

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727; BGB § 129 – Nachträgliche Änderungen einer privatschriftlichen Urkunde; Unterschriftsbeglaubigung nach Wegfall der Vertretungsbefugnis

BGB §§ 2325, 2346 Abs. 2 – Pflichtteilsverzicht; Schenkung i. S. d. Pflichtteilsergänzungsrechts

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

BGB §§ 35, 33, 38, 60, 71 Abs. 2; WaffG §§ 15, 27 Abs. 3 – Beitragsfreiheit für Ehrenmitglieder als statutarisches Sonderrecht; Mehrheits- und Zustimmungserfordernis bei der Begründung; registerliche Prüfung einer Satzungsneufassung auf öffentlich-rechtliche Bedenken; Abschaffung des Mindestalters für Mitglieder eines Schützenvereins

BGB §§ 305c, 307 Abs. 1, Abs. 2; 309 Nr. 13 – Vertrag zugunsten Dritter; Ausschluss der Änderung des Bezugsberechtigten durch Testament oder Erbvertrag; AGB; Inhaltskontrolle

Veranstaltungen

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

ZPO § 727; BGB § 129

Nachträgliche Änderungen einer privatschriftlichen Urkunde; Unterschriftsbeglaubigung nach Wegfall der Vertretungsbefugnis

I. Sachverhalt

Vor einigen Jahren wurden Schuldanerkenntnisse zu Gunsten einer niederländischen C.V. beurkundet, die nun auf deren Rechtsnachfolger umgeschrieben werden sollen. Die ursprüngliche Gläubigerin wurde zum 31.12.2019 aufgelöst und beendet sowie am 13.1.2020 im Handelsregister gelöscht. Vorher wurden am 31.12.2019 alle Ansprüche aus den Verträgen, zu denen

auch die Schuldanerkenntnisse gehören, an eine in Barbados sitzende Gesellschaft abgetreten. Diese Verträge sind in der Abtretungserklärung nur sehr allgemein bezeichnet („alle bestehenden Verträge in allen Märkten außerhalb der USA“). Ein Bezug zu den o.g. Schuldanerkenntnissen lässt sich daraus nicht konkret ableiten. Darüber hinaus ist die Erklärung nur privatschriftlich unterzeichnet. Die Beteiligten, die das Dokument für die C.V. unterzeichnet haben, sind noch in dem Konzern tätig. Nach Möglichkeit soll eine Klarstellung der privatschriftlichen Urkunde sowie eine Beglaubigung der Unterschriften erfolgen.

II. Fragen

1. Kann die Unklarheit einer Erklärung vom Unterzeichner noch behoben werden, wenn die von ihm bei Unterzeichnung der Erklärung vertretene Gesellschaft mittlerweile gelöscht ist? Kommt es darauf an, ob die Berichtigung der Urkunde vor oder nach der Beglaubigung erfolgt?

2. Können die Unterschriften unter einer Erklärung auch noch zu einem Zeitpunkt beglaubigt werden, in dem die mit der Unterschrift vertretene Gesellschaft nicht mehr existiert? Ist Zweck der Beglaubigung der Unterschrift für Zwecke des § 727 ZPO nur die Feststellung der Identität des Unterzeichners oder muss im Zeitpunkt der Beglaubigung die Vertretungsbefugnis noch bestehen?

III. Zur Rechtslage

1. Allgemeine Grundsätze zur Unterscheidung zwischen der Form der Erklärung und deren Beweiskraft

Allgemein wird die nachträgliche Änderung einer öffentlich beglaubigten Erklärung als möglich angesehen. Diskutiert werden dabei vor allem Fälle nachträglicher Änderungen durch den Unterzeichner (BeckOGK-BeurkG/Theilig, Std.: 1.7.2021, § 40 Rn. 55; Kindler, in: Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 31 Rn. 70). Hierbei ist zwischen der Form der Erklärung und deren Beweiskraft zu unterscheiden.

a) Form des § 129 BGB

Die nachträgliche Änderung führt nach ganz überwiegender Meinung nicht zu einer Formunsirksamkeit; die Erklärung **bleibt eine öffentlich beglaubigte Erklärung** (KG DNotZ 2013, 129; OLG Brandenburg FGPrax 2010, 210; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2006, 767; MünchKommBGB/Einsele, 8. Aufl. 2018, § 129 Rn. 5; BeckOGK-BGB/Scheller, Std.: 1.5.2021, § 129 Rn. 48; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 163). Hintergrund hierfür ist, dass die Form des § 129 BGB nur erfordert, dass die unter dem Text stehende Unterschrift beglaubigt wird. Über den Text trifft der Beglaubigungsvermerk dagegen keine Aussage. In begründeten Ausnahmefällen ist es nach § 40 Abs. 5 BeurkG sogar möglich, eine Blankounterschrift zu beglaubigen, woraus sich schließen lässt, dass nachträgliche Änderungen am Text mit der Form der Unterschriftsbeglaubigung nicht schlechthin unvereinbar sind.

Die frühere Rechtsprechung (KG OLGE 3, 306; OLGE 7, 336; KGJ 22, A 125; KGJ 29, A 116; KGJ 35, A 227; OLG Celle RPflegler 1984, 230), nach der eine nachträgliche Änderung nur dann möglich war, wenn hierüber eine gesonderte Urkunde mit erneutem Beglaubigungsvermerk errichtet wurde (wobei die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens selbstverständlich ist, sodass die eigentliche Aussage dieser Rechtsprechung war, dass nachträgliche Änderungen im Übrigen nicht möglich waren), ist vor diesem Hintergrund nicht mehr aktuell (OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2006, 767; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 48; Schöner/Stöber, Rn. 163).

b) Beweiskraft

Allerdings kann die **Beweiskraft** einer solchermaßen abgeänderten Urkunde **eingeschränkt** sein. Insbesondere soll das Grundbuchamt eine solche Urkunde zurückweisen können, wenn der Verdacht besteht, dass die Urkunde von einer anderen Person als dem Aussteller und ohne dessen Zustimmung abgeändert wurde (KG DNotZ 2013, 129; LG Itzehoe DNotZ 1990, 519, 520; MünchKommBGB/Einsele, § 129 Rn. 5; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 50; Schöner/Stöber, Rn. 163; vgl. auch Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, 8. Aufl. 2020, § 40 Rn. 38). Die Beglaubigung ist nur hinsichtlich des Beglaubigungsvermerks öffentliche Urkunde, die die Vermutung begründet, dass die beglaubigte Unterschrift echt ist, § 418 Abs. 1 ZPO. Die Echtheit der Unterschrift führt gem. § 440 Abs. 2 ZPO wiederum zur Vermutung, dass auch der Text über der Unterschrift echt ist; diese Vermutung ist jedoch dann **entkräftet**, wenn die Urkunde – wie **bei Änderungen** möglich – mit äußeren Mängeln behaftet ist (OLG Brandenburg FGPrax 2010, 210; OLG Frankfurt a. M. DNotZ 2006, 767; MünchKommBGB/Einsele, § 129 Rn. 5; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 37; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 49). Eine erkennbar vor Vornahme des Beglaubigungsvermerks erfolgte Änderung ist vom Beglaubigungsvermerk erfasst und nimmt an der Beweiskraft uneingeschränkt teil (Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 37). Eine rein redaktionelle Änderung soll hingegen noch nicht einmal eine Textänderung im hier relevanten Sinn sein, sodass solche Änderungen auch nach Beglaubigung nicht schaden (OLG Celle RPflegler 1984, 230, 231; LG Itzehoe DNotZ 1990 519, 520; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, § 40 Rn. 37; BeckOGK-BGB/Scheller, § 129 Rn. 49).

Die für das Grundbuchamt entwickelten Grundsätze wird man auch für das Verfahren nach § 727 ZPO übertragen können. Ist daher dem Notar bekannt, dass die Urkunde nach der Beglaubigung verändert wurde, so hat dies Auswirkungen auf deren Beweiswert und der Notar kann sie im Verfahren nach § 727 ZPO nicht ohne Weiteres zu Grunde legen.

2. Unterscheidung der materiell-rechtlichen Zulässigkeit von Änderungen einerseits und Form- und Beweiskraftfragen andererseits

Die vorgenannten Fälle betreffen jedoch – soweit ersichtlich – allesamt Konstellationen, in denen sich keine Fragen nach einer etwaigen Vertretungsmacht des Unterzeichners stellen, weil entweder von vorneherein im eigenen Namen gehandelt worden war oder weil die Vertretungsbefugnis noch fortgalt. Ist die Vertretungsbefugnis des Vertreters in der Zwischenzeit erloschen, ist bereits unabhängig von den beweisrechtlichen Fra-

gen zu prüfen, ob der Vertreter eine solche Erklärung nach materiellem Recht überhaupt abgeben kann bzw. darf. Fehlt es schon hieran, kommt es auf die Form der öffentlichen Beglaubigung ebenso wenig an, wie darauf, welche Auswirkung die nachträgliche Änderung auf die Beweiskraft hat.

Für die materielle Rechtslage ist u. E. zu differenzieren: Handelt es sich um eine **materielle Änderung** der ursprünglichen Erklärung, liegt genau genommen eine **neue Willenserklärung** vor, die nach § 164 BGB zwar auch durch einen Vertreter abgegeben werden kann; dieser **benötigt** hierfür aber Vertretungsmacht („innerhalb der ihm zustehenden **Vertretungsmacht**“, § 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Allein aus der Bevollmächtigung bzw. organschaftlichen Vertretungsbefugnis zur Abgabe der ursprünglichen Erklärung folgt noch keine Vollmacht zur späteren Abänderung der Erklärung mit Wirkung für und gegen den Vertretenen. Insoweit kommt es nicht auf denjenigen an, der tatsächlich gehandelt hat, sondern auf den, für den die Erklärung rechtlich wirksam war (§ 164 Abs. 1 S. 1 BGB). Eine Änderung einer einmal abgegebenen Erklärung ist daher nur vom Vertretenen oder einem in diesem Moment vertretungsbefugten Vertreter zulässig. Daran fehlt es, wenn die Gesellschaft mittlerweile erloschen ist und dementsprechend auch die Bestellung nicht mehr besteht.

Liegt dagegen lediglich eine **Richtigstellung** vor, handelt es sich u. E. um eine **Wissenserklärung**. Der Unterzeichner kann dann als an der damaligen Urkunde Mitwirkender aufgrund seiner Sachnähe und besseren Kenntnis der Umstände z.B. die Wissenserklärung abgeben, welcher Kontext damals berücksichtigt worden war oder welche Fallgruppe gemeint war (aber ggf. falsch bezeichnet wurde). Es bedarf insbesondere nicht der Einhaltung der Voraussetzungen des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB, weil die Wissenserklärung **im eigenen Namen** abgegeben wird. Für die Praxis, in der ein klarstellender Vermerk oft gerade deswegen erfolgt, weil die Auslegung nicht klar genug ergibt, was eigentlich die Grenze der bisherigen Willenserklärung ist und ob der in Frage stehende Sachverhalt daher erst im Wege einer Änderung oder doch durch Klarstellung unter die Regelung zu fassen ist, hilft diese Abgrenzung freilich nur beschränkt weiter. Solange Unsicherheiten verbleiben, dürfte u. E. das Gebot des sichersten Weges zum Ergebnis führen, dass – sofern nicht klar ist, dass es sich lediglich um eine Klarstellung handelt – eine entsprechende Erklärung materiell-rechtlich nicht ohne Risiko für den Vertreter (§§ 177 ff. BGB) abgegeben werden kann. Die genaue Beurteilung, was die Aussage der ursprünglichen Abtretungserklärung war und worin lediglich eine Klarstellung liegt, ist eine Tatfrage, die für jeden Einzelfall gesondert beurteilt werden muss.

Die materiell-rechtliche Ebene kann wiederum Auswirkungen auf vom Notar zu beachtende Vorschriften über die Unterschriftsbeglaubigung haben. Zwar muss er nicht die materiell-rechtliche Wirksamkeit der Erklärung prüfen. Er hat aber die Beglaubigung zu verweigern, wenn Gründe bestehen die Amtstätigkeit zu versagen, insbesondere wenn mit der zu beglaubigenden Erklärung erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke unterstützt werden oder wenn die Urkunde offensichtlich materiell-rechtlich unwirksam ist (Kindler, § 31 Rn. 370).

3. Übertragung auf den vorliegenden Fall

Überträgt man die vorstehenden Grundsätze auf den vorliegenden Fall, ergibt sich u. E. Folgendes:

- **Materiell-rechtlich** kommt es u. E. darauf an, ob der Vertreter sich im Rahmen der (redaktionellen) Richtigstellung bewegt und somit lediglich eine Wissenserklärung abgibt (dann ist keine Vertretungsmacht erforderlich) oder ob eine Änderung durch eine weitere Erklärung erfolgt (die Vertretungsmacht erfordert). Bestehen Zweifel ist dem Vertreter aus notarieller Sicht zu raten, von einer solchen Erklärung Abstand zu nehmen.

- Für die **Form des § 129 BGB** kommt es dagegen nicht darauf an, wann die Erklärung über dem Beglaubigungsvermerk erstellt wurde oder ob danach Änderungen am Text vor dem Beglaubigungsvermerk vorgenommen wurden.

- Dieser Aspekt kann aber auf der Ebene der **Beweiskraft** Auswirkungen haben. Die Rechtsnachfolge muss gem. § 727 Abs. 1 ZPO – sofern sie nicht offenkundig ist – durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden dem Klauselerteilungsorgan nachgewiesen werden. Vorliegend muss der Nachweis über die Abtretung geführt werden; ein solcher Nachweis ist nur möglich, wenn die Abtretung wirksam war, also insbesondere auch die notwendige Vertretungsmacht vorlag und die abgegebenen Erklärungen die Abtretung decken. Die Prüfungspflicht des Notars umfasst daher auch die Vertretungsmacht zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärungen. Ob diese nach Zugang der Erklärung weggefallen ist, ist nach allgemeinen Grundsätzen unbeachtlich, da die Abtretung mit Zugang der letzten der beiden Erklärungen wirksam wird (§ 130 BGB). Kommt es zu einer nachträglichen Änderung, muss allerdings die Vertretungsmacht zu diesem Zeitpunkt noch bestehen.

Erteilt der Notar die Vollstreckungsklausel obwohl die erforderlichen Nachweisurkunden fehlen, begeht er eine Amtspflichtverletzung und kann hierfür ggf. haften (MünchKommZPO/Wolfsteiner, 6. Aufl. 2020, § 724 Rn. 54). Liegen die notwendigen Nachweise nicht oder

nicht in der erforderlichen Form vor, muss der Notar daher die Umschreibung der Vollstreckungsklausel verweigern. Vor der endgültigen Zurückweisung des Antrags sollte der Antragsteller jedoch auf die noch fehlenden Nachweise aufmerksam gemacht werden, um ihm zu ermöglichen diese nachzureichen. Sind also die **Nachträge** offensichtlich oder für den Notar offenkundig **nach dem Beglaubigungsvermerk** vorgenommen worden und gehen diese über redaktionelle Änderungen hinaus, kann die **fehlende Beweiskraft** der Urkunde in diesem Fall dazu führen, dass der Notar die Klausel nicht erteilen darf. Liegen nur die ursprünglichen Erklärungen vor, sind diese jedoch zwischenzeitlich beglaubigt worden (siehe hierzu sogleich), obliegt es dem Notar zu beurteilen, ob sich aus diesen die Rechtsnachfolge ergibt. Kann die Rechtsnachfolge nicht nach § 727 ZPO nachgewiesen werden, verbleibt dem Gläubiger lediglich die Möglichkeit des § 731 ZPO, in dessen Verfahren alle Beweismittel zulässig sind.

4. Nachträgliche Beglaubigung bei erloschenem Rechtsträger

Die nachträgliche Beglaubigung der Unterschriften ist – wie bereits erwähnt – ohne Weiteres möglich. Bereits die Zulässigkeit der Anerkennung einer Unterschrift weist auf die grundsätzliche Möglichkeit hin, dass Unterschriftsleistung und Beglaubigungszeitpunkt auseinanderfallen können. Insbesondere könnte also die privatschriftliche – damals mit Vertretungsmacht erstellte – Erklärung nachträglich mit einem Beglaubigungsvermerk versehen werden, wenn die damaligen Unterzeichner vor dem Notar anerkennen, dass es sich hierbei um ihre Unterschriften handelt.

Auch wenn § 727 ZPO den Notar grundsätzlich verpflichtet, die Rechtsnachfolge zu prüfen, was grundsätzlich auch das Bestehen der Vertretungsmacht zum relevanten Zeitpunkt beinhaltet, bedeutet dies **nicht zwingend**, dass die **Vertretungsmacht im Zeitpunkt der Anerkennung der Unterschrift** vorliegen muss. Lag die Vertretungsmacht zum Zeitpunkt der Abgabe der privatschriftlichen Erklärung vor, dürfte dies grundsätzlich genügen. Denn das Anerkenntnis „vor dem Notar ist keine Willenserklärung, die erst mit dem Zugang an einen Erklärungsempfänger wirksam wird, sondern nur eine Tatsachenmitteilung zur Echtheit der Unterschrift an den Notar, sodass dieser im Beglaubigungsvermerk die Echtheit der Unterschrift nach Prüfung der Identität des Anerkennenden bezeugen kann“ (OLG Köln MittBayNot 1994, 83; Winkler, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 40 Rn. 33; vgl. auch DNotI-Report 2015, 153). Auch wenn man davon ausgeht, dass für die Anerkenntniserklärung – da es sich zwar um einen Realakt, aber auch um eine Verfahrenshandlung handelt – Geschäftsfähigkeit erforderlich ist (DNotI-

Report 2015, 153, 154; Staudinger/Herrler, BGB, 2017, § 129 Rn. 80), ist eine Vertretungsmacht für diese Erklärung nach allgemeinen Grundsätzen nicht erforderlich. Denn die im Namen des Vertretenen abgegebene Erklärung ist in diesem Fall bereits abgegeben. Vor dem Notar wird lediglich eine Erklärung des Inhalts abgegeben, dass dies die Unterschrift des Unterzeichners sei; diese Erklärung ist keine Willenserklärung, deren Folgen den Vertretenen treffen, sondern eine **Wissenserklärung** über eigenes Wissen des Unterzeichners. Dass im Beglaubigungszeitpunkt mangels Existenz des Rechtsträgers keine Vertretungsmacht mehr vorliegt, ist daher aus unserer Sicht unschädlich.