht in der Vorprüfung und dem Prüfvermerk zu Recht eine förmliche Eintragungsvoraussetzung und hält den Erlass einer Zwischenverfügung für geboten, wenn die Prüfung nicht erfolgt ist (§ 53 Rn. 81 f.; ebenso etwa OLG Schleswig DNotZ 2017, 862; OLG Celle DNotZ 2018, 449, 450).

Fazit: Der *Winkler* nimmt weiterhin eine Ausnahmestellung in der Kommentarlandschaft zum BeurkG ein. Er ist weiterhin unentbehrlicher Bestandteil jeder Notarbibliothek.

**Notar Dr. Johannes Weber**

**Postvertriebsstück: B 08129**

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

---

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter  
**[www.dnoti.de](http://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](mailto:dnoti@dnoti.de)                      Internet: [www.dnoti.de](http://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:** Dr. Simon Blath

**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