

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
April 2011
ISSN 1434-3460

8/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

VO EG Nr. 4/2009; HUntProt – Rechtswahl im Unterhaltsrecht ab dem 18. Juni 2011

GmbHG §§ 55, 35 – Übernahmeerklärung bei Kapitalerhöhung; Vertretung einer GmbH als Gesellschafterin durch Geschäftsführer und Prokuristen; unechte Gesamtvertretung

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

BGB §§ 902 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 1 – Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung wegen Störung in Ausübung des Grundstückseigentums

GmbHG §§ 15, 40; FamFG § 59 – Nummerierung der Gesellschafterliste nach Geschäftsanteilsabtretung; Beschwerdebefugnis des Notars

Literatur

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

VO EG Nr. 4/2009; HUntProt Rechtswahl im Unterhaltsrecht ab dem 18. Juni 2011

I. Sachverhalt

Am 18. Juni 2011 tritt die Verordnung Nr. 4/2009 (EG) des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Zuständigkeit, das anwendbare Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Zusammenarbeit in Unterhaltssachen (**EU-UntVO**) in Kraft. Art. 15 EU-UntVO hat folgenden Wortlaut:

*„Bestimmung des anwendbaren Rechts
Das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht bestimmt sich für die Mitgliedstaaten, die durch das Haager Protokoll vom 23. November 2007 über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht (nachstehend „Haager Protokoll von 2007“ genannt) gebunden sind, nach jenem Protokoll.“*

Der Bundesrat hat am 31. Dezember 2010 einen Gesetzesentwurf für ein Ausführungsgesetz vorgelegt (BR-Drucks. 854/10, Entwurf eines Gesetzes zur Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 und zur Neuordnung bestehender Aus- und Durchführungsbestimmungen auf dem Gebiet des internationalen Unterhaltsverfahrensrechts). Dort ist unter anderem vorgesehen, dass Art. 18 EGBGB aufgehoben wird (BR-Drucks. 854/10, S. 43). Der Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages hat am 23. März 2011 die Umsetzung dieses Gesetzesentwurfs mit geringfügigen Änderungen als Beschlussempfehlung unterbreitet (BT-Drucks. 17/5240).

II. Fragen

1. Wie gestaltet sich die Abgrenzung von altem und neuem Recht in zeitlicher Hinsicht?
2. Welche Ansprüche werden von den neuen Vorschriften erfasst?
3. Was sind die wesentlichen Änderungen gegenüber der alten Rechtslage?
4. Handelt es sich bei den Vorschriften der EU-UntVO und des Haager Protokolls von 2007 (kurz **HUP**) um „ausländisches Recht“ gem. § 17 Abs. 3 BeurkG?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtswahl im Unterhaltsrecht: Aktuelle Rechtslage

Nach dem geltenden IPR sind die Möglichkeiten einer Rechtswahl im Unterhaltsrecht sehr begrenzt. Das **Haager Übereinkommen über das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht vom 2.10.1973** (nachstehend HUntÜ) bzw. Art. 18 EGBGB enthalten **keine Rechtswahlmöglichkeiten** (Staudinger/Mankowski, 2003, Anhang I zu Art. 18 EGBGB Rn. 15 mwN; zum Verhältnis von Art. 18 EGBGB zum HUntÜ vgl. einerseits Staudinger/Mankowski, Anhang I zu Art. 18 EGBGB Rn. 2 und andererseits Palandt/Thorn, BGB, 70. Aufl. 2011, Art. 18 EGBGB Rn. 2, je mwN.). Da sich das Unterhaltsstatut nach dem **auf die Ehescheidung tatsächlich angewandten Recht** richtet (Art. 8 Abs. 1 HUntÜ, Art. 18 Abs. 4 EGBGB) und das Scheidungsstatut wiederum von dem auf die allgemeinen Ehwirkungen anwendbaren Recht im Zeitpunkt der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrages abhängt (Art. 17 Abs. 1 EGBGB),

kommt eine **Rechtswahl nur mittelbar** unter den **engen Voraussetzungen** der Art. 14 Abs. 2 und Abs. 3 EGBGB in Betracht; sie entfaltet ihre Wirkung ausschließlich dann, wenn auch die Ehe in Deutschland geschieden wurde.

Art. 14 Abs. 2 EGBGB stellt dabei nach den Anschauungen des Gesetzgebers eine **Ausprägung der Anknüpfungsgesetze des Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB** dar. Mehrstaaten soll die Möglichkeit eingeräumt werden, eines ihrer Heimatrechte zu wählen. Art. 14 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 EGBGB soll dem Umstand gerecht werden, dass die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt bei unterschiedlichen Staatsangehörigkeiten (Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB) zu Härten führen kann, wenn die verschiedenen Heimatrechte der Ehegatten einander nahestehen, vom Aufenthaltsrecht aber stark abweichen (sog. **Gefällekonstellation**). Art. 14 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 EGBGB rechtfertigt sich dadurch, dass bei einem fehlenden gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt i. d. R. **keine sonderlich enge Beziehung** zu dem Staat besteht, in dem nur ein Ehegatte den gewöhnlichen Aufenthalt hat.

Die **begrenzte Rechtswahlmöglichkeit** im Ehwirkungsrecht **verfehlt bisher regelmäßig das mit ihr verfolgte Ziel**, Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit hinsichtlich nachgehender Unterhaltsansprüche zu schaffen. Vor deutschen Gerichten gelangt kraft objektiver Anknüpfung **ohnehin meist deutsches Recht** zur Anwendung (Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB; die internationale Zuständigkeit folgt dann regelmäßig aus Art. 3 Abs. 1 lit. a 2. Spiegelstrich Brüssel IIa-VO, Art. 5 Nr. 2 Brüssel I-VO bzw. § 98 Abs. 1 FamFG). Allenfalls mittelbar, nämlich über eine Gerichtsstandsvereinbarung gem. Art. 23 Brüssel I-VO, konnte jedenfalls unter den Vertragsstaaten des HUntÜ, deren IPR gleichfalls auf das Scheidungsstatut abstellte, eine Rechtswahl getroffen werden. Hiervon wurde allerdings, soweit ersichtlich, kaum Gebrauch gemacht.

2. Inkrafttreten der EU-UntVO; zeitliche Abgrenzung

Das Inkrafttreten der EU-UntVO ist geregelt in Art. 76, welcher wie folgt lautet:

„Diese Verordnung tritt am zwanzigsten Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Union in Kraft.

Artikel 2 Absatz 2, Artikel 47 Absatz 3, Artikel 71, 72 und 73 gelten ab dem 18. September 2010.

Diese Verordnung findet, mit Ausnahme der in Unterabsatz 2 genannten Vorschriften, ab dem 18. Juni 2011 Anwendung, sofern das Haager Protokoll von 2007 zu diesem Zeitpunkt in der Gemeinschaft anwendbar ist. Anderenfalls findet diese Verordnung ab dem Tag des Beginns der Anwendbarkeit jenes Protokolls in der Gemeinschaft Anwendung.“

Gem. Art. 25 Abs. 1 HUP setzt das Inkrafttreten eine **Ratifizierung durch mindestens zwei Staaten** voraus; anstelle eines Staates kann auch eine „Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration“, also die EU (Art. 24 Abs. 1 HUP), das Protokoll ratifizieren. Auch dann sind jedoch zwei Vertragsparteien erforderlich. Da gegenwärtig lediglich die EU mit Erklärung vom 8. April 2010 das HUP ratifiziert hat, sind die Voraussetzungen des Art. 25 Abs. 1 HUP nicht erfüllt. Die EU hat jedoch **bei der Ratifizierung folgende Erklärung abgegeben** (www.hcch.net, beschlossen im Ratsbeschluss vom 30. November 2009, 2009/941/EG, Art. 3 und 5 Abs. 2):

„Die Europäische Gemeinschaft erklärt gemäß Artikel 24 des Protokolls, dass sie für alle in diesem Protokoll geregelten Angelegenheiten zuständig ist. Das Protokoll ist bei Abschluss durch die Europäische Gemeinschaft für ihre Mitgliedstaaten bindend.

Für die Zwecke dieser Erklärung versteht sich der Begriff ‚Europäische Gemeinschaft‘ ohne Dänemark nach Maßgabe der Artikel 1 und 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über die Position Dänemarks sowie ohne das Vereinigte Königreich nach Maßgabe der Artikel 1 und 2 des dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft beigefügten Protokolls über die Position des Vereinigten Königreichs und Irlands.

Die Europäische Gemeinschaft erklärt, dass sie die Bestimmungen des Protokolls auch auf Unterhaltsforderungen anwenden wird, die in einem ihrer Mitgliedstaaten für einen Zeitraum vor dem Inkrafttreten oder der vorläufigen Anwendung des Protokolls in der Gemeinschaft geltend gemacht werden, sofern aufgrund der Verordnung (EG) Nr. 4/2009 ... die Einleitung des Verfahrens, die Billigung oder der Abschluss des gerichtlichen Vergleichs oder die Ausstellung der öffentlichen Urkunde ab dem 18. Juni 2011, dem Datum des Beginns der Anwendbarkeit der genannten Verordnung, erfolgt ist.“

Dieser Passus rechtfertigt sich durch Art. 22 HUP, wonach das Protokoll keine Anwendung auf Unterhaltsansprüche findet, die für einen Zeitraum vor Inkrafttreten des Protokolls in einem Staat geltend gemacht werden. Die Unterhaltsverordnung findet dagegen auf **nach dem Datum ihrer Anwendbarkeit eingeleitete Verfahren, gebilligte oder geschlossene gerichtliche Vergleiche und ausgestellte öffentliche Urkunden** Anwendung (Art. 75 Abs. 1 EU-UntVO). Sie ist also auch dann anzuwenden, wenn der Unterhaltsanspruch **vor ihrem Inkrafttreten entstanden** ist. Die isolierte Anwendung von Art. 22 HUP hätte dagegen zur Folge, dass sich die von der Verordnung erfassten Ansprüche nach unterschiedlichen Rechten richten würden. Dieses Ergebnis wurde als unerwünscht angesehen, was den Rat zur Fassung des zitierten Beschlusses veranlasst hat (vgl. Kommissionsdokument KOM 81/2009, Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des HUP, S. 4).

Demnach gilt in zeitlicher Hinsicht Folgendes: In allen Verfahren, auf welche die EU-UntVO anzuwenden ist, gilt auch das HUP. Für die notarielle Praxis bedeutet dies, dass **bereits jetzt im Hinblick auf das baldige Inkrafttreten der EU-UntVO** Unterhaltsvereinbarungen unter Berücksichtigung der zukünftig geltenden Rechtslage (vgl. Ziff. 5) abgeschlossen werden können. Die Einzelheiten betreffend den zeitlichen Anwendungsbereich der Unterhaltsverordnung, insbesondere hinsichtlich der Verfahrenseinleitung gem. Art. 75 EU-UntVO, sind noch nicht geklärt; man wird sich ggf. an der zu Art. 66 Brüssel I-VO ergangenen Rechtsprechung orientieren können.

3. Notarielle Belehrungspflichten im Hinblick auf ausländisches Recht (§ 17 Abs. 3 BeurkG)

Gem. § 17 Abs. 3 S. 2 BeurkG ist der Notar nicht verpflichtet, über den Inhalt ausländischer Rechtsordnungen zu belehren. Kommt ausländisches Recht zur Anwendung oder bestehen darüber Zweifel, so soll der Notar die Beteiligten darauf hinweisen und dies in der Niederschrift ver-

merken (§ 17 Abs. 3 S. 1 BeurkG). Nach wohl einhelliger Auffassung ist allerdings **unmittelbar geltendes Gemeinschaftsrecht kein ausländisches Recht im Sinne von § 17 Abs. 3 S. 1 BeurkG** (Bardy, MittRhNotK 1993, 305, 307; Knapp, MittBayNot 2004, 253; Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 17 Rn. 271; Armbrüster, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl. 2009, § 17 Rn. 195; Lerch, BeurkG, 4. Aufl. 2010, § 17 Rn. 66 [schlechthin für EU-Recht]; ähnlich Hertel, FS Ganter, 2010, S. 503, 506). Die Vorschriften der EU-UntVO sowie des HUP fallen somit nicht unter § 17 Abs. 3 BeurkG. Materielles ausländisches Unterhaltsrecht ist hingegen weiterhin von § 17 Abs. 3 BeurkG erfasst; insofern besteht keine Belehrungspflicht.

4. Anwendungsbereich des HUP; objektive Anknüpfung

Gem. Art. 1 Abs. 1 HUP bestimmt das HUP das Recht, welches auf **Unterhaltspflichten** anzuwenden ist, die sich aus **Beziehungen der Familie, Verwandtschaft, Ehe oder Schwägerschaft** ergeben, einschließlich der Unterhaltspflichten gegenüber einem Kind. Gem. Art. 2 HUP ist das Protokoll auch dann anzuwenden, wenn es auf das Recht eines Drittstaates verweist. In sachlicher Hinsicht **verdrängt das HUP vollumfänglich Art. 18 EGBGB**, welcher konsequenterweise außer Kraft treten wird.

Die Grundregel für die objektive **Anknüpfung** findet sich in **Art. 3 Abs. 1 HUP**. Hiernach ist der **gewöhnliche Aufenthalt des Unterhaltsberechtigten** für das anwendbare Recht entscheidend. Wechselt diese Person ihren gewöhnlichen Aufenthalt, so ist für die Zukunft das **Recht des neuen Aufenthaltsstaates** anzuwenden (Art. 3 Abs. 2 HUP). Art. 4 Abs. 1 HUP enthält eine Begünstigung für den Kindesunterhalt; Art. 5 HUP trifft eine **Sonderregelung für Unterhaltspflichten zwischen Ehegatten und früheren Ehegatten**, worunter nach deutschem Recht der Trennungsunterhalt und der Scheidungsunterhalt fallen. Art. 3 HUP findet hier nach ausnahmsweise keine Anwendung, wenn sich eine Partei gegen die Anwendung des nach Art. 3 Abs. 1 HUP ermittelten Rechts wendet und das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes, eine engere Verbindung aufweist. Da das **Scheidungsunterhaltsstatut** im Unterschied zum früheren Recht (Art. 18 Abs. 4 EGBGB; Art. 8 Abs. 2 HUntÜ) **nummehr wandelbar** ist, soll durch Art. 5 HUP insbesondere **einem Aufenthaltswechsel des Berechtigten** entgegengewirkt werden, welcher **nur mit dem Zweck erfolgt, einen höheren Unterhalt** zu erlangen (Bonomi-Bericht zum HUP, Rn. 78, www.hcch.net). Freilich ist kaum prognostizierbar, wann und unter welchen Voraussetzungen eine engere Verbindung gem. Art. 5 HUP vorliegt.

5. Rechtswahlmöglichkeiten nach dem HUP

Das HUP sieht zwei Mechanismen für eine Rechtswahl vor: Zum einen die „Rechtswahl für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens“ (Art. 7 HUP) und zum anderen die „generelle Rechtswahl“ (Art. 8 HUP). Diese beiden Institute werden im Folgenden erörtert.

a) Art. 7 HUP: Rechtswahl für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens

Gem. Art. 7 Abs. 1 HUP können die berechnete und die verpflichtete Person **„allein für die Zwecke eines einzelnen Verfahrens in einem bestimmten Staat“** ausdrücklich das Recht dieses Staates als das auf eine Unterhaltspflicht anzuwendende Recht bestimmen. Erfolgt die Rechtswahl vor der Einleitung des Verfahrens, so geschieht dies durch

eine von beiden Parteien unterschriebene Vereinbarung in Schriftform oder auf einem Datenträger, dessen Inhalt für eine spätere Einsichtnahme zugänglich ist (Art. 7 Abs. 2 HUP). Diese Rechtswahlmöglichkeit ist auf die Fälle zugeschnitten, in denen ein **Verfahren bereits anhängig** ist. Gleichwohl beschränkt sie sich nicht darauf, wie Art. 7 Abs. 2 HUP verdeutlicht. Eine von Art. 7 HUP vorgesehene Wahl der *lex fori* kann das **Verfahren beschleunigen**, da das Gericht kein ausländisches Sachrecht ermitteln und anwenden muss (Rauscher/Andrae, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 2010, Art. 7 HUP Rn. 1). Unklar ist, ob zwischen Rechtswahl und Verfahrenseinleitung eine gewisse Zeitspanne nicht überschritten werden darf (verneinend Bonomi-Bericht, Rn. 121). In der notariellen Praxis wird eine solche Rechtswahl **allenfalls in einer Scheidungsfolgenvereinbarung** zu erwägen sein. Es besteht zudem eine **gewisse Unsicherheit hinsichtlich der sachlichen Reichweite** einer solchen Rechtswahl. Unklar ist z. B., ob auch die Einleitung eines Unterhaltsverfahrens im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes hiervon erfasst wäre. In den Fällen, in denen eine Rechtswahl gem. Art. 7 HUP in der notariellen Praxis in Betracht kommt, wird **häufig schon kraft objektiver Anknüpfung** deutsches Recht anwendbar sein.

b) Art. 8 HUP: Generelle Rechtswahl

Gem. Art. 8 HUP können die Beteiligten das „auf eine Unterhaltspflicht anzuwendende Recht“ bestimmen. Zur Auswahl stehen das **Heimatrecht eines Beteiligten** (Art. 8 Abs. 1 lit. a HUP), das Recht eines Staates, in dem **ein Beteiligter im Zeitpunkt der Rechtswahl seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat** (Art. 8 Abs. 1 lit. b HUP), das **Recht, das die Parteien für ihren Güterstand gewählt** haben, bzw. das tatsächlich hierauf angewandte Recht (Art. 8 Abs. 1 lit. c HUP) sowie das **Recht, das die Parteien als das auf ihre Ehescheidung oder Trennung ohne Auflösung der Ehe anzuwendende Recht bestimmt haben**, oder das tatsächlich hierauf angewandte Recht (Art. 8 Abs. 1 lit. d HUP). Auch wenn die Rechtswahl gem. Art. 8 HUP für **sämtliche Unterhaltspflichten** gilt, werden in der notariellen Praxis Rechtswahlvereinbarungen nur hinsichtlich des Scheidungsunterhaltes (und ggf. des Trennungsunterhaltes) von Bedeutung sein. Hinsichtlich der **Unterhaltspflicht gegenüber einem Minderjährigen** ist eine **Rechtswahl nicht zulässig** (Art. 8 Abs. 3 HUP); selbiges gilt gegenüber einem Erwachsenen, der aufgrund einer Beeinträchtigung oder der Unzulänglichkeit seiner persönlichen Fähigkeiten nicht in der Lage ist, seine Interessen zu schützen.

Gem. Art. 8 Abs. 2 HUP ist die Rechtswahl schriftlich zu treffen oder auf einem Datenträger zu erfassen, dessen Inhalt für eine spätere Einsichtnahme zugänglich ist; ferner ist die Vereinbarung von beiden Parteien zu unterschreiben. Umstritten ist, ob das jeweilige nationale Recht **strengere Formvorschriften** anordnen darf (bejahend Bonomi-Bericht, Rn. 119 zu Artikel 7; verneinend Rauscher/Andrae, Art. 8 HUP Rn. 16). Der deutsche Gesetzgeber wird von einer entsprechenden Anordnung im Ausführungsgesetz voraussichtlich absehen. Offen bleibt, ob die bloß schriftlich getroffene Rechtswahl unter dem Gesichtspunkt des „Vollständigkeitsgrundsatzes“ gem. § 1410 BGB unwirksam sein kann. Denn nach der herrschenden Auffassung greifen **hinsichtlich der Beurkundungspflicht von Nebenabreden** auch bei einem Ehevertrag **im Wesentlichen die zu § 311b Abs. 1 S. 1 BGB geltenden Grundsätze** (BeckOK-BGB/J. Mayer, Stand 1.9.2009, § 1410 Rn. 5; Staudinger/Thiele, 2007, § 1410 Rn. 14; JurisPK-BGB/Hausch, 5. Aufl. 2010, § 1410 Rn. 12; Palandt/Bru-

dermüller, § 1410 Rn. 2; aA Kanzleiter, NJW 1997, 216, 219). Dogmatisch lässt sich freilich die Anwendung einer Formvorschrift des Sachrechts auf eine international-privatrechtliche Rechtswahl kritisieren. Im Regelfall werden die Beteiligten ohnehin nicht bloß eine Rechtswahl wünschen, sondern darüber hinaus auch materielle Vereinbarungen über den Unterhalt treffen wollen. In derartigen Fällen ist **vorsorglich zur notariellen Beurkundung der Rechtswahlvereinbarung** zu raten.

Weitere **Schranken der Rechtswahl** finden sich in den Art. 8 Abs. 4 und 8 Abs. 5 HUP. Gem. Art. 8 Abs. 4 HUP entscheidet das Recht des Staates, in dem die berechtigte Person im Zeitpunkt der Rechtswahl ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat, über die **Zulässigkeit eines Unterhaltsverzichts**. Unklar ist, ob **nur ein ausdrücklicher Unterhaltsverzicht** (also eine materiell-rechtliche Vereinbarung) hierunter fällt oder auch die **Wahl einer Rechtsordnung, welche der Sache nach keinen Unterhalt gewährt** (faktischer Unterhaltsverzicht). Aus deutscher Sicht kann dies von Bedeutung sein, wenn die **Beteiligten auf Trennungsunterhalt verzichten** wollen und angesichts des Verbotes des § 1614 Abs. 1 BGB ein ausländisches Recht wählen, welches Trennungsunterhalt nicht vorsieht. Ausweislich des Bonomi-Berichts findet Art. 8 Abs. 4 HUP auch auf die Wahl einer solchen Rechtsordnung Anwendung (Bonomi-Bericht, Rn. 148). Insofern besteht eine gewisse Rechtsunsicherheit.

Gem. Art. 8 Abs. 5 HUP ist das von den Parteien bestimmte Recht nicht anzuwenden, wenn seine Anwendung für eine der Parteien **offensichtlich unbillige oder unangemessene Folgen** hätte, es sei denn, dass die Parteien im Zeitpunkt der Rechtswahl umfassend unterrichtet und sich der Folgen ihrer Wahl vollständig bewusst waren. Dieser Vorbehalt berücksichtigt neuere Entwicklungen im materiellen Unterhaltsrecht: Vereinbarungen werden eingeschränkt oder für unwirksam erklärt, wenn sie zu unbilligen Ergebnissen führen (Rauscher/Andrae, Art. 8 HUP Rn. 24; Bonomi-Bericht, Rn. 150; vgl. in Deutschland die Rechtsprechung zur „Inhaltskontrolle“ und „Ausübungskontrolle“ von Eheverträgen und Unterhaltsvereinbarungen).

Zur Feststellung einer Unbilligkeit/Unangemessenheit ist ein **Vergleich** zwischen den **Ergebnissen des gewählten Rechts** und denjenigen des bei **objektiver Anknüpfung anwendbaren Rechts** erforderlich. Aufgrund der Wandelbarkeit des Unterhaltsstatuts ist nicht ganz eindeutig, ob auf den **Zeitpunkt der Rechtswahl** oder den **Zeitpunkt der Rechtsanwendung** (üblicherweise durch ein Gericht) oder auf **beide Zeitpunkte** abzustellen ist. Naheliegender erscheint die Annahme, dass der **Vertragsgestalter** den Vorbehalt des Art. 8 Abs. 5 HUP bereits im Errichtungszeitpunkt prüfen muss. Auch der letzte Halbsatz des Art. 8 Abs. 5 HUP deutet auf die Maßgeblichkeit des Errichtungszeitpunktes hin, da die dort geregelte Rückausnahme (siehe unten) auch auf den Zeitpunkt der Rechtswahl abstellt. Andererseits spricht einiges dafür, die Schranken des Art. 8 Abs. 5 HUP im Zeitpunkt der jeweiligen Rechtsanwendung zu beachten, da es erst in diesem Zeitpunkt „zum Spruch“ kommt. „Unbillige oder unangemessene Folgen“ sollen denkbar sein, wenn die Rechtswahl zu einer **Verneinung bzw. substantziellen Begrenzung** des Unterhaltsanspruchs führt (Rauscher/Andrae, Art. 8 HUP Rn. 24). Andererseits kann Art. 8 Abs. 5 HUP **auch zugunsten des Unterhaltsberechtigten** wirken, insbesondere dann, wenn der Unterhaltsverpflichtete nach der objektiv berufenen Rechtsordnung keinen oder einen wesentlich geringeren Unterhalt zu leisten hätte.

Art. 8 Abs. 5 HUP enthält im letzten Absatz eine Rückausnahme: Unangemessene oder unbillige Folgen, die durch eine Rechtswahl ausgelöst werden, sind hinzunehmen, wenn die Parteien **im Zeitpunkt der Rechtswahl umfassend unterrichtet** und sich der **Folgen ihrer Wahl vollständig bewusst** waren. Diese Rückausnahme ist auf die Befürchtung zurückzuführen, die staatlichen Gerichte könnten Rechtswahlvereinbarungen über Art. 8 Abs. 5 HUP allzu schnell die Wirksamkeit versagen (Bonomi-Bericht, Rn. 150). Es handelt sich um zwei kumulativ zu erfüllende Tatbestandsmerkmale (**umfassende Unterrichtung, vollständiges Bewusstsein**). Erforderlich soll sein, dass die betroffene Partei im Zeitpunkt der Rechtswahl Kenntnis von der ausgeschlossenen Rechtsordnung hat und die **wesentlichen Unterschiede zwischen der gewählten und der abgewählten Rechtsordnung** kennt (Rauscher/Andrae, Art. 8 HUP Rn. 26). Unklar ist, inwieweit die notarielle Rechtsbelehrung diese Voraussetzungen herbeizuführen vermag. Verlangt man tatsächlich eine „vergleichende Erläuterung“, so wird man um eine (nach § 17 Abs. 3 BeurkG nicht geschuldete) Belehrung über den Inhalt einer ausländischen Rechtsordnung nicht herumkommen. Freilich kommt die Rückausnahme nur dann zum Tragen, wenn die Rechtswahl vorrangig zu offensichtlich unangemessenen oder unbilligen Folgen führt.

GmbHG §§ 55, 35 Übernahmeerklärung bei Kapitalerhöhung; Vertretung einer GmbH als Gesellschafterin durch Geschäftsführer und Prokuristen; unechte Gesamtvertretung

I. Sachverhalt

Das Kapital der A-GmbH soll erhöht werden. Gesellschafter der A-GmbH sind Herr B, Frau C und die D-GmbH. Zum Beurkundungstermin sind nur Herr B und Frau C anwesend. Die D-GmbH wird die Urkunde nachgenehmigen. Die D-GmbH wird gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Der zweite Geschäftsführer ist momentan nicht erreichbar.

II. Frage

Kann die Übernahmeerklärung einer Gesellschafterin durch deren Geschäftsführer und Prokuristen unterzeichnet werden, wenn die Vertretung der Gesellschafterin (eine GmbH) durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen zulässig ist?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeines

Wird eine Kapitalerhöhung beschlossen, so bedarf es nach § 55 Abs. 1 GmbHG zur Übernahme jedes Geschäftsanteils an dem erhöhten Stammkapital einer notariell aufgenommenen oder beglaubigten **Übernahmeerklärung**. Diese Erklärung erfolgt durch den Übernehmer gegenüber der Gesellschaft, vertreten durch ihre Gesellschafter (Lutter, in: Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 17. Aufl. 2009, § 55 Rn. 32). Die Übernehmerin, vorliegend selbst eine GmbH, wird dabei gem. § 35 GmbHG durch ihre Geschäftsführer als gesetzliche Vertreter vertreten. Zulässig wäre darüber hinaus eine Vertretung der Übernehmerin aufgrund rechtsgeschäftlicher, notariell beglaubigter Vollmacht (vgl. Lutter, § 55 Rn. 32; Scholz/Priester, GmbHG, 10. Aufl. 2010,

§ 55 Rn. 81), die freilich wiederum von den gesetzlichen Vertretern der GmbH erteilt werden müsste.

2. Unechte Gesamtvertretung

a) Wesen und Voraussetzungen

Soweit die Satzung der D-GmbH vorsieht, dass die Gesellschaft auch durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten werden kann, regelt sie die Möglichkeit der sog. **unechten Gesamtvertretung**. Diese ist zwar in § 35 GmbHG nicht ausdrücklich angesprochen, wird aber in Analogie zu § 78 Abs. 3 S. 1 AktG und § 125 Abs. 3 HGB im GmbH-Recht allgemein anerkannt (vgl. Scholz/Schneider, 10. Aufl. 2007, § 35 Rn. 71; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 39). Ihr Wesen besteht darin, dass anstelle eines zweiten Organmitglieds ein Prokurist als mit schwächerer Vertretungsmacht ausgestatteter „Mithandelnder“ an der Vornahme von Vertretungshandlungen beteiligt wird. Es liegt eine – wenn auch als „unecht“ bezeichnete – **organschaftliche Vertretung** vor, an der der Prokurist lediglich als Mithandelnder zur Erfüllung des gewünschten Mehr-Augen-Prinzips teilnimmt, um die Gefahren einer Einzelvertretung zu vermeiden (Krafka, 10 Jahre DNotI, 2003, S. 223, 229). Im Unterschied dazu zielt die **unechte Gesamtprokura** (Ausübung der Prokura gemeinsam mit einem Geschäftsführer) nicht auf organschaftliche Vertretung des Rechtsträgers, sondern auf die Erweiterung des Kreises der Kontrollpersonen im Rahmen der rechtsgeschäftlichen Vertretung durch einen Prokuristen (Krafka, S. 229 f.).

Voraussetzungen für die Zulässigkeit einer unechten Gesamtvertretung sind eine entsprechende **Grundlage im Gesellschaftsvertrag** (Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 39) und die Möglichkeit zur **gesetzlichen Vertretung** der Gesellschaft **auch ohne einen Prokuristen** (Scholz/Schneider, § 35 Rn. 72; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 39; Altmeyen, in: Roth/Altmeyen, GmbHG, 6. Aufl. 2009, § 35 Rn. 66). Demgemäß ist die unechte Gesamtvertretung als einzige Form der Gesamtvertretung bei Vorhandensein mehrerer Geschäftsführer unzulässig (Zöllner/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 35 Rn. 112). In jedem Fall muss – wie auch vorliegend – die Gesamtvertretung allein durch die Geschäftsführer möglich sein.

b) Umfang

Liegt eine zulässige unechte Gesamtvertretung vor, so richtet sich der **Umfang der Vertretungsbefugnis** nicht nach der Rechtsstellung des Prokuristen, sondern **nach der Rechtsstellung des Geschäftsführers**; der Prokurist als organschaftlicher Gesamtvertreter unterliegt also nicht den Beschränkungen des § 49 Abs. 1, 2 HGB (RGZ 134, 303, 306 zur AG; BGHZ 13, 61, 64; GroßKomm-GmbHG/Paefgen, 2006, § 35 Rn. 85; Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, § 35 Rn. 40; Scholz/Schneider, § 35 Rn. 71; Zöllner/Noack, § 35 Rn. 112; Altmeyen, § 35 Rn. 66).

3. Ergebnis

Da die D-GmbH im Wege der zulässigen unechten Gesamtvertretung vollwertig organschaftlich vertreten wird, spricht uE auch nichts gegen die gemeinschaftliche Unterzeichnung der Übernahmeerklärung durch den Geschäftsführer und den Prokuristen im Namen der D-GmbH.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abruf-Dienst im Internet unter:

<http://faxabruf.dnoti-online-plus.de>

abrufen. In diesem frei zugänglichen Bereich können die Gutachten über die Gutachten-Abruf-Nummer oder mit Titelschlagworten aufgefunden werden. Dies gilt ebenfalls für die bisherigen Fax-Abruf-Gutachten.

BGB § 1193

Fälligkeit der Forderung aus einem abstrakten Schuldanerkenntnis; Anwendbarkeit von § 1193 BGB

Abruf-Nr.: 104066

BGB §§ 2065, 2087, 2110, 2111, 2113, 2150

Anordnung von Vor- und Nacherbschaft bei Teilungsanordnung/Vorausvermächtnis zugunsten eines Miterben; Erbeinsetzung nach Vermögensgegenständen und Bestimmung der Erbquoten durch einen Schiedsgutachter

Abruf-Nr.: 105422

ZPO §§ 794 Abs. 1 Nr. 5, 724; BGB §§ 280, 286, 288, 433 Verzug des Käufers mit der Erfüllung der Einzahlungspflicht auf Notaranderkonto; Erfüllung der Einzahlungspflicht trotz einseitiger Treuhandaufgabe der finanzierenden Bank; Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung bei Hinterlegung des Kaufpreises auf Notaranderkonto

Abruf-Nr.: 103187

AktG § 33

Gründungsprüfung; Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 Nr. 3 AktG (Ausschluss der Gründungsprüfung durch den Notar)

Abruf-Nr.: 107357

Rechtsprechung

BGB §§ 902 Abs. 1 S. 2, 1004 Abs. 1 S. 1

Verjährung des Anspruchs auf Beseitigung wegen Störung in Ausübung des Grundstückseigentums

1. § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB findet auf den Beseitigungsanspruch wegen einer Störung in der Ausübung des Grundstückseigentums keine Anwendung (Bestätigung u. a. von Senat, Urteil vom 23. Februar 1973 – V ZR 109/71, BGHZ 60, 235, 238).

2. Auch nach der Verjährung des Anspruchs aus § 1004 BGB bleibt der von dem Störer geschaffene Zustand rechtswidrig; er kann von dem Gestörten daher auf eigene Kosten beseitigt werden.

BGH, Urt. v. 28.1.2011 – V ZR 141/10

Abruf-Nr.: 10968

Problem

Die Klägerin ist Eigentümerin eines bebauten Grundstücks, welches an eine Straße mit erheblichem Gefälle angrenzt. Die Straße wird durch eine von der Beklagten errichtete

Mauer aus Stahlbeton abgestützt. Die Mauer wurde mit einer Deckenplatte, die über das Grundstück der Klägerin verläuft, mit dem Wohngebäude der Klägerin verbunden. Die Klägerin macht geltend, durch die Deckenplatte würden erhebliche statische Kräfte auf ihr Gebäude geleitet, was zu Rissen und Schäden führe. Sie verlangt von der Beklagten die Beseitigung der auf ihrem Grundstück befindlichen Deckenplatte sowie eine Gestaltung der Stützmauer derart, dass von dieser keine statischen Kräfte auf ihr Grundstück einwirken. Die Beklagte erhebt die Einrede der Verjährung.

Entscheidung

Der BGH bestätigt seine bisherige Rechtsprechung, dass die Vorschrift des § 902 Abs. 1 S. 1 BGB, wonach Ansprüche aus eingetragenen Rechten nicht der Verjährung unterliegen, auf den Beseitigungsanspruch des § 1004 BGB keine Anwendung findet (BGHZ 60, 235, 238; BGH LM § 1004 BGB, Nr. 156; NJW 1990, 2555, 2556; NJW 2004, 1035, 1036; NJW 2007, 2083; so auch Palandt/Bassenge, BGB, 70. Aufl. 2011, § 1004 Rn. 45). Der herrschenden Literaturlösung, die dem BGH im Ergebnis widerspricht (vgl. nur Staudinger/Gursky, BGB, Neubearb. 2008, § 902 Rn. 9; § 1004 Rn. 1 mwN.), gibt der BGH nunmehr zu, dass die Anwendbarkeit von § 902 Abs. 1 S. 1 BGB nicht deshalb ausgeschlossen sei, weil sich der jeweilige Anspruch nicht aus dem Inhalt des Grundbuchs ergebe (so noch BGHZ 60, 235, 239). Denn das Grundbuch verlautbare nur das dingliche Stammrecht, nicht dagegen die aus diesem Recht folgenden Ansprüche. Schließlich sei auch der Herausgabeanspruch des Grundstückseigentümers nach § 985 BGB nicht aus dem Grundbuch zu entnehmen und unterliege gleichwohl nach § 902 Abs. 1 S. 1 BGB nicht der Verjährung (BGH NJW 2007, 2183; NJW 2011, 518 = DNotI-Report 2010, 221).

Als maßgeblichen Gesichtspunkt für die Anwendung oder Nichtanwendung von § 902 Abs. 1 S. 1 BGB sieht der BGH – in Anknüpfung an sein Urteil vom 22.10.2010 (V ZR 43/10, NJW 2011, 518, 520 = DNotI-Report 2010, 221) – vielmehr den **Zweck der Vorschrift**, den Bestand der im Grundbuch eingetragenen Rechte dauerhaft zu sichern. **Unverjährbar** seien deshalb **alle Ansprüche, die der Verwirklichung des eingetragenen Rechts selbst dienen und sicherstellen, dass die Grundbucheintragung nicht zu einer bloßen rechtlichen Hülse wird**. Gehe es dagegen nur um eine Störung in der Ausübung des Rechts, welche die dem Grundstückseigentümer zustehende Rechtsmacht (§ 903 BGB) unberührt lasse, stehe der Schutzzweck des § 902 Abs. 1 S. 1 BGB der Möglichkeit der Verjährung eines auf Beseitigung der Störung gerichteten Anspruchs nicht entgegen (so bereits BGH NJW 2011, 518, 520 = DNotI-Report 2010, 221).

Weil aber ein vom Störer geschaffener Zustand auch nach der Verjährung des Anspruchs aus § 1004 BGB rechtswidrig bleibe und daher vom Eigentümer nicht geduldet werden müsse, könne die Störung im Rahmen der aus § 903 BGB folgenden Rechtsmacht des Eigentümers (auf eigene Kosten) beseitigt werden, sodass die Verwirklichung des eingetragenen Eigentumsrechts nicht beeinträchtigt sei und dementsprechend die Grundbucheintragung nicht zu einer bloßen rechtlichen Hülse zu werden drohe.

GmbHG §§ 15, 40; FamFG § 59 Nummerierung der Gesellschafterliste nach Geschäftsanteilsabtretung; Beschwerdebefugnis des Notars

a) Weigert sich das Registergericht wegen formaler Beanstandungen, eine von einem Notar eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, hat der Notar ein eigenes Beschwerderecht.

b) Die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste ist dann zulässig, wenn jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.

BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – II ZB 6/10
Abruf-Nr.: **10969**

Problem

Nach Übertragung sämtlicher 12 Geschäftsanteile an einer GmbH auf einen neuen Gesellschafter reichte der beurkundende Notar eine aus sieben Spalten bestehende Gesellschafterliste ein. Die ursprünglichen Eintragungen unter den laufenden Nummern 1 bis 12 waren durchgestrichen. Unter den laufenden Nummern 13 bis 24 folgte jeweils der Name des neuen Gesellschafters mit den fortgeschriebenen Angaben zu den 12 erworbenen Geschäftsanteilen einschließlich der Angabe der bisherigen Nummer in einer gesonderten (Veränderungs-)Spalte.

Das Registergericht hatte die Aufnahme der eingereichten Gesellschafterliste im Handelsregister abgelehnt, weil die **einmal festgelegte Nummerierung der Geschäftsanteile** auch nach einem Gesellschafterwechsel **beizubehalten** sei. Das OLG Bamberg (DNotZ 2010, 871 = MittBayNot 2010, 331 = NotBZ 2010, 221) hatte die hiergegen eingelegte Beschwerde zurückgewiesen.

Entscheidung

Der BGH hielt die Rechtsbeschwerde für zulässig und begründet. Zunächst stellte er fest, dass der **einreichende Notar** nach § 59 Abs. 2 FamFG dazu befugt sei, die **Beschwerde im eigenen Namen einzulegen** (anders noch OLG Köln FGPrax 2010, 202 = GmbHR 2011, 141). Durch die Ablehnung des Registergerichts, die vom Notar gem. § 40 Abs. 2 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, wird nach Ansicht des BGH (auch) der **Notar in eigenen Rechten beeinträchtigt**. Denn der Notar komme mit der Einreichung der Liste zum Handelsregister einer ihm obliegenden **Amtspflicht** nach, die ihm als Folgeverpflichtung aus seiner Mitwirkung an der Anteilsübertragung erwachse. Weise das Registergericht eine vom Notar eingereichte Gesellschafterliste zurück, mache es ihm die Erfüllung seiner Amtspflicht streitig (im Ergebnis ebenso OLG Jena DNotZ 2010, 873 = DNotI-Report 2010, 81 = NotBZ 2010, 188 = RNotZ 2010, 347).

In welchem Umfang das **Registergericht das Recht oder die Pflicht** hat, die eingereichte Gesellschafterliste **zu prüfen** (hierzu ausführlich **Gutachten DNotI-Report 2009, 190 ff.**), ließ der **BGH offen**. Jedenfalls sei die Umnummerierung der abgetretenen Geschäftsanteile unter Kennzeichnung ihrer Herkunft zulässig. Denn es könne eine Stetigkeit der Nummerierung nicht in allen Fällen durchgehalten werden, etwa nach einer Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen (zu den verschiedenen Möglichkeiten der Nummernvergabe bei Teilung vgl. **Gutachten**

DNotI-Report 2010, 147, 148 f.). Das Gesetz mache hierzu – soweit der Begriff der „laufenden Nummern“ erfüllt bleibe – keine zwingende Vorgabe, obwohl das Problem bereits im Gesetzgebungsverfahren bekannt war. Daher bestehe **keine Notwendigkeit**, in allen Abtretungsfällen die **Stetigkeit der Nummerierung zu fordern**, solange die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse unter einer Ummummerierung nicht leide und jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung **zweifelsfrei zu identifizieren bleibe**.

Reine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte, die allerdings regelmäßig für eine Beibehaltung der Nummerierung sprächen, berühren nach Ansicht des BGH die Rechtsgültigkeit der eingereichten Liste nicht. Denn inhaltliche Zweifel daran, welche Geschäftsanteile bestanden und durch welche Abtretungsketten diese in die Hand des neuen Gesellschafters gelangt waren, konnten im vorliegenden Fall nicht aufkommen. Durch das Durchstreichen der laufenden Nummern 1 bis 12 sowie **durch die Veränderungsnachweise** unter den laufenden Nummern 13 bis 24 war die **Zuordnung der Geschäftsanteile gewährleistet**. Inzident akzeptiert der BGH mit seiner Entscheidung auch die **Zulässigkeit einer Vermerkspalte** mit Veränderungsnachweis (anders noch OLG München DNotI-Report 2009, 185 = MittBayNot 2010, 68; zulassend schon OLG Jena DNotZ 2010, 873 = DNotI-Report 2010, 81).

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:

Notar a. D. Sebastian Herrler, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg

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
Haugerpfarrgasse 9, 97070 Würzburg