

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
November 2011
ISSN 1434-3460

22/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB § 7; ApoG § 1 – Übertragung einer Apotheke; Handelsregisteranmeldung; Beifügung einer Urkunde über die Betriebserlaubnis; Notwendigkeit zur Vorlage öffentlich-rechtlicher Genehmigungen im Handelsregisterverfahren

LPartG § 9 – Kleines Sorgerecht des eingetragenen Lebenspartners

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

Brüssel I-VO Art. 22 Nr. 2 – Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei gesellschaftsinternen Streitigkeiten in

einer englischen Limited Company; Unbeachtlichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung

BGB § 161 Abs. 1, Abs. 3; GmbHG §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1 – Kein gutgläubiger Zwischenerwerb eines bereits zuvor aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils; Unzulässigkeit des sog. „Zwei-Listen-Modells“

EGBGB Art. 11 Abs. 1, 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2; BGB §§ 1408, 1410 – Wahl des Güterstands der Gütertrennung bei Eheschließung auf Mauritius

BGB §§ 2174, 1795 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2, 181, 107; GBO § 20 – Vermächtniserfüllung an Minderjährige; Vertretung durch sorgeberechtigte Eltern; Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers?

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

HGB § 7; ApoG § 1 Übertragung einer Apotheke; Handelsregisteranmeldung; Beifügung einer Urkunde über die Betriebserlaubnis; Notwendigkeit zur Vorlage öffentlich-rechtlicher Genehmigungen im Handelsregisterverfahren

I. Sachverhalt

Zur Eintragung in das Handelsregister wurde die Übertragung einer Apotheke angemeldet. Das Registergericht verlangt im Eintragungsverfahren eine Abschrift der Urkunde über die Betriebserlaubnis (§ 1 Abs. 2 ApoG). Zur Begründung bezieht es sich auf einen Beschluss des OLG Celle (NJW-RR 1989, 483), in dem die Eintragung der Prokura an eine pharmazeutisch-technische Assistentin unter Berufung auf § 7 S. 1 ApoG verweigert wurde.

II. Frage

Darf das Registergericht die Vorlage der Betriebserlaubnis verlangen?

III. Zur Rechtslage

1. Grundsätzlich keine Prüfung öffentlich-rechtlicher Beschränkungen im Registerverfahren

Gem. § 7 HGB wird die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften des HGB nicht durch **Vorschriften des öffentlichen Rechts** berührt, nach denen die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist. Im Interesse der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit soll die Anwendbarkeit des HGB im größtmöglichen Umfang durch einen **formalisierten Kaufmannsbegriff** gewährleistet werden (MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl. 2010, § 7 Rn. 1). Deswegen besteht bei der Eintragung eines Gewerbebetriebs grundsätzlich **keine Prüfungskompetenz des Registergerichts**. Es hat z. B. nicht zu prüfen, ob Vorschriften der Gewerbeordnung, der Handwerksordnung oder des Gaststättengesetzes erfüllt sind (OLG Celle DB 1972, 145; KG NJW 1958, 1827; OLG Braunschweig Rpfleger 1977, 363).

2. Ausnahmenvorschrift: § 43 Abs. 1 KWG

Gleichwohl schließt § 7 HGB abweichende Anordnungen durch Spezialgesetze nicht aus. Anerkannt ist dies z. B. für § 43 Abs. 1 KWG (MünchKommHGB/Krafka, § 7 Rn. 1). Gem. § 43 Abs. 1 KWG dürfen Eintragungen in öffentliche Register nur vorgenommen werden, wenn dem Registergericht die **Erlaubnis für das Betreiben von Bankgeschäften oder das Erbringen von Finanzdienstleistungen**

nachgewiesen ist. Nach dieser Vorschrift hat das Registergericht von Amts wegen zu prüfen, ob eine Erlaubnis erforderlich ist und ggf., ob eine Erlaubnis vorliegt (Leitzen, GmbHR 2009, 480, 482; Fischer, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG, 3. Aufl. 2008, § 43 Rn. 3).

3. Vorliegender Sachverhalt

Da weder die Vorschriften des Apothekengesetzes noch der Apothekenbetriebsordnung eine § 43 Abs. 1 KWG vergleichbare Einschränkung enthalten, dürfte das **Registergericht nicht berechtigt sein, routinemäßig die Vorlage der Betriebslaubnis zu verlangen**. Die vom Registergericht angeführte Entscheidung des OLG Celle steht u. E. hierzu nicht im Widerspruch. Denn im entschiedenen Fall war es anscheinend offenkundig, dass die Assistentin die Voraussetzungen für den Betrieb einer Apotheke nicht erfüllte. In welcher Weise dieser Sachverhalt zur Kenntnis des Handelsregisters gelangte, ist unklar. Vorliegend fehlt es aber an konkreten Anhaltspunkten für das Fehlen der Erlaubnis gem. § 1 Abs. 2 ApoG. Ohne derartige Anhaltspunkte greifen jedoch bei deklaratorischen Anmeldungen nur die allgemeinen Grundsätze ein. Das Registergericht kann **grundsätzlich davon ausgehen, dass die angemeldete Tatsache auch der Wahrheit entspricht** (BayObLGZ 1977, 76, 79 = MittBayNot 1977, 130 m. w. N.; Staub/Koch, HGB, 5. Aufl. 2009, § 8 Rn. 88). Ein weitergehendes **Prüfungsrecht** ist ihm nur bei **konkreten Anhaltspunkten für die Unzulässigkeit** des angemeldeten Vorgangs einzuräumen.

Ein derartiges Verständnis steht im Einklang mit der **Gesetzesgeschichte** von § 7 HGB. Die Vorgängervorschrift (Art. 11 ADHGB) sprach noch davon, dass die Anwendung der Bestimmungen des HGB nicht dadurch ausgeschlossen sei, dass Landesgesetze in „gewerbepolizeilicher oder gewerbsteuerlicher Beziehung“ Erfordernisse zur Begründung der Kaufmannseigenschaft aufstellten. Die sprachliche Erweiterung auf alle Vorschriften des öffentlichen Rechts erfolgte gezielt zur Erleichterung des Rechtsverkehrs (Begründung zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1895, zitiert nach Schubert/Schmiedel/Krampe, Quellen zum HGB, Band II/1, 1987, S. 17).

Auch der **Normzweck** des § 7 HGB deutet auf ein Prüfungsrecht des Registergerichts nur bei besonderen Anhaltspunkten hin. Denn die Verlautbarung einer Betriebsübernahme im Handelsregister führt in erster Linie dazu, dass der Eingetragene gem. § 5 HGB als Kaufmann anzusehen ist, sofern er tatsächlich ein Gewerbe betreibt. Da die Vorschriften über Kaufleute in erster Linie den **Rechtsverkehr** und nicht den Kaufmann **schützen**, soll ihre Anwendbarkeit im Interesse der Rechtssicherheit nicht davon abhängen, dass die Kaufmannseigenschaft womöglich aus öffentlich-rechtlichen Gründen nicht gegeben ist.

Gegen ein generelles Prüfungsrecht des Handelsregisters auch ohne konkrete Anhaltspunkte spricht schließlich, dass der **Gegenstand des Unternehmens bei Einzelkaufleuten nicht an der Publizität des Handelsregisters teilnimmt** (vgl. das Muster bei Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Anh. 1.1.2). Nach § 24 Abs. 4 HRV ist lediglich darauf hinzuwirken, dass bei den Anmeldungen auch der Unternehmensgegenstand angegeben wird, soweit er sich nicht aus der Firma ergibt. Diese „Hinwirkungspflicht“ des Registergerichts bleibt aber deutlich hinter der Pflicht zur Anmeldung des Unternehmensgegenstands bei juristischen Personen (z. B. bei der GmbH nach § 10 Abs. 1

GmbHG) zurück. Denn die Eintragung des Einzelunternehmens kann nicht von der Angabe des Unternehmensgegenstands abhängig gemacht werden (Melchior/Schulte, HRV, 2. Aufl. 2009, § 24 Rn. 9).

LPartG § 9

Kleines Sorgerecht des eingetragenen Lebenspartners

I. Sachverhalt

Zwei Frauen möchten miteinander eine eingetragene Lebenspartnerschaft eingehen. Eine der beiden Frauen hat ein leibliches Kind und hierfür das alleinige Sorgerecht. Dem Kindesvater wurde das Sorgerecht vor Jahren entzogen.

II. Frage

1. Bekommt die künftige Lebenspartnerin bei Eingehung der Lebenspartnerschaft automatisch das „kleine Sorgerecht“?

2. Wenn nein, was muss veranlasst werden, damit die Lebenspartnerin das „kleine Sorgerecht“ für das Kind erhält?

3. Was geschieht beim Tod der Kindesmutter? Besteht die Möglichkeit, dass das Kind in diesem Fall bei der Lebenspartnerin bleiben kann, bzw. was ist diesbezüglich zu veranlassen?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtliche Grundlage des sog. „kleinen Sorgerechts“

Regelungen betreffend das Sorgerecht für Kinder eines Lebenspartners sind in § 9 Abs. 1-4 LPartG enthalten.

§ 9 Abs. 1 LPartG bestimmt:

„(1) Führt der allein sorgeberechtigte Elternteil eine Lebenspartnerschaft, hat sein Lebenspartner im Einvernehmen mit dem sorgeberechtigten Elternteil die Befugnis zur Mitentscheidung in Angelegenheiten des täglichen Lebens des Kindes. § 1629 Abs. 2 Satz 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs gilt entsprechend.“

Zweck der Regelung ist, dem Lebenspartner ein sog. „kleines“ Sorgerecht für das Kind des anderen Lebenspartners zu gewähren. Das **Zusammenleben der Lebenspartner mit einem Kind soll erleichtert** werden, indem der Lebenspartner, der nicht Elternteil ist, für das Kind ohne besondere Gestattung im Einzelfall tätig werden kann (Staudinger/Voppel, BGB, Neubearb. 2010, § 9 LPartG Rn. 8). Der Gesetzgeber wollte dadurch eine rechtliche Absicherung für die tatsächliche Übernahme von Aufgaben der Erziehung und Betreuung für das in der Lebenspartnerschaft lebende Kind schaffen (BT-Drucks. 14/3751, S. 39). In der Literatur wird die gesetzliche Regelung jedoch z. T. als „nicht durchdacht“ kritisiert, zumal sie etliche Zweifelsfragen aufwirft (vgl. Staudinger/Voppel, § 9 LPartG Rn. 6).

2. Voraussetzungen für das „kleine Sorgerecht“

a) Voraussetzung für das „kleine Sorgerecht“ ist zunächst das **alleinige Sorgerecht des Lebenspartners**. Denn die von § 9 Abs. 1 LPartG vorgesehene Übertragung sorge-rechtlicher Befugnisse auf den Lebenspartner, der nicht Elternteil des in der Lebenspartnerschaft lebenden Kindes

ist, stellt einen **Eingriff in das Elternrecht** dar und kommt daher nicht zum Zuge, wenn neben dem Elternteil-Lebenspartner der andere Elternteil des Kindes mitsorgeberechtigt ist. Unerheblich ist hingegen, auf welcher Grundlage die Alleinsorge entstanden ist (Staudinger/Voppel, § 9 LPartG Rn. 11).

b) Ferner ist erforderlich, dass die Lebenspartner **nicht auf Dauer getrennt leben**, § 9 Abs. 4 LPartG. Anders als bei verheirateten Eltern führt die Trennung folglich automatisch zum Entfallen der sorgerechtlichen Mitwirkungsbefugnisse. Dem Lebenspartner, der nicht Elternteil ist, verbleibt nach § 1685 Abs. 2 BGB lediglich ein Umgangsrecht.

c) Schließlich darf nach § 9 Abs. 3 LPartG das **Familiengericht** die Befugnisse des Nichtelternteils **nicht eingeschränkt oder ausgeschlossen** haben, was aus Kindeswohlgründen in Betracht kommt. Dabei hatte der Gesetzgeber insbesondere fortwährende Streitigkeiten zwischen den Lebenspartnern über sorgerechtliche Angelegenheiten des Kindes im Blick, die zu Belastungen für das Kind führen und so sein Wohl beeinträchtigen könnten (vgl. Staudinger/Voppel, § 9 LPartG Rn. 17).

3. Umfang des „kleinen Sorgerechts“

Liegen die vorstehenden Voraussetzungen vor, entsteht das „kleine Sorgerecht“ des eingetragenen Lebenspartners nach § 9 Abs. 1 S. 1 LPartG **kraft Gesetzes**. Aus der in § 9 Abs. 1 S. 2 LPartG zur Vermeidung von Interessenkollisionen angeordneten entsprechenden Anwendung des § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB folgt, dass in den „Angelegenheiten des täglichen Lebens“ daher auch der andere Lebenspartner zur Vertretung des Kindes berechtigt ist (vgl. MünchKommBGB/Wacke, 5. Aufl. 2010, § 9 LPartG Rn. 4).

Das „kleine Sorgerecht“ **berührt jedoch nicht das alleinige Entscheidungsrecht des sorgeberechtigten Lebenspartners** und kann nicht gegen dessen Willen ausgeübt werden, weshalb im Streitfall die Entscheidung des allein sorgeberechtigten Elternteils maßgeblich ist (NK-BGB/Ring/Olsen-Ring, 2. Aufl. 2010, § 9 LPartG Rn. 4). Dies dürfte der Hauptkritikpunkt am „kleinen Sorgerecht“ des eingetragenen Lebenspartners sein. Außerdem ist das „kleine Sorgerecht“ inhaltlich beschränkt auf „Angelegenheiten des täglichen Lebens“, wozu regelmäßig nur solche der Personensorge (Pflege, Erziehung, Beaufsichtigung des Kindes und Bestimmung des Aufenthaltsorts i. S. d. § 1631 Abs. 1 BGB) gehören (NK-BGB/Ring/Olsen-Ring, § 9 LPartG Rn. 5).

4. Erlöschen des „kleinen Sorgerechts“

Das „kleine Sorgerecht“ endet, wenn die Lebenspartner sich **nicht nur vorübergehend trennen**, § 9 Abs. 4 LPartG. Denn damit ist der Zweck des „kleinen Sorgerechts“, das Zusammenleben aller Beteiligten unter einem Dach zu erleichtern und die tatsächliche Übernahme von Pflege- und Erziehungsaufgaben abzusichern, entfallen. Weitere Beendigungsgründe sind die **Verweigerung des „Einvernehmens“** durch den leiblichen Elternteil, der **Ausschluss** des „kleinen Sorgerechts“ **durch das Familiengericht** nach § 9 Abs. 3 LPartG, die **gerichtliche Aufhebung der Lebenspartnerschaft** nach § 15 LPartG sowie der **Tod eines der Lebenspartner** (NK-BGB/Ring/Olsen-Ring, § 9 LPartG Rn. 19).

Das „kleine Sorgerecht“ entfällt ferner dann mit *Ex-nunc*-Wirkung, wenn die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 LPartG (Alleinsorge des Elternteil-Lebenspartners) nicht mehr fortbestehen, weil dem Elternteil-Lebenspartner z. B. das **alleinige Sorgerecht entzogen** und dem anderen Elternteil übertragen wird. Es handelt sich beim „kleinen Sorgerecht“ folglich um ein „**akzessorisches**“ **Sorgerecht**. So erlischt es ebenfalls, wenn der sorgeberechtigte Elternteil verstirbt.

5. Vorsorge für den Ausfall des Sorgerechtsinhabers

Für den Fall, dass der Sorgeberechtigte stirbt und damit als Sorgerechtsinhaber ausfällt, kann er gem. § 1777 Abs. 2 BGB durch **letztwillige Verfügung** einen **Vormund benennen**. In der Auswahl der Person ist der Sorgeberechtigte grundsätzlich frei, sodass im vorliegenden Fall auch die eingetragene Lebenspartnerin als Vormund bestimmt werden könnte.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass das Benennungsrecht zum einen nur dann zum Tragen kommt, wenn der Mutter zur Zeit ihres Todes tatsächlich die Sorge für die Person und das Vermögen des Kindes zusteht, § 1777 Abs. 1 BGB. Zum anderen ist in diesem Zusammenhang die Vorschrift des **§ 1680 BGB** zu beachten: Stand die elterliche Sorge den Eltern gemeinsam zu und ist ein Elternteil gestorben, so gebührt die elterliche Sorge gem. § 1680 Abs. 1 BGB dem überlebenden Elternteil kraft Gesetzes. Eine Vormundbenennung durch die Mutter könnte sich in diesem Fall also nicht durchsetzen. Nach § 1680 Abs. 2 S. 1 BGB hat das Familiengericht ferner beim Tod des gem. § 1671 oder § 1672 Abs. 1 BGB alleinsorgeberechtigten Elternteils die elterliche Sorge auf den überlebenden Elternteil zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspricht. Stand die elterliche Sorge bei unverheirateten Eltern gem. § 1626a Abs. 2 BGB der Mutter allein zu, hat das Familiengericht die elterliche Sorge nach § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB dem Vater zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes dient.

Vorliegend wurde dem Kindesvater vor Jahren das Sorgerecht entzogen. Daraus lässt sich schließen, dass kein Fall des § 1626a Abs. 2 BGB vorliegt, sondern die leiblichen Eltern zuvor wohl gemeinsam sorgeberechtigt waren. Das **Familiengericht hätte daher im Falle des Todes der Mutter dem überlebenden Elternteil (Kindesvater) die elterliche Sorge zu übertragen, wenn dies dem Wohl des Kindes nicht widerspräche**. Der Entzug des Sorgerechts indiziert freilich einen Widerspruch zum Kindeswohl. Würde das Gericht jedoch einen derartigen Widerspruch nach derzeitiger Lage verneinen, müsste es dem anderen Elternteil (Kindesvater) das Sorgerecht übertragen. Die Vormundbestellung liefe leer.

Die von der Kindesmutter formwirksam zum Vormund berufene Person wird folglich nur dann zum Vormund bestellt werden, wenn auch der Kindesvater als sorgeberechtigter Elternteil ausfällt. Der „Vorrang“ des § 1680 Abs. 2 S. 2 BGB gegenüber dem Vormundbenennungsrecht der alleinsorgeberechtigten Mutter gilt u. E. bereits deswegen, weil nach Art. 6 Abs. 2 GG die Pflege und Erziehung der Kinder „das natürliche Recht der Eltern und die zuvörderst ihnen obliegende Pflicht“ ist.

6. Stärkung der sorgerechtlichen Position des eingetragenen Lebenspartners

Eine Stärkung der sorgerechtlichen Stellung des eingetragenen Lebenspartners kann zum einen durch Vollmachtsertei-

lung erfolgen. Zu Zulässigkeit und Grenzen einer sog. **Sorgerechtsvollmacht** vgl. **Gutachten DNotI-Report 2010, 203** (siehe auch Hoffmann, FamRZ 2011, 1544).

Im Übrigen kommt ein Ausbau der sorgerechtlichen Position im Wege der **Stiefkindadoption** nach § 9 Abs. 7 LPartG in Betracht (vgl. dazu G. Müller, in: Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira, Adoptionsrecht in der Praxis, 2. Aufl. 2011, Rn. 36 ff.). Zu beachten ist insoweit, dass der leibliche Vater nach § 1747 BGB in die Adoption einwilligen muss. Ferner ist zu berücksichtigen, dass die einmal ausgesprochene Adoption (Minderjährigenadoption) nur unter den besonders engen Voraussetzungen der §§ 1760, 1763 BGB wieder aufgehoben werden kann. Allein die Trennung der Lebenspartner oder die Aufhebung der eingetragenen Lebenspartnerschaft wäre daher kein Grund, das gewillkürte Verwandtschaftsverhältnis zum Adoptivkind später wieder zu beseitigen (vgl. G. Müller, Rn. 158). Eine Minderjährigenadoption würde vielmehr eine lebenslange Verantwortlichkeit für das Kind (auch in unterhalts- und erbrechtlicher Hinsicht) begründen.

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.

InsO §§ 129, 133, 134; AnFG §§ 1, 3, 4

Anfechtung der Einbringung eines Grundstücks in eine GbR aus Haftungsgründen; Anfechtung einer Abfindungsbeschränkung bei Ausscheiden eines GbR-Gesellschafters

Abruf-Nr.: 111795

GmbHG §§ 66, 35 Abs. 2 S. 4

Amtsniederlegung des Liquidators; Erklärungsgegner; Abgabe der Erklärung gegenüber im Handelsregister eingetragener empfangsberechtigter Person

Abruf-Nr.: 110336

Internationales Gesellschaftsrecht

England: „dormant“ Companies als Komplementäre deutscher Gesellschaften

Abruf-Nr.: 110499

BauGB § 24

Gemeindliches Vorkaufsrecht bei Vertragsänderung; Vorkaufsrecht nach Eigentumsumschreibung und Vorkaufsrechtsverzichtserklärung

Abruf-Nr.: 111599

Rechtsprechung

Brüssel I-VO Art. 22 Nr. 2

Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte bei gesellschaftsinternen Streitigkeiten in einer englischen Limited Company; Unbeachtlichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung

Wo sich der für die ausschließliche internationale Zuständigkeit nach Art. 22 Nr. 2 EuGVVO maßgebliche Sitz der Gesellschaft in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union befindet, bestimmt sich bei Klagen nach dieser Vorschrift nach der Gründungstheorie und damit grundsätzlich nach dem Satzungssitz im Herkunftsstaat.

BGH, Urt. v. 12.7.2011 – II ZR 28/10

Abruf-Nr.: 11000R

Problem

Eine nach dem Recht des Vereinigten Königreichs gegründete Private Limited Company mit eingetragenem Sitz in England ist persönlich haftende Gesellschafterin einer Kommanditgesellschaft mit Sitz in Deutschland. Die KG betreibt in Hessen ein Sportstudio. Sonstige Aktivitäten werden durch die Limited nicht wahrgenommen.

Gesellschafter der Limited sind der Kläger und eine weitere Person. In einer Gesellschafterversammlung, in der der Kläger nicht vertreten war, berief der Mitgesellschafter unter anderem den Kläger als *director* der Gesellschaft ab. Der Kläger erhob daraufhin Klage zum Landgericht am Sitz der KG und beantragte, den Beschluss für nichtig zu erklären.

Das LG gab der Klage statt. Das Berufungsgericht wies sie hingegen als unzulässig zurück. Das OLG hielt die Gerichtsstandsvereinbarung im Gesellschaftsvertrag der Limited, wonach für sämtliche Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern sowie zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft die Gerichte der Bundesrepublik zuständig seien, für unwirksam.

Entscheidung

Der BGH wies die Revision als unbegründet zurück. Aus **Art. 22 Nr. 2** der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22.12.2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVVO bzw. **Brüssel I-VO**) ergebe sich eine **ausschließliche Zuständigkeit** der Gerichte des Mitgliedsstaates, in dem die Gesellschaft ihren Sitz habe. Zur Bestimmung des Sitzes der Gesellschaft verweist Art. 22 Nr. 2 S. 2 Brüssel I-VO auf die Vorschrift des internationalen Privatrechts des jeweiligen Gerichts. Insoweit beruft sich der BGH auf seine ständige Rechtsprechung zur Geltung der **Sitztheorie**, die er zuletzt in seinem Urteil vom 15.3.2010 – Trabrennbahn (DNotZ 2009, 385 = DNotI-Report 2009, 7) – bestätigt hatte. Für Gesellschaften, die in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union oder des Europäischen Wirtschaftsraums gegründet wurden, sei jedoch aufgrund der Rechtsprechung des EuGH („Centros“, „Überseering“ und „Inspire Art“) nunmehr die **Gründungstheorie** maßgeblich. Dementsprechend sei im vorliegenden Fall der für die internationale Zuständigkeit der Gerichte maßgebliche Sitz der Gesellschaft nicht am

effektiven Sitz der Gesellschaft in Deutschland, sondern aufgrund der Gründung nach englischem Recht in England anzusiedeln. Daher seien die **englischen Gerichte ausschließlich** für die Entscheidung des Rechtsstreits **zuständig**. Die entgegenstehende Gerichtsstandsvereinbarung im Gesellschaftsvertrag sei unbeachtlich.

Hinweis für die Praxis

Die vorliegende Entscheidung bestätigt, dass **gesellschaftsrechtliche Streitigkeiten im Rahmen einer englischen Limited Company** selbst dann, wenn die Gesellschaft und ihre Gesellschafter **ausschließlich in Deutschland tätig** werden, **zwingend in England durchzuführen** sind. Aufgrund des damit verbundenen organisatorischen und finanziellen Aufwands (internationale Zustellungen, Einschaltung von englischen Rechtsanwälten und deutschen Korrespondenzanwälten, unbekannte Besonderheiten des englischen Gerichtssystems) dürfte in derartigen Konstellationen den Gesellschaftern einer englischen Limited ein effektiver, d. h. erschwinglicher Rechtsschutz nicht selten verwehrt sein. Dies ist freilich nicht auf die europarechtliche Zuständigkeitsnorm, die auf dem Interesse des internationalen Entscheidungseinklangs und der Konzentration aufbaut (s. dazu Geimer, Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl. 2010, Art. 22 EuGVVO Rn. 139), sondern auf die Entscheidung der Beteiligten zurückzuführen, ihren inländischen Geschäftsbetrieb in einer ausländischen Rechtsform zu betreiben. Die Entscheidung zeigt daher eine weitere, mit der Wahl der englischen Rechtsform verbundene Schwierigkeit bei Scheinauslandsgesellschaften auf, die Anlass bieten kann, in eine Rechtsform deutschen Rechts überzugehen (so jüngst Noack, Raus aus der Limited!, Handelsblatt.com/rechtsboard vom 17.10.2011).

BGB § 161 Abs. 1, Abs. 3; GmbHG §§ 16 Abs. 3, 40 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1

Kein gutgläubiger Zwischenerwerb eines bereits zuvor aufschiebend bedingt abgetretenen Geschäftsanteils; Unzulässigkeit des sog. „Zwei-Listen-Modells“

a) Das Registergericht ist berechtigt, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die entgegen § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG keine Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ausweist, sondern solche nur ankündigt.

b) Ein aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil kann nicht nach § 161 Abs. 3 BGB in Verbindung mit § 16 Abs. 3 GmbHG vor Bedingungseintritt von einem Zweiterwerber gutgläubig erworben werden.

BGH, Beschl. v. 20.9.2011 – II ZB 17/10
Abruf-Nr.: 11001R

Problem

Seit Inkrafttreten des MoMiG wird **kontrovers diskutiert**, ob bei einer **aufschiebend bedingten Abtretung** ein **gutgläubiger Erwerb** durch den Zweiterwerber nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG möglich ist und falls ja, wie man den Ersterwerber hiergegen sichern kann. Insbesondere praktiziert wurden der **Widerspruch** zur Liste nach § 16 Abs. 3 S. 3 GmbHG sowie das sog. **„Zwei-Listen-Modell“** mit einem Hinweis auf die aufschiebend be-

dingte Abtretung in einer sogleich nach der Beurkundung eingereichten Zwischenliste.

Der Notar hatte im **vorliegenden Fall das „Zwei-Listen-Modell“** angewandt und nach Beurkundung der aufschiebend bedingten Abtretung eines Geschäftsanteils noch vor Bedingungseintritt eine Gesellschafterliste eingereicht, in der in einer Spalte „Veränderungen“ bei dem Geschäftsanteil einer der beiden Gesellschafterinnen vermerkt war:

„Aufschiebend bedingt abgetreten“.

Das Registergericht hatte – bestätigt durch das OLG Hamburg – die Aufnahme der Liste im Handelsregister verweigert.

Entscheidung

Der BGH hat die Rechtsbeschwerde zurückgewiesen. Zunächst gesteht der II. Zivilsenat dem **Registergericht** – obwohl nur Verwahrstelle – das **Recht** zu, die eingereichte Liste jedenfalls darauf **zu prüfen**, ob sie den **Anforderungen des § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG** entspricht. Bei Abtretung eines Geschäftsanteils unter einer aufschiebenden Bedingung setze die Verpflichtung des Notars, eine aktualisierte Gesellschafterliste einzureichen, nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut des § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG erst mit Wirksamwerden der Veränderung in der Person des Gesellschafters, d. h. mit Bedingungseintritt, ein. Die Einreichung einer **Gesellschafterliste, in der eine Veränderung erst angekündigt werde, sehe das Gesetz nicht vor**.

Hierfür bestehe auch kein praktisches Bedürfnis, da ein **aufschiebend bedingt abgetretener Geschäftsanteil nicht nach § 161 Abs. 3 BGB i. V. m. § 16 Abs. 3 GmbHG** vor Bedingungseintritt von einem Zweiterwerber gutgläubig **erworben werden** könne. Das in § 161 Abs. 1 BGB zum Ausdruck kommende Prioritätsprinzip werde durch § 16 Abs. 3 GmbHG nicht außer Kraft gesetzt. Ob ein Gutgläubenserwerb eines Zweiterwerbers bei aufschiebend bedingter Übertragung eines Gegenstands grundsätzlich möglich sei, bestimme sich nämlich nicht allein nach § 161 Abs. 3 BGB, sondern vorrangig nach denjenigen Vorschriften, die einen Gutgläubensschutz für den jeweiligen Verfügungsgegenstand vorsehen. Nach § 16 Abs. 3 GmbHG sei die **Gesellschafterliste Anknüpfungspunkt für den gutgläubigen Erwerb** eines Geschäftsanteils. Daher könnten die **Rechtsscheinwirkungen des § 16 Abs. 3 GmbHG nur so weit gehen, wie die Gesellschafterliste als Rechtsscheinsträger** den für den Rechtsverkehr maßgeblichen **Vertrauenstatbestand begründe**.

Die Gesellschafterliste sei aber nicht geeignet, einen Rechtsschein dafür zu setzen, dass der in der Liste eingetragene Inhaber des Geschäftsanteils über diesen nicht bereits zuvor aufschiebend bedingt verfügt habe. Denn der Gutgläubensschutz der Gesellschafterliste erfasse nur den guten Glauben an die Rechtsinhaberschaft des eingetragenen Gesellschafters. Sie begründe dagegen **keinen Vertrauenstatbestand für die Freiheit des Geschäftsanteils von Belastungen** oder dafür, dass der Gesellschafter **nicht in seiner Verfügungsmacht** über den Geschäftsanteil durch den Gesellschaftsvertrag (Vinkulierung) oder durch § 161 Abs. 1 BGB **beschränkt** ist. Aus der **abweichenden Rechtslage im Grundbuchrecht** könnten keine Schlüsse gezogen werden, da eine § 892 Abs. 1 S. 2 BGB vergleichbare Regelung in § 16 Abs. 3 GmbHG gerade nicht übernommen wurde. So sei es hinzunehmen, dass das **Anwartschaftsrecht des Ersterwerbers stärker ge-**

schützt ist als das Vollrecht, weil die Gesellschafterliste über § 161 Abs. 3 BGB den durch § 161 Abs. 1 BGB vermittelten Schutz bei aufschiebend bedingten Verfügungen nicht relativiert.

Praxishinweis

Die dogmatische Begründung des BGH, die dem gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG nur einen sehr eingeschränkten Wirkungsbereich zuerkennt, überrascht und wird vermutlich Widerspruch in der Literatur hervorrufen. Über den gutgläubigen Erwerb bei aufschiebend bedingter Abtretung hinaus dürfte die BGH-Entscheidung Auswirkungen auf die ähnlich gelagerten Fälle der **Testamentsvollstreckung** (§ 2211 Abs. 2 BGB), der **Vorerbenbeschränkung** (§ 2113 Abs. 3 BGB) und der **Insolvenz** (§ 81 Abs. 1 S. 2 InsO) haben. Für die notarielle Praxis sind gegenwärtig Bemühungen des Notars, bei aufschiebend bedingter Abtretung eines Geschäftsanteils den **Ersterwerber abzusichern, entbehrlich**.

EGBGB Art. 11 Abs. 1, 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2; BGB §§ 1408, 1410

Wahl des Güterstands der Gütertrennung bei Eheschließung auf Mauritius

Zur Vereinbarung der Gütertrennung bei Geltung des deutschen Güterrechtsstatuts durch eine bei Eheschließung auf Mauritius gegenüber dem Standesbeamten abgegebene Erklärung zur Wahl des Güterstandes.

BGH, Urt. v. 13.7.2011 - XII ZR 48/09
Abruf-Nr.: **11002R**

Problem

Frühere Ehegatten stritten um die Auskunftspflichtung des (vormaligen) Ehemannes im Zugewinnausgleichsverfahren. Die Ehegatten mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland im Zeitpunkt der Eheschließung hatten vor einem Standesbeamten auf Mauritius geheiratet. Der Ehemann war im Zeitpunkt der Heirat deutscher Staatsangehöriger, die Ehefrau mauritische Staatsangehörige. In der Heiratsurkunde wurde festgehalten, dass die Eheleute im Zuge der Eheschließung für Gütertrennung optiert hatten.

Das OLG Köln hatte – wie zuvor bereits das AG Bonn – den Auskunftsanspruch bejaht, da der materiell-rechtlichen Wirkung der Ehe nach deutschem Recht mit dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnungsgemeinschaft der Vorrang vor der auf Mauritius getroffenen Güterstandswahl einzuräumen sei.

Entscheidung

Anders als die Vorinstanzen verneinte der BGH den Auskunftsanspruch. Zwar sei nach Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB deutsches Recht als eheliches Güterstatut berufen. Allerdings sei wirksam Gütertrennung vereinbart worden. Werde eine güterrechtliche Vereinbarung von Eheleuten ohne gemeinsame Staatsangehörigkeit geschlossen, entscheide das **im Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Güterrechtsstatut** über Zulässigkeit, materiell-rechtliche Wirksamkeit und möglichen Inhalt des Ehevertrags. Die Formwirksamkeit bestimme sich nach Art. 11 EGBGB.

Ein Ehevertrag i. S. d. § 1408 Abs. 1 BGB setze zwei übereinstimmende Willenserklärungen mit der Zielrichtung voraus, rechtsverbindlich die ehedüterrechtlichen Wirkungen zu gestalten. Gemessen hieran hätten die Parteien durch die Erklärung vor dem mauritischen Standesbeamten wirksam Gütertrennung vereinbart. Zur Vereinbarung von Gütertrennung genüge nach Art. 1475 des mauritischen Zivilgesetzbuchs die gemeinsame Erklärung gegenüber dem Standesbeamten im Rahmen der Eheschließung. Entscheiden sich Ehemillige nach mauritischem Recht bewusst für die Gütertrennung und geben im Zuge der Eheschließung eine entsprechende gemeinsame Erklärung ab, könne diese Erklärung aus der Sicht des deutschen Rechts als Abgabe zweier übereinstimmender Willenserklärungen verstanden werden, die darauf gerichtet seien, rechtsverbindlich die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe zu gestalten. Dies genüge den materiellen Anforderungen gem. § 1408 Abs. 1 BGB. Da die Gütertrennung nach mauritischem Recht derjenigen des deutschen Rechts in wesentlichen Punkten vergleichbar ist, bestanden auch insoweit keine Wirksamkeitsbedenken. Schließlich sei die Vereinbarung auch nach mauritischem Recht formgerecht geschlossen, was nach Art. 11 Abs. 1 2. Alt. EGBGB anzuerkennen sei.

BGB §§ 2174, 1795 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1, 1629 Abs. 2, 181, 107; GBO § 20 **Vermächtniserfüllung an Minderjährige; Vertretung durch sorgeberechtigte Eltern; Notwendigkeit der Bestellung eines Ergänzungspflegers?**

1. Zur Umschreibung von Grundstücks-Miteigentumsanteilen an Minderjährige in Erfüllung eines mit einem Untervermächtnis in Form des Nießbrauchs für den Erben belasteten Vermächtnisses.

2. Wird vom sorgeberechtigten Elternteil als Erben Grundeigentum aufgrund eines fälligen Vermächtnisanspruchs an seine minderjährigen Kinder übertragen, bedarf es nicht der Mitwirkung eines familiengerichtlich bestellten Pflegers unter dem Gesichtspunkt, dass mit der Entgegennahme des Vermächtnisgegenstands im Hinblick auf den Pflichtteil Nachteile verbunden sein könnten. Die Annahme eines (belasteten) Vermächtnisses als nicht lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft ist vielmehr von der dinglichen Erfüllung des Vermächtnisanspruchs zu unterscheiden.

OLG München, Beschl. v. 23.9.2011 – 34 Wx 311/11
Abruf-Nr.: **11003R**

Problem

Die im Jahr 2010 verstorbene Ehefrau wurde von ihrem Ehemann aufgrund Testaments als Alleinerbe beerbt. An dem zum Nachlass gehörigen Grundstück, das zwischenzeitlich auf den Alleinerben umgeschrieben worden war, hatte die Ehefrau den beiden minderjährigen Kindern aus der Ehe vermächtnisweise jeweils einen 1/3-Miteigentumsanteil zugewandt, dem Ehemann dabei untervermächtnisweise ein lebenslanges und unentgeltliches Nießbrauchsrecht an den vermachten Miteigentumsanteilen. In Erfüllung des angeordneten Vermächtnisses überließ der Kindsvater und Alleinerbe jeweils einen 1/3-Miteigentumsanteil an die beiden Minderjährigen. In der notariell beurkundeten Vereinbarung wurde jeweils ein Nießbrauch

zugunsten des Alleinerben entsprechend der letztwilligen Verfügung bestellt und die Eintragung dieses Rechts bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt verweigerte in einer Zwischenverfügung den Vollzug, da es an einer wirksamen Auflassung und Bewilligung des Nießbrauchs fehle. Es verlangte die Bestellung eines Ergänzungspflegers, der zu entscheiden habe, ob das Vermächtnis angenommen werde oder ob der Pflichtteil gem. § 2307 BGB geltend gemacht werden müsse.

Entscheidung

Nach zutreffender Ansicht des OLG München muss das Rechtsgeschäft weder familiengerichtlich genehmigt noch hierfür ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Das Handeln des Vaters auf beiden Seiten des der Vermächtniserfüllung dienenden Rechtsgeschäfts sei nach den §§ 1629 Abs. 2, 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, 181 BGB nicht ausgeschlossen, da es lediglich der **Erfüllung der entstandenen und fälligen Verbindlichkeit der angefallenen Vermächtnisse** (§ 2176 BGB) diene. Das Geschäft müsse **nicht mehr gesondert daraufhin untersucht** werden, ob es für den Minderjährigen **ausschließlich rechtlich vorteilhaft** sei, da ihm eine bestehende Verbindlichkeit, nämlich der fällige Vermächtnisanspruch, zugrunde liege (vgl. hierzu auch Zorn, FamRZ 2011, 776, 778; Sonnenfeld, Rpfleger 2011, 475, 477).

Insoweit **distanziert sich das OLG München ausdrücklich** von seiner im Beschluss vom 8.2.2011 (MittBayNot 2011, 239 = NotBZ 2011, 186 = Rpfleger 2011, 434) vertretenen abweichenden Ansicht. Dort hatte es für die Vermächtniserfüllung hinsichtlich eines vermieteten Grundstücks zugunsten des minderjährigen Vermächtnisnehmers die Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger verlangt. Das OLG stellt in der vorliegenden Entscheidung ferner klar, dass sich die vom Grundbuchrechtspfleger aufgeworfenen, mit der **Annahme des Vermächtnisses** verbundenen Fragen (v. a. pflichtteilsrechtlicher Art, vgl. § 2307 Abs. 1 BGB) im laufenden Verfahren mangels Relevanz für den Grundbuchvollzug nicht stellen.

Literaturhinweise

Postvertriebsstück: B 08129

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

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu 2 Wochen vor Erscheinen auf unserer Internetseite unter
www.dnoti.de.

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Berlin -
97070 Würzburg, Gerberstraße 19
Telefon: (0931) 35576-0 Telefax: (0931) 35576-225
e-mail: dnoti@dnoti.de internet: www.dnoti.de

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

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