



Notarakte in guten Händen

Liebe Leserinnen und Leser,

gleich nach der morgendlichen Begrüßung in der Verwaltungsabteilung des Amtsgerichts Bielefeld erfahre ich: Es ist mal wieder so weit. Eine neue Einlagerung von Notarakte ist angekündigt. Stets löst ein solches Telefonat Rätselraten und Betriebsamkeit aus. Die Keller sind voll – 1,1 km Akten sind allein beim Amtsgericht Bielefeld eingelagert – und die Berichte, mit denen eine externe Anmietung beantragt wurde, füllen ihrerseits ganze Ordner. Also ist Improvisation, tagelange Kellerarbeit und die Katalogisierung der oft wenig geordneten Unterlagen angesagt. Kein Wunder, dass es in der Verwaltung lange Gesichter gibt.

Nun ist aber endlich Abhilfe in Aussicht – wenn auch erst ab dem 1.1.2022. Das *Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und Einrichtung des Elektronischen Urkundsarchivs bei der Bundesnotarkammer* ist im November auf den Weg gebracht worden. Selten ist ein Gesetz so einhellig begrüßt worden wie dieses. Es bringt den Notaren eine moderne und kostengünstige Form der Archivierung und dem Bürger eine schnelle und sichere Zugriffsmöglichkeit auf wichtige Urkunden. Die ist für ihn zum Schnäppchenpreis zu haben. Denn Gebühren von rund 4,50 € entsprechen in etwa denen, die anfallen, wenn man 100 € am Geldautomaten einer fremden Bank abhebt. Am Horizont erscheinen auch schon weitere Möglichkeiten des elektronischen Archivs. Denn es lässt sich langfristig auch für Vollmachten oder Vollstreckungstitel einsetzen. Sicher, auf die Notare kommt auch einiges an Arbeit zu. Insbesondere müssen sie die Urkunden von der Papierform in die elektronische Form transferieren. Dafür sparen sie aber auch Kosten, da beispielsweise die beglaubigten Abschriften in Papier entfallen. Ich will es nicht verhehlen. Für die Amtsgerichte ist das eine große Erleichterung. Fast überall macht die Einlagerung Probleme. Sie bindet viel Personalkapazität und erfordert große und geeignete Räumlichkeiten, die die Amtsgerichte – zumal mit der Eignung zur Einlagerung über 100 Jahre und darüber hinaus – zumeist nicht haben. Das Gesetz schafft hier gegenseitig Abhilfe.

Nicht nur der Bundesnotarkammer ist zu danken, die die Einrichtung eines zentralen Urkundsarchivs übernimmt. Vielmehr verändert das Gesetz auch die Zuständigkeit für die Verwahrung von Notariatsunterlagen nach dem Erlöschen des Amtes und überträgt diese auf die Notarkammern. Die Aufbewahrungsfrist für die Unterlagen, die bereits vor dem Stichtag bei den Amtsgerichten eingereicht wurden, kann durch den Verordnungsgeber verkürzt werden, wobei sich eine Orientierung an der dreißigjährigen Verjährungsfrist anbietet. Das würde zu einer zügigen Entlastung der Gerichte durch die Möglichkeit der Aussonderung führen. In jedem Fall werden die bereits eingelagerten Akten nach und nach vernichtet werden können. Die Justiz darf die Urkunden auch ihrerseits nachträglich elektronisch gegen Gebühr archivieren.

Wo ist also das bekannte Haar in der Suppe? Es lässt sich nicht finden, wenn man einmal davon absieht, dass ein früheres Inkrafttreten des Gesetzes wünschenswert gewesen wäre. Aber in Anbetracht der Herkulesaufgabe sind derartige Übergangszeiten wohl einzusehen und immerhin kann die elektronische Aktenführung auch bereits ab 2020 eingeführt werden. In einer wohl nur Juristen möglichen Kürze und Prägnanz hat daher der Deutsche Notarverein dem Entwurf ohne jeden Ergänzungswunsch zugestimmt. Der Deutsche Richterbund hat auch keinen Änderungsbedarf. Wann hat es das schon mal gegeben?

Jens Gnisa
Vorsitzender des Deutschen Richterbundes

inhaltsverzeichnis

editorial	Notarakten in guten Händen (<i>Jens Gnisa</i>)	1
inhalt		2
impressum		36
beitrag des monats	Eidesstattliche Versicherungen und Eide in der notariellen Praxis (<i>Dr. Welf Klingsch, LL.M., Dr. Niclot von Stralendorf</i>)	3
jahresrückblick	Registerrecht – Aktuelle Entwicklungen (<i>Dr. Thomas Kilian</i>)	11
rechtsprechung	OLG Hamm: Wohnungseigentum als herrschendes Grundstück – Folgen der Aufhebung (mit Anmerkung von <i>Dr. Jens Jeep</i>)	17
	OLG Hamm: Notarkosten: Bewertung der Übernahme von Verträgen über Energielieferungen und Mediendienstleistungen im Grundstückskaufvertrag (mit Anmerkung von <i>Volker Heinze</i>)	17
	OLG München: Zur Grundbuchberichtigung bei „vertauschten“ Wohnungen in einer Wohnanlage (mit Anmerkung von <i>Ulrich Spieker</i>)	20
	OLG Zweibrücken: Ausübung einer rechtsgeschäftlich erteilten Generalvollmacht eines GbR Gesellschafters für die zur Zeit der Erteilung noch nicht existente GbR (mit Anmerkung von <i>Ulrich Spieker</i>)	21
praxisforum	Beurkundungsrecht im Handelsregisterverfahren – Augen auf bei der Abschriftsbeglaubigung! Verstoß gegen Soll-Vorschriften des BeurkG als Eintragungshindernis im Handelsregisterverfahren (<i>Dr. Johannes Lang, LL.M. (TCD)</i>)	23
	„Verschollene“ Beteiligte bei der GmbH – eine Herausforderung für die Beurkundungspraxis (<i>Dr. Frank-Holger Lange</i>)	28
	Das Europäische Nachlasszeugnis im elektronischen Rechtsverkehr in Grundbuchsachen (<i>Dr. Peter Becker, Wolf-A. Wegener</i>)	32
rückblick	Fußballeuropameisterschaft der Notare 2016 (<i>Dr. Vladimir Primaczenko</i>)	35
diskussion		37
nachrichten		39



beitrag des monats

Welf Klingsch, Niclot von Stralendorff

Eidesstattliche Versicherungen und Eide in der notariellen Praxis

Eidesstattliche Versicherungen gehören zum Alltagsgeschäft in der notariellen Praxis, beispielsweise in Erbscheins- oder Aufgebotsverfahren, während die Abnahme von Eiden in den meisten Notariaten deutlich seltener vorkommen dürfte, da der Notar nur in Ausnahmefällen zuständig ist. Der folgende Artikel soll nach einer allgemeinen Einleitung einen Leitfaden für die Beurkundung, Abwicklung und Kostenerhebung zu Eiden und Versicherungen an Eides statt bieten sowie Orientierung zu den in der Praxis häufigsten (Grenz-)Fällen geben.

I. Allgemeines, strafrechtlicher Hintergrund

Eid und eidesstattliche Versicherung sind besondere Formen der Bekräftigung von Erklärungen und als solche insbesondere Mittel der Glaubhaftmachung gegenüber Gerichten (§ 294 ZPO, § 56 StPO) und Behörden (§ 27 VwVfG, § 95 AO) und ganz besonders in Verfahren nach dem FamFG (§ 31 FamFG). Ihre Bedeutung und ihr Wert als Mittel der Glaubhaftmachung folgt aus der strafrechtlichen Bewehrung nach dem neunten Abschnitt des StGB, wonach nicht nur der Meineid (§ 154 StGB) und die vorsätzlich falsche Versicherung an Eides statt (§ 156 StGB) strafbar sind, sondern auch die fahrlässige Tatbegehung noch mit Freiheitsstrafe geahndet werden kann (§ 163 StGB). Andererseits hat der Gesetzgeber dem Täter auch eine goldene Brücke gebaut: Die Strafe kann gemildert oder von ihr ganz abgesehen werden, wenn der Täter die falsche Angabe rechtzeitig berichtigt (§ 158 StGB); im Fall fahrlässiger Tatbegehung tritt bei rechtzeitiger Berichtigung Strafflosigkeit ein (§ 163 Abs. 2 StGB).

PRAXISTIPP

Berichtigung fehlerhafter eidesstattlicher Versicherungen:

Stellt sich nach der Abnahme des Eides bzw. der Aufnahme der eidesstattlichen Versicherung heraus, dass die Erklärungen fehlerhaft oder unvollständig sind, sollte der Notar auf Berichtigung drängen, um die Möglichkeit der Strafbefreiung nach den §§ 158, 163 Abs. 2 StGB zu eröffnen. Keinesfalls sollte

abgewartet werden, ob der Fehler dem Adressaten auffällt.¹ Auch wenn die Berichtigung aus strafrechtlicher Sicht keiner besonderen Form bedarf,² empfiehlt sich regelmäßig die Einhaltung der für die ursprüngliche Aussage gewählten Form, um die angestrebte Glaubhaftmachung zu erreichen.

Objektive Tatbestandsvoraussetzung der Aussagedelikte nach den §§ 154, 156, 163 StGB ist jedoch zunächst, dass es sich überhaupt um eine im entsprechenden Verfahren abgegebene förmliche Erklärung handelt, bei der im Fall des Eides überdies zumindest die wesentlichen Förmlichkeiten des Verfahrens beachtet wurden.³ Ferner muss der Eid bzw. die eidesstattliche Versicherung vor einer für die Abnahme *zuständigen* Stelle geschworen bzw. abgegeben worden sein (zur Zuständigkeit des Notars s. u. II.).⁴ Diesen Zusammenhang gilt es auch in der notariellen Praxis im Hinterkopf zu behalten: Nimmt der Notar beispielsweise einen Eid ab, obwohl er im konkreten Fall gar nicht zuständig ist, protokolliert er eine Versicherung an Eides statt, obwohl die besondere Zuständigkeit der Behörde nicht gegeben ist, für welche die Versicherung bestimmt ist, oder werden die wesentlichen gesetzlichen Verfahrensvorschriften nicht eingehalten, so entfällt die Strafbewehrung, aus der sich der Wert der Aussage speist. Der Notar verstößt damit nicht nur gegen § 22 BNotO, der nur zur Beurkundung an sich zulässiger

¹ Allerdings darf der Notar wegen seiner Verschwiegenheitspflicht grundsätzlich nicht von sich aus die Behörde über ihm bekannt gewordene weitere Umstände informieren.

² Fischer, StGB, § 158 Rn 5.

³ Fischer, StGB, § 154 Rn 4.

⁴ Bei Versicherungen an Eides statt ist der Notar regelmäßig nur für die **Aufnahme**, nicht für die **Abnahme** zuständig, vgl. § 22 Abs. 2 BNotO. Strafrechtlich relevant ist nur die Zuständigkeit der Behörde zur Abnahme der Versicherung, vgl. Fischer, StGB, § 156 Rn 9. Eine Ausnahme gilt z. B. im Erbscheinsverfahren, vgl. § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG.

Eide bzw. Versicherungen ermächtigt;⁵ der Urkunde wird damit auch ein unberechtigter Anschein als vermeintlich besonderes Mittel der Glaubhaftmachung verliehen.

PRAXISTIPP

Exotische Mandantenersuchen prüfen:

Als Faustregel bei „exotischen“ Mandantenersuchen zu Eiden und Versicherungen an Eides statt sollte stets geprüft werden, ob im konkreten Fall die strafrechtliche Bewehrung und der daraus folgende gesteigerte Wert als Mittel der Glaubhaftmachung beeinträchtigt sein könnten.

II. Eid, eidesstattliche Versicherung und Zuständigkeit des Notars

1. Abgrenzung von § 22 BNotO zu § 38 BeurkG

§ 38 BeurkG nimmt selbst keine Kompetenzzuteilung zu Gunsten des Notars vor. Diese Aufgabe erfüllt vielmehr § 22 BNotO. Ist einmal der Zuständigkeitsbereich des Notars eröffnet, so regelt in diesem Rahmen § 38 BeurkG das Beurkundungsverfahren.⁶

2. Abgrenzung: Abnahme von Eiden und Aufnahme von eidesstattlichen Versicherungen

Nach § 22 Abs. 1 BNotO ist der Notar zur Abnahme von Eiden und für eidliche Vernehmungen nur zuständig, wenn dies nach dem Recht eines ausländischen Staates oder nach den Bestimmungen einer ausländischen Behörde oder sonst zur Wahrnehmung von Rechten im Ausland erforderlich ist.

Die Abnahme von Eiden und die eidliche Vernehmung unterscheiden sich von der in § 22 Abs. 2 BNotO geregelten Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen im Wesentlichen durch die konkrete Funktion des Notars:

Zweck des Eides ist die besondere Strafbewehrung, die den Betroffenen zu wahrheitsgemäßer Aussage anhalten soll und seiner Aussage einen gesteigerten Beweiswert verleiht (s. o. I.).⁷ Bei der Abnahme von Eiden und bei eidlichen Vernehmungen ist der Notar die gesetzlich vorgesehene Institution, die den Eid nicht nur beurkundet, sondern im Sinne einer feierlichen Erklärung ebenfalls entgegennimmt⁸ (Vereidigung nach § 29 ff. FamFG i. V. m. §§ 392, 410, 478, 481 ff. ZPO), und vor der eine wahrheitswidrige Aussage direkt zur Strafbarkeit des Aussagenden führt. Bei der Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen hingegen übernimmt der Notar grundsätzlich (vorbehaltlich unten erläuterter Ausnahmen) lediglich eine Vermittlungsfunktion. Er protokolliert die Aussage des Betroffenen, dessen Strafbarkeit erst mit Zugang des Protokolls bei dem Entscheidungsträger, der gemäß § 156 StGB zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt zuständigen Behörde, in Betracht kommt.

3. Abnahme von Eiden gemäß § 22 Abs. 1 BNotO

Außerhalb des § 22 Abs. 1 BNotO ist der Notar in inländischen Angelegenheiten zur Abnahme von Eiden nur aufgrund von Sondervorschriften zuständig, so etwa bei der Vereidigung von Dolmetschern (§ 16 Abs. 3 S. 3 BeurkG) und bei der Vereidigung von Sachverständigen und Zeugen im Rahmen des Sachenrechtsbereinigungsgesetzes (§ 89 Abs. 1 SachenRBERG i. V. m. §§ 29, 30 FamFG).

Die durch den Notar vorgenommene Vereidigung wird gemäß § 38 BeurkG in einer Niederschrift aufgenommen.⁹ In Anlehnung an § 480 ZPO ist die nach § 38 Abs. 2 BeurkG erforderliche Belehrung jeweils entsprechend der betreffenden Person und dem Gegenstand der Aussage inhaltlich anzupassen (vgl. hierzu auch die je nach Einzelfall milder oder strenger auszugestaltende Belehrungsformel unter II. 4. c)). Nach dem Vorlesen der zu beeidenden Aussage gemäß §§ 38 Abs. 1, 13 BeurkG erfolgt die eigentliche Vereidigung mit dem Vorsprechen des Notars und der Eidesleistung des Erklärenden unter Erhebung der rechten Hand (§§ 481 Abs. 1, Abs. 4 ZPO).

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Beispiel für die Abnahme eines Eides zur Wahrnehmung von Rechten im Ausland:¹⁰

Vor mir, Notar ..., mit dem Amtssitz in ...,

erschien heute der mir von Person bekannte Kaufmann ..., geboren am ..., wohnhaft in ... und erklärte, er habe in einem bei dem Obersten Gerichtshof in England anhängigen Rechtsstreit einen Eid zu leisten, um dessen Abnahme er ersuche. Er legte eine in englischer Sprache abgefasste Schrift sowie eine deutsche Übersetzung derselben vor, die der vereidigte Dolmetscher ... in ... beglaubigt hat.

Herr ... erklärte, dass die vorgelegte Schrift die von dem englischen Gerichtshof gestellten Fragen sowie die Antworten enthalten, die er darauf gegeben habe. Der Notar las ihm die als Anlage zu dieser Urkunde genommene deutsche Übersetzung der Fragen des Gerichts und die von ihm darauf gegebenen Antworten vor. Herr ... bestätigte seine Antworten als richtig. Er wurde über die Bedeutung des Eides belehrt, insbesondere darüber, dass auch ein fahrlässiger falscher Eid strafbar sei. Nachdem er seine Bitte um Beeidigung wiederholt hatte, leistete er den Eid in folgender Weise:

Der Notar sprach die Worte vor: „Sie schwören [bei Gott dem Allmächtigen und Allwissenden¹¹], dass die Ihnen soeben vorgelesenen Erklärungen wahr sind.“

Herr ... sprach darauf die Worte, indem er die rechte Hand erhob: „Ich schwöre: Die mir soeben vorgelesenen Erklärungen sind wahr. [So wahr mir Gott helfe.¹²]“

Hierauf setzte der Notar auf die englische Schrift folgenden Vermerk:

Von dem in ... wohnenden Kaufmann ... ist das Vorstehende vor mir, dem unterzeichnenden Notar, beschworen worden.

Der Vermerk ist mit dem Siegel und der Unterschrift des Notars versehen worden. Die Schrift ist dem Kaufmann ... in ... übergeben worden. Die deutsche Übersetzung der Schrift wird dieser Niederschrift beigelegt.

Die Niederschrift nebst Anlage wurde dem Erschienenen vom Notar vorgelesen, von ihm genehmigt und eigenhändig unterschrieben.

4. Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen gemäß § 22 Abs. 2 BNotO

§ 22 Abs. 2 BNotO weist im Gegensatz zu § 22 Abs. 1 BNotO (zumindest auch) einen Inlandsbezug auf. Demnach steht die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen den Notaren in all den Fällen zu, in denen einer Behörde oder sonstigen Dienststelle eine tatsächliche Behauptung oder Aussage glaubhaft gemacht werden soll.

⁵ Fischer, StGB, § 156 Rn 8 m. w. N.

⁶ Vgl. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer/Limmer, Würzburger Notarhdb., Teil 1 Kap. 2, Rn 170; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, § 38 BeurkG, Rn 1; Lerch, BeurkG, § 38 Rn 1.

⁷ Vgl. auch Lerch, BeurkG, § 38 Rn 9.

⁸ Vgl. Diehn/Kilian, BNotO, § 22 Rn 4 ff.

⁹ Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 22 Rn 7.

¹⁰ Beispiel nach Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 11 M; vgl. auch Faßbender/Grauel/Peter/Führ, Notariatsurkunde, § 3 Rn 106.

¹¹ Der Gottesbezug ist fakultativ, § 480 ZPO.

¹² Der Gottesbezug ist fakultativ, § 480 ZPO.

Nach wohl herrschender Ansicht in der Literatur soll der Notar auch für die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen für Zwecke ausländischer Behörden zuständig sein. Der Behördenbegriff des § 22 Abs. 2 BNotO ist zumindest dem Wortlaut nach nicht auf deutsche Behörden beschränkt. Andererseits dürfte § 22 Abs. 1 BNotO mit ausdrücklichem Auslandsbezug *a maiore ad minus* erst recht auf eidesstattliche Versicherungen anwendbar sein. Die Begründung der Zuständigkeit des Notars ist damit nach beiden Vorschriften denkbar.¹³

Im Gegensatz zur Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen lässt sich deren Abnahme nicht über § 22 Abs. 2 BNotO begründen. Der Notar ist jedoch ausnahmsweise auch für die Abnahme zuständig, wenn das Gesetz für bestimmte Fälle ausdrücklich die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung vor einem Notar bzw. die Abnahme eines Eides vor einem Notar vorsieht.¹⁴ In der notariellen Praxis stellt diese Ausnahme häufig die Regel dar: Insbesondere gemäß § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG hat der Antragsteller für die Erteilung eines Erbscheins vor einem Notar an Eides statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt ist, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht. Die Vorschriften zur Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 2368 BGB) und die Regelung zur Fortsetzung der Gütergemeinschaft (§ 1507 BGB) verweisen ebenfalls auf die Vorschriften des Erbscheinsverfahrens. Schließlich ist auch in Sonderprüfungsverfahren bei Aktiengesellschaften gemäß § 258 Abs. 2 S. 5 AktG die eidesstattliche Versicherung vor einem Notar statthaft.¹⁵ Damit wird der Notar gesetzlich zur für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zuständigen Stelle erklärt. Eine vorsätzliche oder fahrlässige falsche eidesstattliche Versicherung ist damit schon bei der Abnahme durch den Notar strafbar, während die Strafbarkeit ansonsten erst mit Eingang bei der zur Abnahme zuständigen Behörde eintritt.¹⁶

a) Der Behördenbegriff im Sinne des § 22 Abs. 2 BeurkG

Die Zuständigkeit des Notars ist nur dann gegeben, wenn der Adressat eine Behörde oder Dienststelle ist.¹⁷ Nach § 1 Abs. 4 VwVfG ist eine Behörde jede Stelle, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Sonstige Dienststellen sind Einrichtungen, deren Behördeneigenschaft nicht zweifelsfrei festzustellen ist, die aber gleichwohl im Verwaltungsverfahren zur Entgegennahme eidesstattlicher Versicherungen befugt sind. Damit ist die öffentliche Verwaltung von der rein privaten Aufgabenverwaltung abzugrenzen, hinsichtlich derer der Notar die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung abzulehnen hat.

Die Bedeutung der Abgrenzung ist insbesondere vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck der notariellen Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen zu bedenken: Der Aussagende macht sich gemäß § 156 StGB nur strafbar, wenn er die falsche Versicherung vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt zuständigen Behörde abgibt.¹⁸ Damit erweckt eine vor einer anderen Stelle abgegebene eidesstattliche Versicherung den falschen An-

schein eines besonderen Beweiswertes. Die Ausuferung solcher Fälle gilt es zu vermeiden. In diesem Zusammenhang ist die Abgrenzung hinsichtlich folgender Fallgruppen erwähnenswert:

aa) Eidesstattliche Versicherung gegenüber einem Kreditinstitut als Anstalt öffentlichen Rechts

Ein Kreditinstitut ist auch als Anstalt öffentlichen Rechts keine Behörde im Sinne des § 1 Abs. 4 VwVfG. Wie kommunale Wirtschaftsunternehmen verfügen auch Kreditinstitute gleich welcher Rechtsform über keinerlei öffentlich-rechtliche Befugnisse, sondern werden ausschließlich im Bereich des allgemeinen Rechtsverkehrs tätig.¹⁹ Aus diesem Grund ist dem Notar die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung gemäß § 22 Abs. 2 BNotO versagt.

bb) Eidesstattliche Versicherung gegenüber Beliehenen

Neben Behörden i. e. S. kommen auch Beliehene (damit dann als Behörde oder jedenfalls als sonstige Dienststelle im Sinne des § 22 Abs. 2 BNotO) im Einzelfall als taugliche Adressaten einer Versicherung an Eides statt in Betracht. So hängt etwa die Zulässigkeit der Beurkundung einer eidesstattlichen Versicherung bzgl. eines verlorenen Zuchtnachweises, z. B. für ein Zuchtpferd, zur Erlangung eines Ersatzzuchtausweises ebenfalls davon ab, ob der Zuchtverband – regelmäßig ein privatrechtlicher Verein – als Behörde eingeordnet werden kann. Gemäß § 7 Abs. 1 TierZG werden die Leistungsprüfungen von den anerkannten Zuchtorganisationen nach den Anforderungen einer Rechtsverordnung im Rahmen ihres Zuchtprogramms durchgeführt. Besondere Anforderungen werden dabei an die Überprüfung der Abstammung vorgesehen. Vor diesem Hintergrund kann der Zuchtnachweis als Verwaltungsakt betrachtet werden, was die Einordnung der anerkannten Zuchtorganisation als Beliehene nahelegt.²⁰

cc) Eidesstattliche Versicherung zur Vorlage bei anderen Notaren

In dieser Konstellation sollen beispielsweise die in der Verwahrung eines Notars befindlichen Gegenstände erst dann herausgegeben werden, wenn der Berechtigte bestimmte Tatsachen dem Notar gegenüber glaubhaft gemacht hat. Die Glaubhaftmachung soll durch Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung vor einem anderen Notar erfolgen.

Der verwahrende Notar ist zwar eine Behörde i. S. d. § 22 Abs. 2 BNotO, allerdings ist er im Allgemeinen und im konkreten Verfahren nicht zur Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen berechtigt. Zur *Abnahme* ist der Notar nur insoweit berechtigt, als dies ausdrücklich im Gesetz für den jeweiligen Einzelfall geregelt ist. Eine allgemeine Regelung für das Verwaltungsverfahren gibt es diesbezüglich jedoch nicht.²¹ Dieser Umstand sollte dem beurkundenden Notar auch positiv bekannt sein, sodass sich die Ablehnung eines entsprechenden Beurkundungswunsches empfiehlt.

dd) Eidesstattliche Versicherung zur hilfswisen Verwendung gegenüber der Strafverfolgungsbehörde

Fraglich ist, ob eine Zuständigkeit für die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung besteht, die im Vorfeld der Insolvenz

¹³ Vgl. Beck'sches Notarhdb./Zimmermann, H Rn 8; DNotI-Report 2012, 9, 10; Winkler, BeurkG, § 38 Rn 7.

¹⁴ Vgl. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer/Limmer, Würzburger Notarhdb., Teil 1 Kap. 2, Rn 170.

¹⁵ Vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, § 22 BNotO, Rn 4.

¹⁶ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 15; OLG Frankfurt NSTZ-RR 1996, 294.

¹⁷ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 16.

¹⁸ Vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, § 22 BnotO, Rn 4 ff.

¹⁹ Vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, § 22 BNotO, Rn 6; Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 16; Gutachten DNotI-Report, 2006, 80; Lerch, BeurkG, § 38 Rn 10.

²⁰ Vgl. Gutachten DNotI Nr. 32795 vom 2.5.2002.

²¹ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 16; Gutachten DNotI Nr. 93356 vom 15.7.2009.

gegenüber den Gläubigern und gegebenenfalls zur Weiterleitung an die Strafverfolgungsbehörden im Fall einer unrichtigen eidesstattlichen Versicherung verwendet werden soll.²² Die indirekte Verwendung der eidesstattlichen Versicherung gegenüber einer Behörde dürfte jedoch nicht von § 22 Abs. 2 BNotO gedeckt sein, wenn die primäre Verwendungsabsicht in Bezug auf Privatpersonen (hier die Gläubiger) besteht. Denn die Verwendungsabsicht gegenüber einer Behörde gemäß § 22 Abs. 2 BNotO spricht dem Wortlaut nach für eine primäre und nicht lediglich für eine hilfsweise Bestimmung der Urkunde.²³

b) Prüfungspflicht des Notars, ob Behörde zur Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen berechtigt ist

Fraglich ist, ob der Notar verpflichtet ist, zu prüfen, ob die Behörde zur Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen berechtigt ist. Nach dem Wortlaut des § 22 Abs. 2 BNotO („Die Aufnahme eidesstattlicher Versicherungen steht den Notaren in allen Fällen zu, in denen einer Behörde oder sonstigen Dienststelle eine tatsächliche Behauptung oder Aussage glaubhaft gemacht werden soll.“) ist dies nicht erforderlich. Allerdings darf der Notar die Beurkundung nach einer Ansicht in der Literatur ablehnen, wenn ihm die Nicht-Zuständigkeit der Behörde positiv bekannt ist.²⁴ Nach anderer Ansicht ist der Notar in diesem Fall zur Ablehnung der Beurkundung verpflichtet.²⁵

Folgt man dem Sinn und Zweck des § 22 Abs. 2 BNotO, der darin liegt, ein Ausufern eidesstattlicher Versicherungen zu vermeiden, die den Anschein der Strafbewehrung erwecken, so sollte der letzteren Ansicht, der Verpflichtung zur Ablehnung einer Beurkundung, in einem solchen Fall der Vorzug gegeben werden.

Auf Behauptungen des Antragenden hinsichtlich der Zuständigkeit der Behörde zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen darf sich der Notar jedoch verlassen, wenn keine entgegenstehenden Anhaltspunkte existieren. Eine Nachprüfungspflicht besteht in diesem Fall nicht.²⁶

c) Beurkundungsverfahren bei Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung

Für das Beurkundungsverfahren sieht § 38 BeurkG die Anwendung der Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen vor. Nach den §§ 6 ff. BeurkG muss insbesondere die Niederschrift verlesen, von den Erschienenen genehmigt und unterschrieben werden.²⁷

Zusätzlich bietet sich an, in der Urkunde zu vermerken, für welche Behörde (z. B. Standesamt) und welches behördliche Verfahren (z. B. Wiederverheiratung) die eidesstattliche Versicherung aufgenommen wird. Durch diesen Vermerk weist der Notar nach, dass er die Voraussetzungen des § 22 Abs. 2 BNotO geprüft hat und diese seiner Ansicht nach erfüllt sind.²⁸

Gemäß § 38 Abs. 2 BeurkG soll der Notar schließlich über die Bedeutung des Eides oder der eidesstattlichen Versicherung be-

lehren und dies in der Niederschrift vermerken.²⁹ Die Formulierung als Soll-Bestimmung stammt noch aus der Vorgängernorm in § 22 Abs. 4 DONot a. F. und darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass es sich hierbei um eine zwingend zu beachtende Dienstpflicht handelt.³⁰ Zur Belehrung über die Bedeutung des Eides oder der eidesstattlichen Versicherung gehört insbesondere auch die Belehrung über die strafrechtlichen Folgen bei unwehrgemäßer Erklärung.³¹

In diesem Zusammenhang bietet sich die folgende Belehrungsformel an. Diese sollte je nach Person des Erklärenden und dem Gegenstand der Aussage im jeweiligen Einzelfall inhaltlich angepasst werden.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Beispiel für milde Belehrungsformel:³²

Der Erschienene bat um Beurkundung einer eidesstattlichen Versicherung und erklärte zu notariellem Protokoll, was folgt:

Zur Glaubhaftmachung im Verfahren auf Ersetzen eines verlorenen Kraftfahrzeugführerscheins für ... versichere ich gegenüber ... Folgendes an Eides statt: ...

Ich bin vom Notar darüber belehrt worden, dass eine vorsätzlich oder fahrlässig falsche Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung mit Strafe bedroht ist.

Die Niederschrift wurde dem Erschienenen vom Notar vorgelesen, von ihm genehmigt und eigenhändig wie folgt unterschrieben:

PRAXISTIPP

Im Einzelfall deutlicher belehren:

Jeder Notar dürfte das ungute Gefühl kennen, das einen bei manchen Mandanten beschleicht: Der Mandant könnte es mit der Wahrheit nicht ganz so genau nehmen oder zumindest die Prüfung des Inhalts der abzugebenden Erklärung nicht ernst nehmen. Wenn es keine genügenden Anhaltspunkte für eine Versagung der Urkundstätigkeit gibt, so könnte zumindest eine etwas strengere Belehrungsformel in die Urkunde aufgenommen werden, die das Strafmaß und auch die Strafbarkeit fahrlässig falscher Versicherungen an Eides statt betont.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Beispiel für strengere Belehrungsformel:

Ich versichere an Eides statt, dass ich nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen habe.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass eine eidesstattliche Versicherung eine nach den §§ 156, 161 Strafgesetzbuch (StGB) strafbewehrte Bestätigung der Richtigkeit meiner Erklärung ist. Die strafrechtlichen Folgen einer unrichtigen (nicht den Tatsachen entsprechenden) oder unvollständigen Erklärung (Verschweigen der wesentlichen Tatsachen) sind mir bekannt.

Nach § 156 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft, wer vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt zuständigen Behörde eine solche Versicherung vorsätzlich falsch abgibt. Nach § 161 StGB wird mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bestraft, wer vor einer zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt zuständigen Behörde eine solche Versicherung fahrlässig falsch abgibt.

Die Niederschrift wurde dem Erschienenen vom Notar vorgelesen, von dem Erschienenen genehmigt und eigenhändig wie folgt unterschrieben:

²² Vgl. Winkler, BeurkG, § 38 Rn 6.

²³ Vgl. auch Gutachten DNotI Nr. 87933 vom 9.9.2008.

²⁴ Vgl. Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, § 22 BNotO, Rn 6; Winkler, BeurkG, § 38 BeurkG, Rn 6.

²⁵ Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 22, Rn 24.

²⁶ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16, Rn 16.

²⁷ Vgl. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer/Limmer, Würzburger Notarhdb., Teil 1 Kap.2, Rn 171; Winkler, BeurkG, § 38, Rn 14 ff.; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, § 38 BeurkG, Rn 6.

²⁸ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16, Rn 16; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 22 Rn 26.

²⁹ Vgl. Beck'sches Notarhdb./Bernhard, G, Rn 282.

³⁰ Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, § 38 Rn 19.

³¹ Vgl. Winkler, BeurkG, § 38 Rn 18.

³² Vgl. Muster nach Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 19 M.

III. Eidesstattliche Versicherung im Erbscheinverfahren

Den wohl häufigsten Fall in der notariellen Praxis stellt die eidesstattliche Versicherung im Rahmen eines Erbscheinantrags dar. Als Nachweis der für den Erbschein erforderlichen Angaben hat der Antragsteller vor Gericht oder vor einem Notar gemäß § 352 Abs. 3 S. 3 FamFG an Eides statt zu versichern, dass ihm nichts bekannt ist, was der Richtigkeit seiner Angaben entgegensteht. Dabei wird die eidesstattliche Versicherung in diesem Zusammenhang als eines der umfassendsten Nachweismittel angesehen. Durch sie kann sogar die Vorlage von nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu beschaffenden Personenstands-urkunden ersetzt werden.³³ Im Einzelfall wurde die eidesstattliche Versicherung auch schon als ausreichender Nachweis für die Erbeinsetzung bei einem verlustig gegangenen handschriftlichen Testament angesehen.³⁴

Gegenstand der eidesstattlichen Versicherung sind – je nach gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge – insbesondere a) der gesetzliche Güterstand der Zugewinnngemeinschaft im Todeszeitpunkt (kein Ehevertrag mit abweichenden Vereinbarungen), b) der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers (wegen örtlicher Zuständigkeit), c) ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die der Erbe von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbteil gemindert werden würde, d) ob und welche Verfügungen des Erblassers von Todes wegen vorhanden sind, e) ob ein Rechtsstreit über das Erbrecht des Erben anhängig ist, f) dass der Erbe die Erbschaft angenommen hat und g) die Größe seines Erbteils (§ 352 Abs. 3 S. 3 FamFG i. V. m. § 352 Abs. 1 FamFG).

Durch öffentliche Urkunden ist gemäß § 352 Abs. 3 S. 1 FamFG insbesondere der Nachweis für den Todeszeitpunkt und (bei gesetzlicher Erbfolge) das Verwandtschaftsverhältnis, auf dem das gesetzliche Erbrecht beruht, zu erbringen (d. h. Sterbe- bzw. Abstammungsurkunde). Hilfsweise ist nach pflichtgemäßem Ermessen des Nachlassgerichts auch hier als Beweismittel die eidesstattliche Versicherung denkbar.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Beispiel für Erbscheinsantrag bei gesetzlicher Erbfolge:³⁵

Vor mir, Notar ... erschien heute in meiner Geschäftsstelle ..., von Person bekannt (ausgewiesen durch ...): Frau ..., geboren am ..., wohnhaft in ...

Sie erklärte: Am ... ist mein Ehemann ... zuletzt wohnhaft und mit gewöhnlichem Aufenthalt in ... verstorben. Er hat keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen. Wir haben im gesetzlichen Güterstand gelebt. Er war deutscher Staatsangehöriger.

Wir haben zwei gemeinsame Kinder, nämlich: ... und ...

Erben sind daher geworden:

1. ich zu 1/2,

2. unsere beiden Kinder

a) ..., geboren am ..., wohnhaft in ...

b) ..., geboren am ..., wohnhaft in ...

zu je 1/4.

³³ Vgl. § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG.

³⁴ Vgl. Kersten/Bühling/Wegmann, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 113 Rn 29 f., 31; § 352 Abs. 3 S. 2 FamFG.

³⁵ Muster vereinfachend abgeändert von Kersten/Bühling/Wegmann, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 113 Rn 35 M.

Andere Personen, durch die die vorgenannten von der Erbfolge ausgeschlossen oder deren Erbteile gemindert werden würden, sind und waren nicht vorhanden.

Die Erben haben die Erbschaft angenommen.

Ein Rechtsstreit über das Erbrecht ist nicht anhängig.

Vom Notar über die Bedeutung einer eidesstattlichen Versicherung belehrt, versichere ich an Eides statt, dass mir nichts bekannt ist, was der Richtigkeit meiner vorstehenden Angaben entgegensteht.

Ich beantrage, einen gemeinschaftlichen Erbschein mit den angegebenen Quoten zu erteilen und die Ausfertigung dem beurkundenden Notar zu übersenden. Ich beantrage, den weiteren Erben die Abgabe einer eigenen Versicherung an Eides statt zu erlassen.

Der Wert des Nachlasses im Zeitpunkt des Erbfalls nach Abzug vom Erblasser herrührender Verbindlichkeiten beträgt ca. ... €.

Die Niederschrift wurde von dem Notar vorgelesen, von der Beteiligten genehmigt und unterschrieben:

IV. Rechtliche Anforderungen an den Erklärenden

1. Höchstpersönlichkeitsgrundsatz

Eide und eidesstattliche Versicherungen müssen gemäß § 478 ZPO (i. V. m. § 889 ZPO) stets höchstpersönlich geleistet werden. Die Vertretung bei der Abgabe eines Eides oder einer eidesstattlichen Versicherung ist dementsprechend nach unbestrittener Auffassung ausgeschlossen.³⁶ Dieser Grundsatz resultiert im Wesentlichen aus der Überlegung, dass die strafrechtlichen Folgen einer falschen eidesstattlichen Versicherung nur denjenigen treffen sollen, der diese auch in eigener Person abgegeben hat.

2. Eidesstattliche Versicherung durch den Betreuer für einen Geschäftsunfähigen

Auf der Grundlage des oben Festgestellten hat der Betreuer die eidesstattliche Versicherung nicht für den Betreuten, sondern stets in eigenem Namen für sich selbst abzugeben. Zum Inhalt der Versicherung an Eides statt kann der Betreuer nur eigene Wahrnehmungen und nicht die Wahrnehmungen des Betreuten machen. Er kann somit lediglich seine Wahrnehmungen z. B. von Aussagen versichern, die er selbst von dem Betreuten vernommen hat.

Damit kann der Beweiswert der Versicherung möglicherweise geschmälert sein. Beispielsweise hat der Eigentümer eines Grundstücks im Aufgebotsverfahren zum Ausschluss des Rechts eines unbekanntem Gläubigers glaubhaft zu machen, dass eine das Aufgebot ausschließende Anerkennung des Rechts des Gläubigers nicht erfolgt ist.³⁷ Ist der Betreute geschäftsunfähig, so hat nach allgemeiner Meinung sein Betreuer die eidesstattliche Versicherung abzugeben.³⁸ In diesem Fall wäre aber das Gericht bei eingeschränkter Beweiskraft berechtigt, gemäß § 450 Abs. 3 S. 2 FamFG nach pflichtgemäßem Ermessen anderweitige Ermittlungen von Amts wegen vorzunehmen.

³⁶ Vgl. Prütting/Gehrlein/Trautwein, ZPO Kommentar, § 480 Rn 3; Muielak/Huber, ZPO, § 478 Rn 2; KG, JR 1953, 307; Lerch, BeurKG, § 38 Rn 14.

³⁷ Vgl. hierzu Gutachten DNotI Nr. 119319 vom 20.8.2012.

³⁸ Vgl. KG, NJW 1968, 2245; Bienwald/Sonnenfeld/Harm/Hoffmann, Betreuungsrecht, Anhang zu § 1908i BGB, Rn 97.

V. Unterschriftsbeglaubigung einer als „Eidesstattliche Versicherung“ bezeichneten Privaturkunde

Gelegentlich wünschen Mandanten die Beglaubigung der Unterschrift unter einer als „Eidesstattliche Versicherung“ bezeichneten privatschriftlichen Erklärung. § 22 Abs. 2 BNotO ist direkt nur auf Beurkundungen, nicht jedoch auf Unterschriftsbeglaubigungen anwendbar. Daher könnte man den Standpunkt vertreten, dass die Beglaubigung einer Unterschrift unter einem als „Eidesstattliche Versicherung“ betitelten Schriftstück nicht den Anforderungen des § 22 Abs. 2 BNotO genügen muss.³⁹ So sieht auch die herrschende Meinung derartige Unterschriftsbeglaubigungen als rechtlich zulässig an. Denn mit ihr wird bei eingeschränkter Prüfungspflicht nach § 40 BeurkG lediglich die Echtheit der Unterschrift bestätigt. Eine Amtspflichtverletzung liege mit der Beglaubigung nicht vor.⁴⁰ Jedoch wird von der herrschenden Meinung davon abgeraten, eine solche Beglaubigung vorzunehmen. Wegen der Erweckung des falschen Anscheins einer besonderen Bekräftigungsform sei der Notar jedenfalls berechtigt, die Beglaubigung abzulehnen. Nach anderer Auffassung liege bei Vornahme der Unterschriftsbeglaubigung durch den Notar wegen der erfolgten Umgehung des § 22 Abs. 2 BNotO eine Amtspflichtverletzung vor.⁴¹ Verwiesen wird hierbei auf § 14 Abs. 2 BNotO, wonach der Notar seine Amtstätigkeit zu versagen hat, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar sei, insbesondere wenn seine Mitwirkung bei Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden.⁴² Vor dem Hintergrund von Sinn und Zweck eidesstattlicher Versicherungen ist letztere Auffassung überzeugender. Zwar wird kaum verlangt werden können, umfangreiche privatschriftliche Erklärungen auf darin versteckte, vermeintliche eidesstattliche Erklärungen hin zu durchforsten. Eine Amtspflichtverletzung dürfte aber jedenfalls dann anzunehmen sein, wenn für den Notar auf den ersten Blick erkennbar ist, dass der zu beglaubigende Text eine vermeintliche eidesstattliche Versicherung enthält.⁴³ Keinesfalls darf der Notar selbst eine derartige Erklärung entwerfen und dann lediglich die Unterschrift darunter beglaubigen (zu Abweichungen bei sog. *Affidavits* siehe VI.).

PRAXISTIPP

Keine Beglaubigung „Eidesstattlicher Versicherungen“:
Als Ausweichlösung bietet sich eine einfache Erklärung des Betroffenen an, die zwar nicht strafbewehrt, dennoch aber beweiskräftig mittels einer Unterschriftsbeglaubigung oder Niederschrift festgehalten wird.

Für die Beurkundung einer solchen einfachen Erklärung ist die vereinfachte Form der §§ 36, 37 BeurkG zulässig. Die Verlesung durch den Notar und Unterzeichnung durch den Aussagenden ist ebenfalls nicht erforderlich (vgl. vereinfachte Voraussetzungen des § 37 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 3 BeurkG). Allerdings sollten sich die Beteiligten darüber bewusst sein, dass es sich hierbei nicht um eine eidesstattliche Versicherung handelt. Eine solche Erklärung kann dennoch gegebenenfalls eine erhöhte Beweiskraft für den Erklärenden schaffen, indem ihm die Bedeutung seiner

Angaben, beispielsweise bezüglich einer möglichen Strafbarkeit wegen Betruges, besonders vor Augen geführt wird. Um gemäß § 14 Abs. 2 BNotO einen falschen Anschein der Erklärung zu vermeiden, sollte der Notar in der Urkunde vermerken, dass er die tatsächlichen Angaben der Beteiligten nicht überprüft hat.⁴⁴

VI. Einordnung des Affidavits nach *common law*

Eine besondere Beweiskraft wird mit der zuvor genannten Unterschriftsbeglaubigung einer als „Eidesstattliche Versicherung“ oder „Eid“ bezeichneten Privaturkunde ohne Behördenbezug lediglich im Ausland geschaffen, mit dem sogenannten Affidavit im *common law*.⁴⁵ Umstritten ist nach wie vor, ob das Affidavit als Eid oder eidesstattliche Versicherung einzuordnen ist und welche verfahrensrechtlichen Vorschriften nach deutschem Recht entsprechend anzuwenden sind. Nach früherer herrschender Ansicht in der Literatur ist in diesem Fall stets die Abnahme eines Eides und damit eine Niederschrift nach § 38 BeurkG erforderlich.⁴⁶ Nach der zutreffenden, heute wohl herrschenden Meinung ist § 38 BeurkG lediglich auf Eide und eidesstattliche Versicherungen im Sinne des deutschen Rechts anwendbar. Bei einer nach ausländischem Recht erforderlichen Erklärung sei darauf abzustellen, welche Bedeutung diese Erklärung in der ausländischen Rechtsordnung habe.⁴⁷ Regelmäßig enthält die Erklärung bloße Wissenserklärunen in Form eines Bekenntnisses zu dem darüberstehenden Text. Der ausländische *notary public* würde keine Prüfung und Belehrung vornehmen, was die Einordnung als Eid oder eidesstattliche Versicherung nach deutschem Recht ausschließt und vielmehr für eine Bekräftigung eigener Art spricht. In diesem Fall sind die Vorschriften für die Tatsachenbeurkundungen gemäß § 39 BeurkG anwendbar.⁴⁸ Entsprechend ist die Aufnahme eines Vermerks ausreichend, der gemäß § 5 Abs. 2 BeurkG auch in der entsprechenden Fremdsprache erstellt werden kann.

PRAXISTIPP

Sicherster Weg des Affidavits:

Bestehen Zweifel über die Einordnung der Erklärung in der ausländischen Rechtsordnung, so empfiehlt sich der sicherste Weg der Beurkundung des Affidavits nach § 38 BeurkG.⁴⁹

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Beispiel für deutschsprachige Beurkundung eines Affidavits:⁵⁰

Vor dem unterzeichnenden Notar ... erschien Herr ... und legte die dieser Niederschrift als Anlage beigefügte Erklärung in englischer Sprache mit der Überschrift „Affidavit“ vor, die von ihm unterschrieben war. Er ersuchte um die Abnahme eines Eides und

³⁹ Vgl. hierzu auch Bracker/Reithmann, BNotO, § 22 Rn 18 ff.

⁴⁰ Vgl. Lerch, BeurkG, § 38 Rn 11.

⁴¹ Vgl. Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 22 Rn 27.

⁴² Vgl. Diehn/Kilian, BNotO, § 22 Rn 19.

⁴³ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 17; Schippel/Bracker/Reithmann, § 22 BNotO, Rn 20.

⁴⁴ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 20.

⁴⁵ Vgl. Beck'sches Notarhdb./Bernhard, G Rn 281; Bracker/Reithmann, BNotO, § 22 Rn 20.

⁴⁶ Vgl. insbesondere Brambring, DNotZ 1976, 726; Hagena, DNotZ 1978, 387; Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG; § 38 BeurkG, Rn 10, Lerch, BeurkG, § 38 Rn 4.

⁴⁷ Vgl. Schippel/Bracker/Reithmann, § 22 BNotO, Rn 21 ff.; Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 6.

⁴⁸ Vgl. Schippel/Bracker/Reithmann, BNotO, § 22 Rn 25 f.; DNotI-Report 1996, 4.

⁴⁹ Vgl. Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 7; Limmer/Hertel/Frenz/Mayer/Limmer, Würzburger Notarhdb., Teil 7 Kap.1, Rn 20.

⁵⁰ Muster nach Kersten/Bühling/Terner, Formularhandbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 16 Rn 12 M.

erklärte, dass der Eid zur Wahrnehmung von Rechten im Ausland erforderlich sei. Er gab an, die englische Sprache so hinreichend zu beherrschen, dass er den Text der Erklärung verstehe. Der Notar, der der englischen Sprache kundig ist, las dem Erschienenen die beigefügte Erklärung vor.

Belehrt über die Bedeutung eines Eides, insbesondere über die strafrechtlichen Folgen unwahrer Angaben, beschwor der Erschienenene, wobei er die rechte Hand erhob, die Richtigkeit dieser Erklärung, nachdem der Notar ihm vorgesprochen hatte: „Sie schwören, nach bestem Wissen die reine Wahrheit gesagt und nichts verschwiegen zu haben“ mit den Worten: „Ich schwöre es“. Auf eine religiöse Beteuerung wurde verzichtet.

Beispiel für englischsprachigen Vermerk nach § 39 BeurkG⁵¹

„Declared at (Ort) ... this (Tag) ... day of (Monat/Jahr)...

– ... (Unterschrift des Erklärenden) –

by Mr. ..., born ..., adress ..., personally known to me / satisfactorily proven to be the same by his German identity card / German passport

before me ... (Name des Notars), civil law notary in ... (Amtssitz), Germany

– (Siegel und Unterschrift des Notars) –

Im Fall der Niederschrift nach den §§ 38, 6 ff. BeurkG verbleibt die Urschrift zur Verwahrung bei dem Notar. Eine Aushändigung der Urschrift kommt nach § 45 Abs. 2 BeurkG nur dann in Betracht, wenn deren Erforderlichkeit zur Verwendung im Ausland von dem Erklärenden dargelegt wird. In diesem Fall soll eine Ausfertigung zurückbehalten und auf ihr vermerkt werden, an wen und weshalb die Urschrift ausgehändigt worden ist.⁵²

VII. Gebühren

1. Überblick

Die Notargebühren für die Abnahme⁵³ von Eiden und eidesstattlichen Versicherungen sowie für die Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen sind in Nr. 23300-23302 KV GNotKG geregelt, die zugehörigen Wertvorschriften finden sich für Erbangelegenheiten und Auseinandersetzungen in den §§ 40, 41 GNotKG und im Übrigen in § 36 GNotKG.

Absatz 1 der Vorbemerkung 2.3.3 KV GNotKG stellt zunächst klar, dass keine gesonderten Gebühren anfallen, wenn die Abnahme des Eides bzw. der eidesstattlichen Versicherung bereits Teil eines anderweitig abrechenbaren Geschäfts ist. Grundsätzlich ergibt sich dies bereits aus der Natur der Sache. Bei eidesstattlichen Versicherungen ist dies z. B. der Fall im Rahmen von Grundstückskaufverträgen bei Erklärungen zur Glaubhaftmachung hinsichtlich Existenz, Gesellschafterbestand und Vertretungsverhältnissen einer GbR, im Rahmen eines Aufgebotsverfahrens (beispielsweise zur Kraftloserklärung eines Grundpfandbriefes oder zum Ausschluss unbekannter Erben des eingetragenen Grundstückseigentümers) oder im Rahmen der notariellen Aufnahme von Vermögensverzeichnissen. Bei der Abnahme des Eides gilt Entsprechendes z. B. für die Vereidigung von Dolmetschern, da es sich hierbei um

ein gebührenfreies Nebengeschäft zur Beurkundung handelt. Absatz 2 ordnet eine Privilegierung für den Schuldner insofern an, als bei Anträgen an das Nachlassgericht (beispielsweise auf Erteilung eines Erbscheins, Testamentsvollstreckerzeugnisses, Zeugnisses über die fortgesetzte Gütergemeinschaft) nur eine Gebühr erhoben wird, obwohl neben dem eigentlichen Antrag auch eine eidesstattliche Versicherung als Tatsachenbeurkundung enthalten ist. Die Privilegierung gilt nicht für andere mitbeurkundete Anträge wie etwa einen Grundbuchberichtigungsantrag.⁵⁴

2. Eid und eidesstattliche Versicherung im Sinne des GNotKG

Voraussetzung für die Gebührenerhebung ist weiterhin, dass es sich bei der abzurechnenden Tätigkeit um eine *zulässige Abnahme* handelt. Zum einen muss der Notar für die abzurechnende Handlung also i. S. v. § 22 BNotO zuständig gewesen sein – was z. B. bei eidesstattlichen Versicherungen, die lediglich zur Bekräftigung privatschriftlicher Verzeichnisse nach § 260 Abs. 2 BGB abgegeben werden, wegen ausschließlicher Zuständigkeit der Gerichte nicht der Fall ist.⁵⁵ Ähnliches gilt bei Versicherungen gegenüber Privatpersonen im Inland. Zum anderen muss es sich auch um die Abnahme eines Eides bzw. die Aufnahme einer eidesstattlichen Versicherung i. S. d. §§ 38, 8 ff. BeurkG handeln, so dass für reine Unterschriftenbeglaubigungen keine Gebühr nach Nr. 23300-23302 KV GNotKG erhoben werden kann (zur (Un-)Zulässigkeit derartiger Beglaubigungen s. o. V.). Eine Ausnahme gilt allerdings bei Affidavits: Da hier ein Vermerk nach § 39 BeurkG ausreichend ist (s. o. VI.), fällt die Gebühr nach Nr. 23300 KV GNotKG unabhängig von der Urkundsform an, sofern ein der Abnahme eines Eides ähnliches Verfahren zur Anwendung kommt.⁵⁶ Lediglich bei reinen Unterschriftenbeglaubigungen ohne darüber hinausgehende Erklärungen (z. B.: „sworn before me“) des Notars bleibt es bei einer Gebühr nach Nr. 25100 KV GNotKG.

3. Gebührensatz

Für die Abnahme fällt eine Gebühr von 1,0 an (Nr. 23300 KV GNotKG), die sich bei vorzeitiger Beendigung regelmäßig auf 0,3 reduziert (Nr. 23301 KV GNotKG), lediglich bei der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen fällt stets eine 1,0-Gebühr ohne Reduzierung an (Nr. 23302 KV GNotKG). Die Gebühr fällt nach zutreffender Ansicht gemäß den allgemeinen Grundsätzen bereits an, sobald das Verfahren eröffnet ist, auf den Beginn der Verhandlung kommt es nicht an.⁵⁷ Eine vorzeitige Beendigung ist jeder Verfahrensabbruch, bevor auch die Urkundsperson unterzeichnet hat.⁵⁸

⁵¹ Muster nach DNotI-Report 1996, 5.

⁵² Vgl. Limmer/Hertel/Frenz/Mayer/Limmer, Würzburger Notarhdb., Teil 7, Kap. 1, Rn 22.

⁵³ Kostenrechtlich wird, anders als in § 22 BNotO, nicht zwischen Aufnahme von Eiden und Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen differenziert, vgl. Korintenberg/Gläser, GNotKG, Nr. 23300-23302 KV Rn 5; Fackelmann/Heinemann/Heisel, GNotKG, KV Vorbem. 2.3.3 Rn 8; a. A. Leipziger Kostenspiegel, Teil 17 Rn 18.

⁵⁴ Leipziger GNotKG/Klingsch, Vorbem 2.3.3. KV Rn 3; Leipziger Kostenspiegel, Teil 19 Rn 79.

⁵⁵ Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, Vorbem. 2.3.3. KV Rn 1 u. Nr. 23300, 23301 KV Rn 2; ähnlich auch Fackelmann/Heinemann/Heisel, GNotKG, KV Vorbem. 2.3.3. Rn 12.

⁵⁶ Korintenberg/Gläser, GNotKG, Nr. 23300-23302 KV Rn 4; Fackelmann/Heinemann/Heisel, GNotKG, KV Vorbem. 2.3.3 Rn 9; Leipziger GNotKG/Klingsch, Nr. 23300-23301 KV Rn 3; a. A. Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, Nr. 23300-23301 KV Rn 4; stets nur Gebühr nach Nr. 25100 KV. Eingehend zur Kostenberechnung eines Affidavits Becker, notar 2014, 307 f.

⁵⁷ Ganz h. M., vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, § 10 Rn 17; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Pfeiffer, GNotKG, Nr. 23300-23301 KV Rn 6; Korintenberg/Gläser, GNotKG, Nr. 23300-23302 KV Rn 6; Leipziger GNotKG/Klingsch, Nr. 23300-23301 KV Rn 4 u. 9; a. A. jedoch Fackelmann/Heinemann/Heisel, GNotKG, KV Vorbem. 2.3.3 Rn 9.

⁵⁸ Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, § 10 Rn 17.

4. Beispiele

Beispiel 1:

Kurz nacheinander verstorben sind die Ehegatten A und B, die sich in privatschriftlichem Testament zunächst gegenseitig als Erben eingesetzt haben, Schlusserben sind aufgrund gesetzlicher Erbfolge die Antragsteller, die Kinder C und D. A war Eigentümer eines lastenfrieren Grundstücks im Wert von 400.000 €, beide Erblasser verfügten ferner über ein gemeinsames Konto mit einem Guthaben von 10.000 € und jeweils über eine „Sterbeversicherung“ in Höhe von ebenfalls 10.000 € ohne vertraglich festgelegten Begünstigten. Die Beerdigungskosten belaufen sich auf jeweils 5.000 €. Der Notar beurkundet einen einheitlichen Antrag auf Erteilung von zwei Erbscheinen mit Abnahme der eidesstattlichen Versicherung und Grundbuchberichtigungsantrag. Der Notar fordert auftragsgemäß die Geburtsurkunden der Antragsteller beim Standesamt an und reicht diese sodann mit dem privatschriftlichen Testament und einer Ausfertigung des Erbscheinsantrags zum Gericht und stellt die Anträge aus der Urkunde.

Geschäftswerte:

Abnahme Versicherung an Eides statt samt Antrag an Nachlassgericht: 430.000 €⁵⁹

Grundbuchberichtigungsantrag: 400.000 €⁶⁰

Vollzug: Einholung der Sterbeurkunden: 830.000 €⁶¹

Gebühren:

Abnahme Versicherung an Eides statt samt Antrag an Nachlassgericht: 1,0 (Nr. 23300 KV)⁶²

Grundbuchberichtigungsantrag: 0,5 (mindestens 30 €, Nr. 21201 Nr. 4 KV)

Einholung der Sterbeurkunden: 0,3 (höchstens 50 € je Urkunde, Nr. 22111, 22112 KV)

Beispiel 2:

A muss zur Geltendmachung von Forderungen in Höhe von 10.000 € in einem Gerichtsverfahren in Neuseeland eine eidesstattliche Versicherung in englischer Sprache abgeben. A und der Notar sind dieser Sprache beide mächtig, so dass die Abnahme der Versicherung vom Notar nach einer Vorbesprechung auf Englisch vorbereitet und sodann in einem späteren Termin entsprechend beurkundet wird. Der Notar holt auftragsgemäß die Apostille ein. Bevor er das Dokument an A weiterleiten kann, erklärt A, die Urkunde wegen einer außergerichtlichen Einigung nicht mehr zu benötigen.

Abwandlung: Wie vor, jedoch erscheint A schon nicht zum Beurkundungstermin.

Geschäftswerte:

Abnahme Versicherung an Eides statt: 10.000 € / 10.000 €⁶³

Zusatzgebühr Fremdsprache: 10.000 € / 10.000 €

Vollzug: Erwirkung Apostille: Wert entfällt, da Festgebühr

Gebühren:

Abnahme Versicherung an Eides statt: 1,0 (Nr. 23300 KV) / 0,3 (Nr. 23301 KV)⁶⁴

Zusatzgebühr Fremdsprache: 30 % der Beurkundungsgebühr (höchstens 5.000 €) / dto. (Nr. 26001 KV)

Vollzug: Erwirkung Apostille: 25 € (Nr. 25207 KV) / entfällt

VIII. Fazit

In der notariellen Praxis spielt die Aufnahme und Abnahme eidesstattlicher Versicherungen gemäß § 22 Abs. 2 BNotO, insbesondere im Rahmen von Erbscheinsanträgen, eine gewichtige Rolle, die Abnahme von Eiden ist dagegen von untergeordneter Bedeutung. Für beide Verfahren gibt es hinreichend präzise rechtliche Vorgaben, mit denen sich die Abwicklung im Büroalltag in der Regel unproblematisch gestaltet. Allerdings sollte sich der Notar davor hüten, das Verfahren z. B. durch reine Unterschriftsbeglaubigung unter einer privatschriftlichen Versicherung an Eides statt (die außer dem Sonderfall des Affidavit mangels Einhaltung der Formvorschriften dann nämlich keine solche ist) vermeintlich zu vereinfachen. Ebenso wenig sollte er aus falsch verstandener Serviceorientierung die Grenzen seiner Zuständigkeit überschreiten. In beiden Fällen würde die Erklärung damit letztlich entwertet. Für die Abnahme von Eiden ist der Notar – von wenigen Ausnahmen abgesehen – nur bei Verwendung der Erklärung im Ausland zuständig. Die Zuständigkeit des Notars besteht im Zusammenhang mit eidesstattlichen Versicherungen nur für solche Erklärungen, die zur Verwendung gegenüber einer zur Abnahme von eidesstattlichen Versicherungen befugten Behörde bestimmt sind. Grund ist jeweils die besondere Strafbewehrung gemäß §§ 154, 156 StGB, die der Erklärung einen besonderen Beweiswert verschafft. Daher sollte der Notar ein besonderes Augenmerk auf den Adressaten der Urkunde lenken, um die Strafbewehrung nicht zu umgehen, den falschen Anschein einer besonderen Beweiskraft zu vermeiden und damit letztlich auch den notariellen Dienstpflichten nachzukommen und das Vertrauen in den Berufsstand nicht zu gefährden.



Dr. Welf Klingsch, LL.M.
(Cambridge) ist Notar mit Amtssitz
im Ostseebad Heringsdorf.
E-Mail: info@notar-klingsch.de



Dr. Niclot von Stralendorf
ist Notarassessor in Mecklenburg-
Vorpommern.
E-Mail: notk-mv@notarnet.de

⁵⁹ Die Vermögenswerte nach § 40 Abs. 1 GNotKG beider Ehegatten sind nach § 93 Abs. 2 GNotKG zu addieren. Da bei den Sterbeversicherungen jeweils kein Bezugsberechtigter angegeben ist, fallen diese in den Nachlass. Beerdigungskosten sind keine vom Erblasser herrührende Verbindlichkeiten i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 2 GNotKG und daher nicht abzugsfähig.

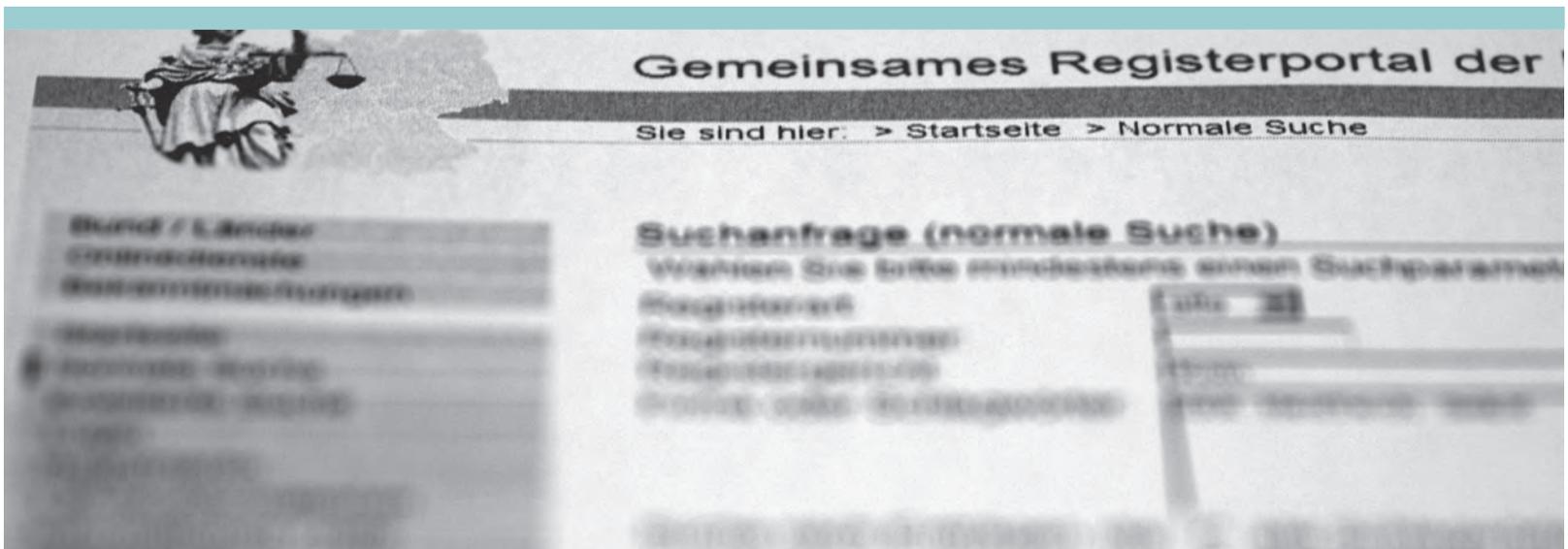
⁶⁰ § 46 GNotKG.

⁶¹ § 112 S. 1 GNotKG.

⁶² Der Antrag an das Nachlassgericht ist kostenrechtlich privilegiert und wird neben der Gebühr für die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung nicht gesondert berechnet (Abs. 1 der Vorbem. 2.3.3 KV GNotKG). Die Weiterleitung des Testaments ist kostenfreie Nebentätigkeit.

⁶³ § 36 Abs. 1 GNotKG.

⁶⁴ Durch den Auftrag zur Entwurfsfertigung zum Termin ist das Verfahren bereits eingeleitet; dass A überhaupt nicht zum Beurkundungstermin erscheint, ist für den Verfahrensbeginn unerheblich. Da es nicht mehr zur Unterschrift durch den Notar kommt, fällt die reduzierte Gebühr an.



jahresrückblick

Thomas Kilian

Registerrecht

Aktuelle Entwicklungen

Im Berichtszeitraum von Dezember 2015 bis November 2016 erging einige neue Rechtsprechung in den klassischen Schwerpunktbereichen des Registerrechts. Außerdem trat die europäische Durchführungsverordnung betreffend die Richtlinie bezüglich der Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern in der EU in Kraft und ebnet damit den Weg für die Freischaltung des europäischen Registerportals in diesem Jahr.

A. Rechtsprechung

I. Partnerschaftsgesellschaft: Verfassungswidrigkeit des Verbots einer Partnerschaft zwischen Rechtsanwalt, Arzt und Apotheker

Der BGH¹ hat nunmehr entschieden, dass die abschließende Regelung in § 59a Abs. 1 BRAO betreffend die Sozietätsfähigkeit eines Rechtsanwalts insofern mit Art. 12 Abs. 1, 9 Abs. 1 und 3 Abs. 1 GG unvereinbar ist, als sie die berufliche Verbindung zur gemeinschaftlichen Berufsausübung mit Ärzten und mit Apothekern – im Gegensatz zu einer solchen mit Mitgliedern einer Rechtsanwalts- und der Patentanwaltskammer, mit Steuerberatern, Steuerbevollmächtigten, Wirtschaftsprüfern und vereidigten Buchprüfern – nicht zulässt.

Zuvor hatte bereits das BVerfG² in einem Vorlageverfahren gem. Art. 100 Abs. 1 GG³ in diese Richtung entschieden.

Anlass für die Entscheidung war die Gründung einer interprofessionellen Partnerschaftsgesellschaft durch einen Rechtsanwalt und eine Ärztin, die zugleich Apothekerin ist. Sie meldeten diese Gesellschaft zusammen unter dem Namen „Dr. iur. W. W. H., Rechtsanwalt, Prof. Dr. med. Dr. rer. nat. M. V. A. Ärztin und Apothekerin, interprofessionelle Partnerschaft für das Recht des

Arztes und des Apothekers“ beim Amtsgericht zur Eintragung ins Partnerschaftsregister an. Zum Gegenstand nach § 3 Abs. 2 Nr. 3 PartGG hieß es in der Anmeldung:

Gegenstand der Partnerschaft ist die Ausübung des selbständigen Berufes des Rechtsanwalts durch den Partner Dr. W. W. H. und der Ärztin und Apothekerin durch die Partnerin Dr. Dr. M. V. A. Die Partnerin Dr. Dr. M. V. A. wird jedoch nur gutachterlich und beratend tätig; sie übt in der Partnerschaft weder die Heilkunde am Menschen aus noch betreibt sie in der Partnerschaft eine Apotheke.

Das Register- und Beschwerdegericht⁴ hatte die Anmeldung unter Bezugnahme auf die abschließende Regelung des § 1 Abs. 3 PartGG i. V. m. § 59a BRAO zurückgewiesen, in der der Beruf des Arztes und des Apothekers nicht aufgeführt sei. Das BVerfG und auch der BGH entschieden nunmehr, dass die Regelung in § 59a BRAO gegen Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verstößt, weil die Einschränkung der Sozietätsfähigkeit nicht durch vernünftige Gemeinwohlgründe gerechtfertigt sei. Für das vom Gesetzgeber in den Vordergrund gestellte Ziel der Sicherstellung der anwaltlichen Verschwiegenheitsverpflichtung sei das Sozietätsverbot mit Ärzten und Apothekern in weiten Bereichen nicht erforderlich, während sich im Übrigen der damit verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit als unangemessen erweise.⁵ Auch zum Schutz der anwaltlichen Verschwiegenheit durch die flankierenden Rechte zur Zeugnisverweigerung, durch die Beschlagnahmeverbote und durch die Beschränkung weiterer Ermittlungsmaßnahmen fehlt es teilweise schon an der Erforderlichkeit, im Übrigen aber jedenfalls an der Angemessenheit des Eingriffs in die freie Berufsausübung.⁶

¹ Beschl. v. 12.4.2016 – II ZB 7/11, NJW 2016, 2263-2266.

² Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13, NJW 2016, 700-708.

³ Beschl. v. 16.5.2013 – II ZB 7/11, NJW 2013, 2674-2683.

⁴ OLG Bamberg ZIP 2011, 1413.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13, NJW 2016, 700-708, Rn 54.

⁶ BVerfG, Beschl. v. 12.1.2016 – 1 BvL 6/13, NJW 2016, 700-708, Rn 54.

II. Eintragungsfähigkeit eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil

Bereits im letzten Jahresrückblick habe ich darüber berichtet, dass sich ein Gericht mit der im Schrifttum sehr umstrittenen Frage beschäftigt hat, ob der Nießbrauch an einem Personengesellschaftsanteil in das Handelsregister eingetragen werden kann. Ausgehend von unterschiedlichen Auffassungen zur materiellrechtlichen Stellung des Nießbrauchsberechtigten eines Gesellschaftsanteils wird diese Frage teils bejahend⁷ und teilweise verneinend⁸ beantwortet. Diejenigen, die dem Nießbraucher eine dem Gesellschafter angeglichenen Stellung zuerkennen, also eigenes Stimmrecht und eine eigene Haftung bejahen, treten für die Eintragungsfähigkeit und teilweise sogar für eine Eintragungspflicht ein. Wird das Nutzungsrecht dagegen als bloßer Ertragsnießbrauch ohne eigene Haftung oder eigene Verwaltungsrechte des Nießbrauchsberechtigten gesehen, so wird auch die Eintragungsfähigkeit verneint.

Soweit ersichtlich lag neben der im letzten Jahresrückblick besprochenen Entscheidung des OLG Oldenburg⁹ nur eine weitere obergerichtliche Entscheidung zu dieser Frage vor. Auch das OLG Stuttgart hatte die Eintragungsfähigkeit bejaht und hierbei die entsprechende Rechtsprechung der früher als Beschwerdegerichte zuständigen Landgerichte fortgesetzt.¹⁰

Nunmehr hat das OLG München¹¹ die Frage der Eintragungsfähigkeit verneinend beantwortet. Es führte aus, dass es sich bei der Bestellung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil weder um eine eintragungspflichtige noch um eine kraft Gesetzes eintragungsfähige Tatsache handle. Das Gericht will vermeiden, dass das Handelsregister unübersichtlich und in sich widersprüchlich wird; es soll auch nicht zum Sammelurium aller möglichen denkbaren Eintragungen werden, an denen der Rechtsverkehr ein wie auch immer geartetes wirtschaftliches Interesse hat. Eine dem Testamentsvollstrecker vergleichbare materiell-rechtliche Stellung, aus der sich eine Eintragungsfähigkeit ableiten ließe, habe der Nießbraucher mangels haftungsrechtlicher Außenwirkung nicht inne, so das Gericht.

Irrelevant sei auch, dass der Nießbrauchsberechtigte bei Grundsatzentscheidungen maßgeblichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung innerhalb der Gesellschaft hat. Insoweit ist zwar inzwischen höchstrichterlich geklärt, dass dem Berechtigten bei derartigen Beschlussgegenständen, die eine Änderung des Gesellschaftsvertrages verfolgen, kein eigenes Stimmrecht zusteht.¹² Änderungen des Gesellschaftsvertrages haben aber Einfluss auf die Mitgliedschaft des Gesellschafters und damit mittelbar auch auf den Bestand des Nießbrauchsrechts. Insoweit wird der Nießbrauchsberechtigte über § 1071 BGB geschützt und an der Entscheidungsfindung beteiligt. Die Zustimmung des Gesellschafters, dessen Anteil mit einem Nießbrauchrecht belastet ist, zur Änderung des Gesellschaftsvertrages ist hier nach ihrerseits nur mit Zustimmung des Nießbrauchsberechtigten möglich. Diese Einflussmöglichkeit des Nießbrauchsberechtigten insbesondere auf Grundsatzentscheidungen der

Gesellschaft rechtfertigt nach Auffassung des OLG München keine Eintragung seiner Rechtsstellung in das Handelsregister.

Auch zum Zweck der Verlautbarung der Vertretungsverhältnisse sei die Eintragung des Nießbrauchs an einem Kommanditanteil nicht geboten. An der organschaftlichen Vertretung der Gesellschaft ist der Nießbraucher nicht beteiligt, denn der Kommanditist ist grundsätzlich weder zur Geschäftsführung (§ 164 HGB) noch zur Vertretung der Gesellschaft (§ 170 HGB) berechtigt und auch nicht ermächtigt. Da die Rechte des Nießbrauchers aber nicht weitergehen können als die des Gesellschafters selbst, kann ein Nießbraucher grundsätzlich weder die Geschäfte der Gesellschaft führen noch diese rechtswirksam nach außen vertreten.

Das OLG München ließ die Rechtsbeschwerde gegen seine Entscheidung zum BGH zu. Es bleibt deshalb zu hoffen, dass bald Rechtsklarheit in dieser Frage herbeigeführt werden wird.

III. Anforderungen an die Versicherung der Geschäftsführer einer GmbH in Bezug auf Ausschlussgründe für ihre Bestellung

Mit der Frage, ob die Versicherung zweier gemeinsam zur Eintragung angemeldeter Geschäftsführer einer GmbH, mit folgendem Wortlaut

Wir versichern weiter, dass keine Umstände vorliegen, aufgrund derer wir nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 GmbHG von dem Amt als Geschäftsführer ausgeschlossen wären: Wir wurden niemals wegen ... verurteilt; uns ist weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ... die Ausübung irgendeines Berufes ... untersagt ...

dem Gesetz genügt, hatte sich das OLG Frankfurt¹³ in einer im Berichtszeitraum veröffentlichten Entscheidung zu befassen. Es führte aus, dass der gewählte Text – ausschließlich in „Wir“-Form – nicht ohne weiteres und mit der notwendigen Klarheit erkennen lasse, dass eben nicht nur keine die Geschäftsführer jeweils beide (gemeinsam) betreffenden sondern auch keine die Geschäftsführer möglicherweise jeweils nur einzeln betreffenden Verurteilungen und Untersagungsverfügungen vorliegen. Die erforderliche Versicherung sei daher von jedem Geschäftsführer „einzeln für sich abzugeben“.

Die Entscheidung des OLG Frankfurt stellt meines Erachtens überzogene Anforderungen auf. Im Hinblick darauf, dass die Versicherung jeweils durch beide Geschäftsführer unterschrieben worden war, hätte der Versicherungstext auch dahingehend ausgelegt werden können, dass die Versicherungen so zu verstehen sind, dass keine nur den jeweiligen Unterzeichner allein betreffende Verurteilung oder Untersagung vorliegt. *Wachter*¹⁴ ist zuzustimmen, dass die Entscheidung dem Gesetzeswortlaut des § 8 Abs. 3 S. 1 GmbHG widerspreche, wonach die Geschäftsführung die Versicherung abzugeben habe. Die Gesetzesbegründung gibt ebenfalls nichts dafür her, dass mehrere Geschäftsführer die Versicherung einzeln abgeben müssen. Auch der Normzweck erfordert dies nicht. Bei dem verwendeten „Wir-Text“ handelt es sich im Übrigen um eine Standardformulierung, die seit Jahren in notariellen Handbüchern zum Registerrecht empfohlen wird. Eine derartige Fassung der Versicherung wurde auch in der notariellen Praxis bisher unbeanstandet verwendet. Der Fall gibt daher Anlass, solche Musterformulierungen vor ihrer Verwendung kritisch zu hinterfragen. Zudem sollten die in der Notarsoftware hinterlegten Mustertexte angepasst werden.

⁷ Staudinger/Frank, BGB (2009), Anhang zu § 1068 Rn 92; MüKo-BGB/Pohlmann, 6. Aufl., § 1068 Rn 83; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl., § 105 Rn 44.

⁸ Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., Rn 770; MüKo-HGB/Langhein, 3. Aufl., § 106 Rn 24; MüKo-HGB/Schmidt, vor § 230 Rn 16.

⁹ Beschl. v. 9.3.2015 – 12 W 51/15, NZG 2015, 643, 644.

¹⁰ Beschl. v. 28.1.2013 – 8 W 25/13, NZG 2013, 432, 433.

¹¹ Beschl. v. 8.8.2016 – 31 Wx 204/16, NZG 2016, 1064-1066.

¹² BGH NJW 1999, 571, zit. aus juris Rn 12.

¹³ Beschl. v. 4.2.2016 – 20 W 28/16, DNotZ 2016, 918-920.

¹⁴ GmbHR 2016, 994-996.

IV. Eintragungsfähigkeit der englischen *private Company Limited by guarantee* in Abteilung B des Handelsregisters

Das OLG Dresden¹⁵ hatte sich mit der Frage zu beschäftigen, ob die Zweigniederlassung einer englischen *private Company Limited by guarantee* in die Abteilung B des Handelsregisters eingetragen werden kann. Das Registergericht hatte dies unter Hinweis darauf verweigert, dass eine *private Company Limited by guarantee* keine der GmbH bzw. AG vergleichbare Gesellschaftsform sei und deshalb nicht in das Handelsregister B eingetragen werden könne. Es fehle an einem Stamm- oder Grundkapital. Die Gesellschafter verpflichteten sich lediglich, im Fall der Auflösung oder Insolvenz beschränkt für Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu haften. Auch würden durch die Anmeldung der Zweigniederlassung die Vorschriften des englischen Gesellschaftsrechts umgangen. Die *private Company Limited by guarantee* sei keine auf Gewinnerzielungsabsicht gerichtete Gesellschaftsform. Mit ihr würden in erster Linie gemeinnützige Ziele verfolgt, vorliegend die Förderung oder Regulierung von Wirtschaft, Kunst, Wissenschaft, Bildung, Religion, Wohlfahrt oder eines Gewerbes. Der Gegenstand der Zweigniederlassung war im vorliegenden Fall demgegenüber auf das Betreiben eines Gewerbes gerichtet (Einzelhandel mit Fahrrädern auch eigener Marken, mit Fahrradersatzteilen, Fahrradzubehör, Bekleidung, Sportartikeln, Reparatur von Fahrrädern).

Das OLG konnte das „Unbehagen“ des Registergerichts zwar gut nachvollziehen, bejahte aber dennoch die Eintragungsfähigkeit in Abteilung B. Es begründete dies damit, dass die *private Company Limited by guarantee* nach englischem Rechtsverständnis eine Kapitalgesellschaft ist. Grundlage des Rechts der Kapitalgesellschaften ist im Vereinigten Königreich der *Companies Act 2006*. Dieser enthält die für alle englischen Kapitalgesellschaften geltenden Gesetze. Er unterscheidet zwischen den *Public Companies* und den *Private Companies*, wobei erstere der deutschen Aktiengesellschaft und letztere der deutschen GmbH vergleichbar sind. Zu den *Private Companies* gehören die *Private Company Limited by shares*, für die – so auch das Amtsgericht – eine Vergleichbarkeit mit der deutschen GmbH allgemein anerkannt ist, die *Private Company Limited by guarantee* und die *Unlimited Company*. Differenzierungen zwischen den genannten Gesellschaftsformen hinsichtlich ihrer Einordnung als Kapitalgesellschaften enthält der *Companies Act 2006* nicht.

Europarechtlich wird die *Private Company Limited by guarantee*, so das Gericht, ebenfalls mit der GmbH gleichgestellt. In Art. 1 der Zwölften Richtlinie 89/667/EWG des Rates vom 21.12.1989 auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts¹⁶ sind die von den Regelungen betroffenen Gesellschaftsformen der Mitgliedstaaten aufgelistet. Für Deutschland ist dort die GmbH, für das Vereinigte Königreich die *Private Company Limited by shares or by guarantee* genannt. Beide letztgenannten Gesellschaftsformen werden – ohne weitere Differenzierung – wie die GmbH behandelt. In Verbindung mit der sog. ersten Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG,¹⁷ auf die sich die Elfte Richtlinie¹⁸ bezieht und die zwischenzeitlich von der Richtlinie 2009/101/EG vom 16.9.2009¹⁹ abgelöst wurde, gelten die darin normierten Offen-

legungspflichten gleichermaßen für die beiden genannten englischen Gesellschaftsformen wie für die GmbH. Art. 1 der Richtlinie 2009/101/EG benennt für das Vereinigte Königreich als erfasste Gesellschaften *companies incorporated with limited liability*. Letzteren unterfällt auch die *Private Company Limited by guarantee*.

V. Vollmachtsnachweis bei Anmeldung zum Handelsregister

1. Gründung einer GmbH

Einem vom OLG Düsseldorf²⁰ entschiedenen Fall lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Zur notariellen Beurkundung der Gründung einer GmbH erschien nur einer der insgesamt vier Gesellschafter, der daher bei der Errichtung der Gesellschaft nicht nur im eigenen Namen, sondern zugleich auch namens und in Vollmacht seiner drei Mitgesellschafter handelte. Der beurkundende Notar überzeugte sich durch Einsicht in die rechtsgeschäftliche Vollmachtsurkunde von der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung des Gründungsgesellschafters und stellte hierüber eine Bescheinigung gem. § 21 Abs. 3 BNotO aus. Die Vertretungsbefugnis umfasste auch die Anmeldung der neu errichteten Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister.

Das Registergericht wollte die Anmeldung nicht vollziehen, da die ordnungsgemäße Bevollmächtigung des Gründungsgesellschafters durch die weiteren Gesellschafter nicht durch Vorlage einer entsprechenden Vollmachtsurkunde nachgewiesen worden sei. Die stattdessen vorgelegte Bescheinigung des beurkundenden Notars, in der dieser bestätigte, dass er sich von der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung durch Einsicht in die zugrundeliegende Vollmachtsurkunde überzeugt hatte, reiche insoweit als Nachweis nicht aus.

Das OLG hob die Zwischenverfügung auf, welche die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Vollmachtsurkunde forderte. Es nahm Bezug auf § 12 Abs. 1 S. 3 HGB, der ausdrücklich bestimmt, dass anstelle der Vollmachtsurkunde auch die Bescheinigung eines Notars nach § 21 Abs. 3 BNotO zum Nachweis des Bestehens rechtsgeschäftlicher Vertretungsmacht eingereicht werden kann.²¹

Dem steht § 12 BeurkG schon deshalb nicht entgegen, weil darin nicht die Voraussetzungen für eine Eintragung im Handelsregister, sondern notarielles Berufsrecht geregelt wird. Zudem ist § 12 BeurkG als Soll-Vorschrift ausgestaltet, so dass sich etwaige Verstöße nicht auf die Wirksamkeit einer Beurkundung auswirken können. Dann aber hat es auch keinerlei Auswirkungen auf die Voraussetzungen für eine Eintragung in das Handelsregister, wie sie in § 12 HGB geregelt worden sind, wenn ein beurkundender Notar seiner Niederschrift entgegen § 12 S. 1 BeurkG die ihm zu Nachweis des Bestehens einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht vorgelegte Vollmacht nicht in Urschrift oder in beglaubigter Abschrift beifügt. In dieser Hinsicht war den vom Gericht mitgeteilten Fallumständen nichts zu entnehmen. Es deutet jedoch alles darauf hin, dass der Notar eine elektronisch beglaubigte Abschrift der Urschrift des Gesellschaftsvertrags ohne den Auszugsvermerk nach § 42 Abs. 3 BeurkG eingereicht hatte. Es stellt sich aus Sicht des Gerichts dann natürlich die Frage, warum die Vollmacht nicht in der elektronisch beglaubigten Abschrift enthalten ist, wenn doch § 12 BeurkG deren Beifügung fordert.

¹⁵ Beschl. v. 25.1.2016 – 12 W 27/16, GmbHR 2016, 484-486.

¹⁶ Sog. Einpersonengesellschaftsrichtlinie, ABl L 395 vom 30.12.1989, S. 40-42.

¹⁷ ABl L 65 vom 14.3.1968, S. 8-12.

¹⁸ Sog. Zweigniederlassungsrichtlinie, 89/666/EWG, ABl L 395 v. 30.12.1989, S. 36-39.

¹⁹ ABl L 258 vom 1.10.2009, S. 11-19.

²⁰ Beschl. v. 30.3.2016 – 3 Wx 54/16, NZG 2016, 665 f.

²¹ So auch Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Ries, Handelsgesetzbuch, 4. Aufl. 2014, § 12 HGB Rn 10a.

Es ist zwar richtig, dass dies für die Eintragung im Handelsregister bedeutungslos ist, da ein Verstoß gegen § 12 BeurkG keine Unwirksamkeit der Urkunde auslösen kann. Berufsrechtlich sind jedoch auch solche Soll-Vorschriften als Muss-Vorschriften zu lesen. Weiterhin kann in diesen und ähnlich gelagerten Fällen notarieller Pflichtverstöße die Frage aufkommen, ob eine wirksame beglaubigte Abschrift vorliegt.²² Es ist also bei Verwendung der Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO Vorsicht geboten, wenn die Urschrift der Urkunde in beglaubigter Abschrift nur auszugsweise, d. h. ohne die Vollmacht, beim Registergericht eingereicht wird.

2. Publikums-KG

In einem Verfahren vor dem OLG München²³ ging es um die Eintragung von zwei Kommanditisten in das Handelsregister, die im Wege der Rechtsnachfolge an die Stelle früherer Kommanditisten getreten sind. Dieser Anmeldung zum Handelsregister lagen die Vollmachten für die neuen Kommanditisten in der Form des § 12 Abs. 1 HGB vor. Mit Zwischenverfügung hat das Registergericht dem anmeldenden Notar aufgegeben, „entweder alle Vollmachten elektronisch vorzulegen“ oder „zu versichern, dass ihm [dem anmeldenden Notar] alle Vollmachten vorlagen und sie nicht widerrufen wurden“.

Das OLG hob die Verfügung auf. Soweit das Registergericht dem anmeldenden Notar aufgegeben hat, mittels Vorlage einer Notarbescheinigung nach § 21 BNotO zu versichern, dass „... die Vollmachten nicht widerrufen wurden“, findet sich dafür im Gesetz keine Stütze. Umfang und Inhalt einer Notarbescheinigung ergeben sich aus § 21 Abs. 3 BNotO. Danach hat der Notar in der Bescheinigung anzugeben, dass er sich durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat. In der Bescheinigung ist darüber hinaus anzugeben, in welcher Form und an welchem Tag die Vollmachtsurkunde dem Notar vorgelegen hat. Aussagen über den (materiell-rechtlichen) Bestand der Vollmacht enthält die Notarbescheinigung nicht. Mit hin kann das Registergericht vom anmeldenden Notar auch nicht die Abgabe einer entsprechenden Erklärung verlangen.

Soweit dem Notar die Vorlage aller Vollmachten in elektronischer Form aufgegeben wurde, gilt im Ergebnis dasselbe: Dem Registergericht lagen bereits Vollmachten in elektronischer Form vor. Demzufolge ist für deren erneute Vorlage keine Veranlassung zu erkennen. Soweit sich das Registergericht in der Zwischenverfügung darauf stützt, dass keine Vollmachten in unwiderrüflicher Form vorliegen, könne es darauf schon deshalb nicht ankommen, weil das Gesetz dies nicht verlange.

Interessant an diesem Fall ist schließlich der Hinweis des Gerichts, wie zu verfahren ist, wenn dem Registergericht nur widerrüfliche Vollmachten vorliegen und seit dem Zeitpunkt der Beglaubigung der Abschrift eine erhebliche Zwischenzeit vergangen ist. In diesem Fall könne sich das Registergericht aktuelle Vollmachten (gemeint ist wohl eine aktuelle elektronisch beglaubigte Abschrift der Urschrift oder Ausfertigung der Vollmachtsurkunde) vorlegen lassen.²⁴ Das OLG teilt *obiter dictum* die Auffassung, dass dies nur bei Vollmachten verlangt werden könne, deren Erteilung zwischen acht und vierzig Jahren zurückliege.

Die Entscheidung ist zutreffend, da hinsichtlich der Frage, ob die vorgelegte Vollmacht zum maßgeblichen Zeitpunkt der Registeranmeldung noch nicht erloschen ist, der Amtsermittlungsgrundsatz gilt. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Verwendung beglaubigter Abschriften den Vollmachtgeber nicht daran hindert, die Vollmacht zu widerrufen und die Urschrift herauszuverlangen und auf diese Weise den Rechtsschein des § 172 Abs. 2 BGB zu zerstören. Bei Anwendung des Amtsermittlungsgrundsatzes gilt, dass die nur gedachte Möglichkeit des Erlöschens der Vollmacht für weitere Nachforschungen nicht ausreicht und nähere Nachforschungen zum Fortbestehen der Vertretungsmacht nur dann anzustellen sind, wenn begründeter Anlass zu Zweifeln besteht. Ist seit der Erteilung der Vollmacht kein zu langer Zeitraum verstrichen, ist dies nicht der Fall und das Gericht kann sich mit dem bloßen Nachweis der Erteilung begnügen. Dagegen stellt der Ablauf einer erheblichen Zwischenzeit einen Anlass für weitere Nachforschungen dar.

In verfahrensrechtlicher Hinsicht ist zu beachten, dass seit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Registergerichten kein Vollmachtsoriginal und auch keine Ausfertigungen mehr an das Registergericht übermittelt werden können, da es bisher keine Entsprechungen zu diesen aus der Papierwelt stammenden Dokumentarten gibt. Es muss also in den Fällen des Wegfalls der Fortbestandsvermutung ein anderer Weg beschritten werden.

Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass die Notare seit dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit²⁵ am 1.9.2013 nicht nur für die Erteilung von Registerbescheinigungen gem. § 21 Abs. 1, 2 BNotO, sondern auch für die Erteilung von Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht zuständig sind.

Für den Bereich des Handelsregisters wird mit dem neuen § 21 Abs. 3 BNotO eine seit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Registergerichten bereits geübte Praxis kodifiziert. Als das Register noch in Papierform geführt wurde, wurde die Vorlage der Originalurkunde bzw. einer Ausfertigung derselben verlangt. Da es eine elektronische Ausfertigung einer öffentlichen Urkunde (derzeit) rechtlich nicht gibt und auch die Vorlage des Originals im elektronischen Rechtsverkehr ausscheidet, musste insoweit ein anderer Ansatz gefunden werden. Dies ist insbesondere bei solchen Urkunden von hoher Bedeutung, bei denen nur deren Besitz die tatsächliche Wirksamkeit beweisen kann. Darunter fallen z. B. die Vorsorge- und die Handelsregistervollmacht.

Die vorstehende Problematik stellt sich vor allem, wenn eine Anmeldung für eine Publikumspersonengesellschaft aufgrund zahlloser Registervollmachten vorgenommen wird. Diese Vollmachten wurden bisher im Original eingereicht und in den Akten des Registergerichts verwahrt, so dass sich die Frage der Fortexistenz der Vertretungsmacht nicht stellen konnte. Nunmehr liegen dem Gericht nur noch Abschriften der Vollmachten in elektronisch beglaubigter Form vor. Bei Anwendung der vom OLG München bzw. OLG Karlsruhe aufgestellten Grundsätze wäre es daher bei jeder neuen Anmeldung erforderlich, sämtliche vom Anmeldenden im Original oder in Ausfertigung vorgelegten Vollmachten erneut elektronisch zu beglaubigen und elektronisch mit einzureichen, um Vollzugsschwierigkeiten vorzubeugen.

²² Siehe dazu näher den instruktiven Aufsatz von Lang in diesem Heft, S. 23.

²³ Beschl. v. 17.10.2016 – 21 Wx 244/16, zitiert nach juris.

²⁴ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 12.11.2014 – 11 Wx 61/14, MittBayNot 2015, 426-427, besprochen im letzten Jahresrückblick, notar 2016, 13, 16.

²⁵ BGBl I 2013, 1800.

Hier hat sich die Praxis bisher damit beholfen, dass der Notar die Vollmachten für die Gesellschaft im Original in Papierform in Verwahrung nimmt. Dann kann er in einer der Registeranmeldung beizufügenden Eigenurkunde bescheinigen, dass ihm die schon eingereichten Vollmachten noch im Original oder in Ausfertigung vorliegen. Auf diese Weise kann die einmal erstellte und dem Registergericht übermittelte elektronisch beglaubigte Abschrift der Vollmachtenurkunde für alle künftigen Anmeldungen der Gesellschaft verwendet werden. Ein erneutes Signieren und Übermitteln aller Vollmachten ist dann nicht mehr erforderlich. Folgerichtig wurde durch das Gesetz zur Aufgabenübertragung auf die Notare dem § 12 Abs. 1 HGB ein neuer Satz 3 angefügt, wonach an Stelle der Vollmachtenurkunde eine notarielle Bescheinigung zum Nachweis der Vertretungsmacht genügt.

Beispiel:

Der Unterzeichner der Handelsregisteranmeldung handelt zugleich für alle bereits eingetragenen Kommanditisten, deren Vollmachten dem Registergericht in Urschrift, Ausfertigung oder elektronisch beglaubigter Abschrift vorliegen.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Registerbescheinigung:

Der die Anmeldung elektronisch signierende Notar bescheinigt, dass ihm die bereits zum Handelsregister in elektronisch beglaubigter Form eingereichten Vollmachtenurkunden immer noch in der für die Eintragung erforderlichen Form, d. h. in Urschrift/Ausfertigung, vorliegen bzw. am Tag der Unterschriftsbeglaubigung zu seiner Einsichtnahme vorgelegt wurden.

Die Schaffung der neuen Befugnis ist sehr zu begrüßen. Sie erleichtert den Registerverkehr, entlastet die Gerichte von der Prüfung umfangreicher Vollmachtenketten und hilft das anfallende Archivgut bzw. Datenvolumen zu reduzieren.

Die Entscheidung des OLG München gibt jedoch Anlass, sich nochmals den beschränkten Umfang der neuen Befugnis vor Augen zu führen. Danach ist eine notarielle Bescheinigung, wonach die Vollmachten nicht widerrufen wurden, nicht vom Gesetzeswortlaut gedeckt und daher unzulässig.²⁶

VI. Keine Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift einer Gesellschaft durch den Prokuristen

Ob es sich bei der Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift um eine Maßnahme handelt, die der Betrieb irgendeines Handelsgewerbes mit sich bringt, oder ob es sich um eine Organisationsmaßnahme handelt, die dadurch einem Zugriff des Prokuristen entzogen ist, ist umstritten.²⁷ So ist der bisher für die Registersachen zuständige 12. Zivilsenat des Kammergerichts davon ausgegangen, dass ausreichende Vertretungsmacht vorliegt. Er hat dies damit begründet, dass Umzüge mit den Büroräumen häufiger vorkämen und dem Fall jedenfalls keine wesentliche Bedeutung zukomme, wenn der Umzug innerhalb derselben Stadt (hier: Berlin) erfolge. Auch der Gläubigerschutz verlange keine Anmeldung durch den Geschäftsführer.

Demgegenüber hat das OLG Karlsruhe darauf hingewiesen, dass der inländischen Geschäftsanschrift eine weitreichende Bedeutung zukomme, weil über sie für die Gesellschaft rechts-

relevante Handlungen (gemeint ist wohl die Zustellungsfiktion) vorgenommen werden könnten; die inländische Geschäftsanschrift habe damit eine vom satzungsmäßigen Sitz kaum abweichende Bedeutung. Sie sei von wesentlicher organisatorischer Bedeutung.²⁸

Das KG²⁹ schloss sich nun in einer im Berichtszeitraum ergangenen Entscheidung der strengerer Ansicht des OLG Karlsruhe an. Zur Begründung führte das KG aus, dass der Wechsel der inländischen Geschäftsanschrift in jedem Fall der Organisation des Handelsgewerbes zuzurechnen sei. Dies folgt schon daraus, dass die Frage der inländischen Geschäftsanschrift früher uneingeschränkt mit der Frage nach dem Sitz der Gesellschaft verbunden war und erst durch die Abkehr der Notwendigkeit von Übereinstimmung von Satzungssitz und tatsächlichem Sitz durch Änderung des § 4a GmbHG durch das MoMiG entfallen ist. Durch die Änderung sollte aber nicht die Wahl des tatsächlichen Sitzes als nunmehr dem laufenden Geschäftsbetrieb zugehörige Frage eingeordnet werden. Sie sollte den Gesellschaftern vielmehr mehr Gestaltungsmöglichkeiten einräumen, wie etwa die Möglichkeit den tatsächlichen Verwaltungssitz ins Ausland zu verlegen. Im Gegenzug ist die Verpflichtung zur Anmeldung und Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift eingeführt worden. Sitz und inländische Geschäftsanschrift bleiben daher weiterhin Organisationsaspekte der Gestaltung des Unternehmens, auch wenn zur Änderung der Geschäftsanschrift keine Satzungsänderung nach § 53 Abs. 1 GmbHG erforderlich ist. Demnach kann es nicht darauf ankommen, ob die inländische Geschäftsanschrift aufgrund einer Vielzahl von Umzügen häufig geändert werden muss. Denn hierdurch wird nichts über die Zuweisung zum Betrieb oder zur Organisation gesagt. Tatsächlich ist aber auch kein Handelsgewerbe denkbar, in dessen Rahmen die Verlegung des Ortes, an dem der Eingang und die Vornahme rechtsrelevanter Erklärungen zu erwarten ist, zu dem laufenden Betrieb gehört. Deshalb hat der Prokurist auf der Grundlage des § 49 Abs. 1 HGB keine Befugnis zur Anmeldung der Änderung der inländischen Geschäftsanschrift zum Handelsregister.

VII. Zulässigkeit eines c/o-Zusatzes in der inländischen Geschäftsanschrift einer GmbH

Das OLG Hamm³⁰ hatte sich erneut mit der Frage der Eintragungsfähigkeit eines c/o-Zusatzes bei der inländischen Geschäftsanschrift einer Gesellschaft zu befassen. Diesmal sollte die Wohnanschrift des gesetzlichen (gemeint wohl: organschaftlichen) Vertreters der Gesellschaft eingetragen werden.

Das OLG Hamm bejahte die Eintragungsfähigkeit und führte dazu aus, dass der c/o-Zusatz immer dann eingetragen werden kann, wenn davon auszugehen ist, dass er der besseren Auffindbarkeit der zur Annahme der Zustellung tatsächlich befugten Person dient und nicht der Verschleierung der Zustellmöglichkeiten oder dem Vortäuschen einer solchen Möglichkeit. Dabei mag Zurückhaltung angebracht sein, so das Gericht, was allerdings nicht zu einer generellen Ablehnung des c/o-Zusatzes führen kann.

VIII. Keine Bestellung eines Nachtragsliquidators von Amts wegen

Zu guter Letzt ist noch ein Beschluss des OLG Bremen zu erwähnen, in dem es darum ging, ob die Ablehnung der Bestel-

²⁶ Zu weiteren Fällen, in denen eine Bescheinigung derzeit noch nicht möglich ist, siehe Jahresrückblick des letzten Jahres, *notar* 2016, 13.

²⁷ Für Betriebsbezogenheit: KG, Beschl. v. 20.9.2013 – 12 W 40/13, juris, Rn 14; für Organisationsbezogenheit: OLG Karlsruhe, Beschl. v. 7.8.2014, 11 Wx 17/14, juris, Rn 4.

²⁸ Beschl. v. 7.8.2014 – 11 Wx 17/14, juris, Rn 4.

²⁹ Beschl. v. 4.5.2016 – 22 W 128/15, NZG 2016, 1031 f.

³⁰ Beschl. v. 13.1.2016 – 27 W 2/16, NZG 2016, 386.

lung eines Nachtragsliquidators für eine GmbH auf Anregung eines Beteiligten rechtsmittelfähig ist.³¹

Dies verneinte das Gericht mit dem Hinweis, dass die Bestellung eines Nachtragsliquidators nur auf Antrag und nicht von Amts wegen erfolgen könne. Bei § 273 Abs. 4 S. 1 AktG und § 66 Abs. 5 S. 2 GmbHG handelt es sich jeweils um Antragsverfahren. Von Amts wegen erfolgt nach § 67 Abs. 4 GmbHG und § 266 Abs. 4 AktG nur die Eintragung der „gerichtlichen Ernennung“ der Liquidatoren bzw. der „Bestellung“ der Abwickler, wobei diese Eintragungen auch nur deklaratorisch sind.³² Voraussetzung für diese von Amts wegen vorzunehmenden Eintragungen ist aber immer eine nur auf Antrag vorzunehmende gerichtliche Bestellung eines Nachtragsliquidators. Eine amtswegige Bestellung scheidet aus.

B. Gesetzgebung

Wie bereits im letzten Jahresrückblick berichtet, wurde ein neuer § 9b in das HGB eingefügt, um die Interoperabilität des Handelsregisters und des Unternehmensregisters mit der zentralen Europäischen Plattform nach der Verknüpfungsrichtlinie zu gewährleisten. Hierzu übermitteln u. a. die Landesjustizverwaltungen die Daten des Handelsregisters an die zentrale Europäische Registerplattform, soweit die Übermittlung für die Eröffnung eines Zugangs zu den Originaldaten über den Suchdienst auf der Internetseite des Europäischen Justizportals erforderlich ist. Der Beginn der Datenübermittlung wird in der Handelsregisterverordnung festgelegt und ist noch nicht erfolgt.

Nunmehr wurde die europäische Durchführungsverordnung zur Festlegung technischer Spezifikationen und des Verfahrens für das System der Registervernetzung³³ erlassen. Darin wird u. a. festgelegt, dass für die Verknüpfung der Register das *Business Register Interconnection System* „BRIS“ geschaffen wird, das voraussichtlich am 8.6.2017 ans Netz gehen soll.³⁴

Die Verordnung enthält auch nähere Angaben zur Struktur der einheitlichen europäischen Kennung. Dies ist gem. § 9b Abs. 2 S. 2 HGB allen inländischen Kapitalgesellschaften und den EU-ausländischen Zweigniederlassungen von Kapitalgesellschaften durch das Registergericht zuzuordnen. So soll die Verknüpfung von Informationen zwischen den registerführenden Stellen in-

nerhalb der Europäischen Union möglich werden. Die Verordnung bezeichnet diese Kennung als „EUID“, was abgekürzt für „European Unique Identifier“ steht. Deren Struktur hat den Anforderungen der Norm ISO 6523 zu entsprechen und muss aus einem Ländercode, der örtlichen Registernummer und einer Kennung zur Identifikation des zuständigen inländischen Handelsregisters bestehen. Zudem kann (ähnlich wie bei der IBAN) eine Prüfziffer hinzugefügt werden.

Die Durchführungsverordnung legt auch fest, dass bei der Suche nach Gesellschaften nicht nur ein, sondern auch mehrere Mitgliedstaaten der EU ausgewählt werden können. Als harmonisierte Suchkriterien sind im europäischen E-Justizportal hingegen nur die Firma der Gesellschaft und die Registernummer im inländischen Handelsregister anzubieten. Es ist aber möglich, dass das Portal weitere Suchkriterien vorsieht. Dies wird vermutlich erst zu einem späteren Zeitpunkt implementiert werden.

Die Bezahlung der Registerauszüge oder abzurufenden Dokumente ist nur per Onlinezahlung mittels Kredit- und Debitkarte, Banküberweisung und per virtueller Geldbörse (gemeint sind wohl paypal & Co.) möglich. Ein Gebühreneinzug per SEPA-Lastschrift ist hingegen nicht vorgesehen.

Der Verordnung ist zur Veranschaulichung der möglichen Zugänge zum Portal eine graphische Übersicht beigelegt. Deren Sinngehalt erschließt sich leider nicht. So bleibt im Nebulösen, welche Möglichkeiten die Mitgliedstaaten genau haben, wenn sie „optionale Zugangspunkte“ zur europäischen Plattform einrichten wollen. Hier wird man wohl abzuwarten haben, was die jeweiligen nationalen Durchführungsrechtsakte, in Deutschland also die ausstehende Durchführungsverordnung des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, diesbezüglich vorsehen werden.



Dr. Thomas Kilian

ist Notar in Aichach, Lehrbeauftragter der Ludwig-Maximilians-Universität München und Fachredakteur für das Registerrecht.

E-Mail. dr.kilian@notare-aichach.de

³¹ OLG Bremen, Beschl. v. 12.2.2016 – 2 W 9/16, NZG 2016, 626-627.

³² Siehe zum GmbH-Recht *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl., § 67 Rn 4; zum Aktienrecht *Bürgers/Körper/Füller*, AktG, 3. Aufl., § 266 Rn 8.

³³ DV (EU) 2015/884 v. 8.6.2015, Abl. L 144 v. 10.6.2015, S. 1-9.

³⁴ https://e-justice.europa.eu/content_business_registers_at_european_level-105-de.do?init=true (zuletzt abgerufen am 6.11.2016).



rechtsprechung

OLG Hamm

Wohnungseigentum als herrschendes Grundstück – Folgen der Aufhebung

Eine Grunddienstbarkeit (Garagennutzungsrecht), die wirksam zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Wohnungseigentums begründet worden ist, erlischt kraft Gesetz, wenn die Aufhebung des Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen wird. (amtlicher Leitsatz)

OLG Hamm, Beschl. v. 22.3.2016 – 15 W 357/15
BGB § 1018; WEG § 1

Entscheidung:

Eine Wohnungseigentümergeinschaft bestand vereinfacht aus zwei Einheiten, wovon die eine A und die andere ihrem Bruder B gehörte. Zugunsten der Einheit von B wurde auf dem ebenfalls A gehörenden Nachbargrundstück ein Garagennutzungsrecht als Grunddienstbarkeit eingetragen. Das Wohnungseigentum wurde später aufgehoben, um das Grundstück real zu teilen. Die neu gebildeten Grundstücke wurden sodann jeweils erneut aufgeteilt, davon das von A unter vorheriger Zuschreibung ihres Garagengrundstücks. Dabei wurde das Garagennutzungsrecht vom Grundbuchamt unverändert in die neu gebildeten Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher übernommen, jedoch weiterhin zugunsten des alten, zwischenzeitlich geschlossenen Wohnungseigentumsblattes. Die Erwerberin C einer der von B neu gebildeten Einheiten war nunmehr um Ordnung bemüht und beantragte die Berichtigung der Grunddienstbarkeit in Bezug auf die Bezeichnung des herrschenden Wohnungseigentums – was keine gute Idee war.

Das OLG billigte in seinem Beschluss nämlich nicht nur die Zurückweisung dieses Antrags durch das Grundbuchamt, sondern regte zugleich die Amtslöschung der eingetragenen Dienstbarkeit an. Mit Aufhebung der Aufteilung sei das herrschende Wohnungseigentum erloschen und mit ihm die Grunddienstbarkeit selbst. An die Stelle des herrschenden Wohnungseigentums treten nämlich weder das ganze Grundstück (was den Kreis der Berechtigten auch ungebührlich vergrößern würde) noch der nunmehr sondereigentumslose Miteigentumsanteil. Denn es sei anerkannt, dass Grunddienstbarkeiten zugunsten eines ideellen Anteils nicht bestellt werden könnten, wohl aber zugunsten eines Raumeigen-

tums als „*herrschendes Grundstück*“. Mit Wegfall dieses Raumeigentums sei die Nutzung des durch die Grunddienstbarkeit gewährten Vorteils jedoch unmöglich geworden. Und eine Dienstbarkeit, deren Ausübung dauerhaft unmöglich geworden sei, entfalle.

Anmerkung:

Die Aufhebung von Wohnungseigentum zum Zweck der Realteilung ist mit besonderer Vorsicht durchzuführen. Vorab ist etwa zu prüfen, ob zugunsten einer Einheit Rechte auf anderen Grundstücken lasten. Ist dies der Fall und sollen diese Rechte nicht erlöschen, so ist von der Aufhebung der Gemeinschaft abzuraten. An ihre Stelle sollte die Realteilung des gemeinschaftlichen Grundstücks unter Aufrechterhaltung des Sondereigentums an den Wohneinheiten treten. Aus einer Gemeinschaft mache zwei! Dieser Weg wird vom Gericht ausdrücklich als rechtlich möglich bezeichnet – nur war er im vorliegenden Fall auch bei wohlwollender Auslegung der Parteivereinbarungen nicht beschränkt worden.

Das Verständnis veröffentlichter Entscheidungen, die viele, zudem mehrfach auseinander hervorgehende Grundstücke betreffen, wird nicht eben dadurch erleichtert, dass das Gericht aus Gründen der Anonymisierung JEDES Flurstück mit „x“ und JEDES der tatsächlich insgesamt 13 betroffenen Grundbuchblätter mit „xxx“ bezeichnet. Wer gern knobelt, dem sei der Beschluss jedoch dringend zur unmittelbaren Lektüre empfohlen.

Dr. Jens Jeep, Hamburg

OLG Hamm

Notarkosten: Bewertung der Übernahme von Verträgen über Energielieferungen und Mediendienstleistungen im Grundstückskaufvertrag

1. Die Übernahme der Verträge über Energielieferung und Mediendienstleistungen bildet ein einheitliches Rechtsverhält-

nis mit dem Grundstückskaufvertrag, in dem der Eintritt des Käufers in diese Verträge vereinbart wird.

2. Die Übernahme solcher Verträge betrifft nicht die Beschaffenheit der Kaufsache und stellt sich als zusätzliche Leistung des Käufers dar, die nach § 47 S. 2 GNotKG dem Kaufpreis hinzuzurechnen ist.

3. Die Bewertung dieser Leistung richtet sich gem. § 36 Abs. 1 GNotKG nach dem zu schätzenden Interesse des Verkäufers, sich ohne eigenen Aufwand von seinen schuldrechtlichen Verpflichtungen aus den genannten Verträgen lösen zu können. (amtliche Leitsätze)

OLG Hamm, Beschl. v. 7.4.2016 – I-15 W 122/15

GNotKG §§ 36 Abs. 1, 42 S. 2, 52 Abs. 1, 109 Abs. 1 S. 2

Entscheidung:

Der Entscheidung des OLG Hamm lag folgender, leicht gekürzter Sachverhalt zugrunde: Ein Verkäufer, der angrenzend zur Kaufsache ein weiteres (offenbar) bebautes Grundstück besaß, veräußerte ein Mehrfamilienhaus zu einem Kaufpreis von 171.000 €. Zudem wurden

- die Übernahme eines Fernwärmebezugsvertrags vereinbart, der eine feste Laufzeit hatte (die Bezugsverpflichtung war ergänzend durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Grundbuch der Kaufsache zugunsten des Fernwärmelieferanten gesichert, die vom Käufer „ohne Anrechnung auf den Kaufpreis“ übernommen wurde) und
- die Übernahme eines Vertrags für eine Breitbandkabelversorgung vereinbart.

Verkäufer und Käufer vereinbarten ferner, dass an der Kaufsache ein Geh- und Fahrrecht als Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des derzeit im Eigentum des Verkäufers befindlichen Nachbargrundstücks bestellt wird.

Gegenstand des Verfahrens nach § 127 GNotKG vor dem Landgericht war die Frage, ob die vom Notar nach § 47 S. 2 GNotKG für die Vertragsübernahmen veranschlagten Hinzurechnungen dem Grunde und der Höhe nach berechtigt waren, insbesondere ob die Hinzurechnungen auf der Grundlage des § 52 GNotKG bewertet werden durften. Die vom Notar eingelegte Beschwerde gegen die Entscheidung des Landgerichts, das die Vertragsübernahmen als mit dem Kaufvertrag gegenstandsgleich im Sinne des § 109 Abs. 1 GNotKG eingeordnet, den Ansatz einer Hinzurechnung nach § 47 S. 2 GNotKG für diese Vertragsübernahmen aber versagt hatte, bezog sich lediglich auf die kostenrechtliche Einordnung der Vertragsübernahmen unter Hinnahme der vom Landgericht angenommenen Hinzurechnung für die Grunddienstbarkeit.

Das OLG Hamm hat in seinem Beschluss die Vertragsübernahmen als mit dem Kaufvertrag gleichen Gegenstand im Sinne der §§ 86 Abs. 2, 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG betrachtet, weil die Vertragsübernahmen in einem Abhängigkeitsverhältnis zum Kaufvertrag stünden. Im Gegensatz zur Entscheidung des Landgerichts hält das OLG Hamm eine Hinzurechnung nach § 47 S. 2 GNotKG für veranlasst, bestimmt den Wert der Zurechnung aber nicht nach § 52 GNotKG, sondern nach § 36 Abs. 1 GNotKG. Im Einzelnen führt es dazu Folgendes aus:

Im Gegensatz zum Landgericht ist der Senat der Auffassung, dass die vereinbarten Vertragsübernahmen nach § 47 S. 2 GNotKG zu einer Erhöhung des Geschäftswert führen müssen, die allerdings so geringfügig anzusetzen ist, dass es im Ergebnis nicht zu einer

Erhöhung der aus diesem Geschäftswert zu berechnenden Gebühren kommt. Nach § 47 S. 2 GNotKG wird bei der Bewertung eines Kaufvertrages dem Kaufpreis u. a. der Wert der vom Käufer übernommenen Leistungen hinzugerechnet. Durch diese Vorschrift soll in die Wertberechnung ein über den Kaufpreis hinausgehender Leistungsaustausch zwischen den Vertragsparteien einfließen. Zu berücksichtigen sind deshalb nur solche Vermögensvorteile, die der Verkäufer für sich oder Dritte fordern kann, sofern sie nicht bereits bei der Kaufpreisbildung Berücksichtigung gefunden haben (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl., § 47 Rn 24). Diese Abgrenzung muss deshalb nach den individuellen Vereinbarungen der Kaufvertragsparteien getroffen werden. Eine vom Käufer übernommene zusätzliche Leistung kann daher regelmäßig nicht im Hinblick auf solche Vereinbarungen angenommen werden, die die Beschaffenheit der Kaufsache im Sinne des § 434 BGB betreffen. Denn es muss angenommen werden, dass die vereinbarte Beschaffenheit der Kaufsache ihren Ausdruck in dem vereinbarten Kaufpreis gefunden hat. Beschaffenheit im kaufvertraglichen Sinn sind jedoch nicht nur die physikalischen Eigenschaften der Sache, sondern auch die tatsächlichen, rechtlichen und wirtschaftlichen Beziehungen der Sache zur Umwelt, sofern sie zumindest ihren Grund im tatsächlichen Zustand der Sache haben und ihr für eine gewisse Dauer anhaften. Diese weite Begriffsfassung führt die Rechtsprechung auch unter Geltung des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes fort (BGH NJW 2011, 1217). Deshalb kann eine Beschaffenheitsvereinbarung auch im Hinblick auf Rechtsverhältnisse getroffen sein, die im Verhältnis zu Dritten im Hinblick auf die Sache geschlossen sind. Dies gilt beispielhaft für bestehende Nutzungsrechte Dritter, die von dem Käufer übernommen werden, unabhängig davon, ob sich die Übernahme für den Käufer günstig oder ungünstig auswirkt. In welcher rechtlichen Form diese Übernahme erfolgt, ist für die Bewertung als kaufvertragliche Beschaffenheitsvereinbarung unerheblich. Es kann deshalb für die Bewertung keinen Unterschied ergeben, ob das Nutzungsrecht eines Dritten durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit am verkauften Grundstück dinglich gesichert ist (vgl. OLG Zweibrücken MittRhNot 1979, 139 – Bimsausbeutungsrecht), ob der Käufer kraft Gesetzes in ein bestehendes Mietverhältnis eintritt (§ 566 BGB) oder außerhalb des Anwendungsbereichs dieser Vorschrift ein Eintritt des Käufers in ein bestehendes Mietverhältnis vereinbart wird (OLG Stuttgart FGPrax 1997, 215: Verkauf einer vermieteten Gewerbeimmobilie vor deren Überlassung an den Mieter). Die vorliegend vereinbarten Vertragsübernahmen können indessen nicht als Beschaffenheitsvereinbarung bewertet werden. Denn die bestehenden Vertragsverhältnisse über Energielieferung und Mediendienstleistungen haben keinen sachlichen Bezug zum Zustand des Grundstücks, sondern dienen ausschließlich der Deckung des persönlichen Lebensbedarfs der Nutzer des Grundstücks.

Zu bewerten ist nach § 47 S. 2 GNotKG der über den Kaufpreis hinausgehende wirtschaftliche Vorteil, der dem Verkäufer infolge der Vertragsübernahme zufließt. Nicht zu bewerten ist demgegenüber der Leistungsaustausch innerhalb des Vertragsverhältnisses, in das der Käufer eintritt, der als solcher gerade nicht Gegenstand der kaufvertraglichen Vereinbarung ist.¹ § 50 GNotKG ist bereits nach seinem Wortlaut auf die hier in Frage stehenden Leistungsverträge nicht anwendbar. Eine Anwendung des § 52 Abs. 1 GNotKG scheidet ebenfalls aus. Diese Vorschrift bezieht zwar schuldrechtliche Verträge über einen Leistungsaustausch in ihren Anwendungsbereich ein. Deren Anwendung ließe jedoch die be-

¹ So aus Sicht des Senats zutreffend Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 19. Aufl., § 47 Rn 28 für den dort behandelten Beispielsfall des vereinbarten Eintritts des Käufers eines Grundstücks in einen bestehenden Architektenvertrag.

sondere Bewertungsaufgabe im Rahmen des § 47 S. 2 GNotKG unberücksichtigt, die – wie ausgeführt – nur auf den persönlichen Vorteil des Verkäufers infolge der Vertragsübernahme, nicht jedoch auf den Leistungsaustausch selbst zielt.

Dieser Vorteil kann nur darin bestehen, dass der Verkäufer die finanziellen Nachteile vermeiden will, die sich ergeben könnten, wenn ungeachtet des Eigentumsübergangs seine schuldrechtlichen Verpflichtungen aus dem Energielieferungsvertrag bzw. dem Mediendienstleistungsvertrag fortbestünden, er sich also beispielsweise nur durch eine Abstandszahlung von Verträgen lösen könnte, deren Leistung für ihn wirtschaftlich sinnlos geworden sind. Der so bestimmte wirtschaftliche Vorteil für den Verkäufer kann nur nach Maßgabe des § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen bestimmt werden. Realistischer Ausgangspunkt dieser Bewertung kann nur die vertragliche Vergütung sein, die der Verkäufer für die Dauer der Restlaufzeit der Verträge bis zu einem möglichen Kündigungszeitpunkt zu zahlen hätte, aus der dann im Wege der Schätzung ein Bruchteil für eine denkbare Abstandszahlung für eine vorzeitige Vertragsauflösung anzunehmen ist. In diesem Zusammenhang bedarf es nicht einer weiteren Sachverhaltsaufklärung (§ 26 FamFG) im Hinblick darauf, ob der von der Beteiligten zu 2) [Anm.: richtig wohl Beteiligte zu 4. = Verkäufer] als große Immobiliengesellschaft geschlossene Energielieferungsvertrag und der Mediendienstleistungsvertrag ihrem Inhalt nach der Beteiligten zu 2) [Anm.: richtig wohl Beteiligte zu 4. = Verkäufer] nicht ohnehin bereits einen Anspruch auf Zustimmung des Vertragspartners zu einer Vertragsübernahme durch einen Grundstückserwerber einräumen. Regelmäßig wird der Vertragspartner auch ein besonderes Interesse gerade an dem Fortbestand des Vertrages mit dem Grundstückserwerber haben. Unabhängig von solchen konkreten Bemessungskriterien kann nach Auffassung des Senats die obere Grenze des realistischen Schätzungsrahmens einen Bruchteil von 10 % der bis zu einem möglichen Vertragsende zu zahlenden Leistungsvergütung nicht übersteigen. Bezogen auf die Ausgangsbeträge von € 6.638,40 und € 26.500 beläuft sich dieser Betrag auf lediglich € 3.328,84. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde nach den § 129 Abs. 2 GNotKG, § 70 Abs. 2 FamFG liegen nicht vor. Der Senat sieht sich bei der Beurteilung der Gegenstandsgleichheit von Kaufvertrag einerseits und den beiden Vertragsübernahmen andererseits nicht in einer Divergenz zu abweichenden Stellungnahmen in Rechtsprechung und Literatur. Die Bestimmung des Geschäftswertes für die Hinzurechnung der Vertragsübernahmen ist eine Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung.

Anmerkung:

Dass es sich bei den Vertragsübernahmen nicht um Beschaffensvereinbarungen handelt, ist an sich nicht weiter problematisch und hätte einer Vertiefung wohl nicht bedurft. Insbesondere wurde ganz offensichtlich das Fernwärmebezugsrechtsverhältnis nicht abschließend durch die im Grundbuch eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit ausgestaltet; diese war offenbar nur ein Sicherungsrecht.

Zutreffend hinterfragt das OLG Hamm, ob die beiden Vertragsübernahmen zusammen mit dem Kaufvertrag ein Rechtsverhältnis im Sinne des § 109 Abs. 1 GNotKG bilden oder ob mehrere Rechtsverhältnisse vorliegen, weil die Annahme zweier zu trennender Rechtsverhältnisse nicht zu einer Hinzurechnung, sondern zu einer separaten Bewertung beider Rechtsverhältnisse führt.² Im vorliegenden Fall erkennt das OLG Hamm

zutreffend, dass es sich bei den Vertragsübernahmen um einen klassischen Regelungsannex zu einem Grundstückskaufvertrag handelt, die von § 109 Abs. 1 GNotKG verlangte Zweckrelation also gegeben ist,³ so dass diese Vereinbarungen kostenrechtlich als ein Rechtsverhältnis aufzufassen sind und damit der Anwendungsbereich für die Hinzurechnung nach § 47 S. 2 GNotKG eröffnet ist.

Der vom OLG Hamm so eingeordneten „Einzelfallentscheidung ohne grundsätzliche Bedeutung“ in Bezug auf die Bewertung der Hinzurechnung kann aus mehreren Gründen nicht gefolgt werden.

a) Nach § 47 S. 2 GNotKG gilt: „Der Wert der vorbehaltenen Nutzungen und der vom Käufer übernommenen oder ihm sonst infolge der Veräußerung obliegenden Leistungen wird hinzugerechnet.“ Im vorliegenden Fall kommt bei der Bewertung der Vertragsübernahmen allein die Anwendung der zweiten Alternative des § 47 S. 2 GNotKG in Betracht – der Wert der vom Käufer übernommenen Leistungen ist also maßgeblich. Das OLG Hamm setzt diesen Wert dem Wert einer Abstandszahlung gleich, die der Verkäufer mutmaßlich aufzuwenden hätte, um eine vorzeitige Vertragsbeendigung zu erreichen. Diese Gleichsetzung ist vom Gesetzeswortlaut nicht gedeckt. Die vom OLG Hamm aufgestellte Behauptung, im Rahmen der Bewertung des § 47 S. 2 GNotKG sei auf den persönlichen Vorteil des Verkäufers infolge der Vertragsübernahme abzustellen, beruht wohl auf einer Fehlinterpretation des von ihm zitierten Kommentars und lässt sich bereits nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift ableiten, dessen Wortlaut zu einer Auslegung auch gar nicht herausfordert und an sich auch gar nicht zulässt. Die Annahme des OLG Hamm ist dem GNotKG auch teleologisch und systematisch fremd, weil

(1) zur Bewertung immer auf das urkundsgegenständliche Rechtsverhältnis abzustellen ist und

(2) bei mehreren Wertinteressen in der Regel das höhere Wertinteresse wertbestimmend ist.

Zu (1): Das GNotKG stellt immer auf das urkundsgegenständliche Rechtsverhältnis ab, unabhängig davon ob mehrere solcher Rechtsverhältnisse kostenrechtlich durch § 109 GNotKG zu einem einzigen zusammengefasst werden, vgl. § 86 Abs. 2 GNotKG. Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen waren die Vertragsübernahmen. Somit sind die Vertragsübernahmen und die für den Käufer damit verbundenen (zum Kaufpreis zusätzlichen) Leistungen, hier das zu bewertende Rechtsverhältnis, nicht der Wert ersparter Aufwendungen des Verkäufers, denn dazu war vertraglich gar keine Vereinbarung getroffen worden.

Zu (2): Die Vereinbarung der Vertragsübernahmen mögen für den Verkäufer wichtig gewesen sein, um nicht in der Verpflichtung in Bezug auf für ihn unnütz werdende Leistungen zu verbleiben. Andererseits führen die Vertragsübernahmen für den Käufer dazu, dass er die ihm als Vertragsteil des übernommenen Vertrags obliegenden Leistungen seinerseits erbringen muss. (Auch) Das ist Gegenstand der Beurkundung geworden. Ersparnis- und Mehrbelastungsüberlegung sind daher Kehrseiten einer Medaille und der Gesetzgeber hat sich nicht dazu entschlossen, dass es hier zu einem Wertvergleich kommt (vgl. dagegen §§ 43 S. 2, 47 S. 3, 97 Abs. 3 GNotKG), sondern dass

² Allg. M., vgl. Leipziger GNotKG-Kommentar/Heinze, 2. Aufl., § 47 Rn 39; Fackelmann/Heinemann/Fackelmann, § 47 Rn 53, 75.

³ Vgl. Leipziger GNotKG-Kommentar/Otto, 2. Aufl., § 109 Rn 11, 14, 21a.

allein auf die dem Käufer obliegenden Leistungen abzustellen ist.⁴ Eine ergänzende Heranziehung des Ersparnisgedankens ist im vorliegenden Fall also verboten. Hätte ihn der Gesetzgeber erlaubt, hätte er zusätzlich regeln müssen, welchem der beiden Werte bei Divergenz der Vorzug gegeben werden muss. Nach den Wertungen der §§ 43 S. 2, 47 S. 3, 97 Abs. 3 GNotKG wäre dies (wohl) der höhere Wert gewesen. Diese Einordnung wird durch die Betrachtung des § 47 S. 2, 1. Alt. GNotKG bestärkt, denn dort wird auf den Nutzungsvorteil auf Verkäuferseite abgestellt (und nicht auf den „Verlust“ bzw. das „Minus“ auf Käuferseite).

b) Die verfehlte kostenrechtliche Einordnung der Vertragsübernahmen durch das OLG Hamm führt – konsequent – zur Nichtanwendung des § 52 GNotKG, weil Abstandszahlungen nicht nach dieser Vorschrift bewertet werden können. Bei richtiger kostenrechtlicher Einordnung (vgl. oben a)) kommt es auf die dem Käufer obliegenden Leistungen an, die mangels Einschlägigkeit nicht nach § 99 GNotKG,⁵ sondern nach der Aufangnorm des § 52 GNotKG zu bewerten sind (so dass die etwas abenteuerlichen Überlegungen des OLG Hamm zur Erreichbarkeit einer Vertragsaufhebung und zur Schätzung des Wertes der Abstandssumme hier unkommentiert bleiben sollen). Bei bestimmter Dauer erfolgt die Bewertung nach § 52 Abs. 2 S. 1 GNotKG, bei unbestimmter Dauer nach § 52 Abs. 3 S. 2 GNotKG jeweils in Verbindung mit § 52 Abs. 6 S. 2 GNotKG. Nur in krassen, unbillig erscheinenden Fällen ist es angezeigt, bei unbestimmter Dauer des übernommenen Vertrags eine zeitliche Beschränkung bis zum nächsten ordentlichen Kündigungstermin im Rahmen des § 52 Abs. 6 S. 3, 2. Alt. GNotKG („in anderer Weise bedingtes Recht“) anzunehmen.⁶

Volker Heinze, Glauchau

⁴ Leipziger GNotKG-Kommentar/Heinze, 2. Aufl., § 47 Rn 51.

⁵ Vgl. Leipziger GNotKG-Kommentar/Zapf, 2. Aufl., § 52 Rn 22.

⁶ Vgl. Leipziger GNotKG-Kommentar/Zapf, 2. Aufl., § 52 Rn 78; Körtgenberg/Schwarz, GNotKG, 19. Aufl., § 52 Rn 88; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG 2. Aufl., § 52 Rn 30.

OLG München

Zur Grundbuchberichtigung bei „vertauschten“ Wohnungen in einer Wohnanlage

Soll die Berichtigung des Grundbuchs hinsichtlich der Eigentümerstellung auf Grund Berichtigungsbewilligung(en) vollzogen werden, erfordert dies die schlüssige Darlegung, dass das Grundbuch derzeit unrichtig ist und durch die bewilligte Berichtigung auch wirklich richtig wird. Die notwendigen Angaben unterliegen der Form des § 29 GBO. Ist ein schlüssiger Vortrag gebracht, so hat das Grundbuchamt grundsätzlich von dessen Richtigkeit auszugehen und kann keine weiteren Beweise verlangen. Die Grenze bildet das Legalitätsprinzip, d. h., der Eintragungsantrag darf nur bei auf Tatsachen begründeter sicherer Kenntnis davon abgelehnt werden, dass eine Unrichtigkeit nicht vorliegt und/oder die begehrte Eintragung das Grundbuch nicht richtig machen würde. (amtliche Leitsätze)

OLG München Beschl. v. 28.4.2016 – 34 Wx 378/15

GBO §§ 19, 22, 29, 39

Entscheidung:

Der Beteiligte zu 1. ist gerichtlich bestellter Nachtragsliquidator der XP GmbH. Als Bauträger errichtete diese Ende der 80er Jahre

eine Hotelanlage, bestehend aus sechs Gebäuden mit insgesamt 57 Appartement-Wohnungen, Gemeinschaftsanlagen, 19 Tiefgaragenstellplätzen sowie 38 weiteren Pkw-Stellplätzen im Freien.

Mit Teilungserklärung vom 27.10.1988 begründete sie an dem Grundstück Wohnungs-/Teileigentum. Die Teilungserklärung wurde am 27.12.1988 im Grundbuch vollzogen. Die Beteiligten zu 2. – 4. sind die derzeitigen Wohnungseigentümer, die dasselbe durch Kaufvertrag von dem Bauträger erworben haben.

In der Teilungserklärung sind die den streitgegenständlichen Wohnungen zugeordneten Miteigentumsanteile richtig und zutreffend, während im Aufteilungsplan die zugeordneten Nummern der Wohnungen wie folgt falsch bezeichnet waren:

Erst nach der seinerzeitigen Eigentumsumschreibung auf die Käufer wurde das Vertauschen der Wohnungsnummern im Aufteilungsplan bemerkt.

Das im Grundbuch mit Nr. 14 bezeichnete Wohnungseigentum ist in Abt. III – lfd.-Nr. 2 zu Gunsten der Beteiligten zu 5. (Bank) mit einer Grundschuld (ohne Brief) belastet.

Die zunächst unter dem 24.1.2013 zum Vollzug vorgelegte notarielle Urkunde vom 31.10.2012 betrifft die Grundbuchberichtigung sowie die Auflassung in Form des Tauschs von Sondereigentum. Mit Urkunde vom 7.2.2013 hat der Beteiligte zu 2. – damals allein durch einen Sequester – die Eintragung einer Sicherungshypothek in Höhe von 80.015 € an der im Aufteilungsplan mit Nr. 13 (anstelle von Nr. 14) bezeichneten Wohnung bewilligt und beantragt. Das Grundbuchamt wies diese Eintragungsanträge am 18.6.2013 zurück; die Beschwerde blieb erfolglos.¹ Nach der damaligen Entscheidung des OLG München scheiterte eine Berichtigung des Grundbuchs schon an der mangelnden Mitwirkung des Beteiligten zu 2. als Betroffenen (§ 19 GBO), allein die Bewilligung des Sequesters sei nicht ausreichend gewesen.

Zu notarieller Urkunde vom 8.10.2014 genehmigte nunmehr der Beteiligte zu 2. als im Grundbuch eingetragener Eigentümer der mit der Grundschuld belasteten Wohnung Nr. 14 in Kenntnis der Vorurkunde sämtliche darin vom Sequester abgegebenen Erklärungen vorbehaltlos und unwiderruflich. Insbesondere bewilligte und beantragte er die Eintragung der Auflassung gemäß Ziff. III. der Vorurkunde und beantragte überdies die Eintragung der Sicherungshypothek im Grundbuch.

Das Grundbuchamt wies erneut den Antrag zurück und half der Beschwerde nicht ab. Auf die Beschwerde hat das OLG München die Entscheidung des Grundbuchamtes aufgehoben.

Nach Ansicht des OLG liegt bei einer irrtümlichen Falschbezeichnung der Wohnungsnummern im Aufteilungsplan ein Fall der *falsa demonstratio non nocet* vor, in dem sowohl der Verpflichtungsvertrag gem. § 311b Abs. 1 BGB als auch die Auflassung gem. §§ 873, 925 BGB formgültig mit dem Inhalt zustande kommen, von dem die Parteien übereinstimmend ausgegangen sind. Das Grundbuch der irrtümlich bezeichneten Wohnungen sei in diesem Fall unrichtig, da der Bauträger XP GmbH sein Eigentum nicht verloren habe. Eine Berichtigung könne entweder durch Berichtigungsbewilligung gem. § 19 GBO oder durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs gem. § 22 GBO erfolgen.

Anmerkung:

Die irrtümliche Verwechslung oder versehentlich falsche Bezeichnung eines Grundstückes und dessen Auflassung ist ein Fall der

¹ OLG München v. 12.3.2014 – 34 Wx 467/13, RNotZ 2014, 434.

falsa demonstratio non nocet. In diesem Fall ist sowohl der Verpflichtungsvertrag gem. § 311b Abs. 1 BGB als auch die Auflassung gem. §§ 873, 925 BGB formgültig mit dem Inhalt zustande gekommen, von dem die Parteien übereinstimmend ausgegangen sind.² Das Grundbuch des irrtümlich bezeichneten Grundbesitzes ist jedoch unrichtig, da der Verkäufer sein Eigentum nicht verloren hat.³

Die Berichtigung des Grundbuches kann grundbuchverfahrensrechtlich nur durch Bewilligung der Berichtigung (§ 19 GBO) oder den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs (§ 22 GBO) erfolgen. Voraussetzung einer Berichtigung ist aber, dass der ursprünglich Berechtigte (in diesem Fall die XP GmbH) als (noch) Verfügungsbefugter zunächst im Grundbuch eingetragen wird (Argument aus § 39 GBO) und sodann die Eintragung der Käufer als (wahre) Eigentümer erfolgt.⁴

Die Berichtigungsbewilligung hat schlüssig darzulegen (§ 20 GBO), dass das Grundbuch derzeit hinsichtlich der Eigentümerstellung unrichtig ist und durch die bewilligte Berichtigung auch wirklich richtig wird.⁵ Das Grundbuchamt darf den formgerechten Berichtigungsantrag nur bei auf Tatsachen begründeter sicherer Kenntnis zurückweisen, wenn eine Unrichtigkeit nicht vorliegt und/oder die begehrte Eintragung das Grundbuch nicht richtig machen würde.⁶

PRAXISTIPP

Irrtümliche „Flurstücksverwechslung“:

Mit der Entscheidung des OLG München ist die schon bisher bekannte Rechtsprechung des BGH⁷ zur irrtümlichen „Flurstücksverwechslung“ ausgedehnt worden auf die irrtümlich falsch bezeichnete Nummer der Wohnung im Aufteilungsplan.⁸

Ulrich Spieker, Bielefeld

² BGH DNotZ 2001, 846, 848; BGH NJW 2002, 1038, 1039.

³ *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn 360 m. w. N.; DNotI-Report 2000, 73.

⁴ RGZ 133, 279, 282 f.; Anm. der Schriftleitung zu OLG München v. 28.4.2016 – 34 Wx 378/15, RNotZ 2016, 460 m. w. N.

⁵ OLG München FGPrax 2012, 104.

⁶ OLG Frankfurt am Main NotBZ 2006, 285; OLG Düsseldorf NJW-RR 2000, 542.

⁷ BGH DNotZ 2001, 846, 848; BGH NJW 2002, 1038, 1039.

⁸ Anm. der Schriftleitung zu OLG München v. 28.4.2016 – 34 Wx 378/15, RNotZ 2016, 460 m. w. N.

OLG Zweibrücken

Ausübung einer rechtsgeschäftlich erteilten Generalvollmacht eines GbR Gesellschafters für die zur Zeit der Erteilung noch nicht existente GbR

Durch rechtsgeschäftlich erteilte Vollmacht kann auch die Ausübung der organschaftlichen Vertretung einer GbR an einen Mitgesellschafter übertragen werden.

Der Umstand, dass eine Gesellschaft zum Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht noch nicht existierte, ist für die Reichweite einer rechtsgeschäftlich erteilten Generalvollmacht ohne Bedeutung. (redaktionelle Leitsätze)

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 3.2.2016 – 3 W 122/15
BGB §§ 164, 181, 709, 714; GBO §§ 18, 19

Entscheidung:

Der Vater R.S. ist zusammen mit seinen Söhnen A.S. und S.S. Gesellschafter der S-GbR. Die S-GbR ist im Grundbuch als

Eigentümerin mit ihren Gesellschaftern R.S., A.S. und S.S. eingetragen. Die Söhne A.S. und S.S. hatten ihrem Vater am 6.7.2012 und am 17.11.2012 unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB eine notarielle Generalvollmacht erteilt u. a. mit dem Inhalt jeden Sohn „in allen meinen Angelegenheiten, soweit dies gesetzlich zulässig ist, gerichtlich und außergerichtlich zu vertreten“.

Zu diesem Zeitpunkt war die S-GbR weder gegründet noch war sie als Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundbesitzes eingetragen; sie wurde vielmehr später gegründet und im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen. Am 2.9.2015 hat die S-GbR die Eintragung einer Grundsuld über 2.500.000 € zugunsten einer Sparkasse bewilligt. Hierbei ist R.S. als Vertreter der GbR im eigenen Namen und zugleich unter Berufung auf die erteilten Generalvollmachten im Namen seiner beiden Söhne als Mitgesellschafter aufgetreten.

Mit Zwischenverfügung des Grundbuchamtes vom 21.10.2015 machte die Rechtspflegerin die Eintragung davon abhängig, dass die GbR diese genehmige. Die Vollmachten seien nicht ausreichend, um die Gesellschaft zu vertreten. Auf die Beschwerde der Beteiligten hat das OLG die Zwischenverfügung aufgehoben.

Nach Auffassung des OLG ist die S-GbR sowohl rechts- als auch grundbuchfähig. Sie werde nach den Grundsätzen der Selbstorganschaft bei Personengesellschaften durch alle Gesellschafter gemeinschaftlich vertreten. Dies schließe die Überlassung der gesetzlichen Vertretungsmacht zur Ausübung durch die Einräumung einer rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht nicht aus.

Die Vollmacht erfasse nach dem Sinn und Zweck der Generalvollmacht auch ein Handeln für eine Rechtspersönlichkeit, die zum Zeitpunkt ihrer Erteilung noch nicht existiert hatte, deren Vertretung aber nunmehr in den Rechtskreis der Vollmachtgeber fällt.

Anmerkung:

Die Vertretung einer Personengesellschaft unterliegt dem Grundsatz der Selbstorganschaft. Nach herrschender Meinung folgt dieser Grundsatz aus der Einheitlichkeit der Mitgliedschaft in einer Personengesellschaft und dem daraus folgenden Abspaltungsverbot. Verwaltungsrechte eines Personengesellschafters sind von der Mitgliedschaft nicht isoliert abspaltbar und nicht übertragbar.

Daraus folgt auch, dass die gesellschaftsrechtliche Geschäftsführungsbefugnis nicht ohne den Gesellschaftsanteil an einen Dritten übertragen werden kann. Deshalb verbietet es sich, sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung auszuschließen und diese auf Dritte zu übertragen.¹ Damit dürfen Gesellschaftsfremden z. B. nicht durch eine unwiderrufliche Vollmacht organähnliche Kompetenzen ohne Einflussmöglichkeit der Personengesellschafter eingeräumt werden.²

Es bleibt damit bei der gesetzlichen Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter einer GbR (§ 709 BGB).

Sie können aber einen der Gesellschafter zu der Vertretung der Gesellschaft bestimmen (§ 714 BGB). Der Wegfall des (einzigen) geschäftsführungsberechtigten Gesellschafters führt wieder zur Gesamtgeschäftsführungsbefugnis der verbliebenen Gesellschafter (§ 709 Abs. 1 BGB).³

¹ BGH, Beschl. v. 20.5.2016 – V ZB 142/15, juris m. w. N.

² BGH, Beschl. v. 20.5.2016 – V ZB 142/15, juris; BGHZ 188, 233 (Gründe II., 1., b) m. w. N.).

³ BGH DNotZ 2015, 312.

Die Gesellschafter können aber auch durch Gesellschafterbeschluss oder von vornherein im Gesellschaftsvertrag einen Dritten in weitem Umfang mit Geschäftsführungsaufgaben betrauen und ihm umfassende Vollmacht erteilen, sofern sie selbst die organschaftliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis behalten.⁴

Zulässig ist auch, dass ein Gesellschafter einen Dritten im Wege einer Generalvollmacht mit der bloßen Ausübung von Geschäftsführungsaufgaben betraut, solange ihm nicht (durch eine organschaftliche Ermächtigung) die echte gesellschaftliche Geschäftsführung übertragen wird.⁵ Damit ist auch die Generalvollmacht der Gesellschafter an einen Mitgesellschafter zur reinen Ausübung der organschaftlichen Vertretung einer GbR übertragbar.⁶

PRAXISTIPP**Ergänzender Hinweis zur GmbH:**

Die organschaftliche Vertretung durch den Geschäftsführer einer GmbH ist zwingend. Unzulässig sind daher dort die organschaftliche Vertretung verdrängende oder ersetzende Generalvollmachten, auch wenn ihr alle Gesellschafter zugestimmt haben.⁷

Zulässig ist dagegen bei einer GmbH die Erteilung einer Generalhandlungsvollmacht nach § 54 HGB durch den Geschäftsführer. Gegen die Zulässigkeit einer solchen allgemeinen Handlungsvollmacht, die sich auf sämtliche Geschäfte erstreckt, die in einem Geschäftsbetrieb wie dem der GmbH üblich sind und die nicht auf die unmittelbare Vertretung der GmbH, sondern lediglich auf ein Handeln in (Unter-)Vollmacht des oder der Geschäftsführer gerichtet sind, bestehen keine Bedenken.⁸

Ulrich Spieker, Bielefeld

⁴ BGHZ 188, 233 (Gründe II., 1., b) m. w. N.).

⁵ Baumann/Selzener, RNotZ 2015, 605, 609; Reymann, ZEV 2005, 457, 461.

⁶ BGHZ 36, 292, Baumann/Selzener, RNotZ 2015, 605, 609.

⁷ BGH NJW 2009, 293, 2942; NJW 1977, 199.

⁸ BGH DNotZ 2003, 147.



Johannes Lang

Beurkundungsrecht im Handelsregisterverfahren

Augen auf bei der Abschriftsbeglaubigung! Verstoß gegen Soll-Vorschriften des BeurkG als Eintragungshindernis im Handelsregisterverfahren

Nicht nur für Notare, sondern auch für Registerrichter und Rechtspfleger im Handelsregister sind Kenntnisse des Beurkundungsrechts unerlässlich. Im Handelsregisterverfahren hat das Registergericht aber nicht nur die Einhaltung beurkundungsrechtlicher Muss-Vorschriften zu prüfen, auch der Verstoß gegen Soll-Vorschriften des BeurkG kann zu einem Eintragungshindernis führen. In der Praxis des Handelsregisterverfahrens spielen dabei erstaunlicherweise die Regeln über die Abschriftsbeglaubigung eine immer größer werdende Rolle. Nach dem Eindruck des Verfassers, der mit einem vollen Dezernat an einem der größten Registergerichte Deutschlands eingesetzt ist, aber auch nach dem Eindruck vieler seiner Kollegen, ist dabei ein Phänomen zu beobachten, das seit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs durch das EHUG zunimmt und jedenfalls am Arbeitsplatz des Verfassers signifikante Ausmaße angenommen hat: Die notarielle Beglaubigung von Abschriften, die inhaltlich nicht mit der Hauptschrift übereinstimmen. Dies hat meist zur Folge, dass das Handelsregisterverfahren an seine Grenzen geführt wird. Gleichzeitig wird an diesem Beispiel aber auch wieder einmal deutlich, welche wichtige Rolle den Notaren im deutschen Rechtssystem zukommt.

Der folgende Beitrag soll als ein kollegialer Hinweis auf das genannte Phänomen verstanden werden. Es soll zunächst die beurkundungsrechtliche Seite beleuchtet und mit der registerrechtlichen Lage verglichen werden. Schließlich soll um Verständnis geworben werden, dass sich auch Registergerichte mit den Vorschriften des BeurkG nicht nur befassen dürfen, sondern auch befassen müssen.

I. Einführung

Werden Vorschriften des BeurkG nicht eingehalten, die zur (formellen) Nichtigkeit der Beurkundung führen, sind regelmäßig auch die im Kapitalgesellschaftsrecht geltenden Formerfordernisse nicht erfüllt (§§ 2 Abs. 1 S. 1, 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG; §§ 23 Abs. 1 S. 1 130 Abs. 1 S. 1 AktG). Auf dieser Grundlage kann keine Eintragung im Handelsregister erfolgen. Diese Fälle gibt es nicht nur in der Theorie, sondern auch in der handelsregisterlichen Praxis: Zu denken ist an den Sohn, der bei der Beurkundung der GmbH-Gründung seines sprachunkundigen Vaters für diesen übersetzt (§ 16 Abs. 3 S. 2 i. V. m. § 6 Abs. 1 Nr. 3 BeurkG).

Auch Spaltungsvorgänge sind wegen § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG anfällig für beurkundungsrechtliches Ungemach: Wenn die zu übertragenden Gegenstände in eine gem. § 14 BeurkG nicht zu verlesende Anlage „ausgelagert“ werden sollen, setzt dies nach

Abs. 3 der genannten Vorschrift voraus, dass der Verzicht der Beteiligten auf das Verlesen in der notariellen Niederschrift festgestellt wird. Fehlt diese Feststellung, ist der Inhalt der Anlage nicht wirksam beurkundet.¹

Solche beurkundungsrechtlichen Katastrophen sollen aber nicht Gegenstand dieses Beitrages sein. Denn auch die Soll-Vorschriften des BeurkG spielen im Handelsregisterverfahren eine wichtige Rolle und können in manchen Fällen bei Nichtbeachtung dem Vollzug der Anmeldung entgegenstehen, also ein Eintragungshindernis darstellen.

II. Beispiele

Zur Einführung in die Thematik folgender Fall, der sich im Dezernat des Verfassers zugetragen hat:

Beispiel:

Notar N meldet beim Registergericht zur Eintragung im Handelsregister die Gründung der ABC GmbH an. Im Gesellschaftsvertrag – Anlage zur notariellen Niederschrift über die Gründung – heißt es:

„Das Stammkapital der Gesellschaft beträgt 25.000 € (in Worten: ...). Das Stammkapital der Gesellschaft ist eingeteilt in 25.000 Geschäftsanteile mit den laufenden Nummern 1 bis 25.000 im Nennbetrag von jeweils 1,00 €.“

In der Anmeldung versichert der Geschäftsführer:

„Nennbetrag der Geschäftsanteile 1,00 €, lfd. Nm. 1 bis 25.000. Einzahlungsbetrag 0,50 € je Anteil.“

Die Liste der Gesellschafter enthält dieselben Angaben. Hinsichtlich aller eingereichten Bilddateien erklärt der Notar in der Form des § 39a BeurkG:

„Hiermit beglaubige ich die Übereinstimmung der in dieser Datei enthaltenen Bilddaten mit dem mir in Urschrift vorliegenden Papierdokument.“

Die ABC GmbH wird mit einem Stammkapital von 25.000 € im Handelsregister eingetragen. Drei Tage nach Eintragung meldet sich der Notar beim Registergericht und „bittet um Korrektur der Höhe des Stammkapitals“:

„Es sind wie angemeldet 50.000 € und nicht wie eingetragen 25.000 €.“

Begründung des Notars:

„[Es] kam bei der Erstellung der elektronischen Dokumente zu einem Übertragungsfehler, daher überreiche ich anliegend die richtigen Dokumente zur weiteren Bearbeitung. Das Versehen bitte ich zu entschuldigen.“

¹ Vgl. nur Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 14 Rn 25.

Eingereicht werden jetzt nochmals alle Dokumente, die für die Gründung einer GmbH erforderlich sind. (Der Beglaubigungsvermerk in der Anmeldung und die notarielle Niederschrift tragen dieselben Urkundennummern wie bei der ersten Einreichung, und alle Dokumente stimmen inhaltlich mit den bereits eingereichten Dokumenten überein. Einzige Ausnahme: Jetzt ist in allen Dokumenten die Rede von 50.000 Geschäftsanteilen im Nennbetrag von je 1,00 €. Auch die Einzahlungsversicherung des Geschäftsführers hat sich gleichsam „verdoppelt“. Wieder erklärt der Notar in der Form des § 39a BeurkG hinsichtlich aller Bilddateien:

„Hiermit beglaube ich die Übereinstimmung der in dieser Datei enthaltenen Bilddaten mit dem mir in Urschrift vorliegenden Papierdokument.“

Aus registerlicher Sicht wirft dies erhebliche Probleme auf: Ist in diesem Fall das Register von Amts wegen zu berichtigen? Kann man also mit der Berufung auf ein Büroversehen Registereintragungen *ex tunc* verändern? Wie wäre es im umgekehrten Fall, wenn sich der „Übertragungsfehler“ dahingehend ausgewirkt hätte, dass ein zu hohes Stammkapital eingetragen worden wäre und sich der Rechtsverkehr hierauf verlassen hätte? Und wie sähe es in einem anderen Register aus? Nehmen wir das Grundbuch: Was würde passieren, wenn aufgrund eines „Übertragungsfehlers“ in der Ausfertigung eines Grundstückskaufvertrages die Löschung der falschen Last in Abteilung III beantragt und bewilligt würde?

Es soll hier nicht um die Lösung der eben angesprochenen Probleme gehen. Der Fall zeigt nur besonders pointiert, welche Bedeutung auch und gerade die Einhaltung beurkundungsrechtlicher Soll-Vorschriften für die handelsregisterliche Praxis hat und wie das Handelsregisterverfahren an seine Grenzen geführt wird, wenn diese nicht eingehalten werden.

Es ist völlig klar – Fehler werden überall gemacht, selbstverständlich auch bei Gericht. Und handelte es sich nur um Einzelfälle, wäre es geradezu vermessen, dem Thema einen ganzen Beitrag zu widmen. Es sind aber leider keine Einzelfälle: Im Dezernat des Verfassers werden – mehrmals pro Woche – Bilddateien eingereicht, bei denen Notare in der Form des § 39a BeurkG evident unzutreffend die (inhaltliche) Übereinstimmung der Bilddatei mit der Urschrift beglaubigen. Zur Illustration einige Beispiele:

- In einer notariellen Niederschrift beschließen die GmbH-Gesellschafter die Neufassung des Gesellschaftsvertrages, dessen Wortlaut sich aus der (auch laut Schlussvermerk) verlesenen Anlage zur Niederschrift ergeben soll. Die eingereichte Bilddatei enthält keine Anlage. Auf Nachfrage des Gerichts wird eine neue Bilddatei übermittelt, diesmal mit Anlage und mit demselben Beglaubigungsvermerk wie zuvor. Welchem Bilddokument soll das Registergericht jetzt Glauben schenken? Der Version mit der Anlage oder der Version ohne Anlage? Beide Male hat der Notar doch die inhaltliche Übereinstimmung mit der Urschrift bescheinigt?
- Manchmal werden sogar – im Rahmen derselben Übersendung – beglaubigte Abschriften derselben notariellen Niederschrift in verschiedenen inhaltlichen Versionen eingereicht. Dabei wird jedes Mal die – vollständige – inhaltliche Übereinstimmung mit der Urschrift beglaubigt. Wenn dann nachgefragt wird, ob die Urschrift der notariellen Niederschrift UR-Nr. 155/2016 des Notars N 8 Seiten oder 15 Seiten hat, wird geantwortet: „Zur Arbeitsvereinfachung“ sei einmal nur „die Mantelurkunde“ und einmal „die Mantelurkunde mit neu festgestelltem Gesellschaftsvertrag“ eingereicht worden.
- Nicht selten ist auch folgender Fall: Eingereicht wird eine notarielle Niederschrift, die den Verkauf und die Abtretung von Geschäftsanteilen sowie einen Beschluss über die An-

derung des Gesellschaftsvertrages enthält; die Passagen des Kauf- und Abtretungsvertrages sind „geschwärzt“. Es ist evident, dass es sich um eine abgekürzte beglaubigte Abschrift handelt, einen Hinweis hierauf oder einen Vermerk gem. § 42 Abs. 3 BeurkG sucht man vergeblich; vielmehr wird die vollständige inhaltliche Übereinstimmung mit der Urschrift beglaubigt.²

Solche Fälle waren zu früheren „Papierzeiten“, vor Einführung des elektronisch geführten Handelsregisters, sehr viel seltener. Dies mag daran liegen, dass ein Dokument in Papierform wohl leichter auf Vollständigkeit und Richtigkeit kontrolliert werden kann als eine Bilddatei. Zudem ist in den Notariaten in den Zeiten des elektronischen Rechtsverkehrs oftmals noch ein weiterer Arbeitsschritt hinzugekommen: Nach hiesiger Erfahrung wird häufig vor Einreichung zum Registergericht von der Urschrift zunächst eine „Reinschrift“ hergestellt, bei der insbesondere die Unterschriften durch das Kürzel „gez.“ ersetzt werden. Diese „Reinschrift“ wird entweder direkt aus dem Textverarbeitungsprogramm erstellt und versandt oder die Reinschrift wird ausgedruckt, anschließend eingescannt und dann erst dem Registergericht übermittelt. Dies führt oft zu den nachfolgend dargestellten Fehlern, die sich alle so im Dezernat des Verfassers ereignet haben, und dies innerhalb weniger Monate:

- Die im Beurkundungstermin erfolgten handschriftlichen Änderungen sind nicht berücksichtigt;
- es wird unvollständig eingescannt;
- die Seiten werden beim Einscannen vertauscht;
- mitbeurkundete Anlagen werden nicht oder unvollständig eingescannt;
- zwischen den Seiten 6 und 7 der Reinschrift wird eine E-Mail des Notars an einen völlig unbeteiligten Dritten eingescannt. Wenn dies beim Registergericht nicht bemerkt wird, kann diese E-Mail dann jedermann im Registerordner lesen.

Diese Liste ließe sich noch fortsetzen.

Wenn die Dateien dann dem Notar zum Signieren vorliegen, werden die einzelnen Seiten des zu beglaubigenden Dokuments offenbar nicht immer vollständig „durchgeklickt“, denn nicht wenige Auffälligkeiten würden schon nach dem virtuellen Durchblättern weniger Seiten offensichtlich zu Tage treten.

Werden solche Anomalien im Eintragungsverfahren beanstandet, stößt dies bei manchen Notaren auf Unverständnis und wird, so wenigstens der Eindruck des Verfassers, oft als unnötige „Förmelei“ betrachtet, manchmal mit dem Hinweis, es handele sich doch „nur“ um „Soll-“ Vorschriften des BeurkG. So unbedeutend die (Soll-)Vorschriften über die Abschriftsbeglaubigung auch erscheinen mögen, bei einem Verstoß gegen diese Vorschriften des BeurkG besteht ein Eintragungshindernis.

² Am Rande sei eine Fallgestaltung erwähnt, die mit dem hier behandelten Problem die fehlerhafte Ausstellung einer Vermerkurkunde gem. § 39 BeurkG und ein vergleichbares Schadenspotential gemeinsam hat: Zusammen mit dem Beschluss über die Änderung des Gesellschaftsvertrages wird der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrages samt notarieller Bescheinigung (§ 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG; § 181 Abs. 1 S. 2 AktG) eingereicht. Wenn das Registergericht sich auf die notarielle Bescheinigung verlässt und den Wortlaut des Gesellschaftsvertrages nicht (sorgfältig genug) prüft, wird im Registerordner fortan ein unrichtiger Wortlaut des Gesellschaftsvertrages publiziert. Auf diesen fehlerhaften Wortlaut vertraut dann der Rechtsverkehr; auf diesem basieren dann oft alle weiteren Änderungen. Dies kann gravierende Folgen haben.

Dies führt uns zur rechtlichen Seite des Problems. Nachfolgend sollen die in der registerlichen Praxis am häufigsten vorkommenden Fälle untersucht werden:

- Die unzutreffende Abschriftsbeglaubigung, bei der die Abschrift inhaltlich nicht mit der Hauptschrift übereinstimmt.
- Die abgekürzte beglaubigte Abschrift ohne Beachtung der Anforderungen des § 42 Abs. 3 BeurkG, insbesondere ohne Zeugnis, dass die Urkunde über den auszugsweise wiedergegebenen Gegenstand keine weiteren Bestimmungen enthält.

III. Amtspflicht des Notars bei Erteilung beglaubigter Abschriften

Gem. § 20 Abs. 1 S. 1 BNotO sind die Notare u. a. zuständig, Abschriften zu beglaubigen. Die entsprechende Verfahrensvorschrift ist § 42 BeurkG, die über § 39a BeurkG auch im elektronischen Rechtsverkehr gilt.³ In seinem Beglaubigungsvermerk bestätigt der Notar, dass die (elektronische) Abschrift inhaltlich mit der Hauptschrift übereinstimmt, also Textgleichheit besteht.⁴ Gem. § 39 BeurkG kann diese Niederschrift in vereinfachter Form, nämlich als Vermerk, vorgenommen werden. In der Literatur ist man sich nicht ganz einig, ob dieser notarielle Vermerk eine „Zeugnisurkunde“ darstellt, also der Notar darin seine eigene Wahrnehmung der inhaltlichen Übereinstimmung zwischen Hauptschrift und Abschrift bezeugt⁵ oder ob es sich um eine „Bescheinigung“ des Notars handelt.⁶ Die Mindermeinung argumentiert, man könne nur von einer Zeugnisurkunde ausgehen, wenn der Notar Seite für Seite persönlich vergleiche, was aber heutzutage nicht mehr der Fall sei. Zudem habe die Qualifizierung als Zeugnisurkunde die Konsequenz, dass der (objektive) Tatbestand der Falschbeurkundung (§ 348 StGB) erfüllt sei, wenn der Notar eine Abschrift beglaubigt habe, ohne die Erstschrift gesehen zu haben.⁷ Weiter soll auf diesen Streit nicht eingegangen werden, da er für den weiteren Gang der Abhandlung nicht mehr von Bedeutung ist.

Es besteht eine Amtspflicht des Notars, den Beglaubigungsvermerk erst zu erteilen, wenn er die Übereinstimmung von Abschrift und Hauptschrift durch eigene Prüfung festgestellt hat. Das Gesetz hat dem Notar besondere Sorgfaltspflichten auferlegt, damit der Rechtsverkehr vor falschen Urkunden geschützt wird.⁸ Die Inaugenscheinnahme der zu beglaubigenden Urkunde muss der Notar selbst vornehmen; er darf sie nicht seinen Mitarbeitern überlassen.⁹ Ein Vergleich „Seite für Seite“ („Kollationierung“) soll nicht erforderlich sein, „wenn der Notar sich auf die Zuverlässigkeit seines technischen Geräts verlassen kann.“¹⁰

³ OLG Brandenburg DNotZ 2011, 545, 546; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 39a Rn 13.

⁴ OLG Düsseldorf GmbHR 2012, 692, 693; Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl., § 42 Rn 9; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 42 Rn 1; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 42 Rn 14.

⁵ So die wohl h. M.: Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 42 Rn 1; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 42 Rn 2; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl., § 42 Rn 1.

⁶ So vor allem Reithmann, Notarpraxis, 2. Aufl., C, Rn 196 f.; Schippel/Bracker/Reithmann, BNotO, 9. Aufl., § 20 Rn 36; Diehn/Kilian, BNotO, § 20 Rn 21; Arndt/Lerch/Sandkühler/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 20 Rn 43.

⁷ Reithmann, NotBZ 2007, 188.

⁸ So ausdrücklich Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl., § 42 Rn 2.

⁹ Eylmann/Vaasen/Limmer, BeurkG, 4. Aufl., § 42 Rn 9; Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 42 Rn 14; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl., § 42 Rn 7, jeweils m. w. N.

¹⁰ Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl., § 42 Rn 7.

IV. Beurkundungsrechtliche Folgen

Worin aber liegt die beurkundungsrechtliche Rechtsfolge, wenn der Notar – wie in der ersten zu untersuchenden Fallgestaltung – fälschlich die inhaltliche Übereinstimmung der Abschrift mit der Urschrift beglaubigt? Ist der Beglaubigungsvermerk dann unwirksam? Liegt dann also gar keine beglaubigte Abschrift vor?

Die einzigen Stimmen in der Literatur, die sich ausdrücklich mit diesem Thema befassen, kommen lediglich zu dem Ergebnis, eine „unrichtige Abschriftenbeglaubigung“ könne „Schadensersatzansprüche und auch dienstrechtliche Maßnahmen“ nach sich ziehen.¹¹ Abgesehen davon lassen sich die spärlichen Äußerungen in der Literatur wohl dahingehend deuten, dass die unrichtige Abschriftsbeglaubigung nicht zur Unwirksamkeit des Beglaubigungsvermerkes führt,¹² da nicht gegen die Muss-Erfordernisse des § 39 BeurkG verstoßen wird.¹³ Dem ist zuzugeben, dass das BeurkG in § 39 als zwingende Voraussetzungen eines Beglaubigungsvermerkes nur die schriftliche Niederlegung, ein notarielles Zeugnis über die wahrgenommene Tatsache, die eigenhändige Unterschrift des Notars sowie die Beifügung des Siegels verlangt. Die ergänzend geltenden Vorgaben des § 42 BeurkG sind dagegen ausdrücklich als Soll-Erfordernisse ausgestaltet. Zudem ist im BeurkG auch nirgendwo geregelt, dass ein inhaltlich unzutreffendes notarielles Zeugnis (bzw. eine notarielle Bescheinigung) – die Urschrift ist ja gerade nicht textgleich mit der Abschrift – zur Unwirksamkeit der Beglaubigung führt.

Wendet man diese in der Literatur entwickelten Maßstäbe auf den zweiten zu untersuchenden Fall an – die abgekürzte beglaubigte Abschrift ohne Beachtung der Anforderungen des § 42 Abs. 3 BeurkG – muss wohl erst recht Gleiches gelten: § 42 Abs. 3 BeurkG ist ebenfalls (nur) ein Soll-Erfordernis. Ein Beglaubigungsvermerk, der die Vorgaben des § 42 Abs. 3 BeurkG nicht umsetzt, führt damit ebenfalls nicht zur Unwirksamkeit der Beglaubigung.

Die Rechtsprechung hat sich, soweit ersichtlich, zu den beiden eben geschilderten Fallgestaltungen noch nicht geäußert. Das OLG Brandenburg hat in einer ähnlichen Konstellation allerdings eine extrem strenge Auffassung vertreten: Nach Meinung des Gerichts soll es sogar zur Unwirksamkeit der Beglaubigung führen, wenn in einem Beglaubigungsvermerk nicht die Qualität der Hauptschrift (Urschrift, beglaubigte Abschrift, Abschrift) angegeben ist und damit gegen die (Soll-)Vorschrift des § 42 Abs. 1 BeurkG verstoßen wird.¹⁴ Diese Entscheidung, ergangen in einer Handelsregistersache, ist von Heinemann als „evident falsch“ bezeichnet worden:¹⁵ § 42 BeurkG enthalte nur Soll-Erfordernisse, deren Nichtbeachtung nicht zur Unwirksamkeit der Beglaubigung führen können.¹⁶ Dem ist zuzugeben: Wenn schon die unrichtige Abschriftsbeglaubigung beurkundungsrechtlich folgenlos bleiben soll, dann wohl erst recht der sich dagegen geradezu harmlos ausnehmende Verstoß gegen § 42 Abs. 1 BeurkG.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Beurkundungsrechtlich führt es jedenfalls nicht zur Unwirksamkeit der Beglaubigung und ist damit gleichsam „sanktionslos“, wenn fälschlich die (inhaltliche) Übereinstimmung der Hauptschrift mit der Ab-

¹¹ Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 42 Rn 44; Reithmann, NotBZ 2007, 188.

¹² Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 42 Rn 43.

¹³ Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 42 Rn 50 ff.

¹⁴ OLG Brandenburg DNotZ 2011, 545, 546.

¹⁵ Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 42 Rn 51, Fn 94.

¹⁶ Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 42 Rn 51.

schrift beglaubigt oder gegen die Vorgaben des § 42 Abs. 3 BeurkG verstoßen wird. Inwieweit eine Verletzung notariellen Dienstrechtes vorliegt, soll vorliegend nicht weiter untersucht werden.

V. Unterschiedliche Regelungszwecke des Beurkundungsrechts und des Handelsregisterverfahrens

Welche Folgen haben aber solche Verstöße gegen die genannten Soll-Erfordernisse des BeurkG im Handelsregisterverfahren? Wie kann ein solcher Verstoß ein Eintragungshindernis darstellen, wenn er doch beurkundungsrechtlich nicht sanktioniert ist?

Die Antwort liegt im unterschiedlichen Regelungszweck des Beurkundungsrechts auf der einen und des Handelsregisterverfahrens auf der anderen Seite:

Funktion des Handelsregisters ist es, wesentliche Rechtsverhältnisse der Unternehmer und Unternehmen des Handelsstandes zu offenbaren und über im Handelsverkehr rechtserhebliche Tatsachen Auskunft zu geben.¹⁷ Es ist das Publizitätsmittel, das die offenzulegenden Informationen zu den zentralen Unternehmensdaten für den Rechtsverkehr bereithält und ihm diese zugänglich macht. Der Gesetzgeber weist den Eintragungen im Handelsregister eine solche Bedeutung und Gewähr zu, dass er qua § 15 HGB in gewissem Umfang materiell-rechtliche Wirkungen an das darin gesetzte Vertrauen anknüpft.¹⁸ Um dieses Vertrauen in den Inhalt des Handelsregisters zu rechtfertigen und den Rechtsverkehr angemessen schützen zu können, besteht die Pflicht des Registergerichts, unrichtige Eintragungen zu verhindern.¹⁹ Hierzu hat das Registergericht die entscheidungserheblichen Tatsachen von Amts wegen zu ermitteln (vgl. § 26 FamFG), wobei die Verfahrensbeteiligten eine Mitwirkungspflicht trifft (§ 27 FamFG). Ergänzend statuiert das FamFG Mitteilungspflichten von Notaren, Behörden, Gerichten (§ 379 FamFG) sowie der berufsständischen Organe (§ 380 FamFG), die ebenfalls darauf abzielen, unrichtige Eintragungen vom Register fernzuhalten²⁰ oder aus dem Register zu entfernen. Kurz gesagt: Auf das Register muss Verlass sein.²¹

Es geht aber nicht nur um richtige Eintragungen, sondern auch um die „Richtigkeit“ der im Handelsregister zur Einsicht bereitgehaltenen Dokumente: Die zum Handelsregister einzureichenden und nach § 9 Abs. 1 HGB der unbeschränkten Einsicht unterliegenden Dokumente werden für jedes Registerblatt in einen sog. Registerordner aufgenommen (§ 9 Abs. 1 S. 1 HRV). Zu den „zum Handelsregister einzureichenden“ Schriftstücken zählen jedenfalls die Anmeldungen selbst und die zur Anmeldung eingereichten Anlagen wie z. B. im Kapitalgesellschaftsrecht der Gesellschaftsvertrag und die Beschlüsse der Anteilseigner.²² Im Registerordner zur öffentlichen Einsicht bereitgehalten werden aber auch Dokumente, die nicht als Anlage einer Anmeldung eingereicht worden sind, wie z. B. Gesellschafterlisten, Listen der Aufsichtsratsmitglieder, aber auch Hauptversammlungsprotokolle, bei denen keine Satzungsänderungen anzumelden waren. Es geht also genau um die Dokumente, von denen einlei-

tend die Rede war, nämlich beispielsweise die notarielle Niederschrift über die Gesellschafterversammlung einer GmbH oder die notarielle Niederschrift eines Verschmelzungsvertrages samt Erklärungen gem. § 8 Abs. 3 UmwG. Auch dieser Registerordner wird jedermann zur Einsicht zur Verfügung gestellt, um nicht nur hinsichtlich der Eintragung selbst, sondern auch hinsichtlich ausgewählter Grundlagen, auf der die Eintragung beruht, Transparenz und Publizität herzustellen.

Nach einhelliger Meinung müssen im Handelsregister die einzutragenden Angaben „zuverlässig, vollständig und lückenlos beurkundet werden.“²³ Kein weniger strenger Maßstab gilt hinsichtlich der zum Handelsregister einzureichenden Dokumente, die im Registerordner der Einsicht für jedermann unterliegen. „Zuverlässig, vollständig und lückenlos“ – in diesem Zusammenhang bedeutet das: Es darf – ohne besondere Kennzeichnung gem. § 42 Abs. 3 BeurkG – keine inhaltliche Abweichung geben zwischen den Dokumenten, die sich beim Notar in der Urkundensammlung befinden, und den Dokumenten im Registerordner. Dies gilt jedenfalls für die Dokumente, die in den Registerordner aufzunehmen sind. Anders ausgedrückt: Es darf – insoweit – keinen Unterschied machen, ob man Einsicht in den Registerordner nimmt oder in die Urkundensammlung des Notars. Andernfalls wäre die Offenlegung der in den Registerordner aufzunehmenden Dokumente entbehrlich und es wäre ausreichend, nur die Eintragung und damit das Ergebnis der Prüfung der Dokumente durch das Registergericht zu publizieren. Diesen Weg hat der Gesetzgeber aber gerade nicht beschritten. Noch deutlicher wird dies bei den Dokumenten, die zum Registerordner einzureichen sind und die keine korrespondierende Eintragung im Registerausdruck haben: Transparenz und Publizität machen nur Sinn, wenn nicht irgendein Inhalt zur öffentlichen Einsichtnahme gebracht wird, sondern der Inhalt, der vom Notar auch protokolliert worden ist.

Ebenso wie es die Pflicht des Registergerichts ist, „unrichtige Eintragungen vom Register fernzuhalten“, besteht dieselbe Pflicht des Registergerichts, den Registerordner freizuhalten von „unrichtigen“ Dokumenten. „Unrichtige“ Dokumente in diesem Sinne sind jedenfalls solche, bei denen eine inhaltliche Diskrepanz zwischen der „Papierwelt“ beim Notar und der „elektronischen Welt“ im Registerordner besteht und diese Diskrepanz nicht in der Form des § 42 Abs. 3 BeurkG offenbart wird. Genau eine solche Diskrepanz besteht aber bei den eingangs geschilderten Beispielen: Beim Einscannen, beim Herstellen der Reinschrift, ist ein Fehler unterlaufen, der zu dieser inhaltlichen Diskrepanz führt. Würde das Registergericht nicht einschreiten, würden Transparenz und Publizität ad absurdum geführt – es würden Dokumente zur Einsicht vorgehalten werden, die nicht der Realität entsprechen.

Das Registergericht kann, darf und soll selbstverständlich nicht jeden Beglaubigungsvermerk auf den Prüfstand stellen. Denn das Registergericht hat hier wie sonst auch nur dann die Pflicht zur näheren Prüfung, wenn konkrete Anhaltspunkte für eine sachliche Unrichtigkeit bestehen.²⁴ Es gibt aber nach Erfahrung des Verfassers oft Fälle, bei denen solche konkreten Anhaltspunkte gegeben sind: Wenn beispielsweise der Text des Verschmelzungsvertrages am Ende von Seite 1 der notariellen Niederschrift mitten im Satz abbricht und auf der nächsten Seite der Schlussvermerk folgt, die als „Seite 5“ nummeriert ist. In diesen

¹⁷ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub, HGB, 3. Aufl., § 8 Rn 44.

¹⁸ BGH NZG 2015, 685, 687.

¹⁹ OLG München GmbHR 2011, 489; Röhrich/v. Westphalen/Haas/Ries, HGB, 4. Aufl., § 8 Rn 34; Fleischhauer/Preuß/Preuß, Handelsregisterrecht, 3. Aufl., Rn 8.

²⁰ So RGZ 140, 174, 184.

²¹ MüKo-HGB/Krafka, 3. Aufl., § 8 Rn 9.

²² Krafka/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl., Rn 44.

²³ Vgl. zuletzt BGH NZG 2015, 685, 687.

²⁴ BGH NZG 2011, 907, 908; Schmidt-Kessel/Leutner/Müther/Müther, Handelsregisterrecht; § 8 HGB Rn 92 f.; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub, HGB, 3. Aufl., § 8 Rn 140.

Fällen kann das Registergericht auf Grundlage der eingereichten Dokumente keine Eintragung vornehmen, es kann diese Dokumente auch nicht in den Registerordner aufnehmen. Der Sachverhalt muss erst weiter aufgeklärt werden (§ 26 FamFG) – ist die notarielle Niederschrift wirklich unvollständig und der Verschmelzungsvertrag unwirksam (unbehebbares Eintragungshindernis) oder ist der Beglaubigungsvermerk falsch und in der Papierwelt existiert ein wirksamer Verschmelzungsvertrag (behebbares Eintragungshindernis)? Das Registergericht steht in den hier interessierenden Fällen zudem oft vor dem Dilemma, dass der Sachverhalt, der von den Notaren unterbreitet wird, widersprüchlich ist: Zuerst bescheinigt der Notar, dass seine notarielle Niederschrift keine Anlage enthält, am nächsten Tag bescheinigt er, dass dieselbe notarielle Niederschrift doch eine Anlage hat. Dies gilt auch in dem Fall, in dem Passagen der notariellen Niederschrift offensichtlich geschwärzt sind, aber ein unbeschränkter Beglaubigungsvermerk erteilt wurde. Um seiner Pflicht nachzukommen, „*unrichtige Eintragungen vom Register fernzuhalten*“ bzw. den Registerordner von unrichtigen Dokumenten freizuhalten, muss das Registergericht in diesen Fällen jedenfalls verlangen, dass der Notar in Erfüllung der Verpflichtungen aus § 42 Abs. 3 BeurkG angibt, dass es sich um eine auszugsweise beglaubigte Abschrift handelt, dass der Notar den Gegenstand des Auszugs angibt und dass der Notar bezeugt, dass die Urkunde über diesen Gegenstand keine weiteren Bestimmungen enthält. Das BeurkG gibt dem Registergericht einen Maßstab an die Hand, in welcher Tiefe der Sachverhalt aufzuklären ist. Anders ausgedrückt: Wenn der Notar die Anforderungen des § 42 Abs. 3 BeurkG nicht erfüllt, bestehen die erwähnten konkreten Anhaltspunkte, dass womöglich „*etwas nicht in Ordnung ist*“ –, es muss zumindest nachgefragt werden, was den Notar daran gehindert hat, die Anforderungen des § 42 Abs. 3 BeurkG zu erfüllen. Stellt der Notar das Zeugnis gem. § 42 Abs. 3 BeurkG aus, wird regelmäßig kein Anlass bestehen, den Sachverhalt weiter aufzuklären, und die Eintragung bzw. die Aufnahme in den Registerordner kann erfolgen. Denn nur so ist gewährleistet, dass das Bilddokument wirklich alle Informationen enthält, die für das Registergericht und den Rechtsverkehr von Bedeutung sind.

In allen Fällen besteht die zusätzliche Problematik, dass der notarielle Beglaubigungsvermerk öffentlichen Glauben genießt, was sich, folgt man der herrschenden Meinung in der Literatur,²⁵ aus § 418 ZPO ergibt. In den hier zur Diskussion stehenden Fällen, bei denen konkrete Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit des Beglaubigungsvermerks bestehen, ist dieser öffentliche Glaube aber derart erschüttert, dass der Amtsermittlungsgrundsatz eine Überprüfung gebietet. Würde man dies anders sehen,

wäre die Folge, dass das Registergericht sehenden Auges Dokumente annehmen müsste, bei denen oftmals sicher ist, dass sie gerade nicht inhaltlich mit der Hauptschrift aus der „*Papierwelt*“ übereinstimmen. Dies kann nicht richtig sein und widerspricht auch eklatant den soeben dargestellten Grundsätzen des Handelsregisterverfahrens.

Am Rande sei bemerkt: Sehr oft ist es auch im Interesse der Notare, dass von Seiten des Registergerichts noch einmal nachgefragt wird, ob die Urschrift nicht doch eine Anlage hat, ob der Verschmelzungsvertrag wirklich nur aus einer Seite besteht etc. Würde das Registergericht sich auf den öffentlichen Glauben des Beglaubigungsvermerks berufen, müssten einige Anmeldungen sofort zurückgewiesen werden.

VI. Fazit

Es sei nochmals betont: Überall, selbstverständlich auch bei Gericht, werden Fehler gemacht, müssen Beschlüsse, Urteile, Eintragungen berichtigt werden. Fehler lassen sich nie vollständig verhindern. Der vorliegende Beitrag soll ein kollegialer Hinweis auf eine Entwicklung sein, die die Arbeit der Registergerichte und den Rechtsverkehr sehr behindern kann. Denn der Gesetzgeber hat – neben vielen anderen Gründen – die Beteiligung der Notare am Handelsregisterverfahren auch vorgesehen, damit das Registergericht nicht prüfen muss, ob die zum Register eingereichten Abschriften inhaltlich mit der Urschrift übereinstimmen. Eine der vielen Kompetenzen der Notare liegt ja gerade im sorgfältigen „*Dokumentenmanagement*“, auf das man sich formell und materiell (§ 42 Abs. 3 BeurkG!) verlassen kann. Daran wird wieder einmal deutlich, dass das Notariat eine sehr wichtige Infrastruktureinrichtung des deutschen Rechts ist. Jeder, der im internationalen (Wirtschafts-)Rechtsverkehr mit Jurisdiktionen in Berührung kommt, die nicht auf diese notariellen Strukturen zurückgreifen können, lernt dies schnell zu schätzen.



Dr. Johannes Lang, LL. M. (TCD)
ist Registerrichter am Amtsgericht Charlottenburg, Abteilungen für Handelsregistersachen.
E-Mail: johannes.lang@ag-ch.berlin.de

²⁵ Vgl. nur Winkler, BeurkG, 17. Aufl., § 42 Rn 33; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl., § 42 Rn 45.

Frank-Holger Lange

„Verschollene“ Beteiligte bei der GmbH – eine Herausforderung für die Beurkundungspraxis

Bei der Beurkundung von Gesellschafterversammlungsbeschlüssen einer GmbH kommt es gelegentlich vor, dass wesentliche Beteiligte (Gesellschafter, Geschäftsführer) nicht erreichbar und/oder unbekannt sind. Dann wird gern vom Notar erwartet, dass er Wege zu einer wirksamen Beschlussfassung aufzeigt. Der nachfolgende Beitrag soll die wichtigsten in der Praxis vorkommenden Konstellationen näher beleuchten und Lösungsmöglichkeiten darstellen.

I. Problemstellung

Viele Gesellschafterversammlungsbeschlüsse bei der GmbH erfordern die Mitwirkung eines Notars – sei es, weil die Beschlussfassung selbst notariell protokolliert sein muss (z. B. Satzungsänderungen, § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG, Umwandlungsbeschlüsse, §§ 13 Abs. 3 S. 1, 125 UmwG), sei es, weil die Umsetzung der Beschlüsse eine Handelsregisteranmeldung erfordert (z. B. Bestellung, Abberufung oder Änderung der Vertretungsbefugnis von Geschäftsführern, § 39 Abs. 1 GmbHG, Auflösung, § 65 Abs. 1 S. 1 GmbHG, Fortsetzungsbeschluss der Gesellschafter, § 65 Abs. 1 S. 1 GmbHG analog). In allen diesen Fällen findet regelmäßig eine Vollversammlung statt, die es erlaubt, auf eine ordnungsgemäße und fristgerechte Ladung der Gesellschafter zu verzichten.

Ist die Beschlussfassung selbst beurkundungsbedürftig, so wird bei Anwesenheit und Einverständnis sämtlicher Gesellschafter in der Praxis üblicherweise das Beurkundungsverfahren nach den Regeln über die Beurkundung von Willenserklärungen gewählt, §§ 6 ff. BeurkG. Ist dies nicht möglich, weil nicht alle Gesellschafter mit dem zu beurkundenden Beschluss einverstanden sind oder nicht einmal alle Gesellschafter zur Beurkundung erscheinen, so kommt nur die Protokollierung nach den §§ 36 f. BeurkG, also das notarielle Tatsachenprotokoll in Betracht.

In diesen Fällen (aber auch bei Erstellung einer Handelsregisteranmeldung betreffend Beschlüsse, die für sich genommen nicht beurkundungsbedürftig sind) kommt der Notar nicht umhin, sich mit der **ordnungsgemäßen Ladung** der Gesellschafter zu befassen. In Analogie zu § 241 Nr. 1 AktG sind Gesellschafterversammlungsbeschlüsse **nichtig**, zu deren Beschlussfassung nicht alle Gesellschafter nach § 51 Abs. 1 GmbHG eingeladen worden waren. Hat keine Vollversammlung stattgefunden, wird das Registergericht deshalb aus dem ihm vorgelegten Gesellschafterversammlungsprotokoll ablesen wollen, ob eine ordnungsgemäße Ladung erfolgt ist.

Mitunter stellt sich hierbei heraus, dass wichtige Beteiligte gar nicht kontaktiert werden können. So ist denkbar, dass der alleinige Geschäftsführer einer Gesellschaft „abgetaucht“ ist, so dass sich die Frage stellt, auf welchem Wege gleichwohl eine ordnungsgemäße Ladung bewirkt werden kann (siehe Ausführungen unter II.). Noch häufiger kommt es vor, dass die aktuelle Anschrift eines Gesellschafters nicht bekannt ist (näher hierzu unter III.) oder ein in die Liste der Gesellschafter eingetragener Gesellschafter nicht mehr existiert, z. B. weil er verstorben ist, ohne dass die Erben bekannt wären (dazu unter IV.). Nochmals verkompliziert wird die Situation, wenn der verstorbene Gesellschafter, dessen Erben unbekannt sind, zugleich der alleinige Geschäftsführer war (siehe V.).

II. Geschäftsführer unbekanntem Aufenthalts

Am einfachsten zu handhaben ist noch die Problematik des Geschäftsführers, dessen **Aufenthalt nicht bekannt** ist (die Konstellation des Geschäftsführers unbekannter Identität kann es begrifflicherweise nicht geben). Handelt es sich nicht um den einzigen Geschäftsführer, so kann die Ladung durch die übrigen Geschäftsführer bewirkt werden, sofern diese nicht nur gemeinsam mit dem „verschollenen“ Geschäftsführer vertretungsberechtigt sind oder die Satzung der Gesellschaft die empfehlenswerte Regelung enthält, dass Ladungen zur Gesellschafterversammlung stets von einem Geschäftsführer ohne Rücksicht auf seine Vertretungsberechtigung bewirkt werden können.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Einberufungsregelung in der Satzung:

Jeder Geschäftsführer ist ohne Rücksicht auf seine Vertretungsberechtigung im Übrigen befugt, einzeln Gesellschafterversammlungen einzuberufen.

Ist die Mitwirkung des „verschollenen“ Geschäftsführers erforderlich (etwa weil kein weiterer Geschäftsführer vorhanden ist oder die übrigen Geschäftsführer nur gemeinsam mit dem abwesenden Geschäftsführer zur Einberufung von Gesellschafterversammlungen berechtigt sind), so ist den beschlusswilligen Gesellschaftern die Möglichkeit eines **Einberufungsverlangens** nach § 50 Abs. 1 GmbHG und des hieran anknüpfenden **Selbsthilferechts** nach § 50 Abs. 3 S. 1 GmbHG aufzuzeigen.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Einberufungsverlangen:

... (Name und persönliche Daten der Gesellschafter, die das Einberufungsverlangen an die Gesellschaft richten)

... GmbH

– Geschäftsführung –

...(Anschrift)

Einberufungsverlangen betreffend eine außerordentliche Gesellschafterversammlung

... (Anrede),

die unterzeichnenden Gesellschafter halten Geschäftsanteile an der ... GmbH im Gesamtnennbetrag von ... € und somit mehr als 10 % des Stammkapitals der Gesellschaft. Gem. § 50 Abs. 1 GmbHG verlangen sie die Einberufung einer Gesellschafterversammlung innerhalb angemessener Frist, spätestens jedoch bis zum ... (Datum zu ergänzen), mit folgender Tagesordnung:

... (Tagesordnung mit Benennung der beabsichtigten Beschlussgegenstände)

... (Begründung für die Beschlussgegenstände, die in der Tagesordnung angekündigt werden sollen)

...

(Unterschriften)

Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass eine unverschuldete Unerreichbarkeit des Geschäftsführers zu dessen Nachteil ausgenutzt werden soll (Beispiel: Nutzung eines Krankenhausaufenthalts zum Zweck der „heimlichen“ Abberufung), wird ein

derartiger Hinweis auf die im Gesetz vorgesehenen Handlungsinstrumentarien auch nicht als Verletzung der **Neutralitätspflicht** (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) anzusehen sein. Den Rat, einen unerreichbaren Geschäftsführer im Hinblick auf die möglicherweise vorliegende Unzuverlässigkeit abzugeben, wird der unparteiliche Notar allerdings hierbei nicht erteilen dürfen.

III. Gesellschafter unbekanntes Aufenthalts

Verhältnismäßig unproblematisch ist auch der Fall, dass zwar die Identität eines Gesellschafters bekannt ist (weil er in der Liste der Gesellschafter aufgeführt ist und somit gemäß § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG auch weiterhin als solcher gilt¹), sein Aufenthaltsort aber der Gesellschaft unbekannt ist. Nach allgemeiner Auffassung hat der Gesellschafter die Obliegenheit, dafür zu sorgen, dass die Gesellschaft seine ladungsfähige Anschrift kennt.² Kommt er dieser Obliegenheit nicht nach, so ist eine an die **letzte der Gesellschaft mitgeteilte Anschrift** gerichtete Ladung wirksam, selbst wenn das Ladungsschreiben als unzustellbar zurückkommt.³ Die Konstellation, dass ein Gesellschafter ordnungsgemäß in der Gesellschafterliste aufgeführt ist, der Gesellschaft aber zu keinem Zeitpunkt eine Anschrift mitgeteilt wurde, ist praktisch schwer vorstellbar. Man wird in solchen Fällen die Empfehlung erteilen müssen, eine **Abwesenheitspflegschaft** zu beantragen, § 1911 Abs. 1 S. 1 BGB, so dass der Abwesenheitspfleger als Adressat der Ladung angeführt werden kann.

IV. Gesellschafter unbekannter Identität

Schwieriger stellt sich die Sachlage in den Fällen dar, bei denen schon die **Identität des Gesellschafters unbekannt** ist. Zwar gilt nach § 16 Abs. 1 GmbHG im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter als Inhaber eines Geschäftsanteils derjenige, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen **Gesellschafterliste** nach § 40 GmbHG eingetragen ist, so dass alle Beteiligten (insbesondere der Geschäftsführer und der Notar) ohne weiteres auf den Inhalt der Gesellschafterliste abstellen können und müssen.⁴ Dennoch kann es „unbekannte Gesellschafter“ geben, dann nämlich, wenn in der Gesellschafterliste eine Person als Gesellschafter ausgewiesen ist, die tatsächlich nicht existiert.⁵ Die hierbei in Betracht kommenden Fallgruppen unterscheiden sich deutlich, je nachdem ob der betroffene Gesellschafter eine natürliche Person ist oder nicht.

1. Natürliche Person

Die Eintragung einer von Anfang an nicht existenten natürlichen Person in der Liste der Gesellschafter kann nur auf einem Fehler desjenigen beruhen, der die Gesellschafterliste eingereicht hat, weil eine nicht existente natürliche Person kein tauglicher Träger von Rechten und somit auch kein tauglicher Gesellschafter einer GmbH ist. Ein solcher Fehler – gleichviel, ob von einem Notar (§ 40 Abs. 2 GmbHG) oder einem Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 GmbHG) begangen – kann und muss stets vom Geschäftsführer korrigiert werden, der nach jüngerer Rechtsprechung des BGH⁶ hierfür in jedem Fall die Kompetenz hat. Nach erfolgter Korrektur ist sodann die Ladung an den richtigen, aus der in den

Registerordner aufgenommenen korrigierten Gesellschafterliste ersichtlichen Gesellschafter zu richten.

Bei Gesellschafterlisten, die jedenfalls zum Zeitpunkt ihrer Einreichung beim Handelsregister korrekt waren, kann der Wegfall der Existenz einer darin als Gesellschafter ausgewiesenen natürlichen Person nur auf deren Ableben beruhen. Ist der Gesellschaft (konkret: ihren Geschäftsführern) das Versterben eines in der Gesellschafterliste aufgeführten Gesellschafters **unbekannt**, so wird sie die **Ladung an den verstorbenen Gesellschafter** richten. In dieser Konstellation liegt kein Ladungsmangel vor,⁷ auch wenn das Schreiben noch vor Beginn der Gesellschafterversammlung mit dem Vermerk „*verstorben*“ zurückkommen sollte.

Anders verhält es sich, wenn der Gesellschaft **bekannt** ist, dass ein in der Gesellschafterliste als solcher ausgewiesener Gesellschafter verstorben ist. In diesem Fall nämlich soll sie die Ladung nicht mehr an den verstorbenen Gesellschafter richten dürfen. Vielmehr ist zuvor eine **Korrektur der Gesellschafterliste** erforderlich. Dies wiederum ist verhältnismäßig einfach, wenn den Geschäftsführern der GmbH der oder die Erben des verstorbenen Gesellschafters bekannt sind – es handelt sich um den Standardfall der Korrektur einer unrichtig gewordenen Gesellschafterliste durch einen Geschäftsführer nach § 40 Abs. 1 GmbHG. Die Geschäftsführer sind zu dieser Korrektur berechtigt und verpflichtet. Für die Abhaltung einer Gesellschafterversammlung müssen sie dann nicht einmal warten, bis das Registergericht die korrigierte Liste der Gesellschafter in den Registerordner aufgenommen hat; nach § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG ist eine Rückbeziehung der später geänderten Liste der Gesellschafter auf den Zeitpunkt der Einladung möglich, wenn die Liste unverzüglich danach in das Handelsregister aufgenommen wird.⁸

Eine solche Korrektur nach § 40 Abs. 1 GmbHG setzt freilich voraus, dass die Geschäftsführer wissen, wer Erbe des verstorbenen Gesellschafters ist. Ausreichend zuverlässig erscheint – auch im Interesse der Vermeidung einer Haftung nach § 40 Abs. 3 GmbHG – nur der Nachweis der Erbenstellung durch Vorlage eines **Erbscheins**. Dies bedeutet umgekehrt, dass die Geschäftsführer die Gesellschafterliste immer dann nicht gefahrlos nach § 40 Abs. 1 GmbHG korrigieren können, wenn kein Erbschein erteilt ist. Für derartige Fälle findet sich in der Literatur die Empfehlung, eine Nachlasspflegschaft nach § 1960 BGB zu beantragen und den bestellten Nachlasspfleger dann als Vertreter der unbekannteren Erben in die Gesellschafterliste aufzunehmen.⁹ Nachdem jedoch der BGH in seiner Entscheidung vom 24.2.2015¹⁰ gebilligt hat, dass ein Registergericht die Aufnahme einer mit einem Testamentvollstreckervermerk versehenen Gesellschafterliste abgelehnt hat, wird man diesen Weg in der Praxis nicht mehr einschlagen können. Richtig dürfte vielmehr sein, als neuen Gesellschafter in die Liste der Gesellschafter „*die unbekannteren Erben des verstorbenen Gesellschafters XY in Erbengemeinschaft*“ aufzunehmen und ergänzend Nachlasspflegschaft zu beantragen, um einen tauglichen Adressaten für das Ladungsschreiben zu schaffen. Die Gesellschafterliste weist dann zutreffend die Erben des verstorbenen Gesellschafters als Inhaber des Geschäftsanteils aus, während das Ladungsschreiben sodann an den Nachlasspfleger zu richten ist. Letzteres stellt keine Besonderheit dar: Auch im Fall der Testamentvollstreckung etwa taucht

¹ Zur Problematik „veralteter“ Gesellschafterlisten vgl. *Lange*, NJW 2016, 1852, 1854.

² Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 51 Rn 10.

³ OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.11.1989 – 6 U 21/89, NJW-RR 1990, 806; LG Dortmund, Urt. v. 5.11.1997 – 10 O 574/97, NZG 1998, 390, 391.

⁴ Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 16 Rn 19.

⁵ Näher *Lange*, NJW 2016, 1852.

⁶ BGH, Urt. v. 17.12.2013 – II ZR 21/12, NZG 2014, 184, 188.

⁷ Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 51 Rn 10; Scholz/*Seibt*, GmbHG, § 51 Rn 9.

⁸ Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 16 Rn 36 und § 51 Rn 10.

⁹ Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 51 Rn 10; *Mayer*, MittBayNot 2014, 114, 125.

¹⁰ DNotZ 2015, 456; dazu *Lange*, NJW 2016, 1852, 1853.

der Testamentsvollstrecker nicht in der Liste der Gesellschafter auf, wird aber – soweit sich die Testamentsvollstreckung auch auf einen in den Nachlass fallenden GmbH-Geschäftsanteil erstreckt – Adressat der Ladung sein müssen.

2. Gesellschaft mit Registerpublizität

Ist als Gesellschafter in der Liste der Gesellschafter eine Gesellschaft mit Registerpublizität ausgewiesen, so kann der Wegfall ihrer Existenz nur auf einer Löschung wegen Vermögenslosigkeit, einer Wegverschmelzung oder einer Aufspaltung beruhen.

Die Löschung wegen Vermögenslosigkeit steht üblicherweise am Ende einer Liquidation oder eines Insolvenzverfahrens; wird eine derartige Gesellschaft noch immer in der Gesellschafterliste einer GmbH aufgeführt, so belegt dies, dass die im Handelsregister gelöschte Gesellschaft noch verwertbares Vermögen hat, so dass sie trotz ihrer Löschung im Handelsregister noch rechtsfähig ist.¹¹ In diesem Fall muss eine **Nachtragsliquidation** nach § 66 Abs. 5 S. 1 GmbHG versucht werden. Die Liste der Gesellschafter kann dann unverändert bleiben; zur Gesellschafterversammlung zu laden ist der Nachtragsliquidator.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Antrag auf Anordnung der Nachtragsliquidation:

Amtsgericht ...

– Handelsregister –

... (Anschrift)

HRB ...; X GmbH

In der Registersache

X GmbH

beantrage ich als Geschäftsführer der Y GmbH (Amtsgericht ..., HRB ..., Antragstellerin), die Nachtragsliquidation der im Handelsregister des Amtsgerichts ... zu HRB ... eingetragenen und am ... (Datum) wegen Vermögenslosigkeit gelöschten X GmbH anzuordnen und einen Nachtragsliquidator zu bestimmen. Es wird gebeten, das Aufgabenfeld des Nachtragsliquidators mindestens zu erstrecken auf die Vertretung der Gesellschaft im Rahmen der Ausübung der Gesellschafterrechte der Gesellschaft in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der Y GmbH. Es wird angeregt, den bisherigen Geschäftsführer der X GmbH, ..., wohnhaft ..., geb. ..., zum Nachtragsliquidator zu bestellen.

Begründung:

Die X GmbH war im Handelsregister des Amtsgerichts ... unter HRB ... eingetragen und wurde am ... wegen Vermögenslosigkeit von Amts wegen gelöscht. Es besteht gem. § 66 Abs. 5 GmbHG ein Bedürfnis zur Anordnung der Nachtragsliquidation. Die X GmbH ist tatsächlich nicht vermögenslos, sondern hat sehr wohl noch Vermögen. Sie ist mit einem Geschäftsanteil im Nennbetrag von ... € als Gesellschafterin am Stammkapital der Y GmbH (Amtsgericht ..., HRB ...) beteiligt, wie aus der in Kopie als **Anlage** überreichten Gesellschafterliste hervorgeht.

Die Antragstellerin ist auch Beteiligte im Sinne von § 66 Abs. 5 GmbHG. „Beteiligte“ und somit Antragsberechtigte sind alle, denen an der Durchführung der Nachtragsliquidation gelegen ist (OLG Köln GmbHR 1993, 283 f.). Die Antragstellerin vermag ohne Nachtragsliquidation die noch existente X GmbH als Gesellschafterin nicht zu Gesellschafterversammlungen zu laden und somit ohne Nachtragsliquidation keine Gesellschafterversammlungsbeschlüsse zu fassen.

Eine Eintragung der X GmbH als Liquidationsgesellschaft im Handelsregister erscheint nicht erforderlich, da sich die Nachtragsliquidation auf die eingangs beschriebenen Maßnahmen beschränken wird.

...

Unterschrift

Ist die Gesellschaft hingegen im Handelsregister gelöscht, weil sie auf eine andere Gesellschaft zur Aufnahme oder mit einer anderen Gesellschaft zur Neugründung verschmolzen wurde oder weil sie durch Aufspaltung untergegangen ist, so ist der Rechtsnachfolger zu ermitteln und auf diesem Wege die Liste der Gesellschafter zu korrigieren.

3. Gesellschaft ohne Registerpublizität, insbesondere GbR und Auslandsgesellschaft

Die größte Herausforderung besteht in denjenigen Fällen, bei denen das Schicksal einer als Gesellschafter einer GmbH eingetragenen Gesellschaft nicht in einem Register nachvollzogen werden kann – in Deutschland ist dies insbesondere bei der GbR der Fall, hinzu treten die Fälle von Auslandsgesellschaften ohne Registerpublizität. Solange der bisherige Gesellschafter in der Liste der Gesellschafter eingetragen ist, darf (und muss) die Ladung an ihn gerichtet werden, § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Kommt die Post dort nicht an, so ist dies für sich genommen zunächst unschädlich. Wie bei allen Gesellschaftern dürfen auch bei GbR oder Auslandsgesellschaften, die als GmbH-Gesellschafter in der Gesellschafterliste geführt werden, Ladungsschreiben an die zuletzt bekannt gegebene Anschrift gerichtet werden. Versäumt es der Gesellschafter, eine Anschriftenänderung mitzuteilen, geht dies zu seinen Lasten – ein Ladungsmangel liegt nicht vor.¹² Wenn daher ein früheres Ladungsschreiben mit dem Vermerk „unbekannt“ zurückgekommen ist, hindert dies die Gesellschaft nicht daran, auch weiterhin Ladungsschreiben an diese Anschrift zu richten. Denn sie darf – wenn keine weiteren Anhaltspunkte bestehen – davon ausgehen, dass es lediglich versäumt wurde, ihr die aktualisierte Anschrift mitzuteilen.

Erlangt aber die Gesellschaft Kenntnis davon, dass ein Gesellschafter in Form einer GbR oder einer Auslandsgesellschaft ohne Registerpublizität nicht mehr existiert, sieht sie sich einem nahezu unlösbaren Problem ausgesetzt. Sie muss nämlich in diesem Fall ermitteln, wer Rechtsnachfolger der nicht mehr existenten Gesellschaft ist. Für die GbR lässt sich dies in der Theorie durchaus ermitteln, scheidet praktisch aber häufig an der fehlenden Registerpublizität. Bei ausländischen Gesellschaften tritt das Problem hinzu, dass die ausländische Rechtsordnung möglicherweise das Schicksal von zum Vermögen einer untergegangenen Gesellschaft zählenden GmbH-Beteiligungen gar nicht regelt und der Geschäftsanteil quasi „herrenlos“ wird. Die Idee, den Geschäftsanteil in diesem Fall als eigenen Anteil der Gesellschaft zu behandeln,¹³ konnte bislang gerichtlich noch nicht überprüft werden. Als einziger Ausweg kommt in all diesen Fällen nur noch die Lösung in Betracht, vergleichbar mit dem Fall unbekannter Erben eines verstorbenen Gesellschafters „die unbekanntem Rechtsnachfolger der XY-Gesellschafter“ in die Liste der Gesellschafter aufzunehmen und nach § 1913 S. 1 BGB Pfligerschaft für unbekanntete Beteiligte zu beantragen, um dem Pflieger das Ladungsschreiben zukommen zu lassen.

¹¹ BGH, Beschl. v. 24.2.2015 – II ZB 17/14, DNotZ 2015, 456.

¹² OLG Düsseldorf, Urt. v. 9.11.1989 – 6 U 21/89, NJW-RR 1990, 806; LG Dortmund, Urt. v. 5.11.1997 – 10 O 574/97, NZG 1998, 390, 391.

¹³ Lange, NJW 2016, 1852, 1854.

V. Sonderproblem: verstorbener Gesellschafter-Geschäftsführer

Bei den meisten GmbH ist kein Fremdgeschäftsführer bestellt, sondern ein oder mehrere Gesellschafter-Geschäftsführer. Handelt es sich bei einem Gesellschafter-Geschäftsführer um den einzigen Geschäftsführer einer GmbH – ein Fall, der in der Praxis durchaus häufig vorkommt – und verstirbt dieser, so entstehen für geplante Gesellschafterversammlungen auf zwei Ebenen Probleme: Zum einen fehlt ein **Organ**, das die Gesellschafterversammlung **einberufen** und eine etwa **fehlerhafte Gesellschafterliste korrigieren** könnte, zum anderen erweist sich die **Gesellschafterliste** als **unrichtig** und man wird schwerlich die These vertreten können, die Gesellschaft dürfe in diesem Fall so vorgehen, als sei ihr diese Unrichtigkeit nicht bekannt.

Über das Problem, dass kein Organ existiert, an das ein Einberufungsverlangen gerichtet werden könnte, käme man noch hinweg, gestattet doch § 50 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GmbHG gerade in diesen Fällen den Gesellschaftern, die mit mindestens 10 % am Stammkapital beteiligt sind, die Selbstvornahme. Das Selbstvornahmerecht nützt den Gesellschaftern allerdings wenig, da in der Liste der Gesellschafter eine nicht mehr existente Person als Gesellschafter ausgewiesen ist und zur Korrektur der Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 1 GmbHG eben nur Geschäftsführer befugt sind. Eine Ersatzzuständigkeit von Gesellschaftern gibt es hier nicht.

Zu der Bestellung eines neuen Geschäftsführers, der die erforderliche Korrektur der Gesellschafterliste vornehmen könnte, wäre eine Gesellschafterversammlung erforderlich. Eine solche könnte zwar auch ohne Vorhandensein eines Geschäftsführers einberufen werden (§ 50 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GmbHG); sie könnte aber keine wirksamen Beschlüsse fassen, weil eben nicht alle Gesellschafter geladen worden sind.

Dieses Problem lässt sich wohl nur durch Bestellung eines **Notgeschäftsführers** analog § 29 BGB lösen.

FORMULIERUNGSVORSCHLAG

Begründung eines Antrages auf Anordnung der Notgeschäftsführung:

Die Voraussetzungen für die Anordnung der Notgeschäftsführung sind erfüllt. Ein Geschäftsführer fehlt, weil der einzige im Handelsregister eingetragene Geschäftsführer verstorben ist, wie sich aus der als Anlage überreichten Sterbeurkunde ergibt. Eine Neubestellung durch Gesellschafterbeschluss ist nicht möglich, weil

hierzu zunächst eine neue Gesellschafterliste beim Handelsregister eingereicht werden müsste, was wiederum die Existenz eines Geschäftsführers voraussetzt. Ein Ersatz für den fehlenden Geschäftsführer ist auch erforderlich, weil überhaupt kein Geschäftsführer vorhanden ist. Schließlich liegt auch die analog § 29 BGB zu verlangende Dringlichkeit vor, weil die Gesellschaft auf Geschäftsführungsebene ebenso wie ihre Gesellschafterversammlung ohne die Notgeschäftsführerbestellung dauerhaft handlungsunfähig ist.

Zuständig ist das Amtsgericht des Gesellschaftssitzes,¹⁴ das auf Antrag tätig wird. Die Voraussetzungen für die Notbestellung sind glaubhaft zu machen (§ 31 FamFG). Antragsberechtigt ist jeder Gesellschafter.¹⁵ Das Amtsgericht wird hierbei die Geschäftsführungsbefugnis (also nicht die Vertretungsmacht nach außen) ausdrücklich auf den Bereich derjenigen Handlungen und Rechtsgeschäfte beschränken, deren Wahrnehmung im Interesse des Antragstellers unumgänglich ist;¹⁶ dies wird im vorliegenden Fall die Einreichung einer neuen Liste der Gesellschafter sein, welche die unbekanntenen Erben des E als neuen Gesellschafter anstelle des bisherigen Gesellschafter E ausweist.

Ist sodann der Notgeschäftsführer bestellt und hat er entsprechend seiner Aufgabe die neue Liste der Gesellschafter beim Handelsregister eingereicht, endet das Amt des Notgeschäftsführers. Nun können Gesellschafter, welche die Voraussetzungen des § 50 Abs. 1 GmbHG erfüllen (Beteiligung von mindestens 10 % des Stammkapitals) ihr Selbsthilferecht nach § 50 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 GmbHG ausüben und zu einer Gesellschafterversammlung einladen, wobei zweckmäßigerweise neben der Neufassung der Satzung auch die Bestellung eines neuen Geschäftsführers als Beschlussgegenstände anzukündigen wären.



Dr. Frank-Holger Lange

ist Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht sowie für Bank- und Kapitalmarktrecht. Er ist Notar in Hannover und Partner der Kanzlei HEINZE LANGE v. SEN- DEN.

E-Mail: f-h.lange@hlvs.de

¹⁴ Michalski/Tebben, GmbHG, § 6 Rn 78.

¹⁵ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, vor § 35 Rn 18.

¹⁶ Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, GmbHG, vor § 35 Rn 21 m. w. N.

Peter Becker, Wolf-A. Wegener

Das Europäische Nachlasszeugnis im elektronischen Rechtsverkehr in Grundbuchsachen

Soweit der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen eröffnet ist, genügt zum Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt gemäß der §§ 35, 137 GBO die Übermittlung einer gemäß § 39a BeurkG elektronisch beglaubigten Abschrift der – noch gemäß Art. 70 Abs. 3 EuErbVO gültigen – beglaubigten Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses.

I. Problemstellung

Der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen ist noch nicht in allen Bundesländern Realität,¹ anders z. B. in Baden-Württemberg. Dort stellen sich bereits heute in der täglichen Notariatspraxis Rechtsfragen aus dem Bereich des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen.² Eine dieser Fragen findet ihren rechtlichen Anknüpfungspunkt in § 35 Abs. 1 GBO. Danach kann der Nachweis der Erbfolge im Grundsatz „... nur durch einen Erbschein oder ein Europäisches Nachlasszeugnis geführt werden“ (§ 35 Abs. 1 S. 1 GBO).³ Rechtsprechung und herrschende Meinung verlangen hierbei im herkömmlichen Grundbuchverkehr die Vorlage des Erbscheins „in Urschrift oder Ausfertigung“.⁴ Da bleibt die Frage, inwieweit diese Grundsätze nach Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen fortgelten und insbesondere auch für das Europäische Nachlasszeugnis Geltung beanspruchen.

II. Lösungsvorschlag

1. Die Form vorzulegender Dokumente im elektronischen Rechtsverkehr, insbesondere des Erbscheins

Die Form der im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen einzureichenden Dokumente regelt § 137 GBO. Erklärtes Ziel des Gesetzgebers war es dabei, die Regelung des § 29 GBO „wirkungsgleich auf den elektronischen Rechtsverkehr“ in Grundbuchsachen zu übertragen.⁵ Danach stellt es keine Selbstverständlichkeit dar, auch bei Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen die Vorlage des Erbscheins in Urschrift oder Ausfertigung – und somit nach wie vor in Papierform⁶ – zu verlangen.

Gemäß § 137 Abs. 1 S. 1 GBO genügt die Übermittlung „als ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a des Beurkundungsgesetzes versehenes elektronisches Dokument“, soweit „eine zur Eintragung erforderliche Erklärung oder eine andere Voraussetzung der Eintragung durch eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen“ ist. Zwar bleibt nach § 137 Abs. 1 S. 3 GBO ein „etwaiges Erfordernis, dem Grundbuchamt den Besitz der Urschrift oder einer Ausfertigung einer Urkunde nachzuweisen“ unberührt. Zur Entfaltung der Gutgläubensschutzwirkungen der §§ 2365, 2366 BGB erforderlich, aber auch ausreichend ist jedoch die bloße Existenz der Urschrift oder die Ausfertigung eines (weder wirksam eingezogenen noch für kraftlos erklärten) Erbscheins.⁷ Auf den „Besitz“ kommt es gerade nicht an.⁸ Zudem erfolgt auch durch die Vorlage der papiernen Urschrift bzw. einer papiernen Ausfertigung kein vollkommen verlässlicher Nachweis der Rechtsnachfolge. Insbesondere kann der Erbschein unrichtig sein, er kann ohne Kenntnisnahme durch das Grundbuchamt für kraftlos erklärt worden sein (§ 353 FamFG) oder die Gutgläubenswirkungen der §§ 2365, 2366 BGB können durch einander widersprechende Erbscheine⁹ eingeschränkt oder aufgehoben sein. Der BGH hat seinerzeit zum papiergeführten Grundbuchverfahren ohne nähere Begründung unter Verweis auf zustimmende Literaturstimmen schlicht geäußert, dass „eine lediglich beglaubigte Abschrift des Erbscheins [...] im Hinblick auf die gegenüber § 29 GBO speziellere Vorschrift des § 35 GBO auch in einem Fall der Grundbuchberichtigung nicht ausreichend“ sei.¹⁰ Dieser Linie – § 35 GBO als *lex specialis* gegenüber § 29 GBO anzusehen – folgend läge es nahe, § 137 GBO als *lex specialis* für die Form elektronischer Dokumente in Grundbuchsachen gegenüber § 35 GBO einzuordnen.

Die herrschende Meinung in der Literatur verlangt hingegen auch bei Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen nach wie vor die Vorlage des Erbscheins in (Papier-)Urschrift oder in papierner Ausfertigung.¹¹ Auch wenn sich Vertreter dieser herrschenden Meinung auf Äußerungen des Gesetzgebers zu § 137 Abs. 1 S. 3 GBO stützen¹² und auch wenn der Gesetzgeber einen durch § 137 Abs. 1 S. 3 GBO verursachten „Medienbruch“¹³ in Kauf genommen hat, muss das Grundbuchamt bereits de lege lata nicht auf der Vorlage der (Papier-)Urschrift oder einer papiernen Ausfertigung bestehen, sondern kann eine – bei Eröffnung des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen: elektronisch – beglaubigte Abschrift ausreichen lassen.¹⁴ So hat der Gesetzgeber derselben Legislaturperiode zur Neufassung des § 12 HGB im Rahmen des EHUG in der

¹ Eine Übersicht hierzu findet sich unter http://www.elrv.info/de/elektronischer-rechtsverkehr/rechtsgrundlagen/EIRv_Uebersicht_BL.html (letzter Zugriff: 14.10.2016).

² Hierzu etwa Becker, BWNotZ 2016 (im Erscheinen).

³ Die durch § 35 Abs. 1 S. 2 GBO eröffnete Möglichkeit des Nachweises der Erbfolge durch Vorlage je einer beglaubigten Abschrift einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen nebst Niederschrift über deren Eröffnung soll für den vorliegenden Beitrag außer Betracht bleiben.

⁴ BGH, Beschl. v. 20.5.1981 – V ZB 25/79; Hügel/Wilsch, BeckOK-GBO (Stand: 1.6.2016), § 35, Rn 57; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn 782.

⁵ BT-Drucks 16/12319, S. 29.

⁶ Die Herstellung einer elektronischen Ausfertigung ist de lege lata nicht möglich, vgl. Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2. Aufl. 2015, § 39a, Rn 4; Hügel/Wilsch, BeckOK-GBO (Stand: 1.6.2016), § 137, Rn 6; Stellungnahme des Deutschen Notarvereins e. V. vom 29.2.2012 zum Diskussionsentwurf einer Bundesratsinitiative für ein Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs in der Justiz (abrufbar unter <http://www.dnotv.de/dokumente/stellungnahmen/2012>).

⁷ Vgl. nur MüKo-BGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2366, Rn 5 ff.

⁸ So z. B. auch BeckOK-BGB/Siegmann/Höger, § 2366 BGB, Rn 12, Edition: 40, Stand: 1.5.2016 unter Verweis auf BGH WM 1971, 54; BGHZ 33, 314, 317 = NJW 1961, 605, 606.

⁹ Hierzu vgl. MüKo-BGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2366, Rn 6.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 20.5.1981 – V ZB 25/79.

¹¹ Böhringer, NotBZ 2016, 281 ff., 289; KEHE/Piils, GBR, 7. Aufl. 2015, Rn 8; Hügel/Wilsch, BeckOK-GBO (Stand: 1.6.2016), § 137, Rn 6.

¹² So etwa Böhringer, Form einzureichender Unterlagen beim Grundbuchamt, NotBZ 2016, 281 ff., 289, Fn 83; BT-Drucks 16/12319, S. 30.

¹³ Hügel/Wilsch, GBO, 3. Aufl. 2016, § 137 GBO, Rn 6 a. E.

¹⁴ Vgl. BT-Drucks 16/12319, S. 30: „Soweit das Grundbuchamt hier die Vorlage einer Ausfertigung verlangt [...]“.

Gesetzesbegründung ausdrücklich geäußert, dass „grundsätzlich die Übermittlung eines beglaubigten elektronischen Dokuments, das zur Abbildung des Erbscheins hergestellt worden ist, ausreichen“ sollte, „sofern der Beglaubigungsvermerk zeitnah zur anschließenden Übermittlung zum Handelsregister erstellt wurde.“¹⁵ Gründe, diese Erwägungen nicht auch in Grundbuchsachen anzuwenden, sind nicht ersichtlich. Zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen und den mit seiner Eröffnung verfolgten Zielen¹⁶ erscheint es höchst wünschenswert, dass die Grundbuchämter ihre bereits heute bestehenden Möglichkeiten nutzen würden.

2. Das Europäische Nachlasszeugnis im elektronischen Rechtsverkehr in Grundbuchsachen

Stellungnahmen dazu, inwieweit die vorstehend für den Erbschein skizzierten Grundsätze im elektronischen Rechtsverkehr in Grundbuchsachen auch für das Europäische Nachlasszeugnis zur Anwendung gelangen, insbesondere zur Anwendung des § 137 Abs. 1 S. 3 GBO auf das Europäische Nachlasszeugnis, finden sich bislang – soweit ersichtlich – nicht.¹⁷ Wenn *Böhringer* davon spricht, dass es auch beim Nachweis der Erbfolge durch ein Europäisches Nachlasszeugnis „im elektronischen Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt zu einem Medienbruch“ komme und als „Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt [...] allein eine von der Ausstellungsbehörde ausgestellte, auf sechs Monate begrenzt gültige beglaubigte Abschrift“ anzusehen sei, während „eine von einem Notar beglaubigte Abschrift der beglaubigten Abschrift des ENZ [...] nicht ausreichend“¹⁸ sei, kann man immerhin davon ausgehen, dass er die Vorlage einer durch die Ausstellungsbehörde selbst ausgestellten beglaubigten Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses in Papierform verlangt.

Für die hier interessierende Fragestellung muss man sich zunächst bewusst machen, dass es eine „Ausfertigung“ des Europäischen Nachlasszeugnisses nicht gibt. Die EuErbVO kennt nur die „Urschrift“ des Zeugnisses, welche die Ausstellungsbehörde aufbewahrt (Art. 70 Abs. 1 HS 1 EuErbVO) sowie eine „beglaubigte Abschrift“ hiervon. Überwiegend wird diese beglaubigte Abschrift jedoch der Ausfertigung i. S. d. deutschen Rechts – als Ersatz der Urschrift im Rechtsverkehr – gleichgestellt, da sie dieser funktionell entspreche.¹⁹ Lehnt man bereits diese funktionelle Vergleichbarkeit ab, ist § 137 Abs. 1 S. 3 GBO auf die beglaubigte Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses von vornherein nicht, jedenfalls nicht direkt anwendbar. Sieht man die funktionelle Vergleichbarkeit als gegeben an, so stellt sich die Frage, ob dem Grundbuchamt der Besitz der beglaubigten Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses nachzuweisen ist. Beim Erbschein ist dies im (elektronischen) Grundbuchverkehr – wie oben dargestellt – nach noch überwiegender Auffassung der Fall, weil dieser unrichtig sein und deshalb die erteilte Ausfertigung nach § 2361 BGB

a. F., § 353 FamFG n. F. eingezogen worden sein könnte (s. o.).²⁰ Der Einziehung unterliegen aber nur Ausfertigungen, nicht beglaubigte Abschriften des Erbscheins.²¹ Auch das Europäische Nachlasszeugnis kann unrichtig sein (Art. 71 Abs. 2, 3 EuErbVO). Anders als für den Erbschein und entgegen dem Kommissionsvorschlag (Art. 43 Abs. 3 lit. c EuErbVO-E) gibt es jedoch kein gesetzlich vorgesehenes Einziehungsverfahren,²² auch wenn an verschiedenen Stellen versucht wird, dieses in Anlehnung an § 2361 BGB a. F., § 353 FamFG n. F. (analog) oder die richterliche Rechtsfortbildung zu begründen.²³ Der Verordnungsgeber sieht vielmehr lediglich die Änderung bzw. den Widerruf des Zeugnisses nach Art. 71 Abs. 2 EuErbVO (i. V. m. § 38 IntErbRVG) sowie die (vorläufige) Aussetzung der Wirkungen des Zeugnisses (Art. 69 EuErbVO) nach Art. 73 EuErbVO vor. Alle Personen, denen beglaubigte Abschriften des Zeugnisses gemäß Art. 70 Abs. 1 ausgestellt wurden, werden hiervon zwar unterrichtet (Art. 71 Abs. 3, 73 Abs. 2 EuErbVO). Insbesondere wenn man davon ausgeht, dass bereits mit dem Wirksamwerden der Entscheidung²⁴ über die Änderung oder den Widerruf des ENZ (Art. 71 Abs. 2 EuErbVO) und/oder eine Wirkungsaussetzung (Art. 73 EuErbVO) jegliche Gutglaubenswirkungen nach Art. 69 EuErbVO des ENZ – einschließlich der von ihm erteilten beglaubigten Abschriften, auch wenn deren Ablaufdatum noch nicht erreicht ist – entfallen,²⁵ muss man jedoch zu dem Schluss gelangen, dass der Rechtsverkehr in seinem Vertrauen auf die Richtigkeit einer Erbfolge, die in einer vorgelegten beglaubigten Abschrift eines ENZ ausgewiesen ist, deren Ablaufdatum noch nicht erreicht ist, deutlich weniger geschützt ist, als im Vertrauen auf die Richtigkeit einer Erbfolge, die in einer vorgelegten Erbscheinsausfertigung ausgewiesen ist.²⁶ Aus Sicht des Grundbuchamts wird diese Situation noch dadurch verschärft, dass es als Behörde nicht als „Person“ anzusehen sein dürfte, der gemäß Art. 70 EuErbVO eine beglaubigte Abschrift des ENZ ausgestellt werden könnte. Die EuErbVO unterscheidet terminologisch an zahlreichen Stellen zwischen „Behörden“, „Gerichten“ und „Personen“.²⁷ Die „Personen“, denen ein ENZ auszustellen ist, sind durch Art. 65 Abs. 1, 63 Abs. 1 EuErbVO definiert, wobei dort keine Behörde genannt ist, und auch zur Erteilung einer beglaubigten Abschrift des ENZ an „Personen“ mit berechtigtem Interesse nach Art. 70 Abs. 1 EuErbVO wird – soweit ersichtlich – nicht vertreten, dass das Grundbuchamt als eine solche „Person“ in Betracht komme.²⁸ In der Folge kann das Grundbuchamt auch nicht Adressat einer Unterrichtung über eine erfolgte Änderung, einen Widerruf oder eine Wirkungsaussetzung gemäß der Art. 71 Abs. 3, 73 Abs. 2 EuErbVO sein. Für dieses Ergebnis spricht insbesondere auch Erwägungsgrund Nr. 72, S. 5 der EuErbVO, wonach die Unterrichtung der „Personen [...], denen

¹⁵ BT-Drucks 16/960, S. 45.

¹⁶ Vgl. BT-Drucks 16/12319, S. 1 und 16, u. a.: „medienbruchfreie elektronische Vorgangsbearbeitung“; „effizientere Verfahrensabläufe“; „unwirtschaftliche Medienbrüche sollen vermieden und elektronisch übermittelte Daten möglichst ohne erneute Aufbereitung durch den Empfänger weiterverarbeitet werden können“; „perspektivisches Ziel ist es, die herkömmliche papiergebundene Kommunikation in diesem Bereich vollständig durch den elektronischen Rechtsverkehr zu ersetzen“.

¹⁷ Z. B. Bauer/v. Oefele/Waldner, 3. Aufl. 2013, § 137 GBO, Rn 4; Hügel/Wilsch, GBO, 3. Aufl. 2016, § 137 GBO, Rn 6.

¹⁸ *Böhringer*, NotBZ 2016, 281, 290; *ders.*, NotBZ 2015, 281, 286 f.

¹⁹ So z. B. Rauscher/Hertel, EuZPR/EuIPR, 4. Aufl. 2016, Art. 70 EuErbVO, Rn 1 a. E.; auch *Böhringer*, NotBZ 2015, 281, 286; unklar: *Wilsch*, ZEV 2012, 530, 531 f.

²⁰ A. A. Bauer/v. Oefele/Waldner, GBO, 3. Aufl. 2013, § 137 GBO, Rn 4 (elektronisch beglaubigte Abschrift des Erbscheins genügt).

²¹ Vgl. *Böhringer*, NotBZ 2015, 281, 287 m. w. N.

²² *Böhringer*, NotBZ 2015, 281, 283; *Rauscher/Hertel*, EuZPR/EuIPR, 4. Aufl. 2016, Art. 71 EuErbVO, Rn 7 spricht deshalb davon, dass die Ausstellungsbehörde die Rückgabe „erbitten“ sollte; *Volmer*, *notar* 2016, 323, 331.

²³ Hierzu MüKo-BGB/Dutta, Bd. 10, 6. Aufl. 2015, Art. 71 EuErbVO, Rn 7 m. w. N.

²⁴ Die Entscheidung erfolgt durch Beschluss, § 39 Abs. 1 S. 3 IntErbRVG.

²⁵ Vgl. etwa jurisPK-BGB/Kleinschmidt, Art. 69 EuErbVO, Rn 21 ff. und Art. 73 EuErbVO, Rn 7; *Volmer*, *notar* 2016, 323, 331 m. w. N.

²⁶ Vgl. auch jurisPK-BGB/Kleinschmidt, Art. 69 EuErbVO, Rn 24.

²⁷ Vgl. etwa Erwägungsgrund Nr. 69 EuErbVO oder auch Art. 3 Abs. 2 EuErbVO.

²⁸ MüKo-BGB/Dutta, Bd. 10, 6. Aufl., 2015, Art. 70 EuErbVO, Rn 3; jurisPK-BGB/Kleinschmidt, Art. 70 EuErbVO, Rn 4.

beglaubigte Abschriften ausgestellt wurden“ dazu dient, „eine missbräuchliche Verwendung dieser Abschriften zu vermeiden.“ Das Regelungsmodell der EuErbVO geht somit dahin, den Verwender des Europäischen Nachlasszeugnisses von einer Berichtigung, einer Änderung oder einem Widerruf in Kenntnis zu setzen und damit bei dennoch erfolgreicher Verwendung vorsätzlich handeln zu lassen.²⁹ Das Regelungsmodell sieht hingegen keine Unterrichtung Dritter vor, gegenüber denen das Zeugnis verwendet werden könnte. Die Verwendung einer beglaubigten Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses erfolgt nicht durch das Grundbuchamt, sondern gegenüber dem Grundbuchamt durch Vorlage bei diesem, weshalb die Erteilung einer beglaubigten Abschrift an das Grundbuchamt als „Person“ i. S. d. Art. 70 Abs. 1 EuErbVO ausscheidet. Das Grundbuchamt kommt also noch nicht einmal in den Genuss der gegenüber dem Einziehungsverfahren beim Erbschein reduzierten Schutzmechanismen der EuErbVO. Der Rechtsverkehr und insbesondere das Grundbuchamt sind damit beim Europäischen Nachlasszeugnis – auch bei Vorlage in beglaubigter Abschrift in Papierform – weniger davor geschützt, dass die vorgelegte Urkunde kein wirksames Nachlasszeugnis mehr wiedergibt. Dann sollte man aber auch zur Vermeidung eines weiteren Medienbruchs, zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs in Grundbuchsachen sowie zur Angleichung an die Verhältnisse mit dem elektronischen Handelsregister die (elektronisch) beglaubigte Abschrift der beglaubigten Abschrift des Europäischen Nachlasszeugnisses genügen lassen.³⁰ Nicht zuletzt war die Ermöglichung der „Nutzung moderner Kommunikationstechniken“ auch ein erklärtes Ziel der EuErbVO selbst.³¹

III. Kurzübersicht zu den Anwendungsfällen von § 137 Abs. 1 S. 3 GBO

Eine abschließende (Kurz-)Übersicht zu den Anwendungsfällen des § 137 Abs. 1 S. 3 GBO mag in der Praxis als Arbeitshilfe dienen:

Rechtsgrundlage	Dokumentenart
§ 137 Abs. 1 S. 3 GBO	Erbschein (h. L.)
	Testamentsvollstreckerzeugnis (h. L.)
	Fortsetzungszeugnis (h. L.) (§ 1507 BGB)
	Europäisches Nachlasszeugnis (str.)
	Zeugnisse, die bei Erlöschen einer Stiftung oder Auflösung eines Vereins erteilt werden. ³²



Dr. Peter Becker

ist Notar in Tauberbischofsheim.
E-Mail: peter.becker@nottauberbischofsheim.justiz.bwl.de



Wolf-A. Wegener

ist Notar in Karlsruhe und Mitglied des
Vorstands des Deutschen Notarvereins.
E-Mail: wegener@notarwegener.de

²⁹ So auch jurisPK-BGB/Kleinschmidt, Art. 71 EuErbVO, Rn 13.

³⁰ A. A. für den klassischen Grundbuchverkehr Böhringer, NotBZ 2015, 281, 287; (wohl auch) Lange, DNotZ 2016, 103, 112.

³¹ Erwägungsgrund Nr. 76 der EuErbVO.

³² So Bauer/v. Oefele/Wilsch, GBO, 3. Aufl. 2016, § 137 GBO, Rn 6.

Vladimir Primaczenko

Fußballeuropameisterschaft der Notare 2016

Die deutsche Notarnationalmannschaft nahm an der alljährlichen Fußballeuropameisterschaft der Notare teil. Der Gastgeber krönte seine starke Leistung mit dem Titel des Europameisters.

In diesem Jahr fand die Fußballeuropameisterschaft der „Nur-Notare“ im französischen Lyon statt.¹ Dabei war die Mannschaft der französischen Notare auf dem Spielfeld im internationalen Vergleich eine Klasse für sich. Der Gastgeber leistete sich im Verlauf des Turniers lediglich ein Unentschieden und gewann den Titel des Europameisters souverän mit lediglich zwei Gegentoren, wovon eines durch den deutschen Spieler *Christoph Harryers* erzielt wurde.

Die deutsche Mannschaft nahm wie gewohnt am alljährlichen Turnier, das auf dem Trainingsgelände des französischen Erstligavereins *Olympique Lyon* unter erstklassigen Bedingungen und bei perfektem Wetter ausgetragen wurde, teil und durfte gleich in ihrem Auftaktspiel gegen „*Les Bleus*“ antreten. Gegen den späteren Europameister musste sich die Mannschaft trotz guter Leistung leider mit einer schmerzhaften 1:4-Niederlage geschlagen geben. Jedoch blieb dieses Spiel das einzige, das aus deutscher Sicht so deutlich ausfiel. In sämtlichen verbleibenden Partien konnte sich das Team der deutschen Notare steigern und erkämpfte sich durch eine engagierte Leistung schließlich verdient sechs Punkte. So gelang es der Mannschaft gleich im zweiten Spiel einen Sieg (2:1) gegen die starke Mannschaft aus Polen einzufahren, die als einzige Mannschaft dem Europameister ein Unentschieden abtrotzen konnte. Die Spiele gegen den Vorjahressieger Spanien und den diesjährigen Vizeeuropameister Ita-

lien verlor die deutsche Mannschaft – jeweils mit 0:1 – sehr knapp und hätte in diesen Begegnungen zumindest ein Unentschieden verdient. Die restlichen Spiele gegen Tschechien, Österreich und Belgien endeten jeweils mit einem Unentschieden, wobei ein Sieg in jedem dieser Spiele für das deutsche Team nicht unverdient gewesen wäre.



Die deutsche Mannschaft im Spiel gegen Italien.

Im Ergebnis belegte die Mannschaft der deutschen Notare – wie bei der Europameisterschaft 2015 im belgischen Lüttich – erneut den sechsten Platz, was insgesamt jedoch als eine positive Entwicklung im Vergleich zu den vorangegangenen Jahren bewertet werden kann. Die Leistungen der einzelnen Teams waren im diesjährigen Wettbewerb sehr ausgeglichen, so dass die Mannschaften auf den Plätzen vier bis acht punktemäßig sehr nah beieinander lagen. Hätte das deutsche Team wenigstens eine der zahlreichen Großchancen im letzten Spiel gegen Belgien, das mit einem torlosen Unentschieden endete, genutzt, hätte dies im Gesamtklassement zum vierten Platz geführt. Auch der letzte Platz unserer Nachbarn aus Österreich, die sich bei der letzten Europameisterschaft in Belgien noch als Vizemeister feiern ließen, sowie der fünfte Platz des bisherigen Europameisters Spanien zeigen, wie schwer es ist, bei diesem Sportevent um die vorderen Plätze zu spielen.

Zwar konnte die deutsche Mannschaft ihr Ziel, im Vergleich zum letzten Jahr



Die deutsche Mannschaft engagiert sich tatkräftig.

mindestens einen Tabellenplatz gutzumachen, nicht erreichen. Jedoch hat sie sich fußballerisch weiterentwickelt. Das Team konnte in diesem Jahr seinen in den vergangenen Jahren eingeleiteten Verjüngungsprozess fortsetzen und diesmal gleich drei neue Notarassessoren aus der Rheinischen Notarkammer in seinen Reihen begrüßen. Sämtliche Torschützen des deutschen Teams kamen in diesem Jahr aus dem Kreis der Notarassessoren. Im Hinblick auf die kommende Meisterschaft in Wien vom 25. bis zum 28.5.2017 gilt es nunmehr, den positiven Trend aus den letzten beiden Jahren fortzusetzen und eine bessere Platzierung zu erreichen.



Fans dürfen natürlich auch bei der Notarfußball-EM nicht fehlen.

¹ Der Autor hat bereits in BNotK Intern 2/2016 über die Notar-Fußballeuropameisterschaft berichtet.

Abschließend bleibt zu erwähnen, dass die Europameisterschaft der Notare in Lyon in diesem Jahr unter einem besonderen Stern stand: Nur wenige Wochen später wurde in Frankreich auch die „richtige“ Fußball Europameisterschaft ausgetragen. Interessanterweise waren alle teilnehmenden Nationen der Notareuropameisterschaft auch bei der UEFA-Fußball-Europameisterschaft 2016 repräsentiert. Einige Spiele der EM 2016 haben dabei ebenfalls in Lyon stattgefunden. Das EM-Stadion in Lyon (*Parc Olympique Lyonnais*), das erst im Januar dieses Jahres eingeweiht wurde und mit fast 60.000

Zuschauerplätzen das drittgrößte Stadion Frankreichs ist, durften die Teilnehmer der Notareuropameisterschaft im Rahmen einer gemütlichen Abendveranstaltung gemeinsam besichtigen. Auch im Übrigen konnten die französischen Gastgeber abseits des Spielfeldes glänzen und ein interessantes Rahmenprogramm mit einer Stadtführung durch die historische Altstadt Lyons bieten. Abgerundet wurde die in jeder Hinsicht gelungene Veranstaltung mit einem Galaabend, in dessen Rahmen die Pokalübergabe stattfand.

Die deutsche Notarfußballmannschaft sucht ständig Verstärkung und freut sich über neue Mitspieler, insbesondere aktive und ehemalige Vereinsspieler. Interessenten melden sich bitte bei:

Notar *Thomas Grauel* (organisatorische Leitung), Wolfratshausen, Tel.: 08171/4195-0, E-Mail: notar@thomas-grauel.de;

Notarassessor *Jan Mohr* (sportliche Leitung), Haßloch, Tel.: 06324/9211-0, E-Mail: notarassessor@notariat-hassloch.de

Notarassessor *Dr. Vladimir Primaczenko*, Berlin

Impressum

notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

Herausgeber

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln
Prof. Dr. Rainer Schröder †, Berlin
Notar Dr. Oliver Vossius, München
Richter am BGH a.D. Roland Wendt, Karlsruhe

Schriftleiter

Notarassessor Dr. Sven Schindler, Berlin
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

Redaktion

Carola Vonhof-Stolz

Bildnachweis

Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe), Humboldt-Universität zu Berlin (S. 39), Bayerisches Staatsministerium der Justiz (S. 39), @arno (S. 39)

Fachredakteure

Handelsregister
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bauträgerrecht
Notarassessor Christian Scheibengruber, München

Gesellschaftsrecht
Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden

Wohnungseigentum
Notarin Dr. Ingrid Naumann, LL.M. (Harvard), Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht
Notar Dr. Tobias Genske, Erfurt

Erbrecht
Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

Grundbuch
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan), München

Immobilienzuwendung
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht
Notar Dr. Wolfgang Reetz, Köln

Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: schriftleitungnotar@notarverlag.de

Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

Erscheinungsweise

Monatlich

Anzeigenverwaltung

Deutscher Notarverlag GmbH
Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn
Tel. 0 228 - 9 19 11 41
Fax 0 228 - 9 19 11 23
E-Mail: anzeigen@notarverlag.de

Bezugspreis

Jahresabonnement: 134,00 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)
Einzelheft: 13,90 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

Verlag

Deutscher Notarverlag
Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn
Tel. 0 800 - 66 82 78 31
Fax 0 800 - 66 82 78 39
E-Mail: riedel@notarverlag.de

Koordination im Verlag

Jana Riedel

Satz

Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

ISSN

1860-8760

Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.

Christoph Röhl, Andreas Schmitz-Vornmoor, Lutz Milzer

Zu Volmer: Erbschein und ENZ nach der EuErbVO, *notar* 2016, 323

In *notar* 2016, 331 baten wir um Mitteilung erster praktischer Erfahrungen mit dem Europäischen Nachlasszeugnis. Nachstehend lesen Sie zwei kurze Berichte.

In meinem Fall war der Erblasser – ein rumänischer Staatsangehöriger mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland – verstorben und hatte durch Testament seinen Sohn als Alleinerben eingesetzt. In einem zeitlich später errichteten Testament hatte er seiner zweiten Ehefrau (der Stiefmutter des Alleinerben) seinen sämtlichen Grundbesitz in Rumänien vermacht. Um dieses Vermächtnis in Rumänien erfüllen zu können, wurde über mich ein Antrag auf Erlass eines Europäischen Nachlasszeugnisses gestellt. Dies erfolgte im Mai 2016.

Ende August 2016 ging mir ein Schreiben des zuständigen Nachlassgerichts zu, in dem mir Folgendes mitgeteilt wurde:

Zu Ihrem Antrag auf Nachlasszeugnis möchte ich Sie darauf hinweisen, dass dieses europäische Nachlasszeugnis nur 6 Monate Gültigkeit hat, danach wird es nicht mehr anerkannt. Zudem gibt es bereits Erfahrungen mit anderen europäischen Ländern, die trotz des Zeugnisses einen Erbschein verlangen. Mit einem Erbschein und einer Apostille hätten Sie den Vorteil, dass das Verfahren genauso abläuft, aber der Erbschein übersichtlicher ist als das europäische Nachlasszeugnis. Bitte erkundigen Sie sich in den zuständigen Stellen, ob ein Erbschein nicht sinnvoller wäre.

Dieses Schreiben, dessen rechtlicher Gehalt an dieser Stelle nicht näher kommentiert werden soll, hat mich – gelinde gesagt – etwas verwundert und zeigt,

dass sich auch die Nachlassgerichte augenscheinlich noch nicht an den neuen internationalen Erbnachweis „gewöhnt“ haben. Ich habe gleichwohl auf den Erlass eines Europäischen Nachlasszeugnisses bestanden. Am 23.11.2016 ist es dann auch endlich erteilt worden. Einen nationalen Erbschein hätte das Nachlassgericht wohl schon viel früher ausgestellt.

Notar Dr. Christoph Röhl,
Hauzenberg-Wegscheid

In einem internationalen Nachlassfall mit Berührung nach Italien habe ich ebenfalls Erfahrungen mit dem etwas stotternden Start der Europäischen Erbrechtsverordnung gemacht. Die Mandantin suchte nach dem Tod ihrer Mutter (italienische Staatsangehörige mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland, Erbfall nach Inkrafttreten der EuErbVO) das zuständige Nachlassgericht auf. Obwohl sie darauf hinwies, dass sie einen Erbnachweis ausschließlich für den italienischen Grundbesitz der Mutter benötigen werde, wurde ihr vom Nachlassgericht zu einem Erbscheinsantrag geraten. Den hat sie dann beim Gericht gestellt und auch zügig den Erbschein erhalten. Das Nachlassgericht – so die Mandantin – hatte sogar auf die EuErbVO hingewiesen, dafür aber noch keine Muster vorrätig. In Italien wurde die Mandantin sodann gebeten, ein Europäisches Nachlasszeugnis zu beantragen und kam mit diesem Ansinnen dann zu mir. Zur *Ehrenrettung* des Nachlassgerichts sei mitgeteilt, dass mittlerweile wohl Muster vorgehalten werden. Auch wurden bereits über mich beantragte Europäische Nachlasszeugnisse erteilt.

Notar Andreas Schmitz-Vornmoor,
Remscheid

In seinem sehr lesenswerten Beitrag zum Thema *Erbschein und ENZ nach der EuErbVO*¹ wendet sich *Volmer* gegen die nicht nur vom Verfasser dieser Replik vertretene Auffassung, dass allein schon das Vorliegen von Einwänden im Sinne des Art. 67 Abs. 1 Alt. a) EuErbVO nicht nur – was aufgrund des Gesetzestextes weitgehend unstrittig ist – die Erteilung des ENZ durch das Nachlassgericht, sondern im Rechtsmittelverfahren nach Nichterteilung des ENZ auch eine Sachentscheidung des Beschwerdegerichts über diese Einwände ausschließt.²

Volmer stützt die von ihm vertretene Auffassung im Wesentlichen auf zwei Argumente, und zwar

- die im Anschluss an andere Autoren angestellte teleologische Erwägung, dass bei einem Ausschluss einer Sachentscheidung durch das Beschwerdegericht das ENZ-Verfahren zu leicht auszuhebeln sei, und
- den Wertungswiderspruch, der sich ergebe, wenn bei der Beschwerde gegen die **Nichterteilung** eines ENZ eine Sachprüfung durch das Beschwerdegericht nicht stattzufinden habe, die bei einer Beschwerde gegen die **Erteilung** eines ENZ aufgrund Art. 72 Abs. 2 S. 1 EuErbVO ausdrücklich möglich sei.

Beide Argumente halte ich nicht für überzeugend.

¹ *notar* 2016, 323, 326.

² *Milzer*, NJW 2015, 2997 ff.; ebenso: *jurisPK/Kleinschmidt*, Stand: 15.9.2015, Rn 36, der zu Recht eine widersprüchliche Gesetzesformulierung moniert und eine endgültige Klärung erst von einer Entscheidung des EuGH erwartet.

Dem ersten Argument liegt letztlich ein Zirkelschluss zugrunde, da die Sachprüfungskompetenz des Beschwerdegerichts aus dem ja erst noch zu begründenden Postulat hergeleitet wird, dass im eigentlichen ENZ-Verfahren ein Erlass der Entscheidung auch gegen den Widerstand anderer Verfahrensbeteiligter ermöglicht werden soll.

Was den angenommenen Wertungswiderspruch betrifft, ist zunächst anzumerken, dass eine Befugnis des Rechtsmittelgerichts zur eigenen Sachentscheidung auch ohne eine damit verbundene Verpflichtung zur Beweisaufnahme über Einwendungen sinnvoll wäre. Schließlich könnten bereits erhobene Einwendungen in der Beschwerdeinstanz zurückgenommen oder durch Entscheidung im zivilprozessualen Streitverfahren erledigt worden sein.

Dessen ungeachtet ist *Volmer* zuzustimmen, wenn er im Fall der Beschwerde gegen die Erteilung des ENZ eine Befugnis und Verpflichtung des Beschwerdegerichts zu einer vollumfänglichen materiell-rechtlichen Prüfung bejaht. Etwas anderes gibt der Wortlaut des Art. 72 Abs. 2 S. 1 EuErbVO nicht her, der den Erfolg des Rechtsmittels eben nicht von der Unrechtmäßigkeit der erstinstanzlichen Entscheidung, sondern mit der Formulierung, dass der Erbnachweis „nicht den Tatsachen entspricht“ von der Unrichtigkeit des erteilten Erbnachweises abhängig macht.³

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es für die Reichweite der gerichtlichen Überprüfbarkeit eines Sachverhalts einen Unterschied machen kann, ob es darum geht, eine mit Außenwirkung im Rechtsverkehr ausgestattete, potentiell einer Amtshaftung unterliegende Entscheidung erstmals zu erlassen oder aber eine womöglich fehlerhafte Entscheidung wieder „aus dem „Verkehr zu ziehen“. Ohne die in Art. 72 Abs. 2 EuErbVO erwähnten Befugnisse des Beschwerdegerichts wären die Reaktionsmöglichkeiten der Nachlassgerichtsbarkeit im Fall

einer materiellen Unrichtigkeit des erteilten ENZ, etwa wegen eines vom Nachlassgericht übersehenen Testaments, auf die gerade vor diesem Nachlassgericht zu handelnden Rechtsbehelfe des Art. 71 EuErbVO beschränkt.

Demgegenüber ist nicht nur aus fiskalischer Sicht im Sinne sparsamer Verwendung von Justizressourcen, sondern auch vor dem Hintergrund einer Gesamtsystematik des Rechtsmittelsystems nicht nachvollziehbar, warum das OLG als (abgesehen von Staatsschutzsachen gemäß § 120 GVG) reines Rechtsmittelgericht ausgerechnet in Nachlasssachen mit bekanntlich häufig emotional unterfütterten und deshalb vielfach besonders hanebüchenen Sachverhalten als faktisch erste Tatsacheninstanz fungieren soll.

Völlig zu Recht wirft *Volmer* indes die Frage auf, ob wirklich jeglicher erhobene Einwand unabhängig von seiner Qualität eine Sachentscheidung des Nachlassgerichts ausschließen muss. Dabei lässt er offen,⁴ ob und gegebenenfalls nach welchen Kriterien die Gerichtsbarkeit eine Erheblichkeitsschwelle definieren wird. Ein Gegenschluss aus Art. 67 Abs. 1 Alt. b) EuErbVO, nach dem ein Zeugnis nicht zu erteilen sei, wenn es mit einer Entscheidung zu demselben Sachverhalt nicht vereinbar wäre, rechtfertigt es allerdings, solche Einwände als unerheblich zu definieren, über die bereits abschließend in anderem Zusammenhang entschieden worden ist. Zwingend wäre dies, soweit die betreffenden Einwände Gegenstand eines zivilprozessualen Streitverfahrens waren und insoweit von der materiellen Rechtskraft einer Erbenfeststellungsklage erfasst werden.⁵ Einer materiell rechtskräftigen Streitentscheidung bedenkenlos gleichgestellt werden können aber im FamFG-Antragsverfahren ergangene Entscheidungen, soweit diese gemäß § 45 FamFG formell rechtskräftig sind und in Ermangelung einer wesentlichen Änderung der Sach- und Rechtslage gemäß § 48 Abs. 1 FamFG nicht mehr abgeändert werden können.

Übertragen auf das Verfahren auf Erteilung eines ENZ bedeutet dies, dass das ENZ auch dann zu erteilen ist, wenn Einwände zwar erhoben werden, diese aber in einem Erbscheinsverfahren zwischen den gleichen Beteiligten formell rechtskräftig erledigt worden sind.

Für den mit dem Entwurf eines Antrags auf Erteilung eines ENZ befassten Notar oder Rechtsanwalt ergibt sich damit eine Gestaltungsoption, die bei voraussichtlich oder möglicherweise streitigen Sachverhalten sicherstellen kann, dass der Antrag in einem einzigen nachlassgerichtlichen Verfahren erledigt wird. Da jedenfalls seit Inkrafttreten des FamFG auch im Nachlassverfahren die Erhebung von Hilfsanträgen grundsätzlich zulässig ist,⁶ kann der Hauptantrag auf Erteilung des ENZ mit einem Hilfsantrag auf Erteilung eines Erbscheins gleichen Inhalts verbunden werden, der durch die Bezugnahme auf die in Zusammenhang mit der Antragstellung zum ENZ und die dort abgegebene eidesstattliche Versicherung schlank formuliert werden kann. Die Erhebung von Einwänden gegen die Erteilung des ENZ würde dann dazu führen, dass das Nachlassgericht erster Instanz im gleichen Verfahren auf den Hilfsantrag hin die ihm im ENZ-Verfahren versagte Sachverhaltsaufklärung betreiben müsste. Nach Eintritt der formellen Rechtskraft der Entscheidung über den Erbschein und dadurch bewirkter Erledigung der Einwände könnte dann gemäß § 48 Abs. 1 S. 2 FamFG der Antrag auf Erteilung des ENZ wiederholt werden. Eine formelle Rechtskraft der vorherigen Zurückweisung des Hauptantrags auf Erteilung des ENZ stünde einer erneuten Entscheidung nicht entgegen, da die Erledigung der Einwände im Erbscheinsverfahren als nachträgliche wesentliche Änderung der Sach- und Rechtslage im Sinne des § 48 Abs. 1 S. 1 FamFG zu qualifizieren ist.

Notariatsdirektor Lutz Milzer, Mannheim

³ Ein Blick auf fremdsprachliche Fassungen der Verordnung bestätigt diesen Befund: *is not accurate* in der englischsprachigen Fassung bzw. *ne correspond pas à la réalité* in der französischsprachigen Fassung, beide abrufbar unter www.eur-lex.europa.eu.

⁴ *notar* 2016, 325 Fn 32 m. w. N.

⁵ *Milzer*, NJW 2015, 2997, 2999.

⁶ OLG Hamm FGPrax 2012, 23; Bumiller/Harders/Schwamb/Bumiller, FamFG, 11. Aufl., § 352 Rn 7. Auch das OLG Düsseldorf bejaht in einer Entscheidung vom 4.12.2013 (NJW-RR 2014, 395) die grundsätzliche Möglichkeit eines Hilfsantrags und verneint sie lediglich für die konkret anhängige Sachverhaltskonstellation.



nachrichten

Nachrichten

Prof. Dr. Gregor Bachmann neuer Leiter des Instituts für Notarrecht der HU Berlin

Prof. Dr. Gregor Bachmann, der bisher an der Freien Universität Berlin tätig war, vertritt das Handels- und Gesellschaftsrecht an der juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin und übernimmt von dem verstorbenen Fakultätsmitglied Prof. Dr. Rainer Schröder die Leitung des Forschungsinstituts für Notarrecht. *Bachmann* studierte Rechtswissenschaft in Passau (nach Aussagen *Wilhelm von Humboldts* eine der sieben schönsten Städte der Welt) und München. 1993 promovierte er an der Universität Passau zum Strafprozessrecht. Dann folgte ein Master-Studium an der *University of Michigan Law School*, Ann Arbor, USA (1993-1994). Die Referendariatszeit (1994-1996) absolvierte *Bachmann* in Berlin und Washington, D.C. Von 1996 bis 1998 war er als Anwalt in der Kanzlei Hengeler Mueller in Berlin und Frankfurt tätig. 1998 startete er an der HU am Lehrstuhl von Prof. Dr. *Christine Windbichler* eine Universitätskarriere und wurde im Jahr 2004 mit einer Arbeit über private Rechtssetzung habilitiert. Seine erste Professur trat er in demselben Jahr in Trier an. Im Jahr 2009 wurde *Bachmann* an die Freie



Universität Berlin gerufen. Seit dem 1.10.2016 ist *Bachmann* nun an die HU zurückgekehrt, wo er die Nachfolge seiner akademischen Lehrerin übernimmt.

In seiner Vorstellung im Semesterblick schreibt *Bachmann*, „spannend finde ich die Frage, ob Rechtsregeln in der Praxis tatsächlich so gelebt werden, wie wir sie im Hörsaal predigen – und wenn nicht, wer daraus welche Konsequenzen zu ziehen hat. Deshalb freut es mich, ab Oktober auch die Leitung

unseres Notarinstituts mit zu übernehmen, von der ich mir einen wertvollen Austausch mit der Praxis verspreche.“ Der Deutsche Notarverein freut sich sehr auf die Zusammenarbeit mit *Bachmann*.

Verleihung der Justizmedaille des Freistaates Bayern an Notar Dr. Winfried Kössinger

Am 23.11.2016 verlieh Staatsminister Prof. Dr. *Winfried Bausback* im Rahmen einer Feierstunde Notar Dr. *Winfried Kössinger*, Vorsitzender des Bayerischen Notarvereins, die Medaille für Verdienste um die Bayerische Justiz. *Kössinger* erhält die Medaille für sein langjähriges Engagement in der Landesnotarkammer Bayern und im Bayerischen Notarverein. Die Laudatio hielt *Bausback*.



Staatsminister der Justiz Prof. Dr. *Winfried Bausback*, Notar Dr. *Winfried Kössinger*

Dr. Dirk Behrendt, Bündnis 90/Die Grünen, neuer Justizsenator in Berlin

Die Regierungsbildung in Berlin ist vollzogen, die erste rot-rot-grüne Koalition in Deutschland nimmt ihre Arbeit auf. *Michael Müller* wurde am 8.12.2016 zum Regierenden Bürgermeister gewählt, im Anschluss ernannte er die Senatoren.



Neuer Senator für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung ist Dr. *Dirk Behrendt*, Bündnis 90/Die Grünen. *Behrendt* studierte Jura an der FU Berlin und

wurde mit einer Arbeit zum Haushaltsrecht promoviert. Er war schon in den Jahren 1995 bis 1999 Mitglied der Bezirksverordnetenversammlung in Kreuzberg (Vorsitzender des Ausschusses für Umwelt und Verkehr). Von 2000 bis 2006 war *Behrendt* Richter in Berlin, und zwar an den Amtsgerichten Mitte und Köpenick sowie am Verwaltungsgericht Berlin. Der gebürtige Berliner ließ sein Richteramt ruhen, als er 2006 in das Berliner Abgeordnetenhaus einzog. *Behrendt* ist nach *Wolfgang Wieland*, dessen Referent er in der Zeit des kurzlebigen rot-grünen Senats 1991 war, der zweite grüne Justizsenator. Er soll als Justizsenator Verfahren beschleunigen und die Personalausstattung der Gerichte und Vollzugsanstalten verbessern. Es gibt viele Baustellen in der Berliner Justiz, wobei die wichtigsten Personal, Besoldung und Informationstechnik (IT) sind; die Führung des Ressorts ist keine leichte Aufgabe. Der Deutsche Notarverein gratuliert *Behrendt* zu seiner Ernennung und wünscht ihm gutes Gelingen im neuen Amt.

Neue Staatssekretärinnen für Justiz in Berlin

Behrendt ernannte zwei Staatssekretärinnen, für den Bereich Justiz die nicht den Grünen angehörende *Martina Gerlach*. Sie ist Juristin, arbeitet seit 1982 in der Berliner Justiz und leitet derzeit das Amtsgericht Pankow-Weißensee.

Für den Bereich Verbraucherschutz und Antidiskriminierung ernannte er *Margit Gottstein*. Die Politikwissenschaftlerin war unter anderem Mitarbeiterin in der grünen Bundestagsfraktion. Verwaltungs- und Regierungserfahrung hat sie als Staatssekretärin im Familienministerium von Rheinland-Pfalz gesammelt.

Fit fürs Notariat – Spezial

Für die Kolleginnen und Kollegen in Baden-Württemberg bietet der Deutsche Notarverlag vom 20. bis zum 24.11.2017 einen Intensivkurs **Fit fürs Notariat** in Stuttgart an. Ziel dieses Seminars ist es, zum 1.1.2018 einen reibungslosen Übergang in das freiberufliche Notariat zu er-

möglichen. Anmeldungen sind bereits jetzt möglich.

Kontakt: Deutscher Notarverlag, Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn, Tel.: 0800/66 82 78 30, Fax: 0800/66 82 78 35, E-Mail: riedel@notarverlag.de

Personen

Landesnotarkammer Bayern

Ernennung zur Notarin/zum Notar

Christian Schall, Marktheidenfeld, zum 1.1.2017

Amtssitzverlegung

Notar *Helmut Hutterer*, nach München, zum 1.1.2017

Notar *Nico Matheis*, nach Ingolstadt, zum 1.1.2017

Notar *Ralf Rebhan*, nach Cadolzburg, zum 1.1.2017

Termine

Deutsche Diktatorische Rechtsgeschichten? – Perspektiven auf die Rechtsgeschichte der DDR

Gedächtnissymposium für Prof. Dr. Rainer Schröder

Zeit: 3.2.2017, 10:00 – 18:00 Uhr

Ort: Humboldt-Universität zu Berlin, Senatssaal

Referenten: Prof. Dr. Hans-Peter Haferkamp, Köln, Prof. Dr. Dr. h. c. Jan Schröder,

Tübingen, Prof. Dr. Inga Markovits, Austin (USA), Notar Dr. Oliver Vossius, München, Prof. Dr. Ute Schneider, Duisburg-Essen, PD Dr. Moritz Vormbaum, Hamburg/Berlin, Rechtsanwältin Dr. Uta Weidenfels, Berlin, Prof. Dr. Jan Thiessen, Tübingen

Kontakt: Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 9-11, 10117 Berlin, Tel.: 030/2093-3439, Fax: 030/2093-3560, E-Mail: notarinstitut@rewi.hu-berlin.de

Fit fürs Notariat

Seminarreihe des Deutschen Notarverlags

Zeiten und Orte:

6.3. – 10.3.2017, Bonn (Modul 1)

29.5. – 2.6.2017, Bonn (Modul 2)

Referenten: Frank Tondorf, Filiz Barispek

Zeiten und Orte:

25.9. – 29.9.2017, Bonn (Modul 3)

13.11. – 17.11.2017, Bonn, (Modul 4)

Referent: Frank Tondorf

Update Immobilienrecht mit Notargebühren

Zeiten und Orte:

22.3.2017, Wiesbaden

23.3.2017, Oldenburg

24.3.2017, Lübeck

jeweils von 9:00 – 16:00 Uhr

Referent: André Elsing

Gestaltungen zum Erhalt von Familienvermögen

Zeit: 6.4.2017, 9:00 – 16:00 Uhr

Ort: Oldenburg

Referent: Dr. Ansgar Beckervordersandfort

Telefontraining fürs Notariat

Zeit: 27.4.2017, 9:00 – 17:00 Uhr

Ort: Hamburg

Referentin: Ulrike Seeler

Nichteheliche Lebensgemeinschaften in der notariellen Praxis

Zeit: 7.11.2017, 9:00 – 16:00 Uhr

Ort: Wiesbaden

Referent: Dr. Maximilian Freiherr von Proff zu Irnich

Kontakt: Deutscher Notarverlag, Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn, Tel.: 0800/66 82 78 30, Fax: 0800/66 82 78 35, E-Mail: riedel@notarverlag.de

Fit fürs Notariat – Spezial

Ziel dieses Intensivkurses ist, zum 1.1.2018 einen reibungslosen Übergang in das freiberufliche Notariat zu ermöglichen.

Zeit: 20.11. – 24.11.2017

Ort: Stuttgart

Kontakt: Deutscher Notarverlag, Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn, Tel.: 0800/66 82 78 30, Fax: 0800/66 82 78 35, E-Mail: riedel@notarverlag.de