

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

26. Jahrgang
Februar 2018
ISSN 1434-3460

4/2018

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 39 Abs. 2; HGB § 12 Abs. 2 – Anmeldung der Abberufung eines Geschäftsführers; Einreichung des Gesellschafterbeschlusses zum Handelsregister; Vorlage der Urschrift des Beschlusses beim Notar; Form der Einreichung

BGB §§ 1629, 1643, 1795, 181, 1822 Nr. 3 u. 10, 1909; HGB § 161 – Vermögensverwaltende KG: Erhöhung der Beteiligung minderjähriger Kommanditisten durch Schenkung zusätzlicher Anteile oder Einbuchung; Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung; Erfordernis eines Ergänzungspflegers

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BeurkG §§ 4, 17 Abs. 1 u. 2; BGB § 164 Abs. 1; BNotO § 14 Abs. 2 – Verpflichtung des Notars zur Prüfung der Existenz des Vertretenen und der Vertretungsmacht des Vertreters

BGB §§ 2065 Abs. 1, 2270, 2271 – Änderung eines gemeinschaftlichen Testaments; Zustimmung eines Dritten

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

GmbHG § 39 Abs. 2; HGB § 12 Abs. 2 Anmeldung der Abberufung eines Geschäftsführers; Einreichung des Gesellschafterbeschlusses zum Handelsregister; Vorlage der Urschrift des Beschlusses beim Notar; Form der Einreichung

I. Sachverhalt

Die Gesellschafter haben einen Beschluss über die Abberufung eines Geschäftsführers gefasst und unterzeichnet. Sie legen dem Notar den Beschluss lediglich in eingescannter Form vor. Der Notar leitet den Scan als unsignierte Datei an das Handelsregister weiter.

II. Frage

Genügt dies den Anforderungen des § 39 Abs. 2 GmbHG und § 12 Abs. 2 HGB?

III. Zur Rechtslage

1. § 39 Abs. 2 GmbHG: Einreichung einer einfachen elektronischen Aufzeichnung
Gem. § 39 Abs. 1 GmbHG sind das Ausscheiden und die

Neubestellung eines GmbH-Geschäftsführers **zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden**. Der Anmeldung sind nach § 39 Abs. 2 GmbHG die Urkunden „über die Bestellung der Geschäftsführer oder über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen“. Das Dokument muss nur dann i. S. v. § 39a BeurkG signiert sein, wenn das Gesetz (wie bei § 130 Abs. 5 Var. 1 AktG) die Einreichung einer beurkundeten Erklärung oder einer öffentlich beglaubigten Abschrift vorsieht. Genügt – so wie im Fall des § 39 Abs. 2 GmbHG – die **Einreichung einer Urschrift oder einer einfachen Abschrift**, so ist dem Registergericht gem. § 12 Abs. 2 S. 2 HGB lediglich eine **einfache elektronische Aufzeichnung** zu übermitteln. Diese muss nicht mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen sein. Es genügt also die **Übersendung der gescannten Urschrift des Abberufungsbeschlusses** (vgl. OLG Jena RNotZ 2011, 121; Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89, 97; MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, 2. Aufl. 2016, § 39 Rn. 32; Krafka/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn. 132; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 39 Rn. 4; BeckOK-GmbHG/Heilmeier, Std.: 1.11.2017, § 39 Rn. 45).

2. Wer muss der Ersteller sein?

Die Frage, wer das PDF erstellen muss, wird in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – nicht ausdrücklich erörtert. Die Rechtslage ist insoweit offen und

es bleibt abzuwarten, wie die Rechtsprechung die Frage einmal entscheidet.

a) Keine Authentizitätsprüfung erforderlich?

Einerseits könnte man meinen, dass der Gesetzgeber durch Einführung des § 12 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 HGB für die dort genannten Formen eines elektronischen Dokuments etwaige **Zweifel** an ihrer Authentizität **billigend in Kauf genommen** hat und davon ausgegangen ist, dass eine Prüfung der Authentizität im elektronischen Handelsregister regelmäßig nicht mehr erforderlich sei (vgl. BeckOK-HGB/Müther, Std.: 15.1.2018, § 12 Rn. 32 m. Verw. auf BT-Drucks. 16/960, S. 45; vgl. auch MünchKommHGB/Krafka, 4. Aufl. 2016, § 12 Rn. 58: Grund des Verzichts auf eine qualifizierte elektronische Signatur sei die Vermeidung von neuem Bürokratieaufwand für die Unternehmen gewesen).

b) Notar als Ersteller

Andererseits gehen die eingangs genannten Quellen wohl implizit davon aus, dass **dem Notar** die einzureichenden Unterlagen – hier der Abberufungsbeschluss – **im Original vorliegen** müssen, dass mithin **er selbst die PDF-Datei erstellt**. Die elektronische Übermittlung einer bloßen Kopie oder einer Fremd-PDF würde dann nicht genügen. So führen etwa *Krafka/Kühn* (Rn. 132a m. Verw. auf OLG Nürnberg FGPrax 2015, 22) aus:

„Gefordert wird durch § 12 Abs. 2 Satz 2 HGB die Einreichung einer ‚elektronischen Aufzeichnung‘. Eine solche kann insbesondere durch Einscannen des dem Notar vorliegenden Schriftstücks hergestellt werden.“

Im genannten Urteil des OLG Nürnberg (FGPrax 2015, 22, 23 = DNotZ 2015, 220) heißt es sinngemäß:

„Für die Übertragung von dem Notariat zu dem RegisterG ist es zunächst erforderlich, die für die Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister notwendigen, in Papierform beurkundeten Erklärungen in ein elektronisches Dokument umzuwandeln. Hierfür sind die Papierdokumente entweder einzuscannen oder unmittelbar aus der Textverarbeitung oder der Notarsoftware als Bilddatei abzuspeichern.“

Für ein solch enges Verständnis könnte auch die **Arbeitsteilung zwischen Notariat und öffentlichem Register** sprechen, wonach die Anmeldung zur Weiterleitung zum Handelsregister beim Notar einzureichen ist und der Notar eine Vorprüfung der einzutragenden Tatsachen für das Handelsregister vornimmt (§ 378 Abs. 3 FamFG). § 39 Abs. 2 GmbHG verlangt außerdem nach wie vor die Vorlage des Originals oder einer beglaubigten Abschrift des Beschlusses beim Registergericht. Wenn wegen § 12 Abs. 2 HGB das Original des Gesellschafterbeschlusses nicht mehr beim Registergericht eingereicht werden kann, so könnte zumindest der Notar vor dem Medienwechsel – quasi als „Außenstelle des Registergerichts“ – die Authentizität des Beschlusses und der Unterschrift der Gesellschafter prüfen. Wie bereits bemerkt, ist die Frage jedoch nicht abschließend geklärt. Der Notar wird aber nach seinem Ermessen zumindest berechtigt sein, von den Beteiligten die Vorlage einer Urschrift zu verlangen.

Einzelne Stimmen in der Literatur empfehlen ohnehin, **überobligatorisch** stets eine **elektronisch beglaubigte Beschlussabschrift** einzureichen, um dem Gericht *„im Interesse der Richtigkeit seiner Eintragung in das mit öffentlichem Glauben versehene Register (§ 15 HGB)*

„eine verlässliche Prüfung zu ermöglichen“ (Sikora, in: Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handelsregister- und Kostenrechts, 7. Aufl. 2014, Rn. 192: auch weil der Beschluss im Registerordner gespeichert werde, § 9 Abs. 1 HRV).

BGB §§ 1629, 1643, 1795, 181, 1822 Nr. 3 u. 10, 1909; HGB § 161

Vermögensverwaltende KG: Erhöhung der Beteiligung minderjähriger Kommanditisten durch Schenkung zusätzlicher Anteile oder Einbuchung; Erfordernis der familiengerichtlichen Genehmigung; Erfordernis eines Ergänzungspflegers

I. Sachverhalt

V ist persönlich haftender Gesellschafter einer vermögensverwaltenden Kommanditgesellschaft. Gegenstand des Unternehmens ist die Bewirtschaftung, Verwaltung und Verwertung eigenen Vermögens. Die Gesellschaft ist nicht berechtigt, in irgendeiner Weise gewerblich tätig zu werden, d. h., sie darf keine gewerblichen Einkünfte erzielen, insbesondere keine Vermögensanlagen durchführen, die gewerbliche Einkünfte nach sich ziehen. Bei der Verfolgung des Gesellschaftszwecks dürfen die Grenzen einer rein vermögensverwaltenden Tätigkeit nicht überschritten werden. Im Übrigen kann die Gesellschaft Geschäfte jeder Art tätigen, die dem Gesellschaftszweck unmittelbar oder mittelbar dienen.

Die minderjährigen Kinder des V, A (geb. 2009) und B (geb. 2007), sind bereits als Kommanditisten i. H. v. jeweils 16,83 % (gerundet) an der Gesellschaft beteiligt. Die Hafteinlage der Kinder beträgt jeweils 1.000 € und ist voll geleistet. Durch Schenkung und Abtretung sollen die Beteiligungen der Kinder auf jeweils 25 % am Gesellschaftskapital erhöht werden, nicht jedoch ihre Hafteinlagen von jeweils 1.000 € Persönlich haftender Gesellschafter soll V bleiben.

Rückübertragungsrechte sind lediglich nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen gewünscht. Durch den Beteiligungszuwachs ergeben sich keine zusätzlichen Pflichten.

II. Fragen

1. Bedarf der Vertrag der familiengerichtlichen Genehmigung?
2. Bedarf die Schenkung der Gesellschaftsanteile an die Kinder A und B der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers?

III. Zur Rechtslage

1. Ausgestaltung der „Übertragung“

Ob die Bestellung eines Ergänzungspflegers und eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich sind, dürfte entscheidend davon abhängen, wie die kapitalmäßige Beteiligung der Kinder an der Gesellschaft erhöht wird.

a) Teilübertragung

Eine Erhöhung der Beteiligungen ließe sich einerseits dadurch realisieren, dass V seinen Komplementäranteil teilweise auf die Kinder überträgt. Die Teilübertragung eines

Gesellschaftsanteils folgt den Regeln der Vollübertragung (§§ 413, 398 BGB). Die Teilübertragung ist demnach zulässig, wenn die Mitgesellschafter ihr zustimmen oder wenn sie im Gesellschaftsvertrag gestattet ist (vgl. Wertenbruch, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 105 Rn. 226).

Überträgt ein Komplementär seine Gesellschaftsbeteiligung auf einen bereits an der Gesellschaft beteiligten Kommanditisten, so hat dies jedoch **gravierende haftungsrechtliche Konsequenzen**. Da eine Person nicht gleichzeitig Komplementär und Kommanditist sein kann, wandelt sich der zu übertragende Gesellschaftsanteil nicht schon beim Veräußerer in eine Kommanditbeteiligung um. Die Umwandlung findet daher erst beim Erwerber statt. Mithin wird der Erwerber zumindest **für eine logische Sekunde** auch **Komplementär**. Ist der Erwerber bereits Kommanditist, so führt der Zuerwerb des Komplementäranteils dazu, dass sich auch die bestehende Kommanditbeteiligung für eine logische Sekunde in eine Komplementärbeteiligung umwandelt. Diese kurzzeitige Komplementärstellung genügt, um eine **unbeschränkte persönliche Haftung** des Erwerbers für die bis zu diesem Zeitpunkt begründeten Altverbindlichkeiten (begrenzt i. S. d. § 160 HGB) entstehen zu lassen (vgl. DNotI-Internetgutachten Nr. 129819, Ziff. 2).

b) Einbuchung

Alternativ besteht die Möglichkeit, dass – ohne Teilübertragung eines Anteils – lediglich ein Teil des festen Kapitalanteils des V auf die Kinder übergeht. Die **Übertragung eines Kapitalanteils** geschieht durch sog. „**Einbuchung**“. Durch **Änderung des Gesellschaftsvertrags** wird sowohl der Kapitalanteil des Komplementärs um den entsprechenden Betrag heruntersgesetzt als auch der Kommanditanteil entsprechend erhöht (vgl. Piehler/Schulte, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, 4. Aufl. 2014, § 35 Rn. 64). Es spricht grundsätzlich nichts dagegen, die bestehenden festen Kapitalanteile durch eine allseitige Änderung des Gesellschaftsvertrags neu zu verteilen (vgl. Ehrlicke, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 120 Rn. 75; MünchKommHGB/Priester, 4. Aufl. 2016, § 120 Rn. 102).

Wird der Kapitalanteil erhöht, so fragt sich, wie sich dies auf Pflichteinlage und Haftsumme auswirkt. Grundsätzlich kann die (für die Haftung im Außenverhältnis maßgebliche) **Haftsumme** (vgl. § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 1 HGB) von den Parteien der Höhe nach **frei bestimmt** werden (MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2012, § 172 Rn. 22). Folglich dürfte es möglich sein, den festen Kapitalanteil eines Kommanditisten zu erhöhen, ohne dass sich die Haftsumme des bereits an der Gesellschaft beteiligten Kommanditisten erhöht und diese Erhöhung im Handelsregister eingetragen wird.

Da das Kapitalkonto I des Kommanditisten im Zweifel seiner Pflichteinlage entspricht (vgl. Weipert, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, § 167 Rn. 6), sollte darauf zu achten sein, dass die **Einlage im Zeitpunkt der Einbuchung wertmäßig voll im Gesellschaftsvermögen vorhanden** ist. Dies ist mit Blick auf das Innenverhältnis dann der Fall, wenn der Komplementär ein hinreichendes entnahmefähiges Guthaben bei der Gesellschaft hat (v. Falkenhausen/Schneider, in: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. 2, § 18 Rn. 14 f.). Um einen rechtlichen Nachteil für den Minderjährigen zu vermeiden, müssen die bestehenden mit dem Kapitalanteil ver-

knüpften Einlagepflichten erfüllt sein, damit eine Haftung gegenüber der Gesellschaft in jedem Falle ausgeschlossen ist.

Nach dem Sachverhalt dürfte die Erhöhung durch Einbuchung gewünscht sein.

2. Bestellung eines Ergänzungspflegers

Wirkt der Vater für seine Kinder in deren Namen an einer Änderung des Gesellschaftsvertrags mit, so könnte er als gesetzlicher Vertreter seiner Kinder von der Vertretung gem. §§ 1629 Abs. 1, 1795 Abs. 2, 181 BGB ausgeschlossen sein. In teleologischer Reduktion der genannten Vorschriften ist der gesetzliche Vertreter aber zumindest dann nicht an einer Vertretung des Minderjährigen gehindert, wenn das Geschäft diesem **lediglich rechtliche Vorteile** bringt (BGH FamRZ 1975, 480; Palandt/Götz, BGB, 77. Aufl. 2018, § 1795 Rn. 4, 13).

Ob eine Erhöhung der Kapitalanteile minderjähriger Gesellschafter durch Gesellschaftsvertragsänderung rechtlich nachteilhaft ist, wird in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – **nicht näher erörtert**.

a) Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils

Intensiv diskutiert wurde in der Vergangenheit, ob die Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils für den Minderjährigen rechtlich nachteilhaft ist.

Selbst beim derivativen Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils durch einen Minderjährigen verneinte die früher h. M. einen lediglich rechtlichen Vorteil, da auch in diesem Fall mit dem Erwerb der Gesellschaftsbeteiligung ein Bündel von Rechten und Pflichten für den Minderjährigen begründet werde (BGH NJW 1977, 1339, 1341; LG Köln Rpfleger 1970, 245; Ivo, ZEV 2005, 193, 194).

Ausgehend von einem Beschluss des **OLG Bremen** vom 16.6.2008 (2 W 38/08, ZEV 2008, 608 = RNotZ 2008, 625) sieht aber der nunmehr **wohl überwiegende Teil des Schrifttums** den **Erwerb eines voll eingezahlten Kommanditanteils durch Schenkung** als **lediglich rechtlich vorteilhaft** an (Staudinger/Peschel-Gutzeit, BGB, 2015, § 1629 Rn. 246; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026; Rust, DStR 2005, 1942, 1946; Führ/Nikoleyczik, BB 2009, 2105; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 187 f.; Werner, GmbHR 2008, 1266). Zwar lebt die Haftung des Kommanditisten gem. § 172 Abs. 4 HGB wieder auf, wenn er die eingezahlte Einlage zurückerlangt; dieses Risiko kann sich aber nur dann realisieren, wenn an den Minderjährigen selbst zurückgezahlt wird (vgl. OLG Bremen ZEV 2008, 608). Dass der eintretende Kommanditist gem. § 176 Abs. 2 HGB für die zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung ins Handelsregister begründeten Gesellschaftsverbindlichkeiten persönlich haftet, stellt zumindest dann keinen rechtlichen Nachteil dar, wenn – wie üblich – der Kommanditanteil aufschiebend bedingt auf die Eintragung der Übertragung in das Handelsregister übertragen wird (vgl. OLG Bremen ZEV 2008, 608, 609; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 188).

Das **OLG Frankfurt** (Beschl. v. 27.5.2008 – 20 W 123/08, DNotZ 2009, 142, 143 = NJW-RR 2008, 1568) vertritt demgegenüber die Ansicht, dass die Übertragung eines Kommanditanteils **nicht anders als der originäre Erwerb** einer Mitgliedschaft behandelt werden könne. Mit

dem Erwerb des Kommanditanteils sei der Minderjährige langfristig an eine Personenhandelsgesellschaft mit einem Bündel von Rechten und Pflichten gebunden. Insbesondere träfen den Minderjährigen gesellschaftsrechtliche Treuepflichten. Zudem sei das Wiederaufleben der beschränkten Haftung gem. § 172 Abs. 4 HGB denkbar.

b) Bloße Erhöhung des Kapitalanteils

Unseres Erachtens ist die Aufstockung des Kapitalanteils zumindest dann **lediglich rechtlich vorteilhaft**, wenn die mit dem festen Kapitalanteil verbundene **Einlageverpflichtung erfüllt** worden und eine **Haftung des Minderjährigen für die Einlage ausgeschlossen** ist. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass die Minderjährigen an der Gesellschaft **bereits als Kommanditisten beteiligt** sind. Die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten haben schon bisher bestanden. Außerdem droht **keine Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB**, wenn allein der jeweilige Kapitalanteil erhöht wird, nicht aber die für das Außenverhältnis maßgebliche Haftsumme. Denn für die Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB ist nur die Haftsumme maßgeblich (vgl. Oetker, in: Oetker, HGB, 5. Aufl. 2017, § 172 Rn. 16). Umgekehrt dürfte es für den betroffenen Minderjährigen rechtlich vorteilhaft sein, wenn die Erhöhung des festen Kapitalanteils (Kapitalkonto I) lediglich zu einer höheren Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und an der Gewinnverteilung führt. Anderes wird **nur dann** gelten, **wenn** mit dem höheren Kapitalanteil **weitergehende Pflichten** verbunden sind (z. B. Nachschusspflichten, Pflichten zur Tragung von Verlusten). Dafür liefert der Sachverhalt jedoch keine Anhaltspunkte.

Unseres Erachtens bedarf die Erhöhung der Kapitalanteile daher **nicht der Bestellung eines Ergänzungspflegers**.

3. Genehmigungsbefähigung

a) Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils

Den **derivativen Erwerb eines Kommanditanteils** durch einen Minderjährigen hält die **h. M. gem. § 1822 Nr. 3 BGB analog für genehmigungsbedürftig** (Reimann, DNotZ 1999, 179, 190; Ivo, ZEV 2005, 193, 195 f.).

Freilich ist für § 1822 Nr. 3 BGB (analog) entscheidend, dass die Gesellschaft ein „Erwerbsgeschäft“ betreibt. So hat insbesondere das **OLG Bremen** (ZEV 2008, 608, 609) die unentgeltliche Übertragung von Kommanditanteilen an einer **vermögensverwaltenden Familien-KG** als lediglich rechtlich vorteilhaft eingestuft und daher die vormundschaftsgerichtliche (jetzt familiengerichtliche) **Genehmigungspflicht** wegen fehlenden unternehmerischen Risikos **abgelehnt** (zust. OLG Jena MittBayNot 2013, 387, 388 m. Anm. Geroni = RNotZ 2013, 636). Dabei hat es darauf abgestellt, dass die persönliche Haftung des Minderjährigen und sein Verlustrisiko auf die bereits erbrachte Kommanditeinlage beschränkt seien. Das Haftungsrisiko gem. § 176 Abs. 2 HGB lasse sich durch eine aufschiebend auf Eintragung des Anteilsübergangs bedingte Abtretung ausschließen.

Demgegenüber hat das **OLG Frankfurt** die Schenkung von Kommanditanteilen mit der bisher h. M. für **genehmigungsbedürftig** gehalten (NJW-RR 2008, 1568 = DNotZ 2009, 142). Der zugrunde liegende Sachverhalt betraf allerdings eine Gesellschaft, die ein **Erwerbsgeschäft** betrieben hatte. Diesen Umstand hat das Gericht zwar

nicht ausdrücklich für entscheidungserheblich erklärt, jedenfalls aber mehrfach hervorgehoben.

In einem Fall des **OLG München** (ZEV 2008, 609 = MittBayNot 2009, 52) hatte es an einem Erwerbsgeschäft wiederum gefehlt: Einem Minderjährigen waren unentgeltlich Kommanditanteile an einer KG übertragen worden, deren Tätigkeit auf die **Verwaltung** des von den Gesellschaftern **selbst genutzten Wohnhauses** beschränkt war. Das OLG München hat eine vormundschaftsgerichtliche **Genehmigung** nach § 1822 Nr. 3 BGB unter diesen Umständen **nicht für erforderlich** gehalten (vgl. zum Ganzen auch MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2017, § 1822 Rn. 21 f.).

b) Bloße Erhöhung des Kapitalanteils

Die Ausführungen unter lit. b sind u. E. jedoch nicht auf die Erhöhung des Kapitalanteils eines Minderjährigen zu übertragen.

In diesem Fall ist der Minderjährige **an der Gesellschaft bereits als Kommanditist beteiligt**; es geht um eine **bloße Änderung des Gesellschaftsvertrags**. Nach Ansicht des BGH bedarf die Änderung des Gesellschaftsvertrags aber selbst dann **keiner familiengerichtlichen Genehmigung**, wenn sie in die Rechte und Pflichten des Kindes eingreift. Es soll noch nicht einmal darauf ankommen, ob es sich um gewöhnliche oder um wirtschaftlich bedeutende Änderungen handelt (BGHZ 38, 26, 28 = NJW 1962, 2344; BGH NJW 1992, 300, 301). Im vorliegenden Fall ist überdies zu berücksichtigen, dass für den Minderjährigen mit der Erhöhung des Kapitalanteils keine weiteren unternehmerischen Risiken verbunden sind.

Allerdings wird in der Literatur teilweise die Gesellschaftsvertragsänderung generell für genehmigungsbedürftig gehalten (MünchKommBGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rn. 28). Andere Stimmen nehmen die Genehmigungsbefähigung bei „wesentlichen“ Änderungen an (OLG Düsseldorf DB 1951, 443; Merkel, BB 1963, 456). Nach dem Maßstab der oben angeführten BGH-Entscheidungen dürfte vorliegend jedoch **keine Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB** erforderlich sein.

Es kommt lediglich eine Genehmigungspflicht nach **§ 1822 Nr. 10 BGB** in Betracht, wenn die Änderung des Gesellschaftsvertrags zu einer Erweiterung der Haftung des nicht voll Geschäftsfähigen führt, sei es, dass er in die Komplementärstellung wechselt, sei es, dass die Haftsumme erhöht wird. Hat die Vertragsänderung **weder eine Erweiterung der Haftung noch eine außergewöhnliche Vermögensbelastung** des Minderjährigen zur Folge, scheidet das Genehmigungserfordernis nach § 1822 Nr. 10 BGB aus (vgl. BGH NJW 1992, 300, 301; zum Ganzen Staudinger/Veit, 2014, § 1822 Rn. 94 f.).

Wird lediglich der Kapitalanteil des Minderjährigen erhöht, dürfte also eine Genehmigung weder nach § 1822 Nr. 3 BGB noch nach § 1822 Nr. 10 BGB erforderlich sein.

4. Ergebnis

Wir gehen davon aus, dass zur Erhöhung der Kapitalanteile der Kinder weder die Bestellung eines Ergänzungspflegers noch eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist.

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 §§ 271, 307, 320, 322, 433 Abs. 1 S. 1; MaBV § 3 Abs. 2 S. 2

(Keine) Pflicht des Bauträgers zur Besitzverschaffung aufgrund der sog. Bezugsfertigkeitsrate gem. § 3 Abs. 2 MaBV; Recht des Erwerbers auf Besitzverschaffung trotz Mängelbehalt
Abruf-Nr.:

GmbHG §§ 2 Abs. 2, 7, 8, 6

Änderung des Gesellschaftsvertrags einer Mehrpersonen-GmbH vor Eintragung unter Mitwirkung eines vollmachtlosen Vertreters; Genehmigung; Vor-GmbH; Unterzeichnung der Gesellschafterliste bei Gründung durch sämtliche Geschäftsführer; Vertretung des Geschäftsführers bei der Anmeldung; ausländischer Geschäftsführer
Abruf-Nr.:

Rechtsprechung

BeurkG §§ 4, 17 Abs. 1 u. 2; BGB § 164 Abs. 1; BNotO § 14 Abs. 2

Verpflichtung des Notars zur Prüfung der Existenz des Vertretenen und der Vertretungsmacht des Vertreters

§ 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet den Notar bei der Vornahme von Beurkundungen, an denen Vertreter beteiligt sind, die Existenz des Vertretenen und grundsätzlich auch die Vertretungsmacht des Vertreters zu prüfen.

BGH, Beschl. v. 13.11.2017 – NotSt(Brfg) 4/17

Problem

Gegenstand der Entscheidung ist der Antrag auf Zulassung der Berufung. Kläger ist ein Notar, der in der Berufungsinstanz eine gegen ihn ergangene Disziplinarmaßnahme angreifen wollte.

Zugrunde liegt folgender Sachverhalt: Der Notar beurkundete am 2.4.2013 einen Grundstückskaufvertrag. Als Verkäuferin trat eine GmbH auf, die von ihrem Geschäftsführer vertreten wurde. Käuferin war eine maltesische Gesellschaft, die im Vertrag als „E. Ltd.“ bezeichnet wurde. Eine Angestellte des Notars handelte als vollmachtlose Vertreterin für die Vertreter der Gesellschaft. Der Notar prüfte weder die Existenz des maltesischen Unternehmens noch die Vertretungsmacht der in der Urkunde als Vertreter genannten natürlichen Personen. Tatsächlich firmierte die

Käuferin zum Zeitpunkt der Beurkundung noch unter „F. Ltd.“. Erst mit Wirkung zum 5.6.2013 wurde die Firma in „E. Ltd.“ geändert. Dem Notar warf man wegen Verletzung der Amtspflicht aus § 17 Abs. 1 BeurkG ein Dienstvergehen nach § 95 BNotO vor.

Entscheidung

Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist vom BGH abgewiesen worden.

Der BGH wertet die **fehlende Prüfung der Existenz des Vertretenen und der Vertretungsmacht der Vertreter als Verletzung der Amtspflicht aus § 17 Abs. 1 BeurkG.**

Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren. Dies soll laut BGH **gewährleisten**, dass der Notar eine **rechtswirksame Urkunde** errichtet, die den Willen der Beteiligten vollständig sowie inhaltlich richtig und eindeutig wiedergibt. Dafür müsse der Notar den zugrunde liegenden Sachverhalt kennen und deshalb den **Tatsachekern** des zu beurkundenden Geschäfts **aufklären**.

Maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen einer rechtswirksamen Urkunde sei der **Zeitpunkt der Beurkundung** und nicht der der „endgültigen Genehmigung“ durch den Vertretenen. Denn der Notar wäre bereits zu diesem Zeitpunkt nach **§ 14 Abs. 2 BNotO und § 4 BeurkG** verpflichtet, die Beurkundung abzulehnen, wenn er vom Fehlen der Vertretungsmacht überzeugt wäre und eine Genehmigung des Geschäfts durch die Vertretene ausgeschlossen erschiene.

Es **genüge nicht, dass sich der Notar** ohne eigene Nachprüfung lediglich **auf Angaben der Beteiligten verlasse**, da Äußerungen rechtsunkundiger Personen über rechtliche Begriffe und Verhältnisse nicht auf Sachkunde beruhen und deshalb unzuverlässig seien. Dies gelte gerade im Hinblick auf die **Rechtsverhältnisse ausländischer Gesellschaften** „wegen der rechtlichen Schwierigkeiten der Beurteilung wirksamer Vertretung“.

Materiell-rechtlich leite sich die Pflicht zur Prüfung der Vertretungsmacht bereits aus dem **Sinn des § 164 Abs. 1 BGB** her, da hiernach der Vertretene grundsätzlich nur gebunden sei, wenn der Vertreter mit Vertretungsmacht handle.

Der BGH hält die Erfüllung der **Prüfungspflicht** im konkreten Fall **nicht für unzumutbar**, da auch bei juristischen Personen ausländischen Rechts im Falle der rechtsgeschäftlichen Vollmacht die Vorlage einer entsprechenden **Vollmachtsurkunde** grundsätzlich möglich sei. Unterbleibe die Vorlage einer solchen Urkunde und ergäben sich daraus Zweifel am Bestehen der Vertretungsmacht oder an der Existenz der Vertretenen, so habe der Notar die daraus folgenden **Bedenken mit den Beteiligten zu erörtern (§ 17 Abs. 2 S. 1 BeurkG)**. Verlangten die Beteiligten trotz der Zweifel des Notars die Beurkundung, so habe dieser gem. **§ 17 Abs. 2 S. 2 BeurkG** einen darauf bezogenen **Vorbehalt** in die Niederschrift aufzunehmen. Von diesen gesetzlich eröffneten Möglichkeiten habe der Notar im konkreten Fall keinen Gebrauch gemacht, sodass er seiner Amtspflicht aus § 17 BeurkG nicht nachgekommen sei.

BGB §§ 2065 Abs. 1, 2270, 2271 Änderung eines gemeinschaftlichen Testaments; Zustimmung eines Dritten

Die mittels eines sogenannten **Änderungsvorbehaltes** in einem gemeinschaftlichen Testament den Ehegatten wechselseitig eingeräumte Befugnis zur Abänderung wechselseitiger Verfügungen kann von der Zustimmung eines Dritten (hier: Testamentsvollstrecker) abhängig gemacht werden.

OLG Bremen, Beschl. v. 30.8.2017 – 5 W 27/16

Problem

Die Eheleute errichteten im Jahre 1995 ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie den Überlebenden zum alleinigen Erben des Zuerstversterbenden bestimmten. Erben des Letztversterbenden sollten die Enkelkinder sein. Gleichzeitig ordneten die Ehegatten Testamentsvollstreckung an. Außerdem heißt es:

„Der Überlebende von uns kann dieses Testament in allen Punkten ändern und neu anderweitig letztwillig verfügen, jedoch nur in Übereinstimmung mit dem Testamentsvollstrecker.“

Die Eheleute benannten sodann einen Testamentsvollstrecker und mehrere Ersatzpersonen.

Nach dem Tod der Ehefrau errichtete der Ehemann ein Einzeltestament und nahm eine abweichende Erbeinsetzung vor. Die Beteiligten streiten nunmehr im Erbscheinsverfahren, ob dieses Testament wirksam ist.

Entscheidung

Das OLG Bremen hält das **Einzeltestament** gem. § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB für **unwirksam**. Die in einem gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen Anordnungen könnten entgegen § 2271 Abs. 1 S. 2 BGB ausnahmsweise dann durch eine neue letztwillige Verfügung des überlebenden Ehegatten widerrufen werden, wenn sich die Ehegatten durch einen sog. **Änderungsvorbehalt** ermächtigt hätten, abweichend von den getroffenen Anordnungen zu verfügen und auch wechselbezügliche Verfügungen abzuändern. Dieses Recht zur Abänderung könnten die Ehegatten mit beliebigen Einschränkungen erteilen.

Bei der Erbeinsetzung der Enkelkinder im gemeinschaftlichen Testament handele es sich um eine **wechselbezügliche Verfügung** i. S. d. §§ 2270, 2271 BGB. Angesichts der Formulierung im Testament und der Verwandtschaftsverhältnisse spreche alles dafür, dass die Einsetzung der gemeinsamen Kinder und Enkel zu Erben des Zuletztversterbenden durch die Ehefrau des Erblassers ausschließlich vor dem Hintergrund erfolgt sei, dass auch der Erblasser so verfügt habe.

Daher habe der überlebende Erblasser nur dann wirksam anders verfügen können, wenn ihm dieses Recht durch einen Abänderungsvorbehalt eingeräumt worden sei. Das Testament enthalte einen solchen Abänderungsvorbehalt. Allerdings hätte der Testamentsvollstrecker der Änderung des Testaments zustimmen müssen.

Die Bindung der Änderungsbefugnisse an die Zustimmung eines Dritten erweise sich nicht als Verstoß gegen

das **Gebot der Höchstpersönlichkeit** bei der Abfassung von letztwilligen Verfügungen (§ 2065 Abs. 1 BGB). Das **Recht zur Abänderung** der gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung könne von den Ehegatten **mit beliebigen Einschränkungen** versehen werden. Dies lasse sich damit begründen, dass das Gesetz grundsätzlich von der Bindungswirkung der wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament ausgehe. Der Änderungsvorbehalt stelle sich im Verhältnis dazu als Ausnahme von der gesetzlichen Regelung dar, die wegen der Testierfreiheit der Erblasser zu akzeptieren sei. Wenn aber die Testierenden dem Überlebenden schon die **volle Freiheit** einräumen könnten, die im gemeinschaftlichen Testament enthaltenen **wechselbezüglichen Verfügungen zu beseitigen**, dann könnten sie **erst recht** diese Freiheit wieder einschränken, denn dabei handele es sich um ein Minus im Verhältnis zur vollen Verfügungsfreiheit. Die Bindung der Änderungsbefugnisse an die **Zustimmung eines Dritten** sei kein Verstoß gegen § 2065 Abs. 1 BGB, sondern die Einschränkung einer Rechtsposition, auf die der Betreffende von Gesetzes wegen ohnehin keinen Anspruch habe. Damit sei es den Testierenden grundsätzlich möglich gewesen, die Änderung von wechselbezüglichen Verfügungen von der Zustimmung eines Dritten abhängig zu machen.

Die Regelung erweise sich auch nicht deshalb als bedenklich, weil die Testamentsvollstreckung nach der insoweit klaren Formulierung im Testament erst mit dem Tode des Zuletztversterbenden habe einsetzen sollen. Zwar möge das problematisch sein, wenn der Testamentsvollstrecker in der letztwilligen Verfügung noch nicht benannt sei. Allerdings hätten die Testierenden im vorliegenden Fall die Personen im Testament benannt. Die Person des Zustimmungsberechtigten habe also bereits nach dem Tod des Erstversterbenden festgestanden.

Die Beschränkung des Änderungsvorbehalts lasse sich schließlich nicht als bloßes Mitteilungs- und Beratungserfordernis auslegen.

Praxishinweis

Das OLG Bremen betritt mit dieser interessanten Entscheidung Neuland. Ob sich die Ausführungen des Gerichts zu § 2065 Abs. 1 BGB in der Rechtsprechung durchsetzen werden, erscheint ungewiss und ist abzuwarten.

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.

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 Internet: 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. Johannes Weber

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