

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

22. Jahrgang
Februar 2014
ISSN 1434-3460

4/2014

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2032, 2033, 1935, 2094 – Übergang eines Anteils an einer Erbengemeinschaft auf die beiden Miterben dieser Erbengemeinschaft; Rechtsfolgen des Übergangs

ZPO §§ 797 Abs. 2, 733, 795, 724; BeurkG §§ 44, 47, 49, 52 – Erteilung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung nach Durchtrennung der Siegelschnur; erneute Verbindung durch Schnur und Siegel; „Reparatur“ der ersten vollstreckbaren Ausfertigung

Gutachten im Abrufdienst

Rechtsprechung

GmbHG §§ 15 Abs. 3, 16, 40 – Einreichung einer Gesellschafterliste durch ausländischen Notar; Wirksamkeit der Beurkundung durch Notar mit Sitz in Basel/Schweiz

HUP Art. 18; EuUnthVO Art. 15 – Wirksamkeit einer Unterhaltsvereinbarung im deutsch-schweizerischen Verhältnis

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Rechtsanwalt und Notar Karl-Heinz Rennert Beiratsmitglied des Deutschen Notarinstituts † 31.1.2014

Der Beirat und die Mitarbeiter des Deutschen Notarinstituts (DNotI) trauern um ihr langjähriges Beiratsmitglied, Rechtsanwalt und Notar Karl-Heinz Rennert, Dortmund.

Herr Rechtsanwalt und Notar Karl-Heinz Rennert war seit April 2003 Mitglied des DNotI-Beirats und stand der Institutsleitung viele Jahre beratend zur Seite. Er begleitete über zehn Jahre die Entwicklung des Deutschen Notarinstituts. Durch seinen unerwarteten Tod verlieren wir ein engagiertes und kompetentes Beiratsmitglied.

Das Deutsche Notarinstitut ist Herrn Rennert zu bleibendem Dank verpflichtet. Wir werden ihm stets ein ehrendes Andenken bewahren.

Axel Adamietz
(Vorsitzender des Beirats des DNotI)

Sebastian Herrler
(Geschäftsführer des DNotI)

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

BGB §§ 2032, 2033, 1935, 2094 Übergang eines Anteils an einer Erbengemeinschaft auf die beiden Miterben dieser Erbengemeinschaft; Rechtsfolgen des Übergangs

I. Sachverhalt

Mutter (M), Sohn (S) und Tochter (T) bildeten aufgrund gesetzlicher Erbfolge eine Erbengemeinschaft nach dem

verstorbenen Vater (V), an der S und T zu gleichen Anteilen beteiligt waren. Der Nachlass besteht nur mehr aus einem Grundstück, das dem V als Alleineigentümer gehört hatte.

M ist nun ebenfalls verstorben und von ihren Kindern S und T kraft Gesetzes je zur Hälfte beerbt worden. S und T möchten den „Anteil“ der verstorbenen Mutter „am Grundstück“ auf E (die Tochter von S und Enkeltochter von V und M) übertragen.

II. Frage

Existiert der Erbteil von M am Nachlass ihres verstorbenen Ehemannes V weiterhin oder ist der Erbteil mit dem Tod der M dadurch untergegangen, dass S und T (die zu-

gleich als einzige weitere Miterben zu gleichen Teilen am Nachlass des V beteiligt waren) ihn durch Erbfolge erworben haben?

III. Zur Rechtslage

1. Rechtsnatur der Untererbengemeinschaft

Wird der Erblasser von mehreren Personen beerbt, entsteht eine Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft (§ 2032 Abs. 1 BGB). Der einzelne Miterbe kann dabei nicht über seinen „Anteil“ an einzelnen Nachlassgegenständen verfügen (vgl. § 2033 Abs. 2 BGB), sondern nur die Erbengemeinschaft als solche über den Gegenstand an sich (vgl. § 2040 Abs. 1 BGB). Verstirbt einer der Miterben der Erbengemeinschaft und wird er durch mehrere Erben beerbt, treten diese Miterben in gesonderter Miterbengemeinschaft (sog. Untererbengemeinschaft) an seine Stelle (MünchKommBGB/Gergen, 6. Aufl. 2013, § 2032 Rn. 3; Staudinger/Werner, BGB, Neubearb. 2010, § 2032 Rn. 2).

Mehrere Erben als Miterben bilden somit eine **gesamthänderische Gruppierung innerhalb der (Ober-)Erbengemeinschaft** und können über den ererbten Anteil an dieser Obererbengemeinschaft als Nachlassgegenstand des zweiten Nachlasses gem. § 2040 Abs. 1 BGB nur gemeinsam verfügen. Eine Verfügung des einzelnen Erbes über „seinen“ Anteil an diesem Erbteil, d. h. den ererbten Anteil an der Miterbengemeinschaft als Nachlassgegenstand des zweiten Nachlasses, ist dagegen nicht möglich (RGZ 162, 397, 401; MünchKommBGB/Gergen, § 2033 Rn. 5). Dies gilt zumindest so lange, bis die Erbengemeinschaft in Bezug auf diesen Nachlassgegenstand – bspw. durch Bildung von Bruchteilseigentum – auseinandergesetzt worden ist.

2. Untererbengemeinschaft auch bei Beerbung durch sämtliche Miterben?

Vorliegend besteht die Besonderheit, dass sämtliche Erbeserben (S und T als Erben zu je $\frac{1}{2}$) neben der verstorbenen M die einzigen Erben (zu je $\frac{1}{4}$) der ersten Erbengemeinschaft (nach dem Tod des V) sind. Durch den Tod der M könnte damit ihr Anteil an der Erbengemeinschaft nach V dergestalt auf ihre Erben S und T übergegangen sein, dass diese nunmehr als Mitglieder einer Untererbengemeinschaft nach M deren Anteil an der Obererbengemeinschaft in gesamthänderischer Bindung hielten. Alternativ käme in Betracht, dass der Anteil der M an der Erbengemeinschaft nach V den beiden Erbeserben S und T im Verhältnis ihrer Erbteile (also zu je $\frac{1}{2}$) angewachsen und mit dem jeweils bereits vorhandenen Anteil an der Erbengemeinschaft nach V verschmolzen wäre. Letzteres hätte zur Folge, dass S und T jeweils nur noch einen einheitlichen Erbanteil nach V zu $\frac{1}{2}$ innehätten.

a) Lebzeitige (rechtsgeschäftliche) Erbteilsübertragung

Soweit ersichtlich, wird die vorstehend beschriebene Konstellation weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur ausdrücklich erörtert. Es finden sich lediglich vereinzelte Stellungnahmen zu dem Fall, dass der Anteil des Miterben an einer Erbengemeinschaft nicht im Wege der Erbfolge, sondern durch **rechtsgeschäftliche Erbteilsübertragung** (§ 2033 BGB) auf die Miterben dieser Erbengemeinschaft übergeht. In einem **Beschluss** aus dem Jahre **1980** hat das **BayObLG** (BayObLGZ 1980, 328, 330 = DNotZ 1981, 292) noch offengelassen, ob dann eine Verschmelzung des bereits bestehenden mit dem hinzuerworbenen Erbanteil stattfindet. Dagegen hat

es in einem **Beschluss** aus dem Jahre **1991** (BayObLGZ 1991, 146, 149 = DNotZ 1992, 255) angenommen, dass die rechtsgeschäftliche Übertragung im Wege der **Anwachsung** zu einer Vergrößerung des bereits gehaltenen Erbanteils führt (a. A. jedoch MünchKommBGB/Küpper, § 2007 Rn. 2; Staudinger/Marotzke, § 2007 Rn. 16: Hinzuerwerb führt stets zum Entstehen gesonderter Erbteile). Im Zusammenhang mit der **Ausübung des Miterbenvorkaufsrechts gem. § 2034 BGB** entspricht es – soweit ersichtlich – allgemeiner Auffassung, dass die Miterben, die das Vorkaufsrecht geltend gemacht haben, den betreffenden Anteil im Verhältnis ihrer Erbteile durch Anwachsung erwerben (vgl. §§ 1935, 2094 BGB; BGH NJW 1983, 2142, 2143; BayObLGZ 1980, 328, 330; BeckOK-BGB/Lohmann, Std.: 1.11.2013, § 2034 Rn. 10; MünchKommBGB/Gergen, § 2034 Rn. 36).

Auch wenn eine höchstrichterliche Klärung der Frage noch aussteht, dürfte u. E. daher davon auszugehen sein, dass Miterben, die einen weiteren Anteil an der Erbengemeinschaft rechtsgeschäftlich erwerben, künftig nur noch einen einzigen **vereinigten Erbteil** halten (so ausdr. auch Haegle, BWNNotZ 1971, 129, 136).

b) Erbteilerwerb von Todes wegen

Ob dies auch gilt, wenn die Miterben den Anteil an der Erbengemeinschaft im Wege der Erbfolge erwerben, erscheint uns dagegen **sehr zweifelhaft**. Gegen eine Übertragung der für den rechtsgeschäftlichen Erwerb geltenden Grundsätze spricht, dass der Erbengemeinschaft beim Erwerb von Todes wegen **alle Nachlassgegenstände zur gesamten Hand** zustehen (§ 2032 BGB) und es für eine Zuweisung einzelner Gegenstände an einen Miterben grundsätzlich einer entsprechenden (Teil-)Erbauseinandersetzung bedarf. Nähme man eine automatische Verschmelzung des ererbten Erbteils mit den bereits vorhandenen Erbteilen an, wäre eine Auseinandersetzung insoweit nicht mehr erforderlich und die Miterben könnten eine der quotalen Erbeinsetzung zuwiderlaufende Entscheidung gar nicht mehr treffen (z. B. dahingehend, dass einer von ihnen den Erbteil hinsichtlich der Untererbengemeinschaft allein übernehmen soll).

3. Ergebnis

Unseres Erachtens spricht daher viel dafür, dass der **Erbteil nach V** auch nach dem Tod der M als **selbständiger Erbteil** in deren Nachlass erhalten geblieben ist und nunmehr durch gemeinschaftliche Verfügung von S und T auf E übertragen werden kann (§ 2040 BGB).

Folgt man dem nicht, ließe sich mit der zur rechtsgeschäftlichen Erbteilsübertragung entwickelten Meinung von *Haegle* (BWNNotZ 1971, 129, 137 unter Bezug etwa auf Römer, MittRhNotK 1957, 405) evtl. von der Möglichkeit ausgehen, „den *vereinigten Erbteil durch entsprechende Verfügungen (Übertragung, Verpfändung) wieder in die ursprünglichen mehreren Anteile zu zerlegen, falls nicht alle Erbteile in einer Person vereinigt worden sind und die Erbengemeinschaft damit ein Ende gefunden hat*“.

Im Übrigen hinderte eine etwaige Vereinigung der Erbteile den Inhaber des vereinigten Erbteils nicht daran, einen Bruchteil davon weiter zu übertragen (BGH NJW 1963, 1610; BayObLG NJW 1968, 505; LG Landau NJW 1954, 1647; Staudinger/Werner, § 2033 Rn. 7; MünchKommBGB/Gergen, § 2033 Rn. 9). Neben der Erbteilsübertragung könnte daher **ggf. hilfsweise** eine entsprechende **Bruchteilsübertragung** erfolgen.

ZPO §§ 797 Abs. 2, 733, 795, 724; BeurkG §§ 44, 47, 49, 52

Erteilung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung nach Durchtrennung der Siegelschnur; erneute Verbindung durch Schnur und Siegel; „Reparatur“ der ersten vollstreckbaren Ausfertigung

I. Sachverhalt

An der vollstreckbaren Ausfertigung einer Grundschuldbestellungsurkunde hat die Gläubigerin nach eigener Erklärung versehentlich die Siegelschnur durchtrennt. Sie gibt dem Notar die beschädigte Ausfertigung zurück und bittet ihn um Erteilung einer neuen vollstreckbaren Ausfertigung. Abgesehen von der durchtrennten Siegelschnur ist die ursprüngliche Ausfertigung unversehrt.

II. Frage

Darf der Notar die Siegelung der zurückgegebenen vollstreckbaren Ausfertigung wiederherstellen oder muss er eine neue vollstreckbare Ausfertigung erteilen und dabei § 797 Abs. 3 i. V. m. § 733 ZPO beachten?

III. Zur Rechtslage

1. Regelungsgehalt von § 44 BeurkG

Soweit eine Urkunde aus mehreren Blättern besteht, sollen diese gem. § 44 S. 1 BeurkG mit **Schnur und Prägesiegel** verbunden werden. Eine fehlende oder falsche Heftung der Urkunde beeinträchtigt allerdings deren Wirksamkeit nicht, da § 44 BeurkG **nur eine Sollvorschrift** enthält (Staudinger/Hertel, BGB, Neubearb. 2012, Vor §§ 127a, 128 Rn. 631; Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 44 Rn. 11; Lerch, BeurkG, 4. Aufl. 2011, § 44 Rn. 1; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 44 BeurkG Rn. 1; Heinemann, in: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2012, § 44 Rn. 12; Preuß, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, 6. Aufl. 2013, § 44 BeurkG Rn. 6). In der prozessrechtlichen Literatur schließt sich dieser Ansicht *Huber* (in: Musielak, ZPO, 10. Aufl. 2013, § 415 Rn. 8) an. Nach Ansicht von *Schreiber* (in: MünchKommZPO, 4. Aufl. 2012, § 415 Rn. 21) sind jedoch **nur formgerechte Urkunden öffentliche Urkunden i. S. v. § 415 ZPO**, wobei zu den Voraussetzungen der öffentlichen Urkunde auch die Verbindung mehrerer Blätter mit Schnur und Prägesiegel gehöre. Diesen Standpunkt vertritt ebenso das OLG Schleswig (DNotZ 1972, 556): Wenn mehrere Bogen einer Ausfertigung nicht durch Schnur und Siegel, sondern durch Klebestreifen miteinander verbunden seien, sei die Urkunde nicht „in der vorgeschriebenen Form“ i. S. d. § 415 ZPO aufgenommen.

Ungeachtet der Wirksamkeit der Ausfertigung kann ein Verstoß gegen § 44 BeurkG den **Beweiswert** der Urkunde beeinträchtigen (OLG Schleswig DNotZ 1972, 556; Staudinger/Hertel, Vor §§ 127a, 128 Rn. 631; Eylmann/Vaasen/Limmer, § 44 BeurkG Rn. 2; Winkler, § 44 Rn. 11). Zudem bedeutet der Verstoß gegen § 44 BeurkG eine Amtspflichtverletzung (Eylmann/Vaasen/Limmer, § 44 BeurkG Rn. 1). Erkennt der Notar im Nachhinein, dass die von ihm gefertigte Heftung einer notariellen Urkunde falsch ist, trifft ihn u. E. die **Pflicht**, diesen Fehler zu beseitigen und eine **richtige Heftung** der verschiedenen Blätter der Niederschrift **nach § 44 BeurkG herzustellen** (vgl. Heinemann, § 44 Rn. 12). Dabei dürfte der Notar erneut zu prüfen haben, ob die Abschrift mit der Urschrift (nach wie vor) übereinstimmt (vgl. § 49 Abs. 1 BeurkG); er müsste

also die zurückgegebene beschädigte Ausfertigung mit der ihm vorliegenden Urschrift der Niederschrift vergleichen (s. dazu Winkler, § 49 Rn. 6, § 42 Rn. 14).

2. Erneute Verbindung durch Schnur und Siegel

Vorliegend dürfte der Notar ebenfalls verpflichtet sein, die Verbindung der Blätter durch Schnur und Siegel wiederherzustellen. Dabei geht es allerdings nicht darum, dass der Notar im Nachhinein die falsche Heftung seiner Urkunde feststellt. Die Heftung erfolgte ursprünglich vielmehr entsprechend den Vorgaben des § 44 BeurkG; die Gläubigerin hat die Siegelschnur lediglich nachträglich durchtrennt.

a) Fortbestehende Wirksamkeit der Ausfertigung

Ob die Ausfertigung bei nachträglicher **Veränderung durch einen Dritten** in gleicher Weise wirksam bleibt wie bei einem ursprünglichen Verstoß des Notars gegen § 44 BeurkG, ist in Rechtsprechung und Literatur bisher nicht erörtert worden.

Für den **Testamentswiderruf** bringt § 2255 BGB zum Ausdruck, dass eine Veränderung der Urkunde jedenfalls dann zur Aufhebung der Wirkung des darin enthaltenen Rechtsgeschäfts führen kann, wenn sie **subjektiv mit Aufhebungswillen** vorgenommen wird (vgl. MünchKommBGB/Hagena, 6. Aufl. 2013, § 2255 Rn. 4). Übertragen auf die Ausfertigung könnte dies bedeuten, dass die Beseitigung der Siegelschnur die Wirksamkeit der Ausfertigung vernichtet, wenn sie in entsprechender Absicht erfolgt. Allerdings ist der Grund der nicht ordnungsgemäßen Verbindung **für den Rechtsverkehr i. d. R. nicht erkennbar**. Dies gilt bei nachträglicher Zerstörung erst recht für eine gegebene oder fehlende Beseitigungsabsicht. Die Wertung des § 2255 BGB lässt sich u. E. auch deshalb nicht verallgemeinern, weil die Norm eine **Spezialvorschrift für letztwillige Verfügungen** darstellt; die Verwirklichung des Erblasserwillens steht daher in besonderem Maße im Vordergrund, Verkehrsinteressen treten dagegen zurück. Bei der Ausfertigung steht anders als im Fall des § 2255 BGB im Übrigen nicht die materielle Wirkung des Rechtsgeschäfts in Frage, sondern es geht lediglich um das Vertreten der Urschrift im Rechtsverkehr (§ 47 BeurkG) und die prozessuale Vollstreckbarerklärung des Titels (§ 52 BeurkG, §§ 795, 724 ff. ZPO). Vorliegend kommt hinzu, dass die Verbindung der Blätter zwar nachträglich von einem Dritten aufgehoben wurde, allerdings **lediglich aus Versehen** und damit ohne Beseitigungsabsicht.

Im Ergebnis ändert u. E. daher die nachträgliche Aufhebung der Verbindung nichts an der Wirksamkeit der Ausfertigung, zumal auch der anfängliche Verstoß gegen § 44 BeurkG die Wirksamkeit der betreffenden Ausfertigung nach h. M. nicht beeinträchtigt. Der Beweiswert der Urkunde ist indes nach Durchtrennung der Siegelschnur herabgesetzt (vgl. Winkler, § 44 Rn. 1, 11).

b) Vorgehen des Urkundsnotars

Unter der Prämisse einer weiterhin wirksamen Ausfertigung dürfte der Notar verpflichtet sein, den nachträglichen Verstoß gegen § 44 BeurkG zu beseitigen, sollte er davon Kenntnis erlangen und ihm die Ausfertigung zur Verfügung gestellt werden. Dabei genügt es u. E. grundsätzlich, dass der Notar überprüft, ob die Abschrift mit der Urschrift unverändert übereinstimmt, und die verschiedenen Blätter der Ausfertigung **erneut mit Schnur und Siegel verbindet**. Es mag sich darüber hinaus im Interesse der Transparenz anbieten, die erneute Heftung in einem

besonderen Vermerk ausdrücklich offenzulegen; darin kann der Notar u. a. die (unveränderte) Übereinstimmung der Ausfertigung mit der Urschrift zum Ausdruck bringen. Alternativ in Betracht kämen (auf Antrag) die Einziehung der bisherigen Vollstreckungsklausel, die Vernichtung der bisherigen Ausfertigung sowie – unter Einhaltung der üblichen Voraussetzungen (hierzu sogleich Ziff. 3) – die Erteilung einer neuen (ersten) vollstreckbaren Ausfertigung zugunsten der Gläubiger unter Beachtung des § 44 BeurkG.

3. Exkurs: keine „weitere vollstreckbare Ausfertigung“

Sollte der Notar vorliegend die Vollstreckungsklausel einziehen, die Ausfertigung vernichten und im Anschluss daran eine neue (erste) vollstreckbare Ausfertigung zugunsten der Gläubigerin erteilen, läge darin u. E. keine Erteilung einer „weiteren vollstreckbaren Ausfertigung“ gem. §§ 733, 797 Abs. 3 ZPO.

Eine weitere vollstreckbare Ausfertigung i. S. d. § 733 ZPO liegt nur dann vor, **wenn die zuerst erteilte Ausfertigung nicht zurückgegeben wird** und die Gläubigerin eine weitere vollstreckbare Ausfertigung beantragt. Da die Gläubigerin vorliegend die erste vollstreckbare Ausfertigung zurückgegeben hat, ist aber sichergestellt, dass im Rechtsverkehr **nur eine einzige vollstreckbare Ausfertigung im Umlauf** ist und der Schuldner keine ungerechtfertigte doppelte Vollstreckung fürchten muss (vgl. auch Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn. 41.14). Die besonderen Voraussetzungen der §§ 733, 797 Abs. 3 ZPO sind somit nicht einzuhalten (vgl. zu diesen Voraussetzungen allg.: Gutachten DNotI-Report 2013, 153; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl. 2002, § 733 Rn. 2; MünchKommZPO/Wolfsteiner, 4. Aufl. 2012, § 733 Rn. 9; Zöller/Stöber, ZPO, 30. Aufl. 2014, § 733 Rn. 3).

Die Anforderungen der §§ 733, 797 Abs. 3 ZPO sind erst recht nicht zu beachten, wenn man die fortwährende Wirksamkeit der (ersten) vollstreckbaren Ausfertigung bejaht, der Notar die Ausfertigung nach Rückgabe daher lediglich „repariert“, indem er die einzelnen Blätter nach erneuter Prüfung mit Schnur und Siegel verbindet und auf diese Weise den Beweiswert der bereits erteilten Ausfertigung wiederherstellt.

4. Fazit

Die Wirksamkeit der vollstreckbaren Ausfertigung besteht grundsätzlich auch dann fort, wenn die Gläubigerin die Siegelschnur der Ausfertigung versehentlich durchtrennt. Gibt die Gläubigerin die (erste) vollstreckbare Ausfertigung an den zuständigen Notar zurück, ist dieser – nach Prüfung ihrer Übereinstimmung mit der Urschrift – berechtigt und verpflichtet, deren Blätter durch Schnur und Siegel i. S. d. § 44 BeurkG wieder miteinander zu verbinden. Um letzten Zweifeln am Wirksambleiben der zurückgegebenen Ausfertigung zu begegnen, kann der Notar alternativ auf Antrag die Vollstreckungsklausel einziehen, die Ausfertigung vernichten und eine neue vollstreckbare Ausfertigung nach allgemeinen Voraussetzungen erstellen und an die Gläubigerin aushändigen.

Gutachten im Abrufdienst

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.

BGB §§ 873, 925; GBO §§ 13, 19, 20, 57
Vorlage eines Grundschuldbriefes zum Vollzug einer Auffassung im Grundbuch
Abruf-Nr.: 130051

EGBGB Artt. 25, 26
Norwegen: Testament eines deutschen Staatsangehörigen mit Immobilienvermögen in Norwegen
Abruf-Nr.: 129962

HGB § 161; BGB § 738; GBO §§ 22, 29
Übertragung der Kommanditbeteiligung auf den Komplementär in einer zweigliedrigen Kommanditgesellschaft; Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters aus der Personengesellschaft; Übernahme des Geschäfts mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation; Grundbuchberichtigung nach Vollbeendigung der Personengesellschaft; Anwachsung
Abruf-Nr.: 128592

Rechtsprechung

GmbHG §§ 15 Abs. 3, 16, 40
Einreichung einer Gesellschafterliste durch ausländischen Notar; Wirksamkeit der Beurkundung durch Notar mit Sitz in Basel/Schweiz

a) Das Registergericht darf eine zum Handelsregister eingereichte Gesellschafterliste nicht schon deshalb zurückweisen, weil sie von einem Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eingereicht worden ist.

b) Eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung kann auch nach dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) durch einen ausländischen Notar vorgenommen werden, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig ist (Fortführung von BGH, Beschluss vom 16. Februar 1981 – II ZB 8/80, BGHZ 80, 76).

BGH, Beschl. v. 17.12.2013 – II ZB 6/13

Problem

Der BGH hatte im Rechtsbeschwerdeverfahren die sehr streitige Frage zu entscheiden, ob ein ausländischer Notar mit Sitz in Basel/Schweiz eine Gesellschafterliste erstellen und zum Handelsregister einreichen kann, wenn er durch Beurkundung der Geschäftsanteilsabtretung an der Veränderung i. S. d. § 40 GmbHG mitgewirkt hat. In

diesem Zusammenhang prüfte der BGH auch, ob es nach dem MoMiG von vornherein ausgeschlossen ist, dass der Baseler Notar durch seine Beurkundung eine materiell-rechtlich wirksame Veränderung herbeiführt.

Entscheidung

Zunächst stellte der BGH fest, dass das **Registergericht** die Gesellschafterliste lediglich entgegennimmt und verwahrt, **ohne eine inhaltliche Prüfungspflicht** zu haben. Dies ergebe sich bereits aus der Regierungsbegründung, in der ausgeführt sei, dass die **Gesellschafterliste privat geführt** werde und das Handelsregister eine die Liste inhaltlich nicht prüfende, sondern lediglich entgegennehmende, verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle sei (BT-Drucks. 16/6140, S. 38, 44). Eine inhaltliche Prüfungspflicht sei zudem mit den durch das MoMiG eingeführten **Publizitätswirkungen der Gesellschafterliste** nicht zu vereinbaren. Wegen der an die Liste geknüpften Ausübung der Mitgliedschaftsrechte (§ 16 Abs. 1 GmbHG) und der Gefahr des gutgläubigen Erwerbs bei unrichtigem Listeninhalt (§ 16 Abs. 3 GmbHG) sei die aktuelle Gesellschafterliste nach ihrer Einreichung **zügig in das Handelsregister aufzunehmen**. Das Registergericht dürfe lediglich prüfen, ob die Gesellschafterliste den formalen Anforderungen des § 40 GmbHG entspreche.

Nach diesen Maßstäben habe das Registergericht die **Grenzen seines** auf die formalen Anforderungen des § 40 GmbHG beschränkten **Prüfungsrechts überschritten** und die vom Baseler Notar eingereichte Gesellschafterliste zu Unrecht zurückgewiesen. Denn das formale Prüfungsrecht des Registergerichts sei insoweit auf die Prüfung beschränkt, ob es sich bei der Person, die eine geänderte Gesellschafterliste zur Aufnahme in das Handelsregister einreiche, um **eine der in § 40 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG genannten Personen** handle, d. h. um einen Geschäftsführer der Gesellschaft oder einen Notar, der an denjenigen Veränderungen mitgewirkt habe, denen die geänderten Eintragungen entsprächen. Sei dies offensichtlich nicht der Fall, weil die Liste von einem Dritten eingereicht worden sei, könne das Registergericht die Liste zurückweisen. Durch die **Prüfung der formalen Einreichungszuständigkeit** lasse sich verhindern, dass in das Handelsregister Listen aufgenommen würden, die von offensichtlich Unbefugten eingereicht seien.

Die **Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung** prüfte der BGH nur daraufhin, ob ein Notar mit Sitz im Ausland oder jedenfalls mit Sitz in Basel/Schweiz unter keinen Umständen zur Listeneinreichung berechtigt und deshalb als Dritter im vorstehenden Sinne anzusehen ist, dessen fehlende Berechtigung das Registergericht ohne Weiteres feststellen kann. Jedoch soll ein im Ausland ansässiger Notar zur Einreichung berechtigt sein, wenn seine **Beurkundung der deutschen Beurkundung gleichwertig** und deshalb im Inland wirksam ist. Die **Einreichungskompetenz** des ausländischen Notars ergebe sich dann als **Annex aus seiner Beurkundungskompetenz**. Die Gefahr, dass Geschäftsführer und ausländischer Notar divergierende Gesellschafterlisten einreichen, stehe nicht entgegen, denn solche Listen gäben den Gesellschaftern und dem Geschäftsführer Anlass, die Richtigkeit der Gesellschafterliste zu prüfen und ggf. eine Korrektur in die Wege zu leiten.

Eine **Zurückweisung der Liste** durch das Registergericht komme wegen des eingeschränkten Prüfungsrechts

allenfalls dann in Betracht, **wenn** die vom ausländischen Urkundsnotar eingereichte Liste offensichtlich unrichtig, die **Auslandsbeurkundung** also **offensichtlich nicht gleichwertig** sei. Für offenkundig ungleichwertig hält der II. Zivilsenat die Beurkundung durch einen Notar mit Sitz in Basel/Schweiz auch nach Inkrafttreten des MoMiG indes nicht. Schon **vor Inkrafttreten des MoMiG** sei anerkannt gewesen, dass der ausländische Notar eine nach dem GmbHG erforderliche Beurkundung vornehmen könne, sofern die ausländische Beurkundung der deutschen gleichwertig sei (BGHZ 80, 76, 78 f. = DNotZ 1981, 451; NJW-RR 1989, 1259, 1261). **Gleichwertigkeit** sei zu bejahen, wenn die ausländische Urkundsperson nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübe und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten habe, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspreche. Daran **soll** es nach Auffassung des Senats **selbst dann nicht fehlen, wenn der ausländische Notar keine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts besitzt**. Zwar werde die Auslandsbeurkundung der in § 17 Abs. 1 BeurkG vorgesehenen **Prüfungs- und Belehrungsfunktion** u. U. nicht gerecht. Diese sei jedoch nicht Wirksamkeitsvoraussetzung der Beurkundung, sondern **verzichtbar (!)**. Ein entsprechender Verzicht sei anzunehmen, wenn die Beteiligten einen ausländischen Notar aufsuchten, von dem sie regelmäßig eine genaue Kenntnis des deutschen Gesellschaftsrechts und deshalb eine umfassende Belehrung von vornherein nicht erwarten könnten.

Dies habe sich **durch Inkrafttreten des MoMiG nicht geändert**. Weder die Regierungsbegründung, wonach Lücken bei der Auslandsbeurkundung geschlossen werden sollten, noch die – anders als bei § 40 Abs. 2 GmbHG – ausdrückliche Nennung des ausländischen Notars in § 8 Abs. 3 GmbHG ließ der BGH als Argument gegen die Wirksamkeit der Auslandsbeurkundung oder die Listeneinreichung durch den ausländischen Notar gelten. Anders als in seinem Urteil vom gleichen Tag zur Listenkorrektur durch den Geschäftsführer (DNotI-Report 2014, 22) führt der BGH nur noch aus, dass die **verstärkte Einbeziehung des Notars** in die Aktualisierung der Gesellschafterliste in den Gesetzesmaterialien **mit verfahrensökonomischen Erwägungen begründet** werde, nicht mit einer höheren Richtigkeitsgewähr. Die Publizitätswirkung des § 16 GmbHG trete auch dann ein, wenn der Geschäftsführer, der oftmals juristischer Laie sei, die Gesellschafterliste nach Veränderungen im Gesellschafterbestand erstelle.

Sodann griff der BGH nochmals die Frage eines begrenzten inhaltlichen Prüfungsrechts des Registergerichts auf, wenn es sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit einer Gesellschafterliste hat. Der BGH meinte zwar nicht entscheiden zu müssen, ob dem Registergericht ein so weitgehendes Prüfungsrecht eingeräumt ist. Abschließend hat er aber doch wieder eine **Tür zur inhaltlichen Überprüfung** und damit zur verzögerten Aufnahme der Gesellschafterliste **geöffnet**: Eine offensichtliche Unrichtigkeit der Gesellschafterliste durch die Auslandsbeurkundung soll nämlich „allenfalls“ dann möglich sein, **wenn für das Registergericht ohne Weiteres feststeht, dass** „der beurkundende ausländische Notar“ **nicht gleichwertig** ist. Gerade diese Frage kann im Einzelfall allerdings hoch umstritten sein; dies belegt etwa die zitierte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1989 (NJW-RR 1989, 1259), die entgegen der nahezu einhelligen Auffassung in der Literatur die Gleichwertigkeit für alle Schweizer Notare bejaht hatte, obwohl die Anforderungen

an die Bestellung zum Notar und damit die Stellung des Notars in den einzelnen Kantonen ganz erheblich differieren. Wegen des beschränkten inhaltlichen Prüfungsrechts des Registergerichts **konnte der BGH** vorliegend aber **offenlassen, ob die Beurkundung durch einen Notar mit Sitz in Basel/Schweiz** der deutschen Beurkundung **gleichwertig** und damit wirksam ist. Diese Frage lässt sich somit nicht im Registerverfahren klären, sondern bleibt einem streitigen Verfahren vorbehalten.

HUP Art. 18; EuUnthVO Art. 15 Wirksamkeit einer Unterhaltsvereinbarung im deutsch-schweizerischen Verhältnis

a) Das Begehren eines Ehegatten, die Auflösung des Scheidungsverbundes vor einer abschließenden Entscheidung über eine Folgesache in der Rechtsmittelinstanz zu verhindern, vermag die für ein Rechtsmittel gegen den Scheidungsauspruch erforderliche Beschwer nicht zu begründen (im Anschluss an Senatsurteil vom 26. November 1986 – IVb ZR 92/85 – FamRZ 1987, 264).

b) Die erstmals in der Revisionsinstanz erhobene Einrede nach Art. 5 HUP ist vom Revisionsgericht zu berücksichtigen, wenn die Anwendung des Haager Unterhaltsprotokolls und des danach berufenen Sachrechts auf einem Verfahrensfehler beruht, die der Einrede zugrundeliegenden Tatsachen unstreitig sind und auch die weiteren Voraussetzungen vorliegen, die eine ausnahmsweise Berücksichtigung neuer Tatsachen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in der Revisionsinstanz zulassen (im Anschluss an Senatsurteile vom 14. Oktober 2009 – XII ZR 146/08 – FamRZ 2009, 1990 Rn. 27 und vom 21. November 2001 – XII ZR 162/99 – FamRZ 2002, 318, 319 mwN).

c) Gibt der aus dem Ausland stammende Unterhaltsberechtigte ehebedingt seine Erwerbstätigkeit auf und wird er später erwerbsunfähig, so ist die fiktive Rente wegen Erwerbsunfähigkeit nach Rückkehr in sein Heimatland so zu bemessen, als hätte er dort bis zum Eintritt der Erwerbsunfähigkeit durchgehend gearbeitet und einen entsprechenden Rentenanspruch erworben (im Anschluss an Senatsurteil vom 16. Januar 2013 – XII ZR 39/10 – FamRZ 2013, 534 Rn. 24).

d) Bei der Prüfung der Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen nach § 1581 BGB ist ein Erwerbstätigkeitsbonus nicht zu berücksichtigen.

BGH, Urt. v. 26.6.2013 – XII ZR 133/11

Problem

Die Eheleute haben 1990 geheiratet. Damals war der Ehemann Deutscher, die Ehefrau Schweizerin. Noch vor der Eheschließung hatten sie einen notariell beurkundeten Ehevertrag geschlossen, darin Gütertrennung vereinbart und gegenseitig auf jeglichen Unterhalt nach der Scheidung verzichtet. Eine besondere Unterhaltsregelung hatten sie für den Fall getroffen, dass ein Ehegatte wegen Kindererziehung seinen Beruf zeitweise nicht ausüben sollte.

Die Eheleute lebten bis zur Trennung im Jahre 2005 gemeinsam in Deutschland. Anschließend zog die Ehefrau zurück in die Schweiz. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens in Deutschland führte das Amtsgericht den Versorgungsausgleich durch und verurteilte den Ehemann zur Zahlung von nachehelichem Unterhalt. Das Berufungsgericht stützte dabei den Unterhaltsanspruch auf den Ehevertrag i. V. m. Art. 125 des schweizerischen ZGB. Die Anwendbarkeit des Schweizer Rechts ergebe sich aus Art. 3 des Haager Protokolls über das auf Unterhaltspflichten anzuwendende Recht vom 23.11.2007 (HUP), weil die unterhaltbegehrende Ehefrau seit Trennung der Parteien in der Schweiz lebe und dort daher ihren gewöhnlichen Aufenthalt habe. Dagegen wendet sich die Revision.

Entscheidung

Nach Auffassung des BGH kommt vorliegend **deutsches Unterhaltsrecht** zur Anwendung.

Im Ausgangspunkt sei schon **umstritten, ob das HUP im Verhältnis zur Schweiz überhaupt anwendbar** sei. Gem. Art. 15 der EuUnthVO bestimmt sich das auf Unterhaltspflichten anwendbare Recht zwar für die Bundesrepublik Deutschland seit dem 18.6.2011 nach dem HUP; dies gelte grundsätzlich auch im Verhältnis zu Nichtvertragsstaaten. Im Verhältnis zur Schweiz sei aber streitig, ob das HUP das Haager Unterhaltsübereinkommen 1973 (HUÜ 1973) ersetze. Die h. M. in der Literatur stelle auf Art. 18 HUP ab, mit der Folge, dass im Verhältnis zu den Vertragsstaaten des Haager Unterhaltsübereinkommens 1973, für die das HUP nicht gelte (Albanien, Japan, Schweiz und die Türkei), weiterhin von der Anwendbarkeit des Haager Unterhaltsübereinkommens 1973 auszugehen sei. Der Senat sah von einer abschließenden Beantwortung dieser Frage ab. Mit der Ratifikation durch die EU sei das HUP Teil des Gemeinschaftsrechts geworden, sodass die einschlägigen **Auslegungsfragen gem. Art. 267 AEUV dem EuGH vorzulegen** wären. Konkret komme es auf die Beantwortung dieser Frage jedoch nicht an.

Gem. **Art. 8 HUÜ 1973** gelte für die Unterhaltspflicht zwischen geschiedenen Ehegatten das auf die Scheidung angewandte Recht. Im konkreten Fall war die Ehe nach deutschem Recht geschieden worden (Art. 17 Abs. 1 EGBGB). Aber auch nach dem HUP wäre deutsches Unterhaltsrecht anzuwenden gewesen. Gem. **Art. 5 HUP** finde Art. 3 HUP, der für Unterhaltspflichten das Recht des Staates des gewöhnlichen Aufenthalts der berechtigten Person als maßgeblich anordne, keine Anwendung, wenn eine der Parteien sich dagegen wende und das Recht eines anderen Staates, insbesondere des Staates ihres letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalts, zur betreffenden Ehe eine engere Verbindung aufweise. Der Antragsteller habe sich auf Art. 5 HUP berufen. Dessen Voraussetzungen seien auch erfüllt, weil die Eheleute ab der Eheschließung bis zur Einleitung des Scheidungsverfahrens in Deutschland gelebt hätten. Dementsprechend war das **deutsche Unterhaltsrecht anzuwenden**; hiernach war die ehevertragliche Unterhaltsvereinbarung als verbindlich anzusehen.

Anmerkung

Die Frage nach der vorrangigen Anwendbarkeit des HUÜ 1973 ist insbesondere im Verhältnis zur Schweiz und zur Türkei von erheblicher praktischer Bedeutung. Die unwandelbare Unterstellung unter das Recht, nach dem die

Ehe tatsächlich geschieden ist (Art. 8 HUÜ = Art. 18 Abs. 4 EGBGB a. F.), führt hier zu Stabilität beim Scheidungsunterhalt.

Unter dem Art. 3 HUP wird der Unterhalt dem aktuellen Aufenthaltsrecht unterstellt, sodass der unterhaltbegehrende Ehegatte durch Umzug in eine unterhaltsfreundliche Jurisdiktion (bzw. eine solche, die Unterhaltsvereinbarungen nicht anerkennt) seine rechtliche Position verbessern kann. Hiergegen hilft dem Unterhaltsschuldner nur die Einrede nach Art. 5 HUP. Mehr Sicherheit verspricht freilich eine ehevertragliche Rechtswahl gem. Art. 8 HUP (dazu Gutachten DNotI-Report 2011, 57).

Literaturhinweise

Veranstaltungen

Lesen Sie den DNotI-Report bereits bis zu zwei 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

Redaktion: Dr. Simon Blath

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
Haugerpfargasse 9, 97070 Würzburg