

**Titel:**

**Erlöschen einer Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Falle der Insolvenz über das Vermögen eines die Vollmacht erteilenden Gesellschafters**

**Normenkette:**

BGB § 709 Abs. 1, § 714, § 727 Abs. 2 S. 3, § 728 Abs. 2 S. 1, S. 2, § 730 Abs. 2 S. 1, S. 2  
InsO § 35 Abs. 1, § 80 Abs. 1, § 117 Abs. 1

**Leitsätze:**

Die vom Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in seiner Funktion als Vertretungsorgan erteilte Notarvollmacht zur Vertretung der Gesellschaft erlischt mit Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Gesellschafters. (Rn. 30 – 34)

1. Durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts aufgelöst, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Fortsetzungsklausel beinhaltet; die werbende Gesellschaft wird kraft Gesetzes zur Liquidationsgesellschaft, deren geänderter Gesellschaftszweck in der Abwicklung besteht. (Rn. 24) (redaktioneller Leitsatz)

2. Der insolvente Gesellschafter scheidet nicht aus der Gesellschaft aus, sondern bleibt während der Abwicklung deren Gesellschafter; in die Insolvenzmasse fällt nicht lediglich ein Anspruch des insolventen Gesellschafters auf Zahlung eines Abfindungsguthabens, gleichfalls nicht lediglich ihr Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens, sondern der Anteil an der Gesellschaft. (Rn. 26) (redaktioneller Leitsatz)

3. Bei der sich nach gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregeln außerhalb des Insolvenzverfahrens vollziehenden Auseinandersetzung der Gesellschaft werden die Gesellschafterrechte des insolventen Gesellschafters vom Insolvenzverwalter wahrgenommen. (redaktioneller Leitsatz)

**Schlagworte:**

Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Insolvenz des Gesellschafters, notarielle Vollmacht, Erlöschen

**Fundstellen:**

ZIP 2017, 1481  
FGPrax 2017, 161  
ZInsO 2017, 1746  
ZfIR 2017, 587  
EWiR 2017, 567  
RPfleger 2017, 614  
NotBZ 2017, 467  
BeckRS 2017, 111154  
NZI 2017, 612  
LSK 2017, 111154  
NZG 2017, 818  
RNotZ 2017, 449  
MittBayNot 2018, 586

**Tenor**

I. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 wird die Zwischenverfügung des Amtsgerichts Neu-Ulm - Grundbuchamt - vom 17. Januar 2017 unter Einschluss der vorausgegangenen Zwischenverfügung vom 31. März 2016 dahingehend abgeändert,

dass das Eintragungshindernis (fehlende Vollmacht des Notars bei Erklärung der Bewilligung gemäß Urkunde vom 17. September 2015 - URNr. X .../...) behoben werden kann durch Vorlage folgender Erklärungen, jeweils in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO:

1. Genehmigungserklärung des Insolvenzverwalters über das Vermögen der ..., Rechtsanwalt ..., ..., ..., zur Bewilligung vom 17. September 2015 - URNr. X .../... - oder (alternativ zu 1.)

2. a. vorbehaltlose, uneingeschränkte Freigabeerklärung des Insolvenzverwalters über das Vermögen der ... - Rechtsanwalt ..., ..., ... - betreffend den Gesellschaftsanteil der Insolvenzschuldnerin ... an der ..., ..., ..., gerichtet an die Insolvenzschuldnerin ... und (kumulativ zu 2. a.)

2. b. Nachweis des Zugangs der unter 2. a. bezeichneten Freigabeerklärung bei der Insolvenzschuldnerin, der geführt werden kann durch

aa. Bevollmächtigung des Notars zur Entgegennahme der Freigabeerklärung gemäß Ziff. 2. a. durch die Insolvenzschuldnerin in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO und (kumulativ zu 2. b. aa.)

bb. Eigenurkunde des Notars über den erfolgten Zugang sowie (kumulativ zu 2. a. und b.)

2. c. Genehmigungserklärung der ... (haftungsbeschränkt), vertreten durch den Geschäftsführer ..., ..., ..., zur Bewilligung vom 17. September 2015 - URNr. .../...

Frist zur Vorlage wird gesetzt bis: ... Juni ...

Das Amtsgericht Neu-Ulm - Grundbuchamt - wird ermächtigt, diese Frist nach eigenem Ermessen zu verlängern.

II. Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

III. Die Beteiligten tragen gesamtschuldnerisch die Kosten des Beschwerdeverfahrens, soweit es ohne Erfolg geblieben ist.

IV. Insoweit wird der Geschäftswert des Verfahrens auf 5.000 € festgesetzt.

V. Die Rechtsbeschwerde wird zugelassen.

## **Gründe**

– I.

**1**

Im Wohnungs- und Teileigentumsgrundbuch sind als Eigentümerin eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter der Bezeichnung X. X ..., die Beteiligte zu 1, und als deren Gesellschafterinnen die X. X. ... sowie die X. ...- und ... eingetragen. Zu notarieller Urkunde vom 7.4.2015 verkaufte die ... unter Mitwirkung ihrer durch die jeweiligen Geschäftsführer handelnden Gesellschafterinnen das Wohnungs- und Teileigentum an den Beteiligten zu 2. Zur zugleich beurkundeten Auflassung erklärten die Beteiligten (Ziff. III. 1. der Urkunde):

**2**

Die Vertragsteile sind sich über den vereinbarten Eigentumsübergang einig.

**3**

Diese Einigung enthält keine Bewilligung und keinen Eintragungsantrag; die Beteiligten verzichten auf ein eigenes Bewilligungs- und Antragsrecht. Diese Erklärungen werden ausdrücklich nicht in diese Urkunde aufgenommen, auch wenn die vorstehende Auflassung unbedingt erklärt ist. Die Beteiligten bevollmächtigen vielmehr den Notar, in einer Eigenurkunde die Bewilligung für die Beteiligten und den Antrag im Namen des Käufers zum Vollzug der Rechtsänderung gegenüber dem Grundbuchamt abzugeben.

**4**

Nach Eintragung der bewilligten Vormerkung zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs am 21.4.2015 wurde am Anteil der X. X. ... auf gerichtliche Ersuchen am 21.5.2015 vermerkt, dass Verfügungen des Eigentümers der Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters bedürfen, und am 19.8.2015, dass das Insolvenzverfahren eröffnet ist (Zweite Abteilung, laufende Nrn. X und X).

**5**

Am 18.9.2015 beantragte der Urkundsnotar namens des Erwerbers die Eintragung - unter anderem - der Auflassung unter Löschung der Vermerke zur (vorläufigen) Insolvenz. Hierzu legte er die Eigenurkunde vom

17.9.2015 vor, in welcher er den Vollzug der Auflassung unter Bezugnahme auf die ihm erteilte Vollmacht bewilligte. In rechtlicher Hinsicht führte er aus, die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschafterin einer ... lasse die Verfügungsbefugnis der ... unberührt. Die Mitwirkung des Insolvenzverwalters sei daher nicht erforderlich. Bei Erklärung der Auflassung (und Erteilung der Notarvollmacht) sei die ... wirksam vertreten gewesen. Die dem Notar erteilte Vollmacht sei weiterhin gültig. Selbst bei einem Gesellschafterwechsel durch Anteilerwerb trete der neue Gesellschafter in alle Rechte und Pflichten des ausscheidenden Gesellschafters ein; erteilte Vollmachten bestünden unabhängig vom Wechsel fort. Nichts anderes könne gelten, wenn ein Gesellschafter lediglich die Verfügungsbefugnis über seinen Gesellschaftsanteil verliere.

## **6**

Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 31.3.2016 hat das Grundbuchamt beanstandet, dass mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens die von der Schuldnerin erteilte Vollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO erloschen und deshalb die Zustimmung des Insolvenzverwalters erforderlich sei.

## **7**

Mit Schreiben vom 8.6.2016 an die X. X. ..., vom Notar in beglaubigter Abschrift zur Grundakte gegeben am 12.7.2016, hat der Insolvenzverwalter erklärt, nach seiner Meinung sei der Anteil der Insolvenzschuldnerin nie in die Masse gefallen; vielmehr sei die Schuldnerin mit Insolvenzeröffnung aus der ... ausgeschieden. Rein vorsorglich gebe er hiermit die Beteiligung an dem Fonds X. X ... aus der Insolvenzmasse frei. Nicht freigegeben würden und vom Insolvenzbeschluss erfasst blieben jedoch mögliche rückständige Vergütungs- und sonstige Ansprüche. Zu unterschrittsbeglaubigter Urkunde vom 10.8.2016, mit dem Antrag auf entsprechende Löschung eingegangen beim Grundbuchamt am 22.8.2016, hat der Insolvenzverwalter sodann die Löschung der Einträge über das allgemeine Veräußerungsverbot und die Insolvenzeröffnung bewilligt.

## **8**

Am 29.12.2016 wurde Grundbuchberichtigungsantrag gestellt und unter Vorlage einer unterschrittsbeglaubigten Erklärung der Gesellschafterinnen sowie einer Anteilsübernehmerin vorgetragen, dass der - vom Insolvenzverwalter freigegebene - Anteil der Insolvenzschuldnerin übertragen worden sei. Die Eintragung der Veränderung des Gesellschafterbestands im Grundbuch werde bewilligt.

## **9**

Mit weiterer fristsetzender Zwischenverfügung vom 17.1.2017 hat das Grundbuchamt auf das bereits monierte Eintragungshindernis verwiesen. § 117 Abs. 1 InsO sei anwendbar. Die erloschene Vollmacht lebe durch eine nachträgliche Freigabeerklärung nicht auf. Die Bewilligung sei daher nicht von einer gültigen Vollmacht gedeckt. Der Mangel könne nur durch Zustimmung des Insolvenzverwalters zum Kaufvertrag geheilt werden.

## **10**

Gegen die zweite und zugleich vorsorglich gegen die erste Zwischenverfügung richtet sich die vom Notar namens der Vertragsteile eingelegte Beschwerde. Er meint, die Vollmacht sei nicht erloschen. § 117 InsO betreffe nur die vom Insolvenzschuldner erteilten Vollmachten und sei daher nicht anwendbar. Er, der Notar, sei nicht von der Insolvenzschuldnerin, sondern von der ... bevollmächtigt worden. Die von einem Gesellschaftsorgan erteilte Vollmacht bestehe selbst nach dem Ausscheiden des Organs aus der Gesellschaft fort. Die Insolvenz eines Gesellschafters habe - wie sein Ausscheiden - keine rechtliche Wirkung auf die vom Gesellschafter erteilte Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft. Auch mit Blick auf die Erklärungen des Insolvenzverwalters sei die Vollmacht nicht infolge der Insolvenz erloschen.

## **11**

Das Grundbuchamt hat an seiner Rechtsmeinung festgehalten und nicht abgeholfen.

## **II.**

## **12**

Die Beschwerde bleibt im Wesentlichen ohne Erfolg.

## **13**

1. Das Rechtsmittel ist als (eine) Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung vom 17.1.2017 anzusehen, denn in diese Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt

durch Inbezugnahme die bereits zuvor erlassene Zwischenverfügung vom 31.3.2016 integriert. Mit der Zwischenverfügung vom 17.1.2017 ist somit auch diejenige vom 31.3.2016 durch die eingelegte Beschwerde angefochten.

#### 14

Gegenstand der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung ist (nur) die in der Zwischenverfügung erhobene Beanstandung (vgl. nur: BayObLGZ 1967, 408/410).

#### 15

Die nach § 11 Abs. 1 RpfLG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde führt zu einer Änderung der Zwischenverfügung, denn das zur Hindernisbehebung aufgezeigte Mittel ist zu präzisieren und um die Benennung einer alternativ bestehenden Möglichkeit ergänzen.

#### 16

2. Das angenommene Eintragungshindernis allerdings besteht. Bei Erklärung der Bewilligung durch den Notar war die Beteiligte zu 1 nicht wirksam vertreten.

#### 17

a) Zwar kann die materiell-rechtliche Auflassungserklärung (§ 925 Abs. 1 BGB, § 20 GBO) bereits die verfahrensrechtliche (vgl. BGH FGPrax 2013, 53) Bewilligung nach § 19 GBO enthalten (vgl. Demharter GBO 30. Aufl. § 20 Rn. 2 m. w. N.). Dies gilt allerdings dann nicht, wenn ein gegenteiliger Wille aus den Umständen erkennbar ist oder - wie hier - sogar ausdrücklich erklärt wurde. Zum Vollzug der Auflassung durch Eintragung des Eigentumsübergangs bedarf es daher hier einer - wirksamen - Bewilligung nach § 19 GBO.

#### 18

b) Die rechtsändernde Eintragung bewilligen (§ 885 Abs. 1 BGB, § 19 GBO) kann nur, wessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Das ist hier die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (...) als grundbesitzhaltende Personengesellschaft. Bei ihrem nach außen zutage tretenden rechtsgeschäftlichen Handeln muss sich die insoweit rechtsfähige ... (BGHZ 146, 341) vertreten lassen.

#### 19

c) In Rechtsprechung und Literatur ist anerkannt, dass die Bewilligung auch in der Form der - gesetzlich nicht geregelten - Eigenurkunde erklärt werden kann, die der Notar nach vorangegangener Beurkundungs- oder Beglaubigungstätigkeit aufgrund ausdrücklicher Vollmacht der Urkundsbeteiligten in deren Namen als unterschriebenes und gesiegeltes Schriftstück errichtet (BGHZ 78, 36; Senat vom 4.1.2017, 34 Wx 382-383/16 = FGPrax 2017, 65; auch BayObLG Rpfleger 1982, 416; Winkler BeurkG 17. Aufl. § 1 Rn. 6).

#### 20

d) Auf der Grundlage der dem Notar am 7.4.2015 erteilten Vollmachten hat dieser die ... allerdings bei Erklärung der Bewilligung nicht wirksam vertreten.

#### 21

aa) Die ... wird nach Maßgabe des § 714 BGB i. V. m. § 709 BGB vertreten, im Zweifel durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich, § 709 Abs. 1, § 714 BGB. Wollen diese sich bei ihrem Handeln für die Gesellschaft vertreten lassen, können sie einen Dritten entsprechend bevollmächtigen. Die Gesellschaft selbst kann keine Vollmacht erteilen; für sie handeln vielmehr ihre Gesellschafter (BGH FGPrax 2011, 106; kritisch Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 4265).

#### 22

So ist es vorliegend geschehen. Die Vollmachtgeber waren zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung die Gesellschafterinnen der Eigentümerin und gemeinsam zu deren organschaftlicher Vertretung berechtigt. Durch rechtsgeschäftliche Vollmacht haben sie dem Notar die Vertretungsmacht eingeräumt, sie bei ihrem Handeln für die Gesellschaft in einzelnen Belangen, nämlich bei der Erklärung der Eintragungsbewilligung, zu vertreten.

#### 23

bb) Die Vollmacht zur Erklärung der Bewilligung ist jedoch mit der Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen einer Vollmachtgeberin (Gesellschafterin) insoweit erloschen. Unter Inanspruchnahme der zuvor erteilten Vollmacht kann der Notar daher nicht mehr - wie erforderlich - beide Gesellschafterinnen bei der

Abgabe der Bewilligung namens der ... vertreten. Denn die Vertretungsmacht muss noch im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts bestehen (BayObLG DNotZ 1983, 752).

## 24

(1) Gemäß § 728 Abs. 2 Sätze 1 und 2, § 727 Abs. 2 Satz 3 BGB wird die Gesellschaft, wenn der Gesellschaftsvertrag keine Fortsetzungsklausel beinhaltet, durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters aufgelöst. Die werbende Gesellschaft wird kraft Gesetzes zur Liquidationsgesellschaft, deren geänderter Gesellschaftszweck in der Abwicklung besteht. Die Gesellschaft besteht mit diesem Zweck fort, § 727 Abs. 2 Satz 3, § 730 Abs. 2 Satz 1 BGB (BGH ZIP 2016, 24/25 Rn. 12; Schöner/Stöber Rn. 4280; auch BGH NJW 1981, 822 noch zu § 131 Nr. 5 HGB in der Fassung vom 1.1.1964). Der insolvente Gesellschafter scheidet nicht aus der Gesellschaft aus, sondern bleibt während des Auflösungsverfahrens (Abwicklungsstadiums) deren Gesellschafter.

## 25

Dass hier abweichend vom gesetzlichen Regelfall etwas anderes gelten könnte, ist nach dem Inhalt des Grundbuchs nicht anzunehmen. Insbesondere geht aus dem am 29.12.2016 gestellten Berichtigungsantrag hervor, dass der Gesellschaftsanteil der Insolvenzschuldnerin auf eine Erwerberin übertragen wurde in der Annahme, der Anteil sei aus der Insolvenzmasse freigegeben worden. Die Gesellschafterinnen der ... gehen danach selbst nicht davon aus, dass - was eine Fortsetzungsklausel im Gesellschaftsvertrag voraussetzen würde (BGH NJW 2008, 2992 f.; Haas/Mock in Gottwald Insolvenzrechts-Handbuch 5. Aufl. § 94 Rn. 131; Cranshaw, jurisPR-InsR 2/2001 Anm. 2) - die insolvente Gesellschafterin nach § 728 Abs. 2 Satz 1, § 736 Abs. 1 BGB aus der zweigliedrigen Gesellschaft ausgeschieden und ihr Anteil der einzigen übrigen Gesellschafterin gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB angewachsen sei. Denn wäre die Gesellschaft durch das Ausscheiden der vorletzten Gesellschafterin erst einmal erloschen gewesen, so ließe sie sich weder durch Vertrag noch durch rückwirkende Gestaltungserklärung der letztverbliebenen Gesellschafterin in eine Liquidations-Gesellschaft zurückverwandeln (K. Schmidt ZIP 2008, 2337/2342).

## 26

In die Insolvenzmasse, § 35 Abs. 1 InsO, fällt somit nicht lediglich ein Anspruch der insolventen Gesellschafterin auf Zahlung eines Abfindungsguthabens nach § 738 BGB, gleichfalls nicht lediglich ihr Anspruch auf Zahlung des Auseinandersetzungsguthabens (hierzu: Palandt/Sprau BGB 76. Aufl. § 730 Rn. 5), sondern der Anteil der Insolvenzschuldnerin an der Gesellschaft (Palandt/Sprau § 728 Rn. 2; MüKo/Schäfer BGB 7. Aufl. § 728 Rn. 37; juris-PK/Bergmann BGB 8. Aufl. § 728 Rn. 7; Erman/Westermann BGB 14. Aufl. § 728 Rn. 6).

## 27

(2) Bei der sich nach gesellschaftsrechtlichen Liquidationsregeln (§§ 730 ff. BGB) außerhalb des Insolvenzverfahrens (§ 84 Abs. 1 InsO) vollziehenden Auseinandersetzung der ... werden die Gesellschafterrechte der Schuldnerin gemäß § 80 Abs. 1 InsO vom Insolvenzverwalter wahrgenommen (KG ZIP 2011, 370 mit Anmerkung Cranshaw a. a. O.; OLG Dresden DNotZ 2012, 614/615; MüKo/Schäfer § 728 Rn. 37; Palandt/Sprau § 728 Rn. 2; Erman/Westermann § 728 Rn. 4 und 7; Staudinger/Habermeier BGB Bearb. 2003 § 728 Rdn. 21 f.; Soergel/Hadding BGB 13. Aufl. § 728 Rn 5; juris-PK/Bergmann § 728 Rn. 6; MüKo/Ott/Vuia InsO 3. Aufl. § 80 Rn. 115a; K. Schmidt ZIP 2008, 2337; Kessler DNotZ 2012, 616/619; noch zu § 131 Nr. 5 HGB in der Fassung vom 1.1.1964: BGH NJW 1981, 822). Wegen der Insolvenzbefangenheit des Anteils ist im Rahmen der gesetzlich (dispositiv) angeordneten Gesamtgeschäftsführung (vgl. § 730 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BGB) die Mitwirkung des Insolvenzverwalters erforderlich, mithin (unter anderem) bei der Beendigung der schwebenden Geschäfte der für den Zweck der Auseinandersetzung fortbestehenden Gesellschaft.

## 28

In dieser Weise betrifft die Insolvenz eines Gesellschafters zwar nicht die Verfügungsbefugnis der ... in Bezug auf die im Gesellschaftsvermögen vorhandenen und vom Insolvenzbeschluss nicht erfassten Grundstücke, wohl aber die Vertretung der Gesellschaft bei der Verfügung über ein solches Grundstück (KG ZIP 2011, 370). Sie betrifft deshalb hier die Vertretung der Gesellschaft zwar nicht im Zeitpunkt der Auflassung, aber bei Erklärung der Bewilligung. In diesem Zeitpunkt war die Insolvenz bereits eröffnet.

## 29

(3) Die von einem gesetzlichen oder organschaftlichen Vertreter ohne zeitliche Begrenzung erteilte Vollmacht erlischt zwar nach § 168 BGB nicht ohne weiteres mit dem Ende der gesetzlichen oder

organschaftlichen Vertretungsmacht (BayObLGZ 1959, 279; KG ZIP 2011, 370/372; MüKo/Schubert § 168 Rn. 15; Staudinger/Schilken BGB Bearb. 2014 § 168 Rn. 24; Cranshaw a. a. O.).

### 30

Jedoch erlischt nach § 117 Abs. 1 InsO eine vom Insolvenzschuldner erteilte Vollmacht mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen insoweit, als sie sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen „bezieht“. Diese gesetzlich angeordnete Erlöschungswirkung gilt auch für die hier von der Insolvenzschuldnerin dem Notar erteilte Vollmacht.

### 31

(α) Die erteilte Vollmacht bezieht sich unmittelbar zwar nicht auf den Gesellschaftsanteil der insolventen Schuldnerin, sondern auf einen - vom Insolvenzbeschluss nicht erfassten - Gegenstand des Gesellschaftsvermögens. In die Insolvenzmasse (§ 35 Abs. 1 InsO) fällt „nur“ die Mitgliedschaft der Gesellschafterin in der ..., mithin ihr Gesellschaftsanteil. Grundsätzlich unterfallen aber alle Vollmachten des Schuldners, die sich auf dessen Vermögensangelegenheiten beziehen, der Vorschrift des § 117 Abs. 1 InsO (MüKo/Ott/Vuia § 117 Rn. 6). Zu diesen Angelegenheiten zählt auch die Ausübung vermögensrechtlicher Befugnisse im Zusammenhang mit der Gesellschaftsbeteiligung.

### 32

(β) Dass § 117 Abs. 1 InsO greift (a. M. Kessler DNotZ 2012, 616/620), folgt zudem als Kehrseite aus dem nach § 80 Abs. 1 InsO bestehenden Erfordernis der Mitwirkung des Insolvenzverwalters bei der Vertretung der .... Die Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsanteils wirkt sich - wie dargestellt - auf die Vertretung der Gesellschaft im Auflösungsverfahren aus, weil im Rahmen der Gesamtgeschäftsführung (§ 730 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BGB) die Mitwirkung des Insolvenzverwalters gemäß § 80 Abs. 1 InsO notwendig ist. Nach § 80 Abs. 1 InsO aber geht das Recht des Schuldners, „das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen“ zu verwalten und über es zu verfügen, auf den Insolvenzverwalter über. Aus dem Zusammenspiel dieser gesetzlichen Bestimmungen ergibt sich, dass der von § 117 Abs. 1 InsO vorausgesetzte „Bezug“ der von der Schuldnerin (Gesellschafterin) erteilten Vollmacht zur Insolvenzmasse ausreicht mit der Konsequenz, dass die erteilte Vollmacht zur Vertretung bei ihrem Handeln für die Gesellschaft kraft Gesetzes mit der Verfahrenseröffnung erloschen ist. Denn nach einhelliger Meinung ergibt sich das Erlöschen der Vollmacht bereits aus dem Übergang der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis auf den Insolvenzverwalter gemäß § 80 Abs. 1 InsO, weshalb § 117 Abs. 1 InsO insoweit lediglich deklaratorischen Charakter habe (vgl. Staudinger/Schilken § 168 Rn. 25). Eine unterschiedliche Reichweite der aus § 80 Abs. 1 InsO abgeleiteten Notwendigkeit der Mitwirkung des Insolvenzverwalters einerseits und des Erlöschens der vom Schuldner erteilten Vollmacht andererseits kommt danach nicht in Betracht. Steht dem Insolvenzverwalter aber nach § 80 Abs. 1 InsO das Recht zu, mit Blick auf die Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsanteils anstelle der Schuldnerin an der Auseinandersetzung mitzuwirken und tritt dabei an die Stelle der insolventen Gesellschafterin deren Insolvenzverwalter, der die Funktionen der Insolvenzschuldnerin als Geschäftsführungsorgan der ... wahrnimmt (Soergel/Hadding Rn 5; MüKo/Ulmer Rn. 7 f.), so erlöschen nach § 117 Abs. 1 InsO auch die von der Schuldnerin als Anteilsinhaberin und daher Teil des Vertretungsorgans erteilten Vollmachten.

### 33

(γ) Dieses Verständnis steht im Einklang mit dem verfolgten Gesetzeszweck. § 117 Abs. 1 InsO dient dem Schutz der Handlungskompetenzen des Insolvenzverwalters, da der Fortbestand von Vollmachten über den Zeitpunkt der Verfahrenseröffnung hinaus die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters beeinträchtigen kann (Begründung zu § 135 RegE, BT-Drucks. 12/2443 S. 151/152). Danach soll allein der Insolvenzverwalter für den Schuldner handeln können (MüKo/Schubert BGB 7. Aufl. § 168 Rn. 13). Sofern der frühere Vertreter dennoch agiert, gilt § 177 Abs. 1 BGB und nur der Insolvenzverwalter kann das Vertretergeschäft genehmigen.

### 34

(δ) Der Umstand, dass Bevollmächtigter der Urkundsnotar ist, rechtfertigt keine andere Sicht (vgl. auch Uhlenbruck/Sinz InsO 14. Aufl. § 117 Rn. 3).

### 35

d) Der Besitz der Originalvollmacht (vgl. BGH NJW 1959, 2119/2120) ist hier unerheblich. Zwar kann ein Nachweis für den Fortbestand einer Vollmacht dann, wenn der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde in Urschrift oder in Ausfertigung ist, nur dann vom Grundbuchamt gefordert werden,

wenn besondere, auf die Möglichkeit eines Erlöschens hinweisende Umstände zur Kenntnis des Grundbuchamts gelangt sind, siehe auch § 172 Abs. 1 BGB. Dies ist aber hier mit dem Bekanntwerden der Insolvenzeröffnung der Fall.

### 36

e) Selbst wenn der Insolvenzverwalter den Gesellschaftsanteil mittlerweile aus der Insolvenzmasse freigegeben hätte (dazu unter 3.; zur Freigabe des Anteils: Staudinger/Habermeier § 728 Rn. 3), gilt nichts anderes. Zwar unterläge der Anteil dann nicht mehr dem Insolvenzbeschluss. Die erloschene Vollmacht lebt durch eine nachträgliche Freigabe jedoch nicht wieder auf (MüKo/Ott/Vuia § 117 Rn. 13; Staudinger/Schilken § 168 Rn. 25; Hügel/Wilsch GBO 3. Aufl. InsR Rn. 69).

### 37

3. Die Bewilligung, zu deren Erklärung der Notar im maßgeblichen Zeitpunkt nicht (mehr) von beiden Gesellschafterinnen der ... als deren Vertretungsorgane bevollmächtigt war, kann durch Genehmigung nach § 185 BGB Wirksamkeit erlangen, denn die von einem Nichtberechtigten erklärte Bewilligung nach § 19 GBO wird mit Zustimmung des eingetragenen Berechtigten wirksam. § 185 BGB ist auf die Eintragungsbewilligung, obwohl sie - zumindest auch - eine verfahrensrechtliche Erklärung ist, anwendbar (BGH NJW-RR 2011, 19/20 m. w. N.). Einer Genehmigung des Kaufvertrages hingegen bedarf es für den Vollzug der Auflassung nicht.

### 38

a) Das Hindernis kann behoben werden durch Vorlage einer Erklärung des über das Vermögen der insolventen Gesellschafterin bestellten Insolvenzverwalters in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, mit der die vom Notar zu Urkunde vom 17.9.2015 - URNr. X .../... - erklärte Bewilligung genehmigt wird.

### 39

aa) Dass das Grundbuch hinsichtlich des am Anteil der insolventen Gesellschafterin eingetragenen Insolvenzvermerks unrichtig und der Insolvenzbeschluss entfallen wäre, ist nicht nachgewiesen.

### 40

(1) Zwar hat der Insolvenzverwalter die Löschung der auf Ersuchen des Insolvenzgerichts eingetragenen Vermerke über den Zustimmungsvorbehalt und die Insolvenzeröffnung in der Form des § 29 GBO bewilligt. Seine Bewilligung genügt zum Vollzug der Löschung (Demharter § 38 Rn. 8 am Ende).

### 41

Selbst die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch bedeutet jedoch nicht, dass die Verfügungszuständigkeit des Insolvenzverwalters nicht mehr gegeben ist, denn die Löschung des Vermerks enthält keine positive Aussage über die Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis. Erforderlich ist vielmehr der in der Form des § 29 GBO zu erbringende Nachweis darüber, dass der eingetragene Rechtsinhaber seine Verfügungsbefugnis wieder erlangt hat (str.; OLG Celle ZIP 2015, 887 einerseits; OLG Frankfurt ZIP 2016, 1881 andererseits; zum Streitstand: Hügel/Wilsch InsR Rn. 64 m. w. N.).

### 42

Nichts anderes kann gelten für die Löschung eines entsprechenden Eintrags beim Anteil eines ...-Gesellschafters.

### 43

(2) Die - zumal nicht in der verfahrensrechtlich erforderlichen Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO abgegebene - Erklärung des Insolvenzverwalters vom 8.6.2016 ist nach ihrem Inhalt nicht geeignet, eine wirksame Freigabe des Gesellschaftsanteils der Insolvenzschuldnerin nachzuweisen.

### 44

Das Insolvenzverfahren ist noch nicht abgeschlossen (vgl. die Veröffentlichungen auf der Internetseite [www.insolvenzbekanntmachungen.de](http://www.insolvenzbekanntmachungen.de)).

### 45

Aus der Erklärung vom 8.6.2016 geht wegen des gemachten Vorbehalts, wonach nicht näher definierte sonstige „Ansprüche“ und rückständige Vergütungsansprüche nicht vom Insolvenzbeschluss frei werden sollen, eine Freigabe des Gesellschaftsanteils nicht zweifelsfrei hervor. Welche Vergütungs- und sonstigen Ansprüche mit Bezug zum Gesellschaftsanteil von der Freigabe nicht erfasst sein sollen, erschließt sich aus der Formulierung nicht. Damit erscheint die Erklärung zumindest widersprüchlich. Der Insolvenzbeschluss

bezieht sich auf den Gesellschaftsanteil selbst; der Insolvenzverwalter kann wegen der auch für ihn geltenden sog. Durchsetzungssperre zwar das Auseinandersetzungsguthaben des Gesellschafters, nicht aber einzelne Ansprüche zur Masse ziehen (BGH NJW 2007, 1067; Palandt/Sprau § 728 Rn. 2 mit § 730 Rn. 6). Er kann somit auch nicht einerseits den Gesellschaftsanteil aus der Insolvenzmasse freigeben und andererseits einzelne Ansprüche im Insolvenzbeschluss belassen.

#### 46

bb) Dass die Beteiligten eine Genehmigungserklärung des Insolvenzverwalters bislang nicht beigebracht haben, hindert nicht, ihnen diese Möglichkeit weiter offen zu halten. Denn es erscheint nicht ausgeschlossen, dass das ergebnislose Verstreichen der eingeräumten Frist auf der Annahme beruht, entgegen der Anforderung des Grundbuchamts sei eine Genehmigung aus Rechtsgründen nicht erforderlich. Dafür, dass die Genehmigung nach Bestätigung der erstinstanzlichen Rechtsauffassung durch den Beschwerdesenat nicht innerhalb angemessener Zeit beigebracht werden kann, liegen keine Anhaltspunkte vor (vgl. Hügel/Zeiser § 18 Rn. 15).

#### 47

b) Alternativ kommt für den Fall, dass die Freigabe des Gesellschaftsanteils nachgewiesen wird, mit Blick auf die zeitlich nach dem Eintragungsantrag eingereichte Berichtigungsbewilligung der Gesellschafterinnen, basierend auf der Behauptung einer Freigabe des Gesellschaftsanteils durch den Insolvenzverwalter, eine andere Möglichkeit zur Behebung des Eintragungshindernisses in Betracht. Denn wenn die Insolvenzbefangenheit des Gesellschaftsanteils (künftig) nicht mehr besteht und dies dem Grundbuchamt nachgewiesen wird, ist die Genehmigung nicht mehr vom Insolvenzverwalter auszusprechen.

#### 48

aa) Den Beteiligten ist daher Gelegenheit zu geben, den Fortfall des Insolvenzbeschlusss nachzuweisen. Dafür bedarf es im Grundbuchverfahren einer in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO abgegebenen, inhaltlich eindeutigen, mithin vorbehaltlosen und einschränkungsfreien Erklärung des Insolvenzverwalters an die Insolvenzschuldnerin, den Gesellschaftsanteil der insolventen Gesellschafterin an der im Grundbuch eingetragenen ... freizugeben, sowie eines Zugangsnachweises (zur Freigabe: BGHZ 127, 156/163; BGH NJW-RR 2007, 1205/1206). In grundbuchtauglicher Form (§ 29 Abs. 1 GBO) kann der Zugang nachgewiesen werden, wenn die Insolvenzschuldnerin durch einen hierzu befugten Vertreter den Urkundsnotar zu notarieller Urkunde dazu bevollmächtigt, die Freigabeerklärung entgegen zu nehmen, und der Notar die Entgegennahme in einer Eigenurkunde bestätigt.

#### 49

bb) Ist eine Freigabe des Anteils nachgewiesen, dann ist die Mitwirkung des Insolvenzverwalters bei der Auseinandersetzung und der in diesem Zuge erforderlichen rechtsgeschäftlichen Erklärungen der ... nicht mehr erforderlich. Mit der Freigabe liegt die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis hinsichtlich des Anteils - ex nunc - wieder allein beim Gesellschafter als Rechtsinhaber (BGH NJW-RR 2007, 1205/1206).

#### 50

(1) Damit ist jedoch der Mangel der Vertretungsmacht noch nicht behoben, denn - wie ausgeführt - wird die erloschene Vollmacht mit der Freigabe nicht wieder wirksam. Die gesetzlich notwendige Gesamtvertretung der ... durch alle Gesellschafter, § 730 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BGB, ist deshalb auch im Fall der nachträglichen Anteilsfreigabe erst noch herbeizuführen. Daher ist weiterhin eine Genehmigung der Bewilligungserklärung zu deren Wirksamkeit erforderlich.

#### 51

(2) Die Genehmigung ist zu erklären von dem - aktuell hierzu befugten - Vertretungsorgan der ..., §§ 714, 709 Abs. 1 BGB. Dazu gehört - eine wirksame Freigabe des Gesellschaftsanteils vorausgesetzt - nicht mehr die insolvente Gesellschaft, sondern diejenige Gesellschaft, die deren Anteil rechtsgeschäftlich erworben hat.

#### 52

(α) Zwar wird nach § 899a Satz 1 BGB - auch mit Bindung für das Grundbuchamt und den in der Beschwerdeinstanz an seine Stelle tretenden Senat - vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind, und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind (Senat vom 1.12.2010, 34 Wx 119/10 = NZG 2011, 548). Die zugunsten der eingetragenen Gesellschafter begründete Vermutung der Gesellschafterstellung ist allerdings



widerlegbar. Dass als eine der beiden ...-Gesellschafterinnen nach wie vor die insolvente Gesellschaft eingetragen ist, bedeutet mithin wegen der Widerlegbarkeit der Vermutung nicht, dass nach Anteilsfreigabe eine Genehmigung der insolventen Gesellschafterin ausreichend wäre, um den Mangel der Gesamtvertretung zu beheben.

#### **53**

Die Vermutungswirkung des § 899a BGB gilt vielmehr auch in Bezug auf die Berechtigung der im Grundbuch eingetragenen ...-Gesellschafter, die berichtigende Eintragung eines Gesellschafterwechsels zu bewilligen (OLG Frankfurt NotBZ 2011, 402). Der vom Grundbuch verlautbarte Gesellschafterbestand begründet nämlich zugunsten der eingetragenen Gesellschafter die (widerlegbare) Vermutung, zur Verfügung über einen Gesellschaftsanteil und zur Bewilligung der berichtigenden Eintragung im Grundbuch befugt zu sein (Senat vom 1.12.2010 a. a. O.).

#### **54**

(β) Obgleich der zeitlich dem Eintragungsantrag nachfolgende Antrag, den Gesellschafterbestand mit Blick auf eine rechtsgeschäftliche Anteilsübertragung gemäß Bewilligung zu berichtigen, noch nicht vollzogen ist, kann der Inhalt der Urkunde bei der Prüfung der Frage, aus welchen Gesellschafterinnen sich das Vertretungsorgan der ... nach § 730 Abs. 2 Satz 2 Halbs. 2 BGB - Freigabe vorausgesetzt - zusammensetzt und durch welche Gesellschafterinnen die ... daher bei Abgabe der Genehmigung vertreten wird, somit nicht unberücksichtigt bleiben. Ist dem Grundbuchamt eine außgrundbuchliche Anteilsübertragung in einer Weise bekannt geworden, die die Vermutung des § 899a BGB widerlegt, so ist dies zu beachten.

#### **55**

Die derzeit noch fehlende Voreintragung des Gesellschafterwechsels als formelle Voraussetzung der Eintragung im Fall einer Genehmigung, vgl. § 39 Abs. 1 GBO (dazu: BGH NJW-RR 2011, 19/20; Schöner/Stöber Rn. 136 ff.), muss in diesem Zusammenhang nicht zum weiteren Gegenstand der Zwischenverfügung gemacht werden (vgl. BayObLG NJW-RR 1990, 906/908; OLG München, 32. Zivilsenat, FGPrax 2006, 148), weil der entsprechende Berichtigungsantrag bereits unter Vorlage von Bewilligungen des übertragenden und des übernehmenden Teils sowie der einzigen weiteren Gesellschafterin in grundbuchtauglicher Form gestellt ist (vgl. Senat vom 27.7.2015, 34 Wx 106/15 = ZIP 2015, 2023).

#### **56**

(γ) Da mit der Freigabe des Anteils eine vom Insolvenzschuldner oder dessen organschaftlichen Vertreter während des Insolvenzverfahrens vorgenommene Verfügung - hier über den Gesellschaftsanteil der Insolvenzschuldnerin - ex nunc wirksam wird (Uhlenbruck/Mock § 80 Rn. 9; MüKo/Ott/Vuia § 81 Rn. 18), bedarf es zur Wirksamkeit der Anteilsübertragung - Freigabe vorausgesetzt - auch keiner Wiederholung des Rechtsgeschäfts.

#### **57**

(δ) Unter der Voraussetzung, dass die Freigabe des Anteils nachgewiesen wird, setzt sich das zur Gesamtvertretung der ... berufene Organ mithin nicht mehr aus der Insolvenzschuldnerin und der weiteren Gesellschafterin, sondern aus der Anteilsübernehmerin und der weiteren Gesellschafterin zusammen. Da bei Erklärung der Bewilligung nur eine Anteilsinhaberin als Teil des Gesamtvertretungsorgan vom Notar wirksam vertreten war, ist zur Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung die Genehmigung der restlichen, nicht wirksam vertretenen Anteilsinhaberin erforderlich. Das ist in der hier gegebenen zweigliedrigen Gesellschaft - nach Freigabe vom Insolvenzbeschluss und Übertragung des Anteils der Insolvenzschuldnerin - die Erwerberin dieses Anteils. Ihre Genehmigung der vollmachtlosen Erklärung des Notars ist geeignet, den Mangel der Gesamtvertretung der ... bei Abgabe der Bewilligung zu heilen. Die bisherige Anteilsinhaberin hingegen ist mit ihrem Ausscheiden aus der ... nicht mehr zum Handeln für die ... und damit zur Genehmigung der Bewilligung befugt.

#### **58**

Zur Vorlage der Genehmigung, die im Grundbuchverfahren der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bedarf, ist gleichfalls Gelegenheit durch Änderung der angefochtenen Zwischenverfügung zu geben.

#### **III.**

#### **59**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 FamFG. Das Rechtsmittel hat zwar teilweise, allerdings nur in geringem Umfang Erfolg. Insbesondere ist das antragsgemäße Ziel, die Zwischenverfügung wegen

Nichtbestehens des dort aufgezeigten Eintragungshindernisses zu Fall zu bringen, nicht erreicht. Dies rechtfertigt es, den Beteiligten die Kosten des Verfahrens aus dem Wert des zurückgewiesenen Teils aufzuerlegen (Friedrich in Fackelmann/Heinemann GNotKG § 25 Rn. 2; Wortmann in Renner/Otto/Heinze GNotKG 2. Aufl. § 25 Rn. 6).

#### **60**

Insoweit wird der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens mangels konkreter Anhaltspunkte für die Schwierigkeit der Hindernisbeseitigung nach § 79 Abs. 1 Satz 1 GNotKG festgesetzt auf den gesetzlichen Regelwert, § 61 Abs. 1, § 36 Abs. 3 GNotKG.

#### **61**

Angesichts der in Rechtsprechung und Literatur nicht geklärten Beurteilung der hier zu beantwortenden Rechtsfrage, ob die vom Gesellschafter der ... in seiner Funktion als Vertretungsorgan der ... erteilte (Notar-)Vollmacht mit Eröffnung der Insolvenz über das Vermögen des Gesellschafters erlischt, wird die Rechtsbeschwerde wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache zugelassen (§ 78 Abs. 2 Nr. 1 GBO).

Dazu ergeht folgende