

DNotI - Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

20. Jahrgang
Juni 2012
ISSN 1434-3460

11/2012

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 172; BeurkG § 49 – Vollmachtsnachweis; Ausfertigungsvermerk und Rechtsschein wirksamer Bevollmächtigung; auszugsweise Ausfertigung

KSÜ Art. 16 – Brasilien: Gesetzliche Vertretung eines minderjährigen Kindes mit Wohnsitz in Brasilien; Erfordernis gerichtlicher Genehmigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

AktG §§ 71 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 237 Abs. 3; HGB § 272 Abs. 2 Nr. 4 – Keine Anwendung von § 237

Abs. 3 AktG bei Einziehung nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG; freie Kapitalrücklage i. S. v. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB als Rücklage i. S. v. § 71 Abs. 2 S. 2 AktG

BGB §§ 181, 883, 2205; GBO §§ 19, 22 – Geltung des § 181 BGB bei Bewilligungen gem. § 19 GBO; Unrichtigkeitsnachweis bei Vormerkungslöschung; Möglichkeit der „Aufladung“

Aktuelles

Internationales Scheidungsrecht: Inkrafttreten der Rom-III-Verordnung

Literatur

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB § 172; BeurkG § 49 Vollmachtsnachweis; Ausfertigungsvermerk und Rechtsschein wirksamer Bevollmächtigung; auszugsweise Ausfertigung

I. Sachverhalt

Ein Vollmachtgeber errichtete eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht. In dieser Urkunde berief er seine beiden Kinder K1 und K2 jeweils zu einzelvertretungsberechtigten Bevollmächtigten und beantragte, jedem Kind eine Ausfertigung zu erteilen. Weitere Ausfertigungen dürfen den Bevollmächtigten aber nur mit Zustimmung des Vollmachtgebers erteilt werden. Die Bevollmächtigung erfolgte i.Ü. unbedingt. Insbesondere war nicht vorgesehen, dass die Vollmacht nur dann wirksam sein soll, wenn der Bevollmächtigte eine ihm erteilte Ausfertigung der Vollmachtsurkunde vorlegt.

Der Vollmachtgeber erscheint nun beim Notar und erklärt, dass das Verhältnis zu K1 zerrüttet, zu K2 jedoch weiterhin gut sei. Zum Termin bringt er die beiden seinerzeit den Kindern erteilten Ausfertigungen mit. Der Vollmachtgeber möchte die Vollmacht nicht insgesamt widerrufen und eine neue Vollmacht zugunsten des ihm noch vertrauenswürdig

erscheinenden Kindes errichten, sondern lediglich die K1 erteilte Vollmacht widerrufen.

Der Vollmachtgeber befürchtet jedoch Missbrauch durch K1: Er fragt sich, ob es K1 möglich ist, unter Bezugnahme auf Ausfertigungen, die K2 erteilt und etwa bei Banken, im Krankenhaus oder bei sonstigen Institutionen hinterlegt wurden, seine – des K1 – vermeintlich bestehende Bevollmächtigung nachzuweisen. Der Vollmachtgeber hat insbesondere Sorge, dass die Regelung des § 172 BGB greifen könnte, also K1 ggf. im Außenverhältnis rechtswirksame Erklärungen abgeben kann, weil es in der Vollmachtsausfertigung nach wie vor noch als bevollmächtigt erwähnt wird.

II. Frage

Gibt es einen allgemeinen Rechtsgrundsatz, wonach nur derjenige als bevollmächtigt gilt, welcher eine *auf sich lautende Ausfertigung* einer notariellen Vollmachtsurkunde in Händen hält?

III. Zur Rechtslage

1. Beurkundungsverfahrensrechtliche Aspekte

Nach § 49 Abs. 2 BeurkG hat der Ausfertigungsvermerk Tag und Ort der Erteilung anzugeben sowie die Person zu bezeichnen, der die Ausfertigung erteilt wird. Welche Person dies im Einzelfall ist, bestimmt sich nach § 51 BeurkG. Im Falle einer Vollmacht kann daher zunächst der Vollmachtgeber selbst auf sich lautende Ausfertigungen erstellen

len lassen (§ 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG). Ferner ist es nach **§ 51 Abs. 2 BeurkG** möglich, den Kreis der Ausfertigungsberechtigten personell zu erweitern oder zu beschränken oder die Erteilung von Ausfertigungen an weitere Voraussetzungen zu knüpfen (vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, § 51 Rn. 25; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 5. Aufl. 2009, § 51 BeurkG Rn. 22). Vorliegend hat der Bevollmächtigte infolge der Anordnung nach § 51 Abs. 2 BeurkG bereits eine auf sich lautende Ausfertigung der Urschrift erhalten. Da es jedem Ausfertigungsberechtigten unbenommen ist, die für ihn bestimmte Ausfertigung an Dritte weiterzureichen (Preuß, § 51 Rn. 20; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 51 BeurkG Rn. 12; Winkler, § 51 Rn. 29), können Ausfertigungen einer Vollmachtsurkunde auch Dritten wie etwa Banken oder sonstigen Einrichtungen insbesondere zum Nachweis der Bevollmächtigung überlassen werden.

2. Materiell-rechtliche Fragestellungen

a) Rechtsscheinhaftung des Vertretenen nach §§ 170 ff. BGB

Von den verfahrensrechtlichen Erfordernissen zur Erteilung von Vollmachtsausfertigungen sind die materiell-rechtlichen Wirkungen der Vollmachtserteilung zu unterscheiden. Insoweit gilt es zunächst zu klären, ob eine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht tatsächlich (noch) besteht. Wenn dies nicht der Fall ist, wird u. U. das (schutzwürdige) Vertrauen des Rechtsverkehrs auf den Bestand der Vollmacht geschützt. Für die Beantwortung der erstgenannten Frage sind die §§ 167 f. BGB maßgeblich, der Verkehrsschutz wird durch §§ 170-173 BGB gewährleistet. Die zuletzt genannten Bestimmungen begründen dabei nach ganz h. M. eine **Rechtsscheinhaftung des Vertretenen** (s. nur Palandt/Ellenberger, BGB, 71. Aufl. 2012, § 170 Rn. 1; MünchKommBGB/Schramm, 6. Aufl. 2012, § 170 Rn. 2 m. w. N.). Der **mit Blick auf Ausfertigungen notarieller Vollmachtsurkunden** insoweit relevante **§ 172 Abs. 1 BGB** greift daher namentlich auch dann, wenn eine Vollmacht nicht oder nicht wirksam erteilt worden ist (Palandt/Ellenberger, § 170 Rn. 1 i. V. m. § 172 Rn. 1). Grundsätzlich gilt hiernach, dass die Vertretungsmacht des Bevollmächtigten bis zur Rückgabe aller Ausfertigungen bzw. bis zur Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde fortbesteht (§ 172 Abs. 2 BGB; statt aller Preuß, § 51 BeurkG Rn. 22).

Bei **Widerruf der Vollmacht** (zu einem Formulierungsvorschlag speziell für den Widerruf einer Vorsorgevollmacht vgl. Keilbach, DNotZ 2004, 751) endet die Rechtswirkung der Vollmachtsurkunde gem. **§ 173 BGB** gegenüber dem konkreten Empfänger eines solchen Widerrufs mit dessen Zugang (h. M.; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearb. 2009, § 172 Rn. 10; BeckOK-BGB/Valentini, Stand: 1.11.2011, § 172 Rn. 12; Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 4; MünchKommBGB/Schramm, § 172 Rn. 13a – jew. m. w. N.). Dies bedeutet zugleich, dass etwaige bei Dritten hinterlegte Vollmachtsausfertigungen – sofern diesen Dritten nicht selbst eine Widerrufserklärung zugeht – nach § 172 BGB grundsätzlich geeignet sind, den Rechtsschein einer wirksamen Vollmacht zu vermitteln, auch wenn diese materiell niemals nach § 167 BGB wirksam erteilt wurde oder – wie vorliegend relevant – schon längst etwa infolge Widerrufs gegenüber dem Bevollmächtigten (vgl. § 168 BGB) erloschen ist.

b) Zurechenbarkeitserfordernis

aa) Willentliches Inverkehrbringen

Die Eröffnung des Anwendungsbereichs von § 172 BGB setzt freilich voraus, dass die Urkunde **mit dem Willen des Vollmachtgebers in den Rechtsverkehr gelangt** ist (MünchKommBGB/Schramm, § 172 Rn. 4; Staudinger/Schilken, § 172 Rn. 2; BeckOK-BGB/Valentini, § 172 Rn. 5; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 173 Rn. 3; Palandt/Ellenberger, § 172 Rn. 2 – jew. m. w. N.). Mangels bewussten Inverkehrbringens findet die Bestimmung namentlich für abhandengekommene Urkunden keine Anwendung (BGH NJW 1975, 2101, 2102 f. = MittBayNot 1975, 255).

bb) Schnittstelle zum Beurkundungsverfahrenrecht

Zugleich bildet das Erfordernis der willentlichen Aushändigung der Urkunde die Schnittstelle zwischen dem Beurkundungsverfahrenrecht und dem materiellen Zivilrecht. **Ausreichend** ist nämlich insoweit regelmäßig, wenn der **Vollmachtgeber** bei Errichtung der notariellen Urkunde **bestimmt, dass dem Vertreter eine Ausfertigung erteilt wird** (s. nur OLG Karlsruhe ZIP 2005, 1633, 1634; OLG München FGPrax 2009, 260, 261 = NotBZ 2009, 491 m. w. N.). Mit der nach § 51 Abs. 2 BeurkG möglichen Ermächtigung, sich Ausfertigungen der Vollmachtsurkunde erteilen zu lassen, wird m. a. W. „*die für die Rechtsfolgen des § 172 BGB maßgebliche willentliche Aushändigung der Urkunde dokumentiert, da der Ausfertigungsvermerk in diesem Fall auf den Vertreter lautet (vgl. § 49 Abs. 2)*“ (so Preuß, § 51 BeurkG Rn. 22). Dementsprechend hat das OLG München in einer jüngeren Entscheidung (FGPrax 2009, 260) § 172 BGB jedenfalls dann nicht als erfüllt angesehen, „*wenn die betreffende Ausfertigung erteilt wurde, ohne dass die urkundenrechtlichen Voraussetzungen dafür gegeben waren, so etwa dann, wenn der Notar über die Anweisung gemäß § 51 II BeurkG hinaus eine weitere Ausfertigung erteilt hat.*“ Dies dürfte u. E. zutreffend sein, da in diesem Fall kaum von einem willentlichen Inverkehrbringen der Urkunde gesprochen werden kann.

Nicht einheitlich wird demgegenüber beurteilt, ob § 172 BGB bereits dann erfüllt ist, wenn der konkrete **Ausfertigungsvermerk nicht auf den Bevollmächtigten, sondern auf den Vollmachtgeber** lautet (diese Frage bei wechselseitiger Bevollmächtigung bejahend OLG Köln RNotZ 2001, 407, 408; wohl auch Preuß, § 51 BeurkG Rn. 22; a. A. Waldner/Mehler, MittBayNot 1999, 261, 262; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rn. 3584 m. w. N.; Helms, RNotZ 2002, 235, 237). Vor diesem Hintergrund könnte man auch vorliegend der Auffassung zuneigen, dass K1 sich durch eine auf K2 lautende Ausfertigung der Vollmachtsurkunde nach § 172 BGB legitimieren kann.

Indes unterscheidet sich der vorliegende Fall nicht unerheblich von der durch das OLG Köln (RNotZ 2001, 407) entschiedenen Konstellation. Anders als dort steht hier nämlich keine wechselseitige Bevollmächtigung in Rede, sondern es ist zu fragen, ob der **Nachweis für einen von mehreren zu gleicher Urkunde Bevollmächtigten durch die einem anderen Bevollmächtigten erteilte Ausfertigung** erbracht werden kann. Diese Frage hat das **OLG München** in einer jüngeren Entscheidung (DNotZ 2008, 844 = DNotI-Report 2008, 135) u. E. mit überzeugenden Gründen **ausdrücklich verneint** (zustimmend Preuß, § 51 BeurkG Rn. 22 m. w. N.; s. auch Schöner/Stöber, Rn. 3584; Helms, RNotZ 2002, 235, 237; Mehler/Braun, DNotZ 2008, 810, 815 f.): Lege der Handelnde die einem Dritten

erteilte Vollmacht vor, bestünden Anhaltspunkte dafür, dass er selbst nie eine Ausfertigung erhalten habe oder sie aber habe zurückgeben müssen. Es bestehe **Grund zu Misstrauen, wenn eine Urkunde (auch) von einem anderen als demjenigen verwendet werde, dem sie erteilt wurde** (OLG München DNotZ 2008, 844, 845 unter Verweis auf Waldner/Mehler, Rpfleger 2002, 198; Helms, RNotZ 2002, 235, 237 u. a.). In der Tat dürfte sich – anknüpfend an § 173 i. V. m. § 122 Abs. 2 BGB – ein den Rechtsscheinstatbestand des § 172 BGB ausschließender Fahrlässigkeitsvorwurf leicht formulieren lassen (in diesem Sinne Waldner/Mehler, MittBayNot 1999, 261 f.). Ob man der fremden Ausfertigung generell die Eignung als Rechtsscheinsträger i. S. v. § 172 BGB abspricht (etwa im Wege teleologischer Reduktion), da die von § 172 BGB vorausgesetzte typische Interessenlage bei Vorlage einer fremden Ausfertigung gerade nicht besteht, oder zumindest die Gutgläubigkeit des Geschäftsgegners i. S. v. § 173 BGB verneint, da dieser den Mangel der Vollmacht aufgrund des auf eine andere Person lautenden Ausfertigungsvermerks hätte erkennen müssen, spielt im Ergebnis keine entscheidende Rolle (vgl. auch Mehler/Braun, DNotZ 2008, 810, 816 f.).

3. Ergebnis sowie weiteres Vorgehen

Im vorliegenden Fall spricht u. E. viel dafür, § 172 BGB hinsichtlich der allein auf den Namen von K2 lautenden Ausfertigung nicht zugunsten eines Handelns von K1 anzuwenden (ggf. auch nur infolge Bösgläubigkeit des Geschäftsgegners, vgl. § 173 BGB).

In der Praxis dürfte es K1 freilich evtl. gelingen, sich unter Berufung auf die Vollmachtsurkunde zu legitimieren. Daher ist u. E. – sofern im konkreten Fall praktikabel – zu erwägen, von der durch § 49 Abs. 5 i. V. m. § 42 Abs. 3 BeurkG eröffneten Möglichkeit Gebrauch zu machen, von der Vollmachtsurkunde **lediglich auszugswise Ausfertigungen** zu erteilen (vgl. hierzu allgemein Winkler, § 49 Rn. 17 ff.), in denen K1 als Bevollmächtigter nicht mehr erwähnt wird. Der Ausfertigungsvermerk hat dabei den Gegenstand der Ausfertigung (Bevollmächtigung des K2) zu bezeichnen und zu bezeugen, dass die Urschrift keine weiteren Bestimmungen über diesen Gegenstand enthält (vgl. § 42 Abs. 3 BeurkG). Die im Rechtsverkehr befindlichen Ausfertigungen sollten durch derartige auszugswise Ausfertigungen ersetzt werden. Sofern nicht sämtliche im Verkehr befindlichen Ausfertigungen der Vollmacht zurückgegeben werden, kommt schließlich auch eine Kraftloserklärung nach Maßgabe von § 176 BGB in Betracht. Denkbar ist außerdem freilich die erneute Beurkundung einer Vollmacht, diesmal aber nur für K2.

4. Hinweise

Im Hinblick auf die künftige Errichtung von Vorsorgevollmachten erscheint es erwägenswert, in der Urkunde anzuordnen, dass der **Besitz einer auf die Person des Bevollmächtigten lautenden Ausfertigung materiell-rechtliche Wirksamkeitsvoraussetzung** der Vollmacht ist (so Waldner/Mehler, MittBayNot 1999, 261, 262; Helms, RNotZ 2002, 235, 238; G. Müller, in: Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl. 2009, Teil 3, Kap. 3 Rn. 63; Renner, in: Müller/Renner, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl. 2010, Rn. 746; Braun, NotBZ 2009, 491, 492; darüber hinausgehend sogar für die Vorlage einer entsprechenden Ausfertigung als Wirksamkeitsvoraussetzung plädierend: Helms, RNotZ 2002, 235, 238; dagegen mit u. E. überzeugenden Argumenten Mehler/Braun, DNotZ 2008, 810, 821 f.).

KSÜ Art. 16

Brasilien: Gesetzliche Vertretung eines minderjährigen Kindes mit Wohnsitz in Brasilien; Erfordernis gerichtlicher Genehmigung

I. Sachverhalt

Im Wohnungsgrundbuch ist als Eigentümer eine Erbengemeinschaft aus vier Personen eingetragen. Ein Mitglied dieser Erbengemeinschaft ist minderjährig (geb. 1997) und wohnt in Brasilien. Die Staatsangehörigkeit des Minderjährigen ist derzeit nicht bekannt.

Das im Eigentum der Erbengemeinschaft stehende Wohnungseigentum soll nunmehr veräußert werden. Dabei wird der Minderjährige von seiner Mutter vertreten, die die brasilianische Staatsangehörigkeit besitzt und mit dem Kind in Brasilien lebt. Der Vater des Minderjährigen ist verstorben. Die Mutter ist nicht Mitglied der Erbengemeinschaft.

II. Fragen

1. Welches Recht gilt für die gesetzliche Vertretung des Minderjährigen und das Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung?
2. Wer ist gesetzlicher Vertreter des minderjährigen Kindes nach dem ggf. anzuwendenden brasilianischen Recht? Bedarf das Rechtsgeschäft nach brasilianischem Recht der familiengerichtlichen Genehmigung?
3. Welches Familiengericht ist ggf. zur Erteilung der Genehmigung zuständig?

III. Zur Rechtslage

1. Anwendbares Recht

Welches Recht auf die Vertretungsmacht der Eltern bzw. das Erfordernis einer gerichtlichen oder behördlichen Genehmigung anwendbar ist, bestimmt sich nach dem autonomen deutschen Recht gem. **Art. 21 EGBGB**, der das Rechtsverhältnis zwischen Eltern und ihren Kindern regelt. Allerdings gilt in Deutschland seit dem 1.1.2010 das Haager Übereinkommen über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung, Vollstreckung und Zusammenarbeit auf dem Gebiet der elterlichen Verantwortung und der Maßnahmen zum Schutz von Kindern vom 19.10.1996 (**Kinderschutzübereinkommen**, kurz: **KSÜ**; vgl. hierzu das deutsche Ratifikationsgesetz in BGBl. 2009 II, S. 602). Als Staatsvertrag geht das KSÜ den Vorschriften des autonomen deutschen Kollisionsrechts im Rahmen seines Anwendungsbereichs vor (vgl. Art. 3 Nr. 2 EGBGB). Im Vergleich zum bisher geltenden Minderjährigenschutzabkommen (MSA) hat das KSÜ einen erheblich weiteren Anwendungsbereich. Dieser erfasst sowohl Fragen der gesetzlichen Vertretung Minderjähriger und des Ausschlusses der elterlichen Vertretungsmacht (Art. 3 lit. d KSÜ) als auch die Frage der Notwendigkeit einer gerichtlichen Genehmigung des Vertreterhandelns (Art. 3 lit. g KSÜ; vgl. auch Krahe, Das Haager Kinderschutzübereinkommen, 2003, S. 51 ff.; Staudinger/Pirrung, BGB, Neubearb. 2009, Vor Art. 19 EGBGB Rn. G 26 ff.; Palandt/Thorn, BGB, 71. Aufl. 2012, Anh. Art. 24 EGBGB Rn. 11). Das KSÜ **verdrängt** insoweit also **Art. 21 EGBGB**. Unerheblich ist dabei, dass Brasilien nicht Vertragsstaat des KSÜ ist, da nach Art. 20 KSÜ die Bestimmungen des KSÜ über das anwendbare Recht **auch gegenüber Nichtvertragsstaaten** gelten (vgl. auch Staudinger/Pirrung, Vor Art. 19 EGBGB,

Rn. G 106, 118). Ebenso wenig kommt es darauf an, welche Staatsangehörigkeit der Minderjährige besitzt.

Nach **Art. 17 KSÜ** ist auf die Frage der **gesetzlichen Vertretung** das **Recht am gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes** anzuwenden, konkret also das brasilianische Recht. Zwar werden im Rahmen des KSÜ grundsätzlich Sachnormverweisungen ausgesprochen (vgl. Art. 21 Abs. 1 KSÜ), sodass eine Rück- oder Weiterverweisung ausscheidet; wird allerdings – wie vorliegend – das Recht eines Nichtvertragsstaates berufen, ist gem. Art. 21 Abs. 2 KSÜ ein *renvoi* ausnahmsweise dann zu beachten, wenn das Kollisionsrecht dieses Nichtvertragsstaates auf das Recht eines anderen Nichtvertragsstaates verweist und dieses die Verweisung annimmt (Staudinger/Pirring, Vor Art. 19 EGBGB, Rn. G 120). Das Internationale Privatrecht Brasiliens ist im Einführungsgesetz zum *Código Civil* (L.I. 1943) geregelt. Hiernach unterliegen die Eltern-Kind-Beziehungen dem jeweiligen Wohnsitzrecht der Eltern (Weishaupt, in: Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Länderbericht Brasilien, Stand: 30.4.2008, S. 17). Da vorliegend die Mutter mit ihrem Kind in Brasilien lebt, nimmt das brasilianische Kollisionsrecht die Verweisung an.

2. Gesetzliche Vertretung des minderjährigen Kindes und Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung nach brasilianischem Recht

Nach Art. 1630 bras. *Código Civil* (CC) unterstehen Kinder, solange sie minderjährig sind, dem elterlichen Sorgerecht. Dieses wird regelmäßig von beiden Elternteilen gemeinsam ausgeübt, bei Fehlen oder Verhinderung eines Elternteils jedoch von dem anderen allein (Art. 1631 CC). Da vorliegend der leibliche Vater der Kinder bereits verstorben ist, übt die Mutter die elterliche Sorge allein aus. Im Rahmen der elterlichen Sorge ist es Aufgabe der Eltern bzw. des allein sorgeberechtigten Elternteils, die Kinder bei zivilrechtlichen Handlungen bis zur Erreichung des 16. Lebensjahres zu vertreten und ihnen danach bei Rechtshandlungen, an denen sie beteiligt sind, behilflich zu sein und an ihrer Stelle einzuwilligen (Art. 1634 Ziff. 5 CC). Die **Verwaltung des Kindesvermögens** ist in **Art. 1689 ff. CC** geregelt: Nach Art. 1691 CC dürfen die Eltern bzw. der allein vertretungsberechtigte Elternteil Immobilien der Kinder weder veräußern noch dinglich belasten und auch nicht im Namen der Kinder Verträge abschließen, welche die Grenzen der normalen Verwaltung überschreiten, es sei denn bei Notwendigkeit oder eindeutigem Interesse der Kinder. Stets erforderlich ist insoweit eine vorherige richterliche Erlaubnis.

Auch vorliegend bedarf daher die Veräußerung durch die Mutter als gesetzliche Vertreterin der richterlichen Erlaubnis. Zu beachten ist weiterhin, dass nach Art. 1693 Ziff. 4 CC die Mutter von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen ist, wenn sie hinsichtlich des in Deutschland belegenen Grundbesitzes von der Erbfolge ausgeschlossen wurde.

3. Zuständiges Gericht

Im Bereich der EU richtet sich die internationale Zuständigkeit für Entscheidungen über die elterliche Verantwortung seit dem 1.3.2005 nach der Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 des Rates über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 1347/2000 (**Brüssel-IIa-Verordnung**). Nach Art. 8 der Brüssel-IIa-Verordnung bestimmt sich die internationale

Zuständigkeit für Verfahren, die die elterliche Verantwortung betreffen, grundsätzlich und mit einzigem Anknüpfungspunkt nach dem **gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes in einem Mitgliedsstaat**.

Vorliegend hat das Kind allerdings seinen gewöhnlichen Aufenthalt in **Brasilien**, sodass sich aus der Brüssel-IIa-Verordnung keine Zuständigkeit eines EU-Mitgliedsstaates ergibt. Da Brasilien auch kein Vertragsstaat des KSÜ ist (zu den Vertragsstaaten des KSÜ vgl. www.bundesjustizamt.de) und die Zuständigkeitsbestimmungen des KSÜ daher hier ebenfalls nicht einschlägig sind, ist die internationale Zuständigkeit **nach den autonomen deutschen Verfahrensregeln** zu bestimmen. Die **internationale Zuständigkeit** der deutschen Familiengerichte für Kindschaftssachen (zur Definition vgl. § 151 FamFG) ist in § 99 FamFG geregelt. Nach **§ 99 Abs. 1 S. 2 FamFG** sind die deutschen Gerichte zuständig, wenn das Kind der Fürsorge durch ein deutsches Gericht bedarf. Diese Fürsorgebedürfniszuständigkeit wird jedenfalls dann bejaht, wenn der Schutzbedürftige sich im Inland aufhält oder dort – wie im vorliegenden Fall – Vermögen belegen ist (Keidel/Engelhardt, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 99 Rn. 33). Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist daher gegeben.

Die **örtliche Zuständigkeit** folgt aus **§ 152 Abs. 3 FamFG**. Danach ist – sofern nicht die Zuständigkeit eines deutschen Gerichts nach § 152 Abs. 1 u. 2 FamFG besteht – das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge bekannt wird.

Daneben besteht weiterhin die Möglichkeit, die richterliche Erlaubnis in Brasilien einzuholen. Zur Verwendung in Deutschland müsste diese von der zuständigen deutschen Auslandsvertretung in Brasilien legalisiert werden, § 438 Abs. 2 ZPO.

Gutachten im Abruf-Dienst

Folgende Gutachten können Sie über unseren Gutachten-Abrufdienst im Internet unter:

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

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

WEG §§ 26, 27

Vertretung des Verbands der Wohnungseigentümer durch den Verwalter; Nachweis eines Beschlusses gem. § 27 Abs. 3 Nr. 7 WEG im Grundbuchverfahren
Abruf-Nr.: 117232

BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1

Separate Genehmigungsbedürftigkeit der Bewilligung der Eigentumsumschreibung
Abruf-Nr.: 113509

AktG §§ 183, 33

Sachkapitalerhöhung bei einer Aktiengesellschaft; Prüfung durch den Notar; Verweisung auf das Gründungsrecht
Abruf-Nr.: 118276

Rechtsprechung

**AktG §§ 71 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 S. 2, Abs. 3, 237 Abs. 3; HGB § 272 Abs. 2 Nr. 4
Keine Anwendung von § 237 Abs. 3 AktG bei Einziehung nach § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG; freie Kapitalrücklage i. S. v. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB als Rücklage i. S. v. § 71 Abs. 2 S. 2 AktG**

1. Die Anmeldung einer Kapitalherabsetzung aufgrund Ermächtigung der Hauptversammlung zum Erwerb und zur Einziehung eigener Aktien ist nur anhand § 71 Abs. 1 Nr. 8, Abs. 2 und 3 AktG zu prüfen. Dagegen ist § 237 Abs. 3 AktG in diesem Fall nicht anwendbar.

2. Auch eine Kapitalrücklage i. S. v. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB ist eine Rücklage i. S. v. § 71 Abs. 2 S. 2 AktG.

OLG München, Beschl. v. 8.5.2012 – 31 Wx 155/12
Abruf-Nr.: 11032R

Problem

Aktiengesellschaften dürfen eigene Aktien nur unter den in § 71 Abs. 1 AktG genannten Voraussetzungen erwerben. Häufig erfolgt der Erwerb gem. **§ 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG** aufgrund einer **Ermächtigung der Hauptversammlung**. Dabei kann die Hauptversammlung den Vorstand ermächtigen, die eigenen Aktien ohne weiteren Hauptversammlungsbeschluss einzuziehen (§ 71 Abs. 1 Nr. 8 S. 6 AktG). Allerdings ist der **Erwerb zur Vorbereitung der Einziehung nach § 71 Abs. 2 S. 2 AktG** nur zulässig, wenn die Gesellschaft im Erwerbszeitpunkt eine entsprechende Rücklage bilden könnte, ohne zugleich das Grundkapital oder eine „geschützte“ Rücklage zu mindern. Dagegen ist die **Finanzierung des Rückkaufs** nach überwiegender Meinung **auch zulasten der „freien Kapitalrücklage“** gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB möglich (GroßkommAktG/Merk, 4. Aufl. 2008, § 71 Rn. 313; s. a. MünchKommAktG/Oechsler, 2. Aufl. 2003, § 71 Rn. 271; a. A. wohl KölnKommAktG/Drygala, 3. Auflage 2009, § 71 Rn. 216). **Bilanziell** ist nach dem Erwerb **§ 272 Abs. 1a HGB** zu beachten: Während zuvor ein Aktivposten im Umlaufvermögen und dazu eine Rücklage für eigene Anteile im Eigenkapital gebildet werden musste, ist nunmehr der Nennbetrag der eigenen Anteile mit dem gezeichneten Kapital zu verrechnen; eine eventuelle Differenz zwischen Nennwert und Erwerbspreis ist mit der in Anspruch genommenen Rücklage (freie Gewinnrücklage oder – nach h. M. – Kapitalrücklage gem. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) zu verrechnen und offen auszuweisen. **§ 237 Abs. 3 AktG** regelt hingegen die **Einziehung im sogenannten vereinfachten Verfahren**.

Vorliegend beschloss der Vorstand der AG, die aufgrund einer Ermächtigung i. S. v. § 71 Abs. 1 AktG erworbenen Aktien einzuziehen und das Grundkapital entsprechend herabzusetzen. Der Aufsichtsrat beschloss, die Satzung der AG im Punkt Grundkapital auf die vom Vorstand beschlossene Herabsetzung anzupassen. Das Amtsgericht wies den Antrag auf Eintragung der Kapitalherabsetzung zurück, weil die Einziehung nach der Erklärung der AG nicht zuläs-

ten des Bilanzgewinns oder einer anderen Gewinnrücklage i. S. v. § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG erfolgt sei. Der Begriff der „anderen Gewinnrücklagen“ des § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG umfasse die Kapitalrücklage i. S. v. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB nicht, welche vorliegend unstreitig in hinreichender Höhe vorhanden war. Das Amtsgericht hat der Beschwerde unter Berufung auf den eindeutigen Wortlaut des § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG nicht abgeholfen.

Bislang ist das **Verhältnis des § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG zu § 237 Abs. 3 AktG** noch **nicht abschließend geklärt**. Insbesondere scheint § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG das von der h. M. bei § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG anerkannte Wahlrecht einzuschränken, da der Wortlaut dieser Vorschrift eine Einziehung ausschließlich „zu Lasten des Bilanzgewinns oder einer anderen Gewinnrücklage, soweit sie zu diesem Zweck verwandt werden können“, zulässt.

Entscheidung

Das OLG München lehnt eine Anwendung von § 237 Abs. 3 AktG ab, wenn die Einziehung aufgrund einer Ermächtigung i. S. v. § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG erfolgt, da § 71 AktG die Voraussetzungen einer Einziehung abschließend regelt. Somit komme es allein auf die Frage an, welche Rücklagen für die Zwecke des § 71 Abs. 2 AktG belastet werden dürfen. Hier **folgt das OLG München** der vorstehend dargestellten **h. M.**, wonach die **Finanzierung des Rückkaufs auch zulasten der „freien Kapitalrücklage“** i. S. v. § 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB zulässig ist. Es weist zudem darauf hin, dass der Wortlaut des § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG wohl versehentlich nicht angepasst worden sei. Hält man diese Norm ohnehin nicht für anwendbar, bedarf es dieser Feststellung eigentlich nicht.

Die Entscheidung des OLG München ist u. E. zu begrüßen. Es wäre wertungswidersprüchlich, wenn die Normvoraussetzungen des § 71 Abs. 2 AktG durch eine abweichende Auslegung des § 237 Abs. 3 Nr. 2 AktG unterlaufen würden. In praktischer Hinsicht ließ das OLG eine eidesstattliche Versicherung des Vorstands genügen, dass der Erwerb und die Einziehung zulasten einer freien Kapitalrücklage erfolgt seien. Dies sollte die Praxis berücksichtigen.

**BGB §§ 181, 883, 2205; GBO §§ 19, 22
Geltung des § 181 BGB bei Bewilligungen gem.
§ 19 GBO; Unrichtigkeitsnachweis bei Vormerkungslöschung; Möglichkeit der „Aufladung“**

1. Das Verbot des Insichgeschäfts gilt auch für die Bewilligung des Testamentsvollstreckers zur Löschung von Rechten der Erben an seinem Grundstück.

2. Zum Unrichtigkeitsnachweis bei möglicherweise „wiederaufgeladenen“ Rückauffassungsvormerkungen. (amtliche Leitsätze)

3. Die Möglichkeit einer Wiederaufladung der Vormerkung (und damit das Scheitern des Unrichtigkeitsnachweises) kann nur dann außer Acht bleiben, wenn es sich um eine rein theoretische Möglichkeit handelt (vorliegend verneint).

4. Vgl. OLG Hamm DNotZ 2011, 691; OLG Schleswig FGPrax 2011, 72; OLG Frankfurt v. 13.4.2011 – 20 W 126/11; OLG Stuttgart v. 20.3.2012 – 8 W 98/12. (Leitsätze der DNotI-Redaktion)

Problem

Der Antragsteller hatte von seiner Mutter ein Grundstück im Wege vorweggenommener Erbfolge erworben. Ausweislich des Überlassungsvertrags war der Übernehmer bzw. dessen Erbe verpflichtet, das Vertragsobjekt im Falle unberechtigter Verfügung über das Grundstück zu Lebzeiten der Mutter bzw. ihres Ehegatten, der Eröffnung des Konkurs- oder Vergleichsverfahrens, der Anordnung der Zwangsversteigerung oder des Vorversterbens des Übernehmers zurück zu übertragen. Zur Sicherung dieser Verpflichtung wurde eine Vormerkung eingetragen. Der Rückübertragungsanspruch war vor Bedingungseintritt weder übertragbar noch vererblich.

Die Mutter und deren Ehemann waren inzwischen verstorben, die vorgenannten Rückübertragungsgründe bis zu deren Tod nicht eingetreten. Der Antragsteller beantragte als Eigentümer und zugleich als Testamentsvollstrecker über den Nachlass seines Vaters die Löschung der Vormerkung. Das Grundbuchamt verweigerte die Löschung gem. § 22 Abs. 1 GBO, weil die Möglichkeit einer Aufladung bestehe. Vielmehr seien Löschungsbewilligungen erforderlich. Darüber hinaus müsse sich der Antragsteller als Testamentsvollstrecker zur Entgeltlichkeit äußern.

Entscheidung

Das OLG München gab dem Beschwerdeführer nur teilweise recht. Es stellte zunächst klar, dass dem Testamentsvollstrecker gem. § 2205 S. 3 BGB die Befugnis zu unentgeltlichen Verfügungen fehle. Allerdings sei die **Entgeltlichkeit** im Grundbuchverfahren hinreichend **nachgewiesen, wenn die Beweggründe im Einzelnen angegeben** würden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erschienen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich seien. Dabei reiche es für die Löschung einer Buchposition, dass dargelegt werde, dass die der Vormerkung zugrunde liegende Forderung nicht mehr bestehe.

Interessant sind die Ausführungen zu § 181 BGB. Einerseits **gilt § 181 BGB für den Testamentsvollstrecker entsprekend**, obwohl er nicht Stellvertreter ist, sondern kraft eigener Amtsbefugnis handelt. Andererseits findet § 181 BGB bei amtsempfangsbedürftigen Verfahrenserklärungen keine Anwendung (so z. B. zu Handelsregisteranmeldungen BayObLGZ 1977, 76, 78 = MittBayNot 1977, 130). Im Grundbuchverfahren hat der BGH allerdings entschieden (BGHZ 77, 7 = NJW 1980, 1577 = DNotZ 1981, 22), dass ein Grundstückseigentümer, der dem Grundbuchamt gegenüber für sich und zugleich als Vertreter des Hypothekengläubigers die Löschung einer Hypothek bewillige, den Beschränkungen des § 181 BGB unterliege. Das OLG München überträgt diese Rechtsprechung auf den von ihm zu entscheidenden Fall. Zwar **stehe § 181 BGB** der Wirksamkeit der Löschungsbewilligung **nicht entgegen, wenn es sich tatsächlich nur um eine Buchposition handele** (Erfüllung einer Verbindlichkeit); anders als auf der Ebene der Entgeltlichkeit **genüge** hier aber **nicht die schlüssige Darlegung**.

Praktisch sehr bedeutsam sind die **Auswirkungen einer etwaigen „Aufladung“** der Vormerkung **auf die Möglichkeit einer Löschung wegen Unrichtigkeit gem. § 22 Abs. 1 GBO**, also ohne Löschungsbewilligung. Hierzu sind in jüngster Zeit mehrere (teilweise divergierende) Ent-

scheidungen ergangen (vgl. im Überblick Reymann, DNotZ 2012, 65; Ising, ZfIR 2012, 305 sowie die Fundstellen in LS. 4). Im Verfahren der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO muss der Antragsteller grundsätzlich lückenlos alles ausräumen, was der begehrten berichtigenden Eintragung entgegenstehen könnte; **außer Acht bleiben** dürfen jedoch **rein theoretische** und ganz entfernte **Möglichkeiten**. Die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen die Möglichkeit der Aufladung rein theoretisch ist, wurde in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte uneinheitlich beantwortet (vgl. z. B. auch OLG Hamm DNotZ 2011, 691; OLG Schleswig FGPrax 2011, 72). Das **OLG München** legt – wie die meisten anderen Gerichte – einen **strengen Maßstab** an. Auch wenn es vorliegend keinen konkreten Grund für eine Aufladung der Vormerkung erkennt, weist es auf die **Vielzahl denkbarer Lebenssachverhalte** hin, welche zu einer Aufladung geführt haben könnten. Angesichts dessen sei diese Möglichkeit nicht nur rein theoretischer Natur.

Bis zu einer Entscheidung durch den BGH sind die Anforderungen an den Unrichtigkeitsnachweis bei der Löschung einer Vormerkung weiterhin ungeklärt. Die Löschung durch Unrichtigkeitsnachweis wird häufig ausscheiden, weil sich die Möglichkeit einer Aufladung nicht formgerecht ausräumen lässt.

Aktuelles

Internationales Scheidungsrecht: Inkrafttreten der Rom-III-Verordnung

Ab dem 21.6.2012 bestimmt sich das auf die Scheidung anwendbare Recht für die Bundesrepublik Deutschland und 13 weitere Staaten der Europäischen Union nach den Regeln der sog. Rom-III-VO (Verordnung (EU) Nr. 1259/2010 des Rates vom 20.12.2010 zur Durchführung einer Verstärkten Zusammenarbeit im Bereich des auf die Ehescheidung und Trennung ohne Auflösung des Ehebandes anzuwendenden Rechts, Amtsblatt EU 2010, Nr. L 343/10). Die Kollisionsnormen der Rom-III-VO gelten als sog. **loi universelle** gem. **Art. 4 Rom-III-VO** auch dann, wenn das anzuwendende Recht nicht das Recht eines teilnehmenden Mitgliedsstaates ist. Art. 17 Abs. 1 EGBGB wird insoweit vollständig verdrängt und soll daher aufgehoben werden.

Gem. **Art. 8 Rom-III-VO** bestimmt sich das auf die Scheidung anwendbare Recht in Ermangelung einer Rechtswahl auf der Grundlage einer **Anknüpfungsleiter**, wie sie ähnlich auch in Art. 14 EGBGB enthalten ist. Vorrangig kommt das Recht des Staates zur Anwendung, in dem die Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben (lit. a). Hilfsweise gilt das Recht des Staates, in dem die Eheleute zuletzt ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten, sofern einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Anrufung des Gerichts dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (lit. b). Erst in dritter Linie ist das Recht des Staates anwendbar, dessen Staatsangehörigkeit beide Ehegatten besitzen (lit. c). Insoweit wird für deutsche Gerichte also die **Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit** der Eheleute **durch die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ersetzt**. Dies betrifft insbesondere in Deutschland lebende Ehepaare mit einer gemeinsamen ausländischen Staatsangehörigkeit, aber auch Eheleute mit gemeinsamer deutscher Staatsangehörigkeit, die im Ausland leben. Letztere sind künftig nach dem ausländischen Aufenthaltsrecht

zu scheiden. Für Eheleute mit unterschiedlicher Staatsangehörigkeit („binationale Paare“) ändert sich hingegen nichts.

Neu ist auch, dass die Eheleute das auf die Scheidung anwendbare Recht durch **Rechtswahl** bestimmen können. Im Ausland lebende deutsche Staatsangehörige können die Anwendbarkeit des ausländischen Scheidungsrechts also dadurch ausschließen, dass sie gem. Art. 5 lit. c Rom-III-VO das deutsche Heimatrecht wählen. Eheleute können auch das Recht des Staates wählen, in dem sie zum Zeitpunkt der Rechtswahl (beide) ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben bzw. zuletzt hatten (Art. 5 lit. a und b Rom-III-VO). Die in **Art. 7 Abs. 2 Rom-III-VO** enthaltene Öffnungsklausel gestattet, dass die teilnehmenden Mitgliedsstaaten für Eheleute, die beide ihren gewöhnlichen Aufenthalt in diesem Staat haben, über die gem. Art. 7 Abs. 1 Rom-III-VO erforderliche Schriftform hinaus **zusätzliche Formerfordernisse** für die Rechtswahl aufstellen. Der Referentenentwurf des BMJ für ein Ausführungsgesetz zur Rom-III-VO sieht hier vor, dass für in Deutschland lebende Eheleute das Beurkundungserfordernis für die Rechtswahl eingeführt wird (Art. 46d Abs. 1 EGBGB-Entwurf).

Im Hinblick auf das **Kollisionsrecht des Versorgungsausgleichs** enthält der Referentenentwurf in Art. 17 Abs. 3 EGBGB nunmehr eine Bezugnahme auf das nach der Rom-III-VO bestimmte Scheidungsstatut. Es bleibt allerdings weiterhin bei der schon durch das Gesetz zur Strukturreform des Versorgungsausgleichs im Jahre 2009 geschaffenen Einschränkung, wonach der Versorgungsausgleich nur durchzuführen ist, wenn deutsches Recht anzuwenden ist. Darüber hinaus ergibt sich die Möglichkeit, die Durchführung des Versorgungsausgleichs nach deutschem Recht zu beantragen, wenn einer der Ehegatten in der Ehezeit inländische Versorgungsanswartschaften erworben hat. Durch Wahl des deutschen Scheidungsstatuts nach den Regeln der Rom-III-VO kann der Anwendungsbereich des deutschen Versorgungsausgleichsgesetzes zusätzlich erweitert werden. Insofern kann die auf die Scheidung bezogene **Rechtswahl** also **Fernwirkungen für den Versorgungsausgleich** entfalten.

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