

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

19. Jahrgang
März 2011
ISSN 1434-3460

5/2011

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 133; LPartG § 11 – Eingetragener Lebenspartner als „Ehegatte“ im Sinne einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelung?

BeurkG §§ 13, 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 44a Abs. 2 S. 1 – Zur Wirksamkeit einer notariellen Urkunde, in welcher der Notar versehentlich der Unterschrift die Amtsbezeichnung „Notarvertreter“ beigefügt hat

Gutachten im Abruf-Dienst

Rechtsprechung

GG Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3; BGB § 1578 Abs. 1 – Neue BGH-Rechtsprechung zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts unter Anwendung der sogenannten Dreiteilungsmethode verfassungswidrig

HGB §§ 8, 106, 162; GmbHG §§ 53, 54; AktG §§ 291, 292, 294 – Ergebnisabführungsvertrag zwischen zwei GmbH & Co. KG; keine Eintragung im Handelsregister der beherrschten Gesellschaft

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 133; LPartG § 11 Eingetragener Lebenspartner als „Ehegatte“ im Sinne einer gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeregelung?

I. Sachverhalt

In dem am 30.6.2002 geschlossenen Gesellschaftsvertrag einer OHG mit drei Gesellschaftern ist bestimmt, dass eine Vererbung nur an leibliche Abkömmlinge und Ehepartner zulässig ist.

Ein Gesellschafter ist eine gleichgeschlechtliche eingetragene Lebenspartnerschaft eingegangen.

II. Frage

Sind eingetragene Lebenspartner als „Ehepartner“ im Sinne der gesellschaftsvertraglichen Regelung anzusehen, sodass der eingetragene Lebenspartner nachfolgeberechtigt ist?

III. Zur Rechtslage

Die aufgeworfene Frage betrifft im Wesentlichen die Auslegung der betreffenden Klausel des Gesellschaftsvertrags. Jedenfalls bei personalistisch strukturierten Personenhandlungsgesellschaften kommt dem Wortlaut keine maßgebliche Bedeutung zu, wenn die Gesellschafter mit einem unzulänglichen, unrichtigen oder sogar sinnlosen Ausdruck eine übereinstimmend gemeinte Bedeutung bestimmen

Inhalts verbinden, die vom Wortlaut nicht ohne Weiteres oder überhaupt nicht gedeckt ist (Soergel/Hefermehl, BGB, 13. Aufl. 1999, § 133 Rn. 17). Die nachfolgenden Auslegungsansätze beschränken sich notwendig auf objektive Anhaltspunkte ungeachtet eines ggf. abweichenden übereinstimmenden Verständnisses der Gesellschafter.

1. Keine Erstreckung vertraglicher Vereinbarungen bzgl. Ehegatten auf Lebenspartner im Sinne des Lebenspartnerschaftsgesetzes

Im Zuge der Einführung des Lebenspartnerschaftsgesetzes (LPartG) und seiner späteren Ergänzungen ist die eingetragene Lebenspartnerschaft als registrierte Form des Zusammenlebens Gleichgeschlechtlicher der Ehe nicht vollständig angeglichen worden. Das Gesetz unterscheidet nach wie vor zwischen (verschiedengeschlechtlichen) Ehegatten und (gleichgeschlechtlichen) Lebenspartnern. Auch enthält das LPartG keine Vorschrift, die eine vollständige Gleichstellung von Lebenspartnern im Sinne des LPartG und Ehepartnern im Privatrechtsverkehr vorsieht. § 11 Abs. 1 LPartG ordnet lediglich an, dass ein Lebenspartner als Familienangehöriger des anderen Lebenspartners gilt, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Zwar könnte die Vorschrift nach ihrem Wortlaut auch auf Rechtsgeschäfte des Privatrechts angewandt werden. Die Begründung zum Gesetzesentwurf des LPartG (BT-Drs. 14/3751 v. 4.7.2000, S. 40) deutet jedoch darauf hin, dass § 11 LPartG nur auf eine gewisse Angleichung der Rechtsstellung des Lebenspartners an die des Ehegatten im Hinblick auf bestimmte gesetzliche Normen abzielt. So heißt es dort:

„Die Vorschrift hat im Wesentlichen klarstellende Wirkung. Sie betrifft die rechtliche Stellung des Lebenspartners im Gesamtgefüge familienrechtlicher Beziehungen. Absatz 1 stellt klar, dass der Lebenspartner mit der Begründung der Lebenspartnerschaft rechtlich als Familienangehöriger des Lebenspartners anzusehen ist. Dies hat Konsequenzen im Zivilrecht. Mit der Klarstellung in Absatz 1 gehört auch der Lebenspartner zu den Angehörigen im Sinne des § 530 BGB. Ähnlich stellt § 541b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Schutz des Mieters und seiner Familie ab. Auch hier ist der Lebenspartner durch die Fiktion in Absatz 1 in den Schutzbereich der Norm einbezogen, ohne dass die Norm ergänzt werden müsste. Das Gleiche gilt für § 1969 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 111d Abs. 3, § 364b Abs. 1 Nr. 3 und § 456 Abs. 1 StPO sowie für § 67 VVG, aber auch für § 6 Abs. 1 Satz 2, § 9 Abs. 1 Satz 2, § 10 Abs. 2 Satz 1 und § 10a Abs. 2 Satz 1 des Künstlersozialversicherungsgesetzes, §§ 7, 16 Satz 1 BSHG, § 35 Abs. 6 BVG, § 118 Abs. 3, § 122 Abs. 2 Nr. 2, § 141 Abs. 1 und 3, § 150 Abs. 2 Nr. 5 Buchstabe a, § 179 Abs. 3 SGB III und § 6 Abs. 2 KraftfahrzeughilfeVO.“

Der Gesetzgeber bezweckte mit § 11 LPartG offenbar lediglich eine Öffnung des Tatbestandsmerkmals des „Familienangehörigen“ für Lebenspartner im Sinne des LPartG. Dagegen soll die Vorschrift keine Auslegungsregel für privatrechtliche Rechtsgeschäfte darstellen. Überdies trifft § 11 Abs. 1 LPartG keine Aussage hinsichtlich einer Gleichstellung von Lebenspartnern mit Ehegatten (Hk-Lebenspartnerschaftsrecht/Bruns, 2. Aufl. 2005, § 11 Rn. 3). Die vorliegende Nachfolgeregelung knüpft jedoch an die Eigenschaft als Ehegatte bzw. leiblicher Abkömmling und nicht an die Zugehörigkeit zum weiteren Kreis der Familienangehörigen an. Mithin würde u. E. selbst eine Anwendung des § 11 Abs. 1 LPartG auf Rechtsgeschäfte des Privatverkehrs nicht zum Ergebnis führen, dass die Nachfolgeregelung auch den eingetragenen Lebenspartner erfasst.

2. Keine Erstreckung vertraglicher Vereinbarungen bzgl. Ehegatten auf Lebenspartner kraft Antidiskriminierungsgesetz (AGG)

U. E. ergibt sich eine Erstreckung des in der Klausel enthaltenen Ehegattenprivilegs auf Lebenspartner auch nicht aus dem AGG, welches Benachteiligung wegen der sexuellen Identität vermeiden will (§ 1 AGG).

a) Allgemeines und spezielles Diskriminierungsverbot, § 19 Abs. 1, 2 AGG

Zwar schützt das AGG ebenfalls vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr (§§ 19 ff. AGG). Die Klausel des Gesellschaftsvertrags unterfällt aber weder dem allgemeinen (§ 19 Abs. 1 AGG) noch dem speziellen Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 2 AGG).

aa) Zeitlicher Anwendungsbereich des AGG

Diese Vorschriften sind in zeitlicher Hinsicht nicht auf Schuldverhältnisse anzuwenden, die vor dem 1.12.2006 begründet worden sind, es sei denn, es handelt sich um ein nach dem 31.11.2006 geändertes Dauerschuldverhältnis (vgl. § 33 Abs. 3 AGG).

bb) Sachlicher Anwendungsbereich des AGG

(1) Allgemeines Diskriminierungsverbot, § 19 Abs. 1 AGG

Das allgemeine Diskriminierungsverbot im Zivilrechtsverkehr wegen der sexuellen Identität einer Person gilt nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG lediglich für solche Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehung der Person zu ver-

gleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (**Massengeschäfte**) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen. Der Begriff „Massengeschäfte“ bezeichnet insbesondere Verträge aus der Konsumgüterwirtschaft und standardisierte Dienstleistungen. Diese sind bei einer Nachfolgeregelung in einem Gesellschaftsvertrag nicht betroffen. Ebenso wenig lässt sich annehmen, dass solche Regelungen „in einer Vielzahl von Fällen zu vergleichbaren Bedingungen“ zustande kommen. Hierbei ist nicht auf den Notar als Entwurfsperson der Teilungserklärung, sondern auf den „Anbieter“ abzustellen (vgl. MünchKommBGB/Thüsing, 5. Aufl. 2007, § 19 AGG Rn. 36; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 19 AGG Rn. 2 m. w. N.).

Selbst wenn dies anders beurteilt werden sollte, dürften derartige Rechtsverhältnisse grundsätzlich nach § 19 Abs. 5 AGG wegen des **besonderen Näheverhältnisses** von Gesellschaftern einer personalistisch strukturierten Personenhandelsgesellschaft aus dem Anwendungsbereich des dritten Abschnitts (§§ 19 bis 21 AGG) ausgenommen sein (vgl. zur Aufnahme eines Gesellschafters: Bauer/Göpfert/Krieger, AGG, 2007, § 2 Rn. 16; Stein, in: Wendeling-Schröder/Stein, AGG, 2008, § 6 Rn. 24).

Auch § 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG, der Schuldverhältnisse erfasst, die eine privatrechtliche Versicherung zum Gegenstand haben, ist nicht einschlägig.

(2) Spezielles Diskriminierungsverbot, § 19 Abs. 2 AGG

Das spezielle Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG erfasst bereits keine Diskriminierung wegen der sexuellen Identität einer Person und findet deswegen vorliegend keine Anwendung. Darüber hinaus mangelt es auch an einem zivilrechtlichen Schuldverhältnis im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 5 bis 8 AGG.

b) Benachteiligungsverbot, § 7 AGG

Die Nachfolgeregelung des Gesellschaftsvertrags könnte gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG verstoßen, wenn sie eine Benachteiligung im Sinne von § 1 i. V. m. § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG darstellt. Diese Norm untersagt Benachteiligungen in Bezug auf Bedingungen für den **Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit**. Nach § 6 Abs. 3 AGG gelten die Vorschriften des zweiten Abschnitts für **Selbständige und Organmitglieder entsprechend**, soweit es die Bedingungen für den Zugang zur Erwerbstätigkeit sowie den beruflichen Aufstieg betrifft. U. E. werden Gesellschaftsverhältnisse hiervon aber nicht erfasst (so auch Schroeder/Diller, NZG 2006, 728, 730; Stein, § 6 Rn. 24; Bauer/Göpfert/Krieger, § 2 Rn. 16 [allerdings anderer Auffassung, wenn die Aufnahme als Gesellschafter im konkreten Fall die einzig mögliche Form der Erwerbstätigkeit ist]; a. A. Schiek/Schmidt, AGG, 2007, § 6 Rn. 13). Zwar mag bei der Aufnahme eines Gesellschafters diesem ein ähnliches Schutzbedürfnis zukommen, wie es der Gesetzgeber bei Organmitgliedern annahm. Jedoch ist zu beachten, dass in der Literatur gegen die Einbeziehung von Gesellschaftern der Wortlaut der EU-Antidiskriminierungs-Richtlinie angeführt wird, nach welchem die Vereinigungsfreiheit gerade unberührt bleiben soll (vgl. Schroeder/Diller, NZG 2006, 728, 730).

Auch für den Fall, dass eine Benachteiligung im Sinne des § 7 AGG vorläge, bestünde nach § 15 Abs. 1 AGG lediglich

eine Schadensersatzpflicht, nicht aber ein Kontrahierungszwang (vgl. § 15 Abs. 6 AGG). Aus diesem Grund würde die Nachfolgeregelung auch bei einem (u. E. zu verneinenden) Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 AGG keine Anwendung auf eingetragene Lebenspartner finden.

3. Ergänzende Vertragsauslegung (§§ 157, 242 BGB)

Vor diesem Hintergrund kann keine normativ verankerte allgemeingültige Aussage darüber getroffen werden, ob für Rechtsgeschäfte des Privatverkehrs vereinbarte Sonderregelungen bzgl. Ehegatten generell auch auf Lebenspartner anzuwenden sind. Der Wortsinn derartiger Regelungen steht einer unmittelbaren Anwendung entgegen. In Betracht kommt allenfalls eine Gleichbehandlung eingetragener Lebenspartnerschaften im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung (§§ 157, 242 BGB).

a) Maßgeblichkeit des Zeitpunkts des Vertragschlusses?

Fraglich ist, ob dies unabhängig davon gilt, ob die Klausel des Gesellschaftsvertrags vor **Inkrafttreten des LPartG am 1.8.2001** vereinbart wurde. Grundsätzlich spricht es eher gegen eine ergänzende Vertragsauslegung, wenn eine Nachfolgeregelung erst nach dem 31.7.2001 getroffen wurde; in diesem Fall kann nämlich nicht selten ein „beredtes Schweigen“ der Gesellschafter in dem Sinne anzunehmen sein, dass Lebenspartner bewusst nicht von der Nachfolgeregelung erfasst werden sollten.

aa) Diese Auffassung wurde zunächst durch die Rechtsprechung gestützt. Der BGH hat hinsichtlich der Ungleichbehandlung von eingetragenen Lebenspartnern in der Satzung der Versorgungsanstalt des Bundes (VBL) in seinem Urteil vom 14.2.2007 (IV ZR 267/04, NJW-RR 2007, 1441 = VersR 2007, 676) eine ergänzende Auslegung der Satzung mit dem Argument abgelehnt, **es fehle an einer planwidrigen Gesetzeslücke**, da die Tarifvertragsparteien die Satzung nach Inkrafttreten des LPartG beschlossen und sich daher bewusst gegen eine Besserstellung von eingetragenen Lebenspartnern entschieden hätten. Ebenso hat das BAG mit Urteil vom 14.1.2009 (3 AZR 20/07, MDR 2009, 698 = DB 2009, 1545) zur Frage der Gleichstellung eingetragener Lebenspartner in der betrieblichen Altersversorgung festgestellt, eine ergänzende Tarifvertragsauslegung scheidet aus, weil die Tarifvertragsparteien nicht das Ziel gehabt hätten, umfassend für den gesamten als Hinterbliebene in Betracht kommenden Personenkreis eine Hinterbliebenenversorgung sicherzustellen. Sie hätten erkennbar nur eine Vorschrift für die tatsächlich geregelten Fälle, u.a. für den Fall der Ehe, schaffen wollen.

bb) Das BVerfG hat jedoch mit Beschluss vom 7.7.2009 das vorgenannte Urteil des BGH aufgehoben (1 BvR 1164/07, NJW 2010, 1439 = FamRZ 2009, 1977). Das BVerfG maß die Satzung trotz ihrer privatrechtlichen Natur aufgrund der öffentlich-rechtlichen Aufgabenwahrnehmung der VBL als Anstalt des öffentlichen Rechts am **Gleichheitsgebot** und stellte einen **Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG** fest. Zur Beseitigung dieser Grundrechtsverletzung wurde die für Ehegatten geltende Regelung auch auf eingetragene Lebenspartner erstreckt.

Somit stellt sich die Frage, ob im Hinblick auf das Urteil des BVerfG die Nachfolgeregelung auch auf einen eingetragenen Lebenspartner des Gesellschafters anzuwenden ist. Allerdings ist zu beachten, dass das BVerfG noch im Jahr 2008 die Verfassungsbeschwerde eines Beamten, der eine eingetragene Lebenspartnerschaft begründet hatte und den

– Verheirateten gewährten – Familienzuschlag der Stufe 1 begehrte, nicht zur Entscheidung annahm (2 BvR 1830/06, NJW 2008, 2325 = JZ 2008, 792). Da jedoch keine Auseinandersetzung mit dieser Entscheidung erfolgte, könnte eine grundsätzliche Umkehr der Rechtsprechung fraglich sein.

In der Literatur wird der Entscheidung des BVerfG allerdings weitreichende Bedeutung beigemessen. Danach seien die im einfachen Recht vorgesehenen Statusverhältnisse Ehe und Lebenspartnerschaft verfassungsrechtlich grundsätzlich gleich zu behandeln (vgl. Grünberger, FPR 2010, 203, 208; für eine Erschwerung der Rechtfertigung der Privilegierung von Ehegatten im Vergleich zu Lebenspartnern nicht nur im Bereich der Hinterbliebenenversorgung: Wiemann, NJW 2010, 1427, 1429).

b) Erstreckung auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse?

Vorliegend besteht jedoch ein maßgeblicher Unterschied zu dem vom BVerfG entschiedenen Fall. So unterliegen die Gesellschafter bei Vereinbarung der Nachfolgeregelung – anders als eine Anstalt des öffentlichen Rechts – nicht unmittelbar den Grundrechten. Insoweit ist lediglich von einer **mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte** auszugehen, die sich über die Generalklauseln des Zivilrechts entfaltet. Daher können u. E. aus der Entscheidung des BVerfG keine unmittelbaren Schlussfolgerungen für den vorliegenden Fall gezogen werden. Der Abschluss des Rechtsgeschäfts nach Inkrafttreten des LPartG dürfte also regelmäßig ein gewichtiges Indiz gegen den Parteiwillen zur Gleichstellung von eingetragenen Lebenspartnern mit den im Vertrag allein genannten Ehegatten sein.

4. Ergebnis

Letztlich wird die Frage nach der Erstreckung von an Ehegatten bzw. die Eheschließung anknüpfenden Regelungen auf eingetragene Lebenspartner nicht allgemeingültig beantwortet werden können. Nach den Grundsätzen der ergänzenden Vertragsauslegung könnte vielmehr in dem jeweiligen Einzelfall danach zu fragen sein, was die Beteiligten geregelt hätten, wenn sie nicht nur an den Tatbestand der Eheschließung, sondern auch an den Tatbestand der Eingehung einer Lebenspartnerschaft im Sinne des LPartG gedacht hätten. Bezogen auf die vorliegend aufgeworfene Frage liegt die Annahme nahe, dass die Nachfolgeregelung **immer dann auch auf Lebenspartner nach dem LPartG erstreckt** werden kann, **wenn das Ehegattenprivileg Ausdruck dafür ist, dass ein Erwerb durch Personen, die dem maßgeblichen Gesellschafter in rechtlich gesicherter Weise besonders nahestehen, generell gebilligt** werden soll. In diesem Fall wären u. E. keine Gründe ersichtlich, den Lebenspartner im Sinne des LPartG anders zu behandeln als den Ehegatten.

BeurkG §§ 13, 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 44a Abs. 2 S. 1

Zur Wirksamkeit einer notariellen Urkunde, in welcher der Notar versehentlich der Unterschrift die Amtsbezeichnung „Notarvertreter“ beigefügt hat

I. Sachverhalt

Bei der Beurkundung eines Schuldanerkenntnisses fügte der beurkundende Notar seiner Unterschrift nicht die zu-

treffende Amtsbezeichnung „Notar“, sondern die Amtsbezeichnung „Notarvertreter“ hinzu. Im Übrigen, also insbesondere im Urkundseingang und im Schlussvermerk, ist der Notar stets als solcher und damit zutreffend bezeichnet.

II. Fragen

1. Ist eine Urkunde, in welcher der Notar seiner Unterschrift eine unzutreffende Amtsbezeichnung beifügt, wirksam?

2. Falls ja, ist in diesem Fall eine Berichtigungsurkunde zu erstellen?

III. Zur Rechtslage

1. Wirksamkeit der Urkunde

a) Weglassen der Amtsbezeichnung

Nach § 13 Abs. 3 S. 1 BeurkG muss eine Niederschrift vom Notar eigenhändig unterschrieben werden. Nach § 13 Abs. 3 S. 2 BeurkG soll der Notar der Unterschrift seine Amtsbezeichnung beifügen. Bereits der unterschiedliche Wortlaut in § 13 Abs. 3 S. 1 und 2 BeurkG zeigt, dass an eine Verletzung der Vorschriften unterschiedliche Auswirkungen geknüpft sind. Eine Beurkundung ohne Unterschrift des Notars ist zunächst unwirksam, da es sich bei § 13 Abs. 3 S. 1 BeurkG um eine **Mussvorschrift** handelt (vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 13 Rn. 86; Lerch, BeurkG, 4. Aufl. 2011, § 13 Rn. 32). Die Beifügung der Amtsbezeichnung ist hingegen nur eine **Sollvorschrift**; die Verletzung einer Sollvorschrift lässt die Wirksamkeit der Beurkundung im Übrigen unberührt (Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl. 2009, Einl. Rn. 25; Winkler, Einl. Rn. 13; BayObLG v. 2.7.1992 – 3Z BR 58/92, DNotZ 1993, 471, 473).

Folglich wäre die Beurkundung wirksam, wenn der Notar im vorliegenden Fall **ohne** jegliche **Beifügung** einer Amtsbezeichnung unterschrieben hätte.

b) Folge falscher Amtsbezeichnung

Zur Frage der Beifügung einer **unzutreffenden Amtsbezeichnung** wird in Rechtsprechung und Literatur nicht ausdrücklich Stellung genommen. Einzig das OLG Hamm hat in einem Fall der Beurkundung durch einen Notarvertreter entschieden, die Beurkundung sei unwirksam, wenn der Notarvertreter im Urkundseingang nicht namentlich genannt werde, sondern nur der beurkundende Notar, selbst wenn der Notarvertreter die Urkunde mit dem Zusatz „Notarvertreter“ unterzeichne (OLG Hamm v. 4.11.1987 – 15 W 428/87, DNotZ 1988, 565; ähnlich bereits: OLG Hamm v. 30.11.1972 – 15 W 273/72, DNotZ 1973, 444).

Dieser Fall ist u. E. auf die vorliegende Konstellation schon deshalb nicht übertragbar, weil die **Bezeichnung der Urkundsperson gem. § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG** Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung ist. Die Bezeichnung des Notars im Sinne des § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG ist vorliegend jedoch in der Urkunde enthalten. Im Übrigen kann u. E. der Fall der Unterzeichnung unter Beifügung einer **unzutreffenden Amtsbezeichnung** nicht anders behandelt werden als der Fall der weggelassenen Amtsbezeichnung, jedenfalls dann, wenn darüber hinaus keine Zweifel daran bestehen, wer im vorliegenden Fall Urkundsperson ist, und insbesondere § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG beachtet wurde. Am Notar als Urkundsperson bestehen vorliegend bereits deshalb keine Zweifel, weil er im Urkundseingang zutreffend bezeichnet wurde.

c) Zwischenergebnis

Eine unrichtige Amtsbezeichnung bei der Unterschrift der Urkundsperson (hier „Notarvertreter“) beeinträchtigt die Wirksamkeit der Urkunde nicht, sofern § 9 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG gewahrt ist und auch ansonsten über die Urkundsperson kein Zweifel besteht.

2. Nachträgliche Richtigstellung

Eine Nachtragsurkunde erübrigt sich im Falle der Wirksamkeit der Urkunde. Fraglich ist jedoch, ob zumindest die Möglichkeit besteht, die beifügte Amtsbezeichnung nachträglich richtigzustellen.

a) Nachholung einer vergessenen Unterschrift

Zur parallel gelagerten Frage, bis zu welchem Zeitpunkt eine fehlende Amtsbezeichnung nachgetragen werden kann, äußert sich die Literatur nicht ausdrücklich. Stellungnahmen finden sich jedoch zur Konstellation der **vergesenen Unterschrift**. In diesem Zusammenhang ist umstritten, bis wann ein Notar eine vergessene Unterschrift nachholen kann.

Ein Teil der Literatur ist der Auffassung, dass die Urkundsperson ihre Unterschrift auch dann **nachholen kann**, wenn bereits Ausfertigungen erteilt wurden (Winkler, § 13 Rn. 88; Staudinger/Hertel, BGB, 2004, Vorbem. zu §§ 127a, 128 [BeurkG] Rn. 404). Nach der Gegenauffassung (OLG Naumburg v. 11.11.1999 – 2 U 184/98, DNotI-Report 2000, 129) ist die Nachholung der Unterschrift nicht mehr möglich, wenn bereits Ausfertigungen der Urkunde vom Notar erteilt worden sind.

b) Fall der falschen Amtsbezeichnung

Überträgt man diesen Meinungsstand auf den Fall der **bloß vergessenen Amtsbezeichnung** bei einer Unterschrift, ergibt sich u. E. Folgendes: In diesem Zusammenhang spricht viel dafür, für die Frage der Beifügung oder Richtigstellung der Amtsbezeichnung der großzügigeren Auffassung zu folgen und eine Korrektur noch nach der Erteilung von Ausfertigungen zuzulassen. Dies liegt insbesondere deswegen nahe, weil das **Weglassen der Amtsbezeichnung** auf die Wirksamkeit der Beurkundung ohnehin keinen Einfluss hat.

Nichts anderes dürfte für den Fall der **Änderung der Amtsbezeichnung** gelten, welche die Wirksamkeit der Urkunde unberührt lässt. Auch diese dürfte somit noch möglich sein, wenn bereits Ausfertigungen der Urkunde erteilt worden sind.

c) Nachtragsvermerk und Richtigstellung

Fraglich ist, auf welche Weise die Amtsbezeichnung nachträglich berichtigt werden kann. Die Nachholung der vergessenen Unterschrift des Notars erfordert i. d. R. **keine besondere Nachtragsverhandlung** (Lerch, § 13 Rn. 32; Winkler, § 13 Rn. 86; Wochner, DNotZ 2000, 303, 305). Dies dürfte erst recht für die nachträgliche Richtigstellung der Amtsbezeichnung gelten. In Betracht kommt insofern ein **Nachtragsvermerk** nach § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG.

Nach § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG können offensichtliche Unrichtigkeiten durch den Notar auch nach Abschluss der Niederschrift durch einen Nachtragsvermerk richtiggestellt werden. Für die ähnliche Vorschrift des § 319 Abs. 1 ZPO etwa ist anerkannt, dass die unrichtige Bezeichnung der an einem Urteil **mitwirkenden Richter** nachträglich berichtigt werden kann (BGH v. 27. 10. 1955 – II ZR 310/53, NJW 1955, 1919, 1920; MünchKommZPO/Musielak, 3. Aufl.

2008, § 319 Rn. 8). Im Rahmen des § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG wird dies zwar bislang – soweit ersichtlich – **lediglich für die Personen der Urkundsbeteiligten** diskutiert und bejaht (vgl. DNotI-Report 2005, 113, 115; Winkler, § 44a Rn. 25; Staudinger/Hertel, Vorbem. zu §§ 127a, 128 [BeurkG] Rn. 637). Eine Richtigstellung auf der Grundlage des § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG dürfte jedoch auch bezüglich der Amtsbezeichnung des beurkundenden Notars möglich sein.

3. Ergebnis

Beeinträchtigt eine unrichtige Amtsbezeichnung bei der Unterschrift der Urkundsperson (hier „Notarvertreter“) die Wirksamkeit der Urkunde nicht, kommt eine Richtigstellung der Amtsbezeichnung auf der Grundlage des § 44a Abs. 2 S. 1 BeurkG in Betracht.

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 §§ 328, 330, 525, 1629, 1795, 1821

Vertretung eines Minderjährigen durch die Eltern bei Übergabevertrag mit Weiterleitungsklausel; Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung

Abruf-Nr.: 103297

EGBGB Art. 25

USA: Bestimmung des Erben für ein deutsches Grundstück, wenn im Testament ein trust eingesetzt worden ist

Abruf-Nr.: 107248

GmbHG §§ 53, 54

Rückwirkende Änderung eines Geschäftsjahres; Wirtschaftsjahr; entscheidender Zeitpunkt (Anmeldung oder Eintragung); verkürztes Rumpfgeschäftsjahr

Abruf-Nr.: 106503

SE-VO Art. 2

SE-Gründung durch Verschmelzung mit eigens für die Verschmelzung erworbener Auslands-Tochtergesellschaft

Abruf-Nr.: 105719

Rechtsprechung

GG Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3; BGB § 1578 Abs. 1
Neue BGH-Rechtsprechung zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts unter Anwendung der sogenannten Dreiteilungsmethode verfassungswidrig

Die zur Auslegung des § 1578 Abs. 1 Satz 1 BGB entwickelte Rechtsprechung zu den „wandelbaren ehelichen

Lebensverhältnissen“ unter Anwendung der Berechnungsmethode der sogenannten Dreiteilung löst sich von dem Konzept des Gesetzgebers zur Berechnung des nachehelichen Unterhalts und ersetzt es durch ein eigenes Modell. Mit diesem Systemwechsel überschreitet sie die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung und verletzt Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG).

BVerfG, Beschl. v. 25.1.2011 – 1 BvR 918/10

Abruf-Nr.: 10963

Problem

Die Verfassungsbeschwerde betrifft die vom BGH zur Auslegung der „ehelichen Lebensverhältnisse“ i. S. v. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB entwickelte neue Rechtsprechung zu den sog. „wandelbaren Lebensverhältnissen“ unter Anwendung der sog. **Dreiteilungsmethode** zur Feststellung des nachehelichen Unterhaltsbedarfs. **Ursprünglich** sollte sich das Maß des nachehelichen Unterhalts gem. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB nach den **individuellen Lebensverhältnissen der Ehegatten zum Zeitpunkt der Rechtskraft der Scheidung** bestimmen („Stichtagsprinzip“). Der Gesetzgeber ging nämlich typisierend davon aus, dass durch die gemeinsame Leistung der Eheleute ein höherer sozialer Status erreicht worden war, an welchem beide Ehegatten auch nach Auflösung ihrer Ehe einen gleichwertigen Anteil erhalten sollten.

Der BGH hat den Begriff der ehelichen Lebensverhältnisse seit Inkrafttreten des derzeit noch gültigen § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB am 1.7.1977 in einer Vielzahl von Entscheidungen konkretisiert und hat dabei **immer stärker Ereignisse in die Bestimmung des Bedarfs einbezogen, welche nach dem Zeitpunkt der rechtskräftigen Scheidung eintreten**. Zunächst sollten derartige Veränderungen nur dann für die Bestimmung des Unterhaltsmaßes relevant sein, wenn ihnen eine Entwicklung zugrunde lag, die zum Zeitpunkt der Scheidung **mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten** gewesen war und deren Erwartung die ehelichen Lebensverhältnisse bereits geprägt hatte. Später erkannte der BGH auch solche Einkünfte als prägend an, die nach der Scheidung seitens desjenigen Ehegatten erzielt wurden, der während der Ehe die Haushaltsführung und Kinderbetreuung übernommen hatte (sog. „**Surrogatrechtsprechung**“).

Mittlerweile geht der BGH davon aus, dass die für die Höhe des Unterhaltsbedarfs maßgeblichen Lebensverhältnisse einer geschiedenen Ehe unabhängig davon Veränderungen erfahren können, ob diese in der Ehe angelegt waren oder nicht. So sollen auch **nach Rechtskraft der Scheidung entstehende Unterhaltspflichten gegenüber Kindern** und sogar Unterhaltspflichten **gegenüber einem neuen Ehepartner** in die Bemessung des Bedarfs der vorangegangenen, geschiedenen Ehegatten gem. § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB einbezogen werden (**Wandelbarkeit der ehelichen Lebensverhältnisse**).

Folgen zwei unterhaltsbedürftige Ehegatten einander nach, muss dem Unterhaltspflichtigen ebenso wie den beiden Unterhaltsberechtigten nach neuerer BGH-Rechtsprechung ein Drittel aller verfügbaren Mittel zukommen, wobei die bereinigten Einkünfte aller Beteiligten zusammengefasst und durch drei geteilt werden (sog. **Dreiteilungsmethode**). In das Gesamteinkommen bezieht der BGH das tatsächliche Einkommen der Beteiligten einschließlich der durch die Wiederverheiratung erzielten Splittingvorteile

sowie Einkommenserhöhungen infolge eines die Ehe nicht prägenden, nahehelichen Karrieresprungs des Unterhaltspflichtigen ein, soweit diese die neu hinzugetretene Unterhaltsverpflichtung auffangen (BGHZ 179, 196, 207 f.). Auch soll die Rollenverteilung in der neuen Ehe für den Unterhaltsbedarf entgegen § 1356 BGB nicht maßgeblich sein. Vielmehr ist dem nachfolgenden Ehepartner dasjenige Einkommen anzurechnen, welches er im Falle der Scheidung seiner eigenen Ehe mit dem Unterhaltspflichtigen nach § 1569 BGB zu erzielen verpflichtet wäre (BGHZ 183, 197, 212 ff.). Mittels einer **Kontrollrechnung** stellt der BGH abschließend sicher, dass der geschiedene (Erst-) Ehegatte maximal in der Höhe Unterhalt erhält, die sich ergebe, wenn der Unterhaltspflichtige nicht erneut geheiratet hätte (BGHZ 177, 356, 367 f.).

Entscheidung

Nach Auffassung des BVerfG ist die Verfassungsbeschwerde begründet, da die jüngere BGH-Rechtsprechung zu § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB die Beschwerdeführerin in verfassungswidriger Weise in ihrer von Art. 2 Abs. 1 GG geschützten allgemeinen Handlungsfreiheit einschränkt, indem sie die Grenzen der zulässigen Rechtsfortbildung überschreitet und damit das in Art. 20 Abs. 2 GG normierte Rechtsstaatsprinzip verletzt. Zunächst stellt das BVerfG fest, dass **auf Normebene** kein Verfassungsverstoß vorliege, da der vormalig bestehende weitreichende Vorrang des geschiedenen Ehegatten infolge der Neuregelungen in §§ 1569, 1578b und 1609 BGB in zulässiger Weise reduziert und damit der Gleichrangigkeit der Ehen unter den derzeitigen gesellschaftlichen Verhältnissen hinreichend Rechnung getragen worden sei.

Nach Auffassung des BVerfG geht die neuere BGH-Rechtsprechung zu § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB aber über die Grenzen einer vertretbaren Auslegung hinaus und ist somit **nicht mehr als zulässige richterliche Rechtsfortbildung** anzusehen. Zunächst stellt das Bundesverfassungsgericht heraus, dass die Ausrichtung des Unterhaltsmaßes an den ehelichen Lebensverhältnissen sowie die Voraussetzungen der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen durch die Unterhaltsrechtsreform von 2007 unberührt geblieben sind. Damit habe der Gesetzgeber unterstrichen, dass der **Unterhaltsbedarf** – unbeschadet einer Kürzungs- oder Befristungsmöglichkeit gem. § 1578b BGB – **grundsätzlich auch weiterhin zunächst am Maßstab der im Zeitpunkt der Scheidung bestehenden ehelichen Lebensverhältnisse zu bemessen sei**. Zudem habe der Gesetzgeber am bisher bestehenden Prüfungskonzept festgehalten, wonach die Bestimmung des Unterhaltsbedarfs nach § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB den Ausgangspunkt der Unterhaltsberechnung darstelle, an dessen Ermittlung sich die Prüfung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen sowie schließlich die Verteilung der verfügbaren Geldmittel des Pflichtigen im Mangelfall anschließe. Hierüber habe sich der XII. Zivilsenat des BGH durch die sog. Dreiteilungsrechtsprechung hinweggesetzt, da dadurch die gesetzliche Differenzierung zwischen Unterhaltsbedarf, Leistungsfähigkeit und der Rangfolge der Unterhaltsberechtigten aufgehoben werde. Indem durch die sog. „Wandelbarkeit der ehelichen Lebensverhältnisse“ auch nahehelich entstandene Unterhaltspflichten gegenüber einem neuen Ehegatten des Pflichtigen in die Bedarfsbemessung einbezogen werden, verliere die Rechtsauslegung jeglichen Bezug zu der in § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB normierten Bestimmung des Unterhaltsbedarfs nach den ehelichen Lebensverhältnissen und lasse dadurch die gesetzliche Unterscheidung zwischen dem Unterhalts-

bedarf einerseits und der Leistungsfähigkeit andererseits außer Acht.

Eine derartige Auslegung sei mit keiner der anerkannten Auslegungsmethoden zu rechtfertigen. Die umfassende Berücksichtigung nach Rechtskraft der Scheidung eintretender Ereignisse stehe zum einen **im klaren Widerspruch zum Wortlaut des § 1578 Abs. 1 S. 1 BGB** und hebe die vom Gesetzgeber vorgesehene Differenzierung zwischen Unterhaltsbedarf einerseits und Leistungsfähigkeit andererseits auf. Sie lasse sich nicht mit der geänderten Rangfolge gem. § 1609 BGB rechtfertigen, da der Rang eines Unterhaltsanspruchs erst dann relevant werde, wenn bei feststehender Höhe des Unterhaltsbedarfs und der Leistungsfähigkeit ein Mangelfall vorliege. Sie finde zudem auch **keine Stütze im Willen des Gesetzgebers**, der zwar mit der Unterhaltsreform Einschränkungen beim nahehelichen Unterhalt des Erstehegatten vorgenommen, diese jedoch gem. § 1578b BGB von der Dauer und Ausgestaltung der geschiedenen Ehe und nicht vom Umstand einer neuen Eheschließung des Pflichtigen abhängig gemacht hat oder sie dann eintreten lässt, wenn der Unterhaltspflichtige in Anbetracht seiner real vorhandenen Mittel nicht in der Lage ist, sämtliche Unterhaltsansprüche zu befriedigen (§ 1609 BGB).

Abschließend weist das Bundesverfassungsgericht darauf hin, dass sich die Rechtsfolgenwirkung seines Beschlusses gem. § 323 Abs. 3 ZPO bzw. § 238 Abs. 3 FamFG für Unterhaltstitel, die nicht Gegenstand der Verfassungsbeschwerde sind, auf die Zukunft beschränkt.

HGB §§ 8, 106, 162; GmbHG §§ 53, 54; AktG §§ 291, 292, 294

Ergebnisabführungsvertrag zwischen zwei GmbH & Co. KG; keine Eintragung im Handelsregister der beherrschten Gesellschaft

Keine Eintragung eines mit einer Kommanditgesellschaft als beherrschter Gesellschaft abgeschlossenen Ergebnisabführungsvertrages im Handelsregister.

OLG München, Beschl. v. 8.2.2011 – 31 Wx 2/11
Abruf-Nr.: 10964

Problem

Die beherrschte D GmbH & Co. KG hatte einen mit der W GmbH & Co. KG als herrschender Gesellschaft geschlossenen Ergebnisabführungsvertrag zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Die **ganz überwiegende Meinung in der Literatur** (vgl. Ebenroth/Lange, in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 2. Aufl. 2008, § 105 Anh. Rn. 48; Emmerich, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Aufl. 2010, Vor § 291 Rn. 11 a. E.; Koller, in: Koller/Roth/Mork, HGB, 6. Aufl. 2007, § 109 Rn. 4 a. E.; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Anh. Rn. 61; Hopt, in: Baumbach/Hopt, HGB, 34. Aufl. 2010, § 105 Rn. 105; Liebscher, GmbH-Konzernrecht, 2006, Rn. 1149; Kleindiek, Strukturvielfalt im Personengesellschaftskonzern, 1971, S. 243) **fordert** im Hinblick auf die Bedeutung der Unternehmensverträge für die Struktur der Personenhandelsgesellschaft und die Interessen außenstehender Dritter die deklaratorische **Eintragung im Handelsregister**. Demgegenüber hat das Registergericht die Eintragung im Handelsregister verweigert. Die hiergegen

gerichtete Beschwerde wurde vom OLG München als nicht begründet zurückgewiesen.

Entscheidung

Das OLG München stellt zunächst fest, dass Tatsachen, deren Eintragung im Handelsregister nicht gesetzlich angeordnet oder zugelassen ist, nur dann eingetragen werden können, wenn Sinn und Zweck des Handelsregisters dies erfordern und damit ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs besteht. Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts sei **bei gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten** (BGH NJW 1998, 1071) und die Eintragung auf Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung zu beschränken (BGH NJW 1992, 1452, 1454; Ensthaler/Gesmann-Nuissl, HGB, 7. Aufl. 2007, § 8 Rn. 7; MünchKommHGB/Krafka, 3. Aufl. 2010, § 8 Rn. 32). Insbesondere genüge es nicht, dass die Eintragung für Dritte von wirtschaftlichem oder rechtlichem Interesse sei (Müther, in: Schmidt-Kessel/Leutner/Müther, Handelsregisterrecht, 2010, § 8 HGB Rn. 8).

Gesetzlich vorgeschrieben sei die Eintragung von Unternehmensverträgen im Handelsregister nur **bei einer Aktiengesellschaft** oder Kommanditgesellschaft auf Aktien als beherrschter Gesellschaft (§ 294 i. V. m. §§ 291, 292 AktG). Zwar sei für **Unternehmensverträge mit einer GmbH** als abhängiger Gesellschaft nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannt, dass die konstitutive Eintragung im Handelsregister entsprechend §§ 53, 54 GmbHG erforderlich ist (vgl. BGH NJW 1989, 295, 298). Denn ein solcher Unternehmensvertrag als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag ändere satzungsgleich den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft. Dagegen könne eine **Personenhandelsgesellschaft als beherrschte Gesellschaft** die Eintragung eines Unternehmensvertrags in das Handelsregister **weder** auf eine **ausdrückliche gesetzliche Bestimmung** stützen **noch** aus einer entsprechenden Anwendung der für eine **Satzungsänderung geltenden Vorschriften** herleiten (so auch Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rn. 1596 a. E.). Im Gegensatz zu den Kapitalgesellschaften werde nämlich bei OHG und KG weder der Unternehmensgegenstand in das Handelsregister eingetragen noch sei der Gesellschaftsvertrag gem. § 9 HGB allgemein zugänglich.

Literaturhinweise

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