

# DNotI-Report

## Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

### Inhaltsübersicht

#### Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB § 161 – Liquidation der Einheits-GmbHG & Co. KG

BGB §§ 1901a, 1902 – Widerruf einer Patientenverfügung; Adressat und Nachweis der Patientenverfügung

#### Gutachten im Abrufdienst

#### Rechtsprechung

ErbbauRG § 5 Abs. 1 – Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG; Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten; maßgeblicher Zeitpunkt

GBO § 35 Abs. 1 – Kein Nachweis der Erbfolge durch eingezogenen Erbschein

UmwG §§ 120, 152 – Verschmelzung auf den Alleingesellschafter; Überschuldung des Alleingesellschafters; Erklärung gegenüber dem Registergericht

#### Literaturhinweise

#### Veranstaltungen

## Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

### HGB § 161

#### Liquidation der Einheits-GmbHG & Co. KG

##### I. Sachverhalt

Ein Notar ist mit der Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG beauftragt worden. Die Geschäftsanteile der Komplementär-GmbH werden also von der GmbH & Co. KG selbst gehalten. Der Notar weist darauf hin, dass ein üblicher Weg für die Liquidation einer GmbH & Co. KG und deren Komplementär-GmbH darin liege, dass zunächst die Übertragung des Kommanditanteils im Wege der Sonderrechtsnachfolge auf

die Komplementär-GmbH vorgenommen wird. Dies führe zum Ausscheiden des Kommanditisten und zur Vollbeendigung der GmbH & Co. KG. Anschließend würde die Liquidation der GmbH erfolgen. Diese Vorgehensweise könne nach Ansicht des beauftragten Notars bei der Einheits-GmbH & Co. KG allerdings nicht in Betracht kommen, da durch Beendigung der GmbH & Co. KG deren Vermögen auf die Komplementär-GmbH überginge. Dann würden aber die Geschäftsanteile an der GmbH von der GmbH selbst gehalten. Insofern erwägt der Notar, ob es ein gangbarer Weg wäre, zunächst die GmbH zu liquidieren und nach Beendigung der Liquidation im Handelsregister löschen zu lassen, sodass nach Erlöschen der GmbH diese gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB aus der GmbH & Co. KG ausscheidet. Auf diese Weise würde das Vermögen der GmbH & Co. KG den Kommanditisten anwachsen.

## II. Frage

Wie erfolgt die Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG bzw. wie ist deren Vollbeendigung zu erreichen?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Problemstellung

Zunächst könnte man erwägen, die Einheitsgesellschaft wie jede andere GmbH & Co. KG zu liquidieren. Eine nähere Befassung mit der Liquidation in der Einheits-GmbH & Co. KG zeigt allerdings, dass dieses Vorhaben in der Praxis regelmäßig scheitern dürfte.

#### a) Liquidation der GmbH und Liquidation der KG

Üblicherweise würde man bei der GmbH & Co. KG eine Liquidation der KG nach den §§ 145 ff. HGB und eine Liquidation der Komplementär-GmbH nach den §§ 66 ff. GmbHG vornehmen. Die Liquidation der KG und der Komplementär-GmbH würde also in zwei voneinander getrennten Verfahren stattfinden (vgl. etwa Scholz/Scheller, GmbHG, 12. Aufl. 2021, § 60 Rn. 123 ff.). Bei der Einheits-GmbH & Co. KG muss eine derartige Liquidation in zwei getrennten Verfahren allerdings scheitern.

Zunächst setzt die Vollbeendigung der KG voraus, dass bei dieser kein Vermögen mehr vorhanden ist bzw. das vorhandene Gesellschaftsvermögen im Rahmen der Schlussverteilung nach § 155 HGB nach dem Verhältnis der Kapitalanteile unter die Gesellschafter verteilt wurde (vgl. etwa MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 155 Rn. 52). Die KG hält bei der Einheits-GmbH & Co. KG die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH. Sofern die Komplementär-GmbH (wie üblich) nicht am Vermögen der KG beteiligt ist, müssten also die Geschäftsanteile unter den Kommanditisten im Verhältnis der Kapitalanteile verteilt werden. D. h.: Die Geschäftsanteile an der GmbH, die ihrerseits ebenfalls liquidiert werden soll, müssten zunächst auf die Kommanditisten übertragen werden. Dies löst unnötige Kosten für die Übertragung aus und könnte auch steuerlich ungünstig sein.

Bei der Liquidation der GmbH stellen sich entsprechende Probleme. Ist die Komplementär-GmbH ausnahmsweise am Vermögen der KG beteiligt, so steht dieser Vermögenswert bereits der Vollbeendigung entgegen. Darüber hinaus ist die Komplementär-GmbH in jedem Fall noch Geschäftsführerin bzw. (Mit-)Liquidatorin der KG. Allein diese Geschäftsführer- bzw. Liquidatorenstellung könnte der Vollbeendigung der GmbH entgegen (dazu sogleich unter Ziff. 2).

Insofern entsteht sowohl bei der Liquidation der GmbH als auch bei der Liquidation der KG sozusagen ein „Schwebezustand“, der darin begründet ist, dass diese

wechselseitig aneinander beteiligt sind bzw. dass die Komplementär-GmbH Geschäftsführungs- bzw. Liquidationsaufgaben bei der KG wahrnimmt.

#### b) Übertragung der Kommanditanteile auf die Komplementär-GmbH

Hinsichtlich der Liquidation einer „regulären“ GmbH & Co. KG besteht ein weiterer Weg darin, zunächst die Kommanditanteile auf die GmbH zu übertragen. Scheiden dadurch sämtliche Kommanditisten aus der GmbH & Co. KG aus, so führt dies zur Vollbeendigung der KG mit der Folge, dass das Vermögen der KG im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Komplementär-GmbH übergeht. Im zweiten Schritt könnte sodann die GmbH liquidiert werden. Bei der Einheits-GmbH & Co. KG muss dieses Vorgehen allerdings wiederum ausscheiden, da es im Ergebnis dazu führen würde, dass sämtliche Geschäftsanteile an der GmbH von dieser selbst gehalten werden. Damit wäre eine „Keinmann-GmbH“ geschaffen (zu dieser DNotI-Report 2013, 13).

#### 2. Ausscheiden der GmbH aus der KG

Als Lösungsmöglichkeit könnte erwogen werden, zunächst die GmbH zu liquidieren und diese nach Beendigung der Liquidation im Handelsregister löschen zu lassen, damit sie mit ihrem Erlöschen gem. § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB aus der GmbH & Co. KG ausscheidet.

Es stellt sich aber bereits die Frage, ob die Löschung der GmbH hierzu dazu führt, dass diese aus der KG ausscheidet. Dies wäre nur dann der Fall, wenn hierdurch tatsächlich eine Vollbeendigung der GmbH einträte. Nach der heute ganz überwiegend vertretenen Ansicht hat die Handelsregistereintragung über die Löschung einer GmbH allerdings keine rechtsgestaltende Wirkung (vgl. etwa Scholz/K. Schmidt/Scheller, § 74 Rn. 14 f.). Neben der Handelsregistereintragung ist für die Vollbeendigung der Gesellschaft erforderlich, dass die Gesellschaft tatsächlich keinerlei Vermögen mehr besitzt. Ist die Komplementärin am Vermögen der KG beteiligt, besteht noch ein Vermögenswert der GmbH. Ist die Komplementärin (wie in der Praxis regelmäßig) nicht am Vermögen der KG beteiligt, wird die Rechtslage unterschiedlich beurteilt. Nach überwiegender Auffassung in Rechtsprechung und Literatur verhindert allein schon die Stellung als persönlich haftende Gesellschafterin in einer KG die Vollbeendigung der Komplementär-GmbH.

Nach dieser Auffassung kommt es auch bei Löschung im Handelsregister nicht zur Vollbeendigung der Komplementär-GmbH, da diese noch Geschäftsführungsaufgaben gegenüber der KG zu erfüllen habe. Auch der BGH

vertritt in einem *obiter dictum* diese Auffassung (BGHZ 75, 178 = MittBayNot 1980, 31; anders aber womöglich BGH, GmbHR 2011, 83). In dieselbe Richtung geht zudem eine Entscheidung des OLG Düsseldorf (DNotZ 1995, 977) und eine des OLG Frankfurt (DNotZ 1976, 619, 621), wonach eine „Vollbeendigung der juristischen Person gerade so lange nicht eintreten kann, als sie an einer Personengesellschaft beteiligt ist. Denn damit hat sie noch personenrechtliche und vermögensrechtliche Rechte und Pflichten an der Personengesellschaft, die ihrer Vollbeendigung entgegenstehen.“ Soweit in der Literatur zu diesem Problem Stellung genommen wird, wird überwiegend diese Ansicht der Rechtsprechung befürwortet (vgl. etwa MünchKommGmbHG/Berner, 3. Aufl. 2018, § 60 Rn. 316; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 135, je m. w. N.; a. A. aber OLG Hamm NZI 2007, 584, 587; Herchen, EWiR 2007, 538). Da die GmbH hier noch die Stellung als Komplementärin innehat, wäre damit wohl nach h. M. noch keine Vollbeendigung der GmbH eingetreten, sodass es auch nicht zum Ausscheiden der GmbH analog § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 HGB kommt. Damit ist aber der genannte Weg zur Liquidation der Einheitsgesellschaft nicht gangbar.

### 3. Lösungsansätze

Wie bereits erwähnt, liegen zur Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG, soweit für uns ersichtlich, keine expliziten Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur vor. Insofern kann hier nur versucht werden, Lösungsansätze zu entwickeln. Dabei ist u. E. danach zu unterscheiden, ob die KG einen oder mehrere Kommanditisten hat.

#### a) Liquidation einer Einheits-GmbH & Co. KG, die mehrere Kommanditisten hat

Um die Vollbeendigung der Komplementär-GmbH zu ermöglichen, der nach der aufgezeigten h. M. bei fortbestehender Beteiligung an der KG der fortwirkende Abwicklungsbedarf entgegensteht, sollte nach unserem Dafürhalten die GmbH nach § 131 Abs. 3 S. 1 Nr. 6 HGB oder aufgrund einer Austrittsvereinbarung aus der KG ausscheiden. Sinnvoll wäre es insoweit, die Liquidation der GmbH und der KG so weit zu betreiben, bis sämtliche Verbindlichkeiten erfüllt und das Vermögen weitgehend verteilt ist. Die Liquidation der KG müsste so weit durchgeführt werden, bis nur noch die Anteile an der GmbH zum Vermögen der KG gehören. Sodann sollte es zum Austritt der Komplementär-GmbH kommen. Umstritten ist zwar, ob der ausscheidende Komplementär noch an der Liquidationsgesellschaft beteiligt ist. Dies wird zum Teil zumindest dann bejaht, wenn die KG nur über einen Kommanditisten verfügt (Frey/von Bredow, ZIP 1998, 1621, 1624). Überwiegend wird aber angenommen, dass die aufgelöste Kommanditge-

sellschaft in diesen Fällen allein von den Kommanditisten zu liquidieren ist (Habersack/Schäfer/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 131 Rn. 46 m. w. N.). Sofern die verbleibenden Gesellschafter weder die Liquidation nachhaltig betreiben noch einen neuen Komplementär aufnehmen, wandelt sich die Gesellschaft allerdings in eine OHG mit der Folge der zwingenden und unbeschränkbaren Haftung nach §§ 128, 130 HGB für alle entstandenen und neu entstehenden Gesellschaftsverbindlichkeiten (BGH NJW 1979, 1705, 1706; Frey, ZGR 1988, 281, 285; Habersack/Schäfer/Schäfer, Das Recht der OHG, 2. Aufl. 2018, § 131 Rn. 46; Scholz/Scheller, § 60 Rn. 133). Dass infolge des Ausscheidens eine Kommanditgesellschaft in Liquidation ohne persönlich haftenden Gesellschafter entsteht, ist aufgrund der regelmäßig kurzen Dauer der Liquidation hinzunehmen. Infolge des Austritts bleibt die aufgelöste KG zwar weiterhin Inhaberin der Geschäftsanteile an der GmbH; diese kann sodann aber bis zur Vollbeendigung liquidiert werden, weil sie nach ihrem Ausscheiden aus der KG dort keine weiteren Abwicklungsaufgaben mehr zu erledigen hat bzw. keine formale Vermögensposition mehr innehat, die ihrer Vollbeendigung entgegenstehen könnte. Kommt es mit ihrer Vollbeendigung zu ihrem Erlöschen als Rechtsträger, hält die an ihr beteiligte KG insoweit auch keinen Vermögenswert mehr in der Hand und kann ebenfalls vollbeendet werden.

#### b) Liquidation bei nur einem Kommanditisten

Gibt es nur einen einzigen Kommanditisten, so kann grundsätzlich ebenso vorgegangen werden. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass es mit dem Ausscheiden der GmbH zur liquidationslosen Vollbeendigung der KG unter Gesamtrechtsnachfolge des verbleibenden Kommanditisten kommt. Eine Liquidationsgesellschaft kann hier nicht mehr entstehen.

---

## BGB §§ 1901a, 1902

### Widerruf einer Patientenverfügung; Adressat und Nachweis der Patientenverfügung

---

#### I. Sachverhalt

Die Vollmachtgeberin V hat der Bevollmächtigten B eine Vorsorgevollmacht erteilt. Die Urkunde enthält zudem eine Patientenverfügung sowie eine Bestimmung dahingehend, dass die Bevollmächtigte aufgrund der Vollmacht nur handeln kann, wenn sie eine Ausfertigung vorlegt. Nach Beurkundung der Vollmacht wurde für die Vollmachtgeberin Betreuung angeordnet. Zur Betreuerin wurde R bestellt und zwar für die Kreise „Sorge für die Gesundheit“, „Vermögenssorge“ und „Widerruf von Vollmachten“.

R hat die Vorsorgevollmacht widerrufen. Die Patientenverfügung hingegen hat sie nicht widerrufen, da die Vollmachtgeberin nicht mehr geschäftsfähig sein dürfte und keine neue Patientenverfügung mehr errichten kann. Nach Zustellung des Widerrufs der Vorsorgevollmacht teilt der Anwalt der B mit, dass der Widerruf der Vorsorgevollmacht akzeptiert werde, dass aber die Patientenverfügung weiterhin wirksam sei. Er erbitte eine Ausfertigung der Patientenverfügung für seine Mandantin, damit diese ihre Pflichten aus der Patientenverfügung erfüllen könne.

## II. Fragen

1. Wenn ein Betreuer eine Vorsorgevollmacht widerruft, eine Patientenverfügung hingegen nicht, obliegen dann dem Betreuer allein die Verpflichtungen des § 1901a Abs. 1 S. 1, 2 BGB?

2. Falls ja: Wenn in der Vorsorgevollmacht vom Vollmachtgeber (ohne Bezug auf die in der Vorsorgevollmacht enthaltene Patientenverfügung) erklärt worden ist, dass jeder Bevollmächtigte eine Ausfertigung zum Handeln vorlegen muss, benötigt dann der Betreuer auch eine auf ihn lautende Ausfertigung?

## III. Zur Rechtslage

### 1. Widerrufsmöglichkeit und Adressat einer Patientenverfügung

Die Errichtung einer **Patientenverfügung** gem. § 1901a Abs. 1 BGB ist nach einhelliger Auffassung **höchstpersönlicher Natur**. Eine Stellvertretung gem. §§ 164 ff. BGB kommt hierbei nicht in Betracht (s. nur Spickhoff, Medizinrecht, 3. Aufl. 2018, § 1901a BGB Rn. 4; NK-BGB/R. Kemper, 10. Aufl. 2019, § 1901a Rn. 13). Folglich wird dasselbe für den Widerruf einer Patientenverfügung gem. § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB zu gelten haben.

Dies heißt aber zugleich, dass sich der Aufgabenkreis eines Betreuers gem. § 1902 BGB weder auf die Errichtung noch auf den Widerruf einer Patientenverfügung in Stellvertretung für den Betreuten erstrecken kann. Allgemein scheidet ein Handeln des Betreuers nach § 1902 BGB für den Betreuten dort aus, wo – auch ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung – die höchstpersönliche Natur des betreffenden Aktes eine Stellvertretung verbietet (s. nur BeckOK-BGB/Müller-Engels, Std.: 1.5.2020, § 1902 Rn. 10 f.; Staudinger/Bienwald, BGB, 2017, § 1902 Rn. 53 f.). Ein Widerruf der durch V errichteten Patientenverfügung durch R als ihre Betreuerin wäre also von vornherein rechtlich nicht möglich gewesen.

Vor dem dritten Betreuungsrechtsänderungsgesetz ging die h. M. davon aus, dass unmittelbarer Adressat einer Patientenverfügung der behandelnde Arzt bzw.

das sonstige ärztliche Personal sei. Eine darüber hinausgehende Mitwirkung eines Vertreters sollte es demnach nicht bedürfen (s. nur BGH DNotZ 2005, 924 m. Anm. G. Müller; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1901a Rn. 27). Seit der Neuregelung des Rechts der Patientenverfügung mit Wirkung zum 1.9.2009 durch die §§ 1901a ff. BGB nimmt demgegenüber die h. M. an, dass zur Umsetzung eines vorab verfügt Patientenwillens regelmäßig die Mitwirkung eines Vertreters erforderlich ist (Staudinger/Bienwald, §§ 1901a, 1901b Rn. 55; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 1901a Rn. 28; E. Albrecht/A. Albrecht, MittBayNot 2015, 110; Spickhoff, FamRZ 2009, 1949, 1953 f.; Gegenansicht: Palandt/Götz, BGB, 79. Aufl. 2020, § 1901a Rn. 16; differenzierend MünchKommBGB/Schneider, 8. Aufl. 2020, § 1901a Rn. 36 m. w. N.). Nach Widerruf der Vorsorgevollmacht durch die Betreuerin kommt der Bevollmächtigte als Adressat der Patientenverfügung (vgl. § 1901a Abs. 6 BGB) konsequenterweise nicht mehr in Betracht. Da die Betreuerin auch für den Aufgabenkreis „Sorge für die Gesundheit“ bestellt worden ist, ist folglich nunmehr sie als berufene Vertreterin zur Umsetzung des Willens der Vollmachtgeberin gem. § 1901a BGB anzusehen. Die frühere Vorsorgebevollmächtigte scheidet hierfür hingegen auch im Regelungsbereich der Patientenverfügung aus.

### 2. Notwendigkeit der Vorlage einer Ausfertigung der Patientenverfügung?

Was den Nachweis des Patientenwillens angeht, ist zunächst zu beachten, dass die Betreuerin nicht aufgrund der Vorsorgevollmacht handelt, sondern als gerichtlich bestellte Betreuerin. Wo gesetzlich der Besitz bzw. die Vorlage der Ausfertigung einer Urkunde verlangt wird und die Vorlage einfacher oder beglaubigter Abschriften nicht genügen soll, erklärt sich diese Notwendigkeit daraus, dass mit der Vorlage der Ausfertigung besondere Rechtscheinwirkungen verbunden sind, die durch Rückgabe bzw. Einziehung der Ausfertigung erlöschen. Eine Rückgabe bzw. Einziehung einfacher oder beglaubigter Abschriften muss hierfür nicht stattfinden. Dies gilt exemplarisch etwa für die Vorlage einer Vollmacht gem. §§ 172 BGB, 47 BeurkG (hierzu Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 3583 ff.), also auch einer Vorsorgevollmacht. Ebenso wird hinsichtlich eines Erbscheines für die Grundbuchberichtigung gem. § 35 Abs. 1 S. 1 GBO die Vorlage einer Ausfertigung verlangt, da nur diese und nicht etwa im Umlauf befindliche einfache oder beglaubigte Abschriften der Einziehung nach § 2361 BGB unterliegen (hierzu Schöner/Stöber, Rn. 782; Demharter, GBO, 31. Aufl. 2018, § 35 Rn. 23 f.).

Für die Bestellungsurkunde des Betreuers (§ 290 FamFG), deren Vorlage im Original seitens Frau R hier

in Betracht käme, existieren dagegen keine vergleichbaren Vorschriften. Insbesondere ist der Originalausweis keine Vollmachtsurkunde i. S. v. § 172 BGB, sodass auch § 174 BGB nicht anwendbar ist; denn die Vertretungsmacht des Betreuers beruht auf dem Gesetz, nicht auf einer rechtsgeschäftlich erteilten Vollmacht (s. BGH FamRZ 2010, 968 f.; BayObLG FamRZ 1994, 1059; G. Müller, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 5. Aufl. 2018, Rn 120). Für eine Patientenverfügung nach § 1901a BGB enthält das Gesetz ebenfalls keine Vorschriften, die bei Vorlage des Originals oder einer Ausfertigung eine Rechtscheinwirkung für den Fortbestand einer Patientenverfügung anordnen würden. Vielmehr kann eine Patientenverfügung im Interesse einer vollständigen Umsetzung des Patientenwillens jederzeit formlos widerrufen werden (§ 1901a Abs. 1 S. 3 BGB). Bei einer notariellen Beurkundung von **Patientenverfügungen** kommt also der **Vorlage einer Ausfertigung dieser Urkunde kein nach materiellem Recht gesteigerter Beweis- oder Rechtscheinwert zu**. Freilich ist der Wille des Patienten für den Inhalt einer Patientenverfügung gem. § 1901a Abs. 1 BGB die oberste Richtschnur. Dass die Vollmachtgeberin aber hätte anordnen wollen, ihre Festlegungen zur ärztlichen Behandlung sollten nur dann inhaltlich gelten, wenn der Bevollmächtigte oder Betreuer gerade eine Ausfertigung dieser Urkunde vorlegen könnte, ist nach unserer Einschätzung fernliegend. Es ist deswegen keine Notwendigkeit zu erkennen, dass der Betreuerin für den Nachweis und die Umsetzung des Patientenwillens gerade eine Ausfertigung der Urkunde vorliegen müsste. **Ein Nachweis durch einfache Kopie würde ebenfalls genügen**. Ein jederzeit formlos möglicher Widerruf der Patientenverfügung durch Frau B gem. § 1901a Abs. 1 S. 3 BGB wäre dessen ungeachtet selbstverständlich jederzeit zu beachten.

### 3. Ergebnis

Nach Widerruf einer Vorsorgevollmacht durch den hierzu berechtigten Betreuer ist dieser zur Umsetzung des in einer Patientenverfügung niedergelegten Willens des Patienten gem. § 1901a BGB berufen, nicht mehr der vormals Bevollmächtigte. Zum Nachweis des Patientenwillens bedarf es nicht notwendigerweise der Vorlage einer Ausfertigung der Patientenverfügung; eine einfache Kopie genügt ebenfalls.

## 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 Abruf-Gutachten.

### BGB §§ 2194, 2196

**Testamentarische Nichtveräußerungs-Auflage an Vermächtnisnehmer: Reichweite; Folgen eines AufLAGENVERSTOßES; Bestellung eines Erbbaurechts**

Abruf-Nr.:

### EuGüVO Art. 22

**Südafrika: Formwirksamkeit eines Ehevertrags nach der EuGüVO**

Abruf-Nr.:

## Rechtsprechung

### ErbbauRG § 5 Abs. 1

**Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG; Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten; maßgeblicher Zeitpunkt**

**1. Die Zustimmung gem. § 5 Abs. 1 ErbbauRG ist unwiderruflich, sobald das Verpflichtungsgeschäft wirksam geworden ist.**

**2. Ein nach Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts erfolgter Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten ist unerheblich.**

(Leitsätze der DNotI-Redaktion)

OLG München, Beschl. v. 15.6.2020 – 34 Wx 131/20

### Problem

In einem Erbbaugrundbuch sind die Beteiligten zu 1 und 2 als Erbbauberechtigte eingetragen. Die Veräußerung des Erbbaurechts unterliegt dem Vorbehalt der Zustimmung des Grundstückseigentümers. Als Grundstückseigentümer waren vorliegend vier Miteigentümer eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 10.12.2018 verkauften die Erbbauberechtigten das Erbbaurecht an die Beteiligte zu 3. Die zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung eingetragenen Miteigentümer erteilten ihre Zustimmung zum Kaufvertrag und der Auflassung. Nach Eingang der Zustimmung beim Notar (zu deren

Entgegennahme der Notar bevollmächtigt war) kam es zu einem Wechsel in der Person eines Miteigentümers. Nach diesem Wechsel in der Eigentümerstellung bzgl. des Grundstücks stellte der Notar beim Grundbuchamt unter Vorlage der Zustimmungserklärung den Antrag auf Eigentumsumschreibung.

Das Grundbuchamt monierte mit Zwischenverfügung, der Eintragung stehe das Fehlen der Zustimmung des neuen Miteigentümers entgegen.

### Entscheidung

Die vom Notar hiergegen im Namen der Beteiligten eingelegte Beschwerde war erfolgreich. Das OLG führt aus, dass umstritten sei, ob ein Wechsel in der Zustimmungsberechtigung noch vor Stellung des Eintragungsantrags dazu führe, dass nunmehr die Zustimmung des neuen Grundstücks(mit)eigentümers erforderlich sei. Die ältere obergerichtliche Rechtsprechung habe die Zustimmungsbedürftigkeit als Beschränkung in der Verfügungsmacht über das Erbbaurecht gesehen. Nach neuerer, im Vordringen befindlicher Auffassung, handle es sich beim Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG um eine Beschränkung der Übertragbarkeit, d. h. um eine auf Ebene des Rechts selbst eintretende sog. Fungibilitätseinschränkung.

Das OLG schließt sich der letztgenannten Auffassung mit der Konsequenz an, dass ein Wechsel in der Person des Eigentümers nach Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung unerheblich ist. Das Gesetz gehe insofern von einem Gleichlauf des rechtlichen Schicksals von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft aus. Würde sich ein Wechsel in der Eigentümerstellung nach Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts noch relevant auswirken, würde dies dazu führen, dass der Verkäufer zwar schuldrechtlich verpflichtet sei das Erbbaurecht zu übertragen, dieser Verpflichtung aber auf dinglicher Ebene nicht mehr nachkommen könne. Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft zu einem Zeitpunkt möglich wäre, in dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden sei. Der Veräußerer, der auf die Wirksamkeit einer erteilten Zustimmung vertraue, sei schutzwürdiger als der neue Eigentümer, der diesbezüglich schlicht genauso bestellt werde, wie sein Rechtsvorgänger. Dieses Ergebnis lasse sich auch durch einen Vergleich mit § 12 Abs. 1 WEG absichern, bzgl. dessen der BGH in ständiger Rechtsprechung davon ausgehe, dass ein Wechsel in der Person des Verwalters nach erteilter Zustimmung für die Wirksamkeit der erteilten Zustimmung unerheblich sei. Als einseitige Willenserklärung, die gegenüber dem Erbbauberechtigten abzugeben sei, werde die Zustimmung bereits mit Zugang bei selbigen (oder dem bevollmäch-

tigten Notar) wirksam. Ein nach Wirksamwerden des Verpflichtungsgeschäfts erfolgter Wechsel in der Person des Zustimmungsberechtigten ist dementsprechend unerheblich.

---

### GBO § 35 Abs. 1

#### Kein Nachweis der Erbfolge durch eingezogenen Erbschein

**Mit einem eingezogenen Erbschein kann der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO nicht geführt werden.**

BGH, Beschl. v. 17.9.2020 – V ZB 8/20

### Problem

Der Beschluss des BGH v. 17.9.2020 befasst sich mit den Anforderungen an den Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt nach § 35 Abs. 1 GBO. Für die Nachweisführung bedarf es grundsätzlich der Vorlage eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

Aufgrund der funktionellen Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt prüft das Grundbuchamt lediglich, ob ein Erbschein von der sachlich zuständigen Stelle ausgestellt wurde und er das Erbrecht unzweideutig bezeugt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 784). Die Richtigkeit des Erbscheins fällt dagegen nicht in seine Prüfungskompetenz. Die Beweiskraft des Erbscheins gilt vielmehr auch im Grundbuchverfahren (Schöner/Stöber, Rn. 784; BeckOGK-BGB/Wall, 1.10.2020, § 2365 Rn. 28 m. w. N.).

Die Beweiskraft des Erbscheins entfällt, wenn er gem. § 2361 BGB eingezogen oder für kraftlos erklärt wurde (Schöner/Stöber, Rn. 781). In der vorliegenden Entscheidung beschäftigt der BGH sich mit der Frage, ob mit einem eingezogenen Erbschein unter bestimmten Umständen dennoch der Nachweis der Erbfolge gem. § 35 Abs. 1 GBO geführt werden kann.

Im zugrundeliegenden Sachverhalt war zugunsten des Erblassers eine Grundschuld im Grundbuch eingetragen. Der Erblasser war ausweislich des verfahrensgegenständlichen Erbscheins von seiner Ehefrau beerbt worden und es war Testamentsvollstreckung angeordnet. Nachdem die Ehefrau ebenfalls verstorben war, wurde der Erbschein eingezogen, weil er infolge des Todes der Ehefrau im Hinblick auf die Testamentsvollstreckung unrichtig geworden war.

Die Erben der Ehefrau wollten nunmehr die zugunsten des Erblassers eingetragene Grundschuld löschen lassen. Als Nachweis der Erbfolge nach dem Erblasser legten sie eine Kopie des mittlerweile eingezogenen Erbscheins vor. Das Grundbuchamt erließ eine Zwischenverfügung mit dem Inhalt, dass ein Erbnachweis nach dem Erblasser erforderlich sei. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wies das OLG Düsseldorf zurück. Die Erben legten Rechtsbeschwerde ein und argumentierten, dass der Erbschein lediglich deswegen eingezogen worden sei, weil er hinsichtlich der Testamentsvollstreckung unrichtig geworden sei. Die Alleinerbenstellung der Ehefrau könne dagegen auch noch mit dem eingezogenen Erbschein nachgewiesen werden.

### Entscheidung

Die Argumentation der Antragsteller hat der BGH unter dem Verweis auf das formalisierte Grundbuchverfahren zurückgewiesen. Die funktionelle Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt bedeute, dass das Grundbuchamt die inhaltliche Richtigkeit eines Erbscheins nicht prüfe. Daher habe es auch nicht zu prüfen, warum ein eingezogener Erbschein eingezogen wurde und ob er im Übrigen richtig sei. Der Grund für die Einziehung sei im Grundbuchverfahren ohne Bedeutung. Mit einem eingezogenen Erbschein könne der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO dementsprechend nicht geführt werden.

Die Antragsteller könnten sich auch nicht die Entscheidung des OLG München (FamRZ 2014, 2027) berufen. Sollte diese Entscheidung so zu verstehen sein, dass ein dem Vorerben erteilter, nach dessen Ableben eingezogener Erbschein im Grundbuchverfahren über den Berichtigungsantrag des Nacherben herangezogen werden kann, wäre dies nicht richtig. Dies folge zum einen aus der erwähnten funktionellen Aufgabenverteilung zwischen Nachlassgericht und Grundbuchamt. Zum anderen seien die Angaben über die Nacherbfolge in dem Vorerben erteilten Erbschein nur für die Verfügungsbefugnis des Vorerben von Bedeutung und daher zur bindenden Feststellung des Nacherben nicht geeignet.

---

### UmwG §§ 120, 152

#### **Verschmelzung auf den Alleingesellschafter; Überschuldung des Alleingeschafters; Erklärung gegenüber dem Registergericht**

#### **Bei einer Verschmelzung des Vermögens einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter ist eine Erklärung, wonach die Verbindlichkeiten des Ge-**

#### **sellschafters sein Vermögen nicht übersteigen, nicht erforderlich.**

#### **(Leitsatz der DNotI-Redaktion)**

OLG Hamm, Beschl. v. 3.11.2020 – 27 W 98/20

### Problem

Das Vermögen einer Kapitalgesellschaft (die genaue Rechtsform ist dem Beschluss nicht zu entnehmen) wurde auf ihren Alleingesellschafter verschmolzen. Das Registergericht forderte eine Erklärung des Gesellschafters dahingehend, dass seine Verbindlichkeiten sein Vermögen nicht übersteigen – er also nicht „überschuldet“ sei.

In der Literatur wird teilweise befürwortet, den Rechtsgedanken des § 152 S. 2 UmwG auch auf die Verschmelzung einer Kapitalgesellschaft auf ihren Alleingesellschafter zu übertragen. Die Gläubiger der Kapitalgesellschaft seien ansonsten gefährdet, weil das Vermögen der Gesellschaft nunmehr auch dem unmittelbaren Zugriff der Gläubiger des Gesellschafters unterliege (so bspw. Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 120 Rn. 26; a. A. Widmann/Mayer/Heckschen, Stand: April 2011, § 120 UmwG Rn. 8.17.1.; BeckOGK-UmwG/Leitzen, Stand: 1.10.2020, § 120 Rn. 24 jeweils m. w. N.).

### Entscheidung

Dieser Auffassung folgt das OLG Hamm nicht. Es schließt sich vielmehr der h. M. an, wonach eine solche Erklärung nicht erforderlich ist. Der Gesetzgeber habe den wirtschaftlichen Zustand des Zielrechtsträgers – anders als beim Fall der Ausgliederung vom Einzelunternehmen gemäß § 154 UmwG – gerade nicht dem Handelsregister zur Prüfung übertragen. Die ausdrückliche Regelung in § 152 S. 2 UmwG zeige vielmehr, dass der Gesetzgeber eine derartige Erklärung in Verschmelzungsfällen für entbehrlich hielt. Mangels einer unbewussten Regelungslücke verbiete sich eine entsprechende analoge Anwendung. Der Alleingesellschafter als natürliche Person sei zudem nicht Adressat des Überschuldungstatbestandes. Soweit er sich nicht durch ein Restschuldbefreiungsverfahren entschulde, hafte er mit seinem persönlichen Vermögen unbeschränkt.

Im Einzelfall könne eine Verschmelzung zwar gemäß § 138 BGB sittenwidrig sein (bspw. wenn die Verschmelzung auf eine Gläubigerbenachteiligung abzielt, vgl. dazu Widmann/Mayer/Heckschen, Stand: April 2011, § 120 UmwG Rn. 8.17.1). Selbst wenn man das annähme, unterliege allerdings diese materiell-rechtliche Frage nicht der Prüfungskompetenz des Registergerichts.

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](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:** Notarassessor Dr. Johannes Scheller

**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