

DNotI-Report

Informationsdienst des Deutschen Notarinstituts

9/1995 · Mai 1995

Inhaltsübersicht

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

Italien, gesetzlicher Güterstand, „separazione dei beni“

Großbritannien, private limited company, Vertretungsnachweis

Rechtsprechung

EGBGB Art. 22, 23; BGB §§ 1746 ff.; Código Civil (Peru) Art. 21 ff., 378, 386 ff., 421, 2087 - Adoption eines peruanischen Kindes

EGBGB Art. 235 § 1; BGB §§ 2084, 2082; RAG § 25 - Nachlaßspaltung bei

Restitutionsansprüchen

EGBGB Art. 235 § 1; RAG § 25 - Voraussetzungen für die Erteilung eines beschränkten Erbscheins

BGB § 2274; ZPO § 256 - Feststellungsklage über Erbvertrag

Aktuelles

Gleichlautender Erlaß der Länder zur Grunderwerbsteuerpflicht von Grundstückskaufverträgen bei Beteiligung einer Off-Shore Gesellschaft bleibt weiter bestehen

Sehr geehrte Frau Kollegin, sehr geehrter Herr Kollege,
vom 28.05. bis 03.06.1995 findet in Berlin der XXI. Kongreß der Internationalen Union des Lateinischen Notariats statt. Das Deutsche Notarinstitut hat sich aus diesem Anlaß entschlossen, ein Schwerpunktheft des DNotI-Reports zum internationalen Privatrecht und ausländischen Recht herauszugeben. Auf dem UINL-Kongreß in Berlin wird das Deutsche Notarinstitut eine internationale Rechtsbörse einrichten, auf der Fragen des Auslandsrechts direkt an die Kollegen der beteiligten Staaten gerichtet werden können. Zur Vorbereitung dieser Rechtsbörse wurde ein Fragebogen erarbeitet, der die wichtigsten Rechtsfragen aus Sicht der verschiedenen Länder behandelt. Der Sammelband dieses Fragenkataloges kann beim Deutschen Notarinstitut erworben werden. Wir würden uns freuen, wenn viele Kollegen die Rechtsbörse zum Austausch von Informationen zum internationalen Rechtsverkehr nutzen und auf diese Weise das „grenzüberschreitende“ Fachgespräch von Notar zu Notar fördern würden.

Mit freundlichen kollegialen Grüßen
Dr. Peter Limmer

Aus der Gutachtenpraxis des DNotI

Italien, gesetzlicher Güterstand, "separazione dei beni"

I. Sachverhalt

Eheleute, die beide die italienische Staatsangehörigkeit besitzen, haben 1965 geheiratet. Einen Ehevertrag haben sie nicht geschlossen. Sie leben seit längerer Zeit in Deutschland. Es soll nun ein Grundstück in Deutschland gekauft werden, das aus steuerlichen Gründen allein von der Ehefrau erworben und an den Ehemann verpachtet werden soll. Dieser betreibt zur Zeit als Mieter im Anwesen eine Eisdiele. Die Finanzbehörde behandelt ihn bisher allein als Betriebsinhaber. Es soll vermieden werden, daß das Grundstück Betriebsvermögen wird oder überprüft wird, ob der Ehemann zutreffend allein als Unternehmer angesehen wurde.

II. Frage

Kann ein italienisches Ehepaar nach der Eheschließung in Deutschland oder Italien Gütertrennung vereinbaren oder zumindest die Ehefrau ein deutsches Grundstück als Alleigentümerin erwerben?

III. Rechtslage

1. Gesetzlicher Güterstand der Eheleute

a) Ehegüterstatut

Die güterrechtlichen Wirkungen von Ehen, die nach dem 31.03.1953 und vor dem 09.04.1983 geschlossen worden sind, werden von Art. 220 Abs. 3 EGBGB bestimmt.

Nach Art. 3 Abs. 2 EGBGB gehen jedoch Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen dem autonomen Recht vor.

Völkerrechtlich war zwischen Deutschland und Italien zum Zeitpunkt der vorliegenden Eheschließung **das Haager Ehe-wirkungsabkommen vom 17.07.1905 in Kraft**, welches in Art. 2 Abs. 1 vorsah, daß "für die Wirkungen der Ehe sowohl auf das unbewegliche als auf das bewegliche Vermögen der Ehegatten das Gesetz des Heimatstaates des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung maßgebend" ist. Dieses Abkommen ist jedoch mit Wirkung zum 23.08.1987 von der Bundesre-

publik Deutschland gekündigt worden. Bereits für die Zeit ab dem 08.04.1983 (Tag des Bekanntwerdens des Beschlusses des BVerfG vom 22.02.1983 zu Art. 15 EGBGB a. F.) ist dessen Art. 2 Abs. 1 als verfassungswidrig angesehen worden (BGH IPRax 1987, 114). Die sich daraus ergebenden Übergangsprobleme sind nach dem verfassungskonform zu interpretierenden Art. 220 Abs. 3 EGBGB zu lösen (vgl. BGH, a.a.O.; MünchKomm-Siehr, 2. Aufl. 1990, Art. 15 EGBGB Rn. 3). Das Ehegüterstatut ist somit für die Zeit vom 08.04.1983 bis zum 23.08.1987 nach Art. 220 Abs. 3 EGBGB zu bestimmen. Nach Art. 220 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB unterliegt das **Ehegüterrecht primär dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten bei der Eheschließung angehören**. Das danach anwendbare Recht gilt jedoch nur für die güterrechtlichen Wirkungen bis zum Zeitpunkt des Außerkrafttretens des Abkommens. Ab dem 23.08.1987 sind auch die vor diesem Zeitpunkt geschlossenen Ehen entsprechend Art. 220 Abs. 3 S. 2 EGBGB in ihren güterrechtlichen Wirkungen gem. Art. 15 EGBGB n.F. zu beurteilen. **Art. 15 Abs. 1 EGBGB verweist für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe auf das bei der Eheschließung für die allgemeinen Ehwirkungen maßgebende Recht. Gem. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB unterliegen die allgemeinen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören**. Da vorliegend beide Eheleute italienische Staatsbürger sind, ist Ehegüterstatut sowohl nach Art. 220 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB als auch nach Art. 15 Abs. 1 i.V.m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB **italienisches Recht**.

Den Verweis auf eine fremde Rechtsordnung haben wir gem. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB als sog. **Gesamtverweisung** zu verstehen, so daß zunächst **das internationale Privatrecht der berufenen Rechtsordnung anzuwenden** ist.

Das auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe anwendbare Recht wurde auch aus italienischer Sicht bis zum 23.08.1987 aufgrund des Haager Ehwirkungsabkommens vom 17.07.1905 bestimmt. Wie die sich aus der Kündigung ergebenden Übergangsprobleme im italienischen Recht gelöst wurden, kann jedoch vorliegend dahinstehen, da sowohl Art. 2 Abs. 1 des Haager Ehwirkungsabkommens als auch der noch geltende Art. 19 Abs. 1 disp. prel. c. c. die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem Heimatrecht des Ehemannes zur Zeit der Eheschließung unterstellen.

Die ebenfalls an das Heimatrecht des Ehemanns anknüpfenden Art. 18 disp. prel. c. c. (Ehwirkungsstatut) und Art. 20 disp. prel. c. c. (Verhältnis zwischen Eltern und Kindern) hat der italienische Verfassungsgerichtshof in seinen Entscheidungen vom 26.02.1987 und vom 25.11.1987 für verfassungswidrig erklärt, da sie mit dem Gleichheitsprinzip von Mann und Frau nicht zu vereinbaren seien. Zu Art. 19 disp. prel. c. c. ist eine entsprechende Rechtsprechung, soweit ersichtlich, bisher nicht ergangen, wiewohl auch hier Gleiches gelten muß, teilt Art. 19 disp. prel. c. c. doch dieselbe ratio, die von der Bevorzugung des männlichen Ehepartners im Rahmen der familiären Beziehungen ausgeht (Viarengo, Die Parteiautonomie im italienischen internationalen Ehegüterrecht, Jahrbuch für italienisches Recht, Band 7, 1994, S. 157, 161). Bis zur ausdrücklichen Erklärung der Verfassungswidrigkeit muß jedoch freilich von der Fortgeltung des Art. 19 disp. prel. c. c. ausgegangen werden (Calò, La legge

applicabile al regime patrimoniale dei coniugi stranieri dopo la pronuncia di inconstituzionalità del art. 18 preleggi, Studi e Materiale 3, 1989-1991, Consiglio Nazionale del Notariato, S. 64 ff.). Das italienische Recht wird derzeit reformiert, ein neuer Gesetzesentwurf liegt dem Parlament zur Unterzeichnung vor. In dem Entwurf bestimmt Art. 30 Abs. 1 S. 1:

I rapporti patrimoniali tra coniugi sono regolati dalla legge applicabile ai loro rapporti personali.

Die güterrechtlichen Verhältnisse zwischen den Ehegatten werden durch das auf die persönlichen Ehwirkungen anwendbare Recht bestimmt.

Das auf die persönlichen Ehwirkungen anwendbare Recht regelt Art. 29 des Entwurfs:

1. I rapporti personali tra coniugi sono regolati dalla legge nazionale comune.

2. I rapporti personali tra coniugi aventi diverse cittadinanze o più cittadinanze comuni sono regolati dalla legge dello stato nel quale la vita matrimoniale è prevalentemente localizzata.

1. Die persönlichen Ehwirkungen werden durch das gemeinsame Heimatrecht der Ehegatten bestimmt.

2. Die persönlichen Ehwirkungen der Ehegatten mit verschiedenen Staatsangehörigkeiten oder mit mehreren Staatsangehörigkeiten werden durch das Recht des Staates bestimmt, in dem das eheliche Leben bevorzugt stattfindet.

Das Ehwirkungsstatut unterliegt danach primär dem gemeinsamen Heimatrecht der Ehegatten, so daß auch bei Inkrafttreten der Reform eine Anknüpfung an italienisches Ehegüterrecht stattfinden würde.

b) Der gesetzliche Güterstand nach italienischem Recht

Die ehedüterrechtlichen Bestimmungen des italienischen Rechts finden sich in Art. 159 ff. Codice civile:

Il regime patrimoniale legale della famiglia, in mancanza di diversa convenzione stipulata a norma dell'art. 162, è costituito dalla comunione dei beni regolata dalla sezione III del presente capo.

Als gesetzlicher Ehegüterstand gilt bei Fehlen eines gem. Art. 162 abgeschlossenen, anderslautenden Vertrages die vom dritten Teil dieses Abschnitts geregelte Gütergemeinschaft.

Bis zur Familienrechtsreform von 1975 entsprach der gesetzliche Güterstand in Italien jedoch dem Modell des römischen Rechts: strikte Gütertrennung ohne Zugewinnausgleich bei Ehetrennung oder -scheidung (Kindler, Einführung in das italienische Recht, 1993, S. 112). **Erst seit dem 20.09.1975 ist gesetzlicher Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft ("comunione dei beni")**. Ehen, die vor diesem Datum geschlossen worden sind, wurden mit Wirkung vom 15.01.1978 dem neuen gesetzlichen Güterstand unterstellt, es sei denn, daß einer der Ehegatten einen entgegenstehenden

Willen durch notariell beglaubigte Urkunde oder gegenüber dem Standesbeamten des Eheschließungsortes erklärt hat (Kindler, a.a.O., S. 112).

Die Eheleute leben vorliegend somit im italienischen gesetzlichen Güterstand der "comunione dei beni".

2. Vereinbarung von Gütertrennung

a) Vereinbarung der "separazione dei beni" nach Art. 215 ff. c. c.

Art. 215 c. c. bestimmt im Wortlaut:

I coniugi possono convenire che ciascuno di essi conservi la titolarità esclusiva dei beni acquistati durante il matrimonio (162).

Die Ehegatten können vereinbaren, daß jedem von ihnen an den Sachen, die er während der Ehe erwirbt, das ausschließliche Eigentum verbleibt (162 Abs. 2).

Gemäß Art. 162 Abs. 3 c. c. können Eheverträge jederzeit abgeschlossen werden.

Für die Form des Ehevertrages lassen sowohl Art. 11 des EGBGB als auch Art. 26 disp. prel. c. c. die Einhaltung der Ortsform oder (alternativ) der Geschäftsrechtsform ausreichen. **Der Ehevertrag kann also sowohl in der Form des deutschen als auch in der des italienischen Rechts geschlossen werden. Nach Art. 162 Abs. 1 c. c. müssen Ehegüterverträge bei sonstiger Nichtigkeit mit öffentlicher Urkunde abgeschlossen werden.** Die Beurkundung durch einen deutschen Notar wird, wie Erfahrungen in der Praxis gezeigt haben, in Italien grundsätzlich anerkannt.

Nach Art. 162 Abs. 4 c. c. sind Güterverträge nur nach einer - das fehlende Güterrechtsregister ersetzenden - Eintragung in die Eheschließungsurkunde drittwirksam (Ferid, Für eine Anwendung in Deutschland wichtige Bestimmungen des neuen italienischen Ehegüterrechts, FamRZ 1975, S. 465, 466). Da eine Beischreibung im "registro dello stato civile" aufgrund einer hier errichteten Urkunde kaum zu erreichen sein wird, wird man eine Eintragung ins Ehegüterregister (vgl. § 1412 BGB) bewirken (Ferid, a.a.O., S. 466 Fn. 6).

Nach Art. 162 Abs. 3 c. c. in der Fassung vom 19.05.1975 wurden postnuptiale Eheverträge zugelassen, aber von einer gerichtlichen Genehmigung abhängig gemacht. Nach der neuen Fassung des Art. 162 Abs. 3 c. c. (seit Inkrafttreten des Gesetzes vom 10.04.1981) können Eheverträge nunmehr jederzeit **ohne gerichtliche Genehmigung** frei geschlossen werden, insbesondere auch nach der Eheschließung (Bergmann/Ferid, a.a.O., S. 39).

Gegen die Vereinbarung der Gütertrennung nach italienischem Recht vor einem deutschen Notar bestehen somit aus unserer Sicht keine Bedenken.

b) Beschränkte Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB

Anstelle einer Abänderung des gesamten Güterstandes gewährt **das deutsche Recht in Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB hinsichtlich des unbeweglichen Vermögens die Möglich-**

keit, das Recht des Lageortes zu wählen. Nach der wohl h. M. darf die Rechtswahl gem. Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB sogar auf einzelne Gegenstände des in einem Land belegenen unbeweglichen Vermögens beschränkt werden (MünchKomm-Siehr, a.a.O., Art. 15, 2. Aufl., Art. 15 EGBGB Rn. 29, 43; Lichtenberger, DNotZ 1986, 659; 1987, 300; a. A. Langenfeld, Handbuch der Eheverträge und Entscheidungsvereinbarungen, 2. Aufl., Rn. 925).

Was den Zeitpunkt der Rechtswahl angeht, so kann sie jederzeit erfolgen: vor der Eheschließung und während der Ehe bis zu ihrer rechtskräftigen Auflösung (MünchKomm-Siehr, a.a.O., Rn. 31).

Aus **deutscher Sicht bestehen also gegen eine entsprechende gegenständlich beschränkte Rechtswahl deutschen Ehegüterrechts keine Bedenken.** Die Einstellung einer abgewählten ausländischen Rechtsordnung sowie des Statuts der allgemeinen Ehwirkungen zu dieser Frage ist im Inland unerheblich (MünchKomm-Siehr, a.a.O., Rn. 30). Zu beachten ist jedoch, daß die nach deutschem Recht zulässige Rechtswahl vielleicht in Italien nicht anerkannt wird und dort keine Wirkungen hervorruft.

Für die Form der Rechtswahl verweist Art. 15 Abs. 3 EGBGB auf Art. 14 Abs. 4 EGBGB. Danach ist die Rechtswahl notariell zu beurkunden. Zu beachten ist, daß sich die Verweisung in Art. 15 Abs. 3 EGBGB lediglich auf die Form der Rechtswahlvereinbarung und nicht etwa auf die Form eines Ehevertrages, durch den ein bestimmtes Güterrecht der gewählten Rechtsordnung vereinbart wird, bezieht. Für die Form des Ehevertrages gilt Art. 11 EGBGB (vgl. oben). Danach reicht es grundsätzlich aus, wenn hinsichtlich der Form das Recht des Vornahmeortes gewahrt wird.

Für die praktische Handhabung von Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB empfiehlt Langenfeld (a.a.O., Rn. 926), grundsätzlich die deutsche Gütertrennung zu vereinbaren. Wählen die Eheleute deutsches Recht und wünschen dann, daß ein Ehegatte zu Alleineigentum erwirbt, so wollen sie gerade keinen späteren Ausgleich, weshalb die Gütertrennung in diesem Fall der angemessene Güterstand sei (so auch Röll, MittBayNot 1989, S. 1, 3). Der Güterstand der Gütertrennung erübrige den komplizierten Zugewinnausgleich und habe auch die größere Aussicht, im fremden Land anerkannt zu werden (Langenfeld, a.a.O., Rn. 926). Inwieweit dieser Empfehlung gefolgt wird, muß jedoch anhand der konkreten Sachverhaltsgestaltung geprüft werden.

Ein entsprechender **Formulierungsvorschlag** findet sich ebenfalls bei Langenfeld (a.a.O., Rn. 929):

Für die güterrechtlichen Wirkungen unserer Ehe wählen wir für unbewegliches Vermögen in Deutschland das deutsche Recht in der Form der Gütertrennung nach § 1414 BGB. Die Rechtswahl und der Güterstand der Gütertrennung soll für sämtliches unbewegliches Vermögen in Deutschland gelten. Wir erklären hierzu, daß wir bisher keine Rechtswahl getroffen haben und bisher kein unbewegliches Vermögen in Deutschland erworben haben. Wir beantragen die Eintragung in das Güterrechtsregister. Der Notar hat uns auf die

Rechtsfolgen dieser auf das unbewegliche Vermögen in Deutschland beschränkter Rechtswahl hingewiesen, weiter darauf, daß die Anerkennung dieser Rechtswahl in unserem Heimatland fraglich ist.

Großbritannien, private limited company, Vertretungsnachweis

I. Sachverhalt

Es soll eine Zweigniederlassung einer britischen „private limited company“ beim Handelsregister eingetragen und angemeldet werden.

II. Frage

1. Reicht es bezüglich des Nachweises der Vertretungsmacht aus, daß der „secretary“ der Gesellschaft bestätigt, daß er aufgrund eines ordnungsgemäß verabschiedeten Verwaltungsratsbeschlusses legitimiert ist, die Gesellschaft zu vertreten?
2. Muß die vorstehend erwähnte Bestätigung notariell beglaubigt werden?
3. Muß der vorstehend erwähnten Bestätigung eine Abschrift des Verwaltungsratsbeschlusses beigelegt werden?
4. Bedarf es neben der vorstehend erwähnten Bestätigung des „secretary“ der Gesellschaft noch eines weiteren Vertretungsnachweises in Form einer Vertreterbescheinigung im Sinne der §§ 21, 22 a BNotO?
5. Falls ja, wer ist zur Ausstellung einer solchen Vertreterbescheinigung befugt? Muß hierzu etwa ein in der City of London ansässiger Notar beauftragt werden?
6. Das „Certificate of Incorporation“ trägt kein Siegel. Ist es erforderlich, für Handelsregistereintragungen oder andere Registereintragungen, etwa beim Grundbuchamt, die Erteilung eines Siegels zu beantragen? Falls die Erteilung eines Siegels nicht möglich ist, in welcher Weise ist dann die Beglaubigung des Auszuges möglich?
7. Besteht auch die Möglichkeit, daß der beurkundende Notar eine Vertreterbescheinigung gemäß §§ 21, 22 a BNotO ausstellt? Es ist bekanntlich nicht erforderlich, daß der Notar das Register selbst einsieht.

III. Rechtslage

1. Die gesetzliche Vertretung der „private limited company“

a) Gesellschaftsstatut

Bei Sachverhaltsgestaltungen mit Auslandsberührung stellt sich die Frage, welches Sachrecht auf die Rechtsverhältnisse der Gesellschaft Anwendung findet. Diese Frage beantwortet das **internationalrechtliche Gesellschaftsstatut**. Da dieses gesetzlich nicht geregelt ist, ist die Anknüpfung bis heute umstritten. Die ganz herrschende Meinung in Deutschland knüpft diesbezüglich jedoch **an den tatsächlichen Sitz der Hauptverwaltung der Gesellschaft an** (Reithmann/Martiny, Internationales Vertragsrecht, 4. Aufl., Rn. 845; Knoche, Die Vertretung englischer Handelsgesellschaften aus der Sicht

des deutschen Notars - Kollisionsrecht, Sachrecht und Nachweisprobleme, MittRhNotK 1985, S. 165, 166; Staudinger/Großfeld, Internationales Gesellschaftsrecht, 13. Aufl. 1994, Rn. 22 ff.). **Nach der Sitztheorie beurteilen sich die Rechtsverhältnisse einer Gesellschaft also nach der an ihrem Verwaltungssitz geltenden Rechtsordnung, vorliegend mithin nach englischem Recht.**

Die Verweisung auf eine fremde Rechtsordnung ist nach Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB als Gesamtverweisung zu verstehen, so daß zunächst das Internationale Privatrecht der berufenen Rechtsordnung anzuwenden ist.

Im anglo-amerikanischen Rechtskreis ist die sogenannte Gründungstheorie vorherrschend (Reithmann/Martiny, a.a.O., Rn. 846; Dicey/Morris, The Conflict of Laws, 12. Aufl. 1993, Rule 154 f.). Sie unterwirft Gesellschaften derjenigen Rechtsordnung, nach der sie (erkennbar) gegründet worden sind (Reithmann/Martiny, a.a.O., Rn. 846). Da die fragliche „company“ vorliegend nach englischem Recht gegründet worden ist, beruft auch England das englische Recht. Das Gesellschaftsstatut entscheidet über die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Gesellschaft einschließlich aller damit zusammenhängenden Fragen, so auch die organschaftliche Vertretungsmacht (Soergel/Lüderitz, vor Art. 7 EGBGB, 11. Aufl., Rn. 233 m.w.N.).

b) Materiell-rechtliche Regelung der Stellvertretung bei englischen Handelsgesellschaften

Die gerichtliche und außergerichtliche Vertretung der „private company“ obliegt grundsätzlich dem „board of directors“ als dem Außenorgan der Gesellschaft (Güthoff, Gesellschaftsrecht in Großbritannien, 1993, S. 65). Besteht dieser - wie im Regelfall - aus mehreren Mitgliedern, so sind diese **gesamtvertretungsberechtigt**; der einzelne Direktor hat keine Vertretungsmacht (Güthoff, a.a.O., S. 65). Da diese Regelung in der Praxis jedoch zu schwerfällig ist, ist es heute allgemein üblich, einzelne oder alle Befugnisse des „board of directors“ auf einzelne seiner Mitglieder zu übertragen, welche dann alleinvertretungsberechtigt sind (Knoche, a.a.O., S. 169). **Die Einräumung dieser Einzelvertretungsbefugnis setzt eine Satzungsbestimmung voraus, welche heute nahezu in jeder Satzung enthalten ist** (Knoche, a.a.O., S. 169). Verbreitet in der Praxis ist die Bestellung sogenannter „managing directors“ oder sogenannter „executive directors“, denen einzelne Geschäftsbereiche oder Sparten zugewiesen werden (Reithmann/Martiny, a.a.O., Rn. 882). **Die Einzelheiten über die Verteilung der Vertretungsbefugnis innerhalb des „board of directors“ sowie der Umfang der Vertretungsmacht der einzelnen Mitglieder ergeben sich aus der Gründungsurkunde der Gesellschaft („Certificate of Incorporation“) bzw. aus der Satzung („Articles of Association“).** Der „secretary“ wird hingegen vom englischen Recht, das weder Prokura noch Handelsvollmacht kennt, als reiner Verwaltungsangestellter angesehen, dem keinerlei Vertretungsbefugnisse zustehen (Jacob-Steinorth, Die Vertretungsmacht bei den wichtigsten englischen Handelsgesellschaften, DNotZ 1960, S. 126, 130). In der Praxis wird dies jedoch offensichtlich oft anders gehandhabt (Jacob-Steinorth, a.a.O., S. 130 Fn. 37, unter Bezugnahme auf Palmer, Company Law, 20. Aufl., S. 587: „In practice the functions of the secretary often exceed those contemplated

by the Act and he is sometimes given considerable managerial responsibility“).

2. Nachweis der Vertretungsberechtigung gegenüber dem Handelsregister

Ein allgemeines Handelsregister, wie wir es kennen, kennt der englische Rechtskreis nicht (Reithmann/Martiny, a.a.O., Rn. 885). Um den sicheren Nachweis der Vertretungsmacht zu erbringen, müssen daher **regelmäßig folgende Urkunden vorgelegt werden:**

(1) „Certificate of Incorporation“ und „Articles of Association“

Anhand dieser Urkunden kann geprüft werden, ob das beabsichtigte Geschäft von dem satzungsmäßigen Gesellschaftszweck gedeckt ist, welche Befugnisse der „board of directors“ grundsätzlich hat und ob und in welchem Umfang diese übertragen werden können (Knoche, a.a.O., S. 173). Abschriften dieser Urkunden können beim

English Registrar of Companies
Companies House
55-71 City Road
GB - London EC1

angefordert werden. Der „English Registrar of Companies“ erteilt beglaubigte Abschriften (Knoche, a.a.O., S. 173).

(2) Bescheinigung über den Beschluß des „board of directors“ und gegebenenfalls Bevollmächtigung

Läßt sich aus der Satzung nicht einwandfrei entnehmen, ob die für die Gesellschaft auftretende Person vertretungsberechtigt ist, wird man die Vorlage einer schriftlichen Vollmacht („power of attorney“) oder einer Bescheinigung über den in Betracht kommenden Beschluß des „board of directors“ verlangen müssen (Reithmann/Martiny, a.a.O., Rn. 885). Zuverlässige Kenntnis von diesem Beschluß erhält man durch von dem „secretary“ der Gesellschaft gefertigte Abschriften aus dem Protokollbuch der Gesellschaft, dem „minute-book“ (Knoche, a.a.O., S. 174). Ein Beispiel für eine entsprechende Bescheinigung findet sich bei *Jacob-Steinorth* (a.a.O., S. 133):

To ...

At the meeting of the directors of ... Ltd., held at ... on the ... day of ... 19.. the following resolutions were passed.

1. ...

2. ...

We certify that the foregoing resolutions have been duly entered in the minute book and signed therein by the chairman, and are in accordance with the articles of the company and that the company is a public/private company.

.... chairman

... secretary

Da nur in den seltensten Fällen der gesamte „board of directors“ in Deutschland vor dem Notar auftreten wird, muß ferner die Bevollmächtigung des für die Gesellschaft in Deutschland Handelnden nachgewiesen werden (Knoche,

a.a.O., S. 174). Dies kann ebenfalls durch eine entsprechende Abschrift aus dem „minute-book“ geschehen.

(3) Bescheinigung über die Bestellung der Direktoren

Schließlich muß durch eine Abschrift aus dem „minute-book“ noch nachgewiesen werden, daß die Direktoren, die den Beschluß gefaßt haben, auch tatsächlich zu Direktoren bestellt worden sind (Knoche, a.a.O., S. 174).

Sämtliche vom „secretary“ der „company“ gefertigten Abschriften aus dem „minute-book“ müssen **durch einen englischen Notar beglaubigt und mit der Apostille entsprechend dem Haager Übereinkommen zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation vom 5. Oktober 1961 versehen sein.** Darüber hinaus wird das Handelsregister voraussichtlich eine deutsche Übersetzung der vorgelegten Dokumente verlangen.

3. Vereinfachtes Nachweisverfahren in der Praxis

Da dieses Verfahren insgesamt jedoch sehr schwerfällig ist, läßt die **Praxis heute vielfach folgenden einfacheren Weg zu: vorgelegt werden der Beschluß des „board of directors“ in Verbindung mit einer Vollmacht, unterschrieben von den „directors“ und dem „secretary“, beglaubigt von einem englischen Notar, versehen mit der Apostille, in Verbindung mit einer Bestätigung des englischen Notars, daß die Gesellschaft wirksam vertreten wird** (Knoche, a.a.O., S. 174). Diese Bescheinigung rückt in die Nähe einer Vertretungsbescheinigung gemäß § 21 BNotO, die das englische Recht in dieser Form nicht kennt (Knoche, a.a.O., S. 174). Der englische Notar ist aufgrund seiner juristischen Ausbildung, seiner Stellung und seiner zwangsläufigen Vertrautheit mit der englischen Rechtsordnung jedoch dennoch in der Lage, die für die Ausstellung dieser Bescheinigung erforderliche rechtliche Prüfung zuverlässig vorzunehmen (Mann, Die Urkunde ausländischer, insbesondere englischer Notare und der deutsche Rechtsverkehr, NJW 1955, 1177).

Auf den vorliegenden Fall bezogen heißt dies: Die Bestätigung des „secretary“ der Gesellschaft, daß er aufgrund eines ordnungsgemäß verabschiedeten Verwaltungsratsbeschlusses bevollmächtigt ist, die Gesellschaft zu vertreten, reicht nicht aus. Es muß dieser Bestätigung der Beschluß des „board of directors“ beigefügt werden. **Beide Dokumente müssen von einem englischen „notary public“ beglaubigt werden.** Darüber hinaus bedarf es einer **Bestätigung des englischen „notary public“, daß die Gesellschaft wirksam vertreten wird. Ein Muster einer solchen Bestätigung findet sich in dem englischen Notarhandbuch** (Brooke's notary, N.P. Ready, London 1992, S. 410 f.). Darin heißt es:

Ich, ..., der unterzeichnende notary public, ordnungsgemäß zugelassener und vereidigter Notar in der Stadt von ..., England,

bescheinige und bestätige hiermit,

daß die hier angeheftete Urkunde heute von mir mit dem Gesellschaftssiegel der englischen Gesellschaft XY limited gesiegelt und von dem Herrn A.B. und dem Herrn C.D., Vorstandsmitglied bzw. Sekretär der besagten Gesellschaft, eigenhändig unterschrieben worden ist.

Ferner bescheinige ich, daß die oben genannten Herren A.B. und C.D. Vorstandsmitglied bzw. Sekretär der besagten Gesellschaft, aufgrund eines Beschlusses des Vorstandes und nach den Satzungen der genannten Gesellschaft vollständig befugt waren, die besagte Urkunde so auszustellen, und daß dieselbe in gehöriger englischer Rechtsform vollzogen und für die Gesellschaft rechtsgültig bindend ist.

*Zum Zeugnis dessen habe ich meine Unterschrift und mein Amtssiegel hier beigesetzt in ..., heute den ... 19..
(Signature notary public, notarial seal).*

Nach Ansicht des **LG Aachen (MittRhNotK 1988, 157)** ist **der deutsche Notar auch zuständig, unter Einsichtnahme in ausländische Register, Bescheinigungen über eine Vertretungsberechtigung auszustellen, die sich auf eine ausländische Gesellschaft beziehen.** Fraglich ist jedoch, ob dies auch dann gilt, wenn das betreffende Ausland ein dem deutschen Handelsregister vergleichbares Register nicht kennt. Vorliegend ergibt sich der Nachweis der Vertretungsbefugnis aus dem sogenannten „minute-book“. Es sei jedoch davor gewarnt, aufgrund der Einsichtnahme des Firmenbuchs eine Vertreterbescheinigung gemäß § 21 BNotO auszustellen, da dies die Sachkenntnis des ausländischen Gesellschaftsrechts voraussetzt.

Rechtsprechung

EGBGB Art. 22, 23; BGB §§ 1746 ff.; Código Civil (Peru) Art. 21 ff., 378, 386 ff., 421, 2087
Adoption eines peruanischen Kindes

Will ein deutsches Ehepaar ein fast drei Jahre altes Kind peruanischer Staatsangehörigkeit, das sich seit seiner Geburt bei dem Ehepaar in Pflege befindet, als gemeinschaftliches Kind annehmen, so ist aus Gründen des Kindeswohls hinsichtlich der Zustimmung des Kindes und der Personen, zu denen das Kind in einem familienrechtlichen Verhältnis steht, deutsches Recht anzuwenden, wenn das Gericht die Frage, ob und welche Zustimmungen erforderlich sind, nicht in angemessener Zeit und mit vertretbarem Aufwand klären kann, und/oder wenn die Beschaffung der gegebenenfalls erforderlichen Zustimmungen nicht möglich oder nicht zumutbar ist.

BayObLG, Beschl. v. 31.10.1994 - 1Z BR 100/94

(= BayObLGZ 1994, Nr. 64)

Kz.: R I 4 c - Art. 23 EGBGB

Problem

Bei **Adoptionen mit Auslandsberührung** ist neben dem nach Art. 22 EGBGB als **Adoptionsstatut** berufenen Recht stets gemäß Art. 23 Satz 1 EGBGB **das Heimatrecht des Kindes hinsichtlich der dort vorgesehenen Zustimmungserklärungen des Kindes und seiner Familienangehörigen zu beachten.** Vor allem bei Adoptionen von ausländischen Kindern aus Entwicklungsländern oder Krisengebieten können die vom Heimatrecht des Kindes vorgeschriebenen

Einwilligungserfordernisse oft nur mit großen Schwierigkeiten erfüllt werden.

Im vorliegenden Fall bereitete es bereits Schwierigkeiten, aufzuklären, welche Zustimmungserklärungen nach peruanischem Recht erforderlich waren und ob die von der minderjährigen Mutter erteilte Einwilligung den Voraussetzungen des peruanischen Adoptionsgesetzes entsprach.

Lösung

Das BayObLG hat sich vorliegend für die Anwendung des **Art. 23 Satz 2 EGBGB** ausgesprochen. **Diese als Auffangtatbestand ausgestattete Vorschrift gestattet es, bei der Annahme eines Kindes mit ausländischer Staatsangehörigkeit die Erforderlichkeit und die Erteilung bestimmter Zustimmungserklärungen ausschließlich nach deutschem Recht zu beurteilen,** selbst wenn hierauf nach dem Grundsatz des Art. 23 Satz 1 EGBGB grundsätzlich das Heimatrecht des Kindes anzuwenden wäre. Art. 23 Satz 2 EGBGB erfasse zwar insbesondere Fälle, in denen der Aufenthalt der leiblichen Eltern unbekannt sei, ferner Fälle, in denen die Zustimmungspflichtigen nach den Verhältnissen in ihrem Land bei der Mitwirkung an der Annahme vor nicht oder nur schwer zu überwindende Schwierigkeiten gestellt würden oder in denen das ausländische Recht Adoptionen nur in seinem eigenen Geltungsbereich vorsehe. Der Anwendungsbereich der allerdings eng auszulegenden Ausnahmenvorschrift sei jedoch nach Wortlaut und Sinn keinesfalls auf derartige Fallgestaltungen beschränkt; vielmehr müsse Art. 23 Satz 2 EGBGB auch dann herangezogen werden, wenn die Frage, ob nach ausländischem Recht Zustimmungserklärungen erforderlich sind, nicht in angemessener Zeit beantwortet werden könne und/oder die danach erforderlichen Erklärungen nicht in angemessener Zeit beschafft werden könnten.

EGBGB Art. 235 § 1; BGB §§ 2084, 2082; RAG § 25
Nachlaßspaltung bei Restitutionsansprüchen

§ 25 Abs. 2 RAG findet auf Rückübertragungs- und Entschädigungsansprüche nach dem VermG keine Anwendung.

Ansprüche nach den §§ 3 ff. VermG, die sich auf eine Enteignungsmaßnahme vor dem Erbfall stützen, fallen im Wege der Ersatzsurrogation in den allgemeinen Nachlaß; eine Nachlaßspaltung tritt nicht ein.

Eine umfassende testamentarische Erbeinsetzung erstreckt sich ohne weiteres auch auf den Vermögenszuwachs, der dem Erben nach § 3 ff. VermG zufällt. Eine ergänzende Testamentsauslegung im Hinblick auf die vom Erblasser nicht vorausbedachte Möglichkeit der Entstehung von Rückübertragungsansprüchen entfällt in der Regel bei einer Alleinerbeinsetzung.

Die Frist für die Erklärung einer auf einen Motivirrtum im Sinne des § 2078 Abs. 2 BGB gestützten Testamentsanfechtung beginnt jedenfalls mit dem Inkrafttreten des Einigungsvertrages vom 31.08.1990. Auf den Zeitpunkt der späteren Kenntniserlangung des Anfech-

tenden von einem Verfahren vor dem Amt zur Regelung offener Vermögensfragen kommt es nicht an.

OLG Hamm, Beschl. v. 27.01.1995 - 15 W 350/94
Kz.: L VI 6

Problem

Durch die Wiedervereinigung sind insbesondere aufgrund der Restitutionsansprüche Vermögenswerte den Erben zugefallen, die der Erblasser bei der Abfassung eines Testaments nicht berücksichtigt hat. In der Praxis spielt daher die Problematik eine große Rolle, inwieweit testamentarische Erbeinsetzungen auch Restitutionsansprüche erfassen. Im folgenden Fall lag ein Testament zugrunde, das 1976 errichtet worden war und in dem die Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt wurde. Es war nun fraglich, **ob bezüglich des Restitutionsanspruchs nach dem VermG das Testament galt oder gesetzliche Erbfolge.**

Lösung

Das OLG weist darauf hin, daß zunächst die Frage des **innerdeutschen Kollisionsrechts** zu klären ist. Nach § 25 Abs. 2 RAG-DDR bestimmen sich die erbrechtlichen Verhältnisse in bezug auf das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die sich in der DDR befinden, nach dem Recht der DDR. Die Vorschrift ist auch weiterhin anzuwenden. Die Folge ist, daß eine **Nachlaßspaltung** eintritt, so daß die genannten Vermögensgegenstände nach DDR-Erbrecht zu beurteilen sind. Umstritten war, **ob Restitutionsansprüche in den Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 RAG fallen.** Das OLG Hamm verneint dies wie eine Reihe von anderen Gerichten (OLG Oldenburg Niedersächsischer Rpfleger 1992, 179; OLG Celle DtZ 1992, 355; Faßbender DNotZ 1994, 362; a. A. Trittel DNotZ 1992, 452). Weiterhin ist in solchen Fällen in der Regel fraglich, **ob Restitutionsansprüche überhaupt in den Nachlaß fallen**, da diese erst nach dem Erbfall aufgrund des VermG entstanden sind (vgl. Limmer, Die Zugehörigkeit von Restitutionsansprüchen zum Nachlaß, ZEV 1994, 31). Das OLG Hamm bejaht die Nachlaßzugehörigkeit unter Hinweis auf die erbrechtliche Ersatzsurrogation (vgl. auch BGH NJW 1993, 2176). Das OLG Hamm lehnt im vorliegenden Fall eine **ergänzende Testamentsauslegung** dahin gehend ab, daß die testamentarische Erbeinsetzung nicht die Rückübertragungsansprüche betreffen sollte, da ein derartiger Wille im Testament keinerlei Anhaltspunkt habe (so auch OLG Frankfurt DtZ 1992, 216).

Schließlich war im vorliegenden Fall auch eine **Testamentsanfechtung verspätet.** Nach § 2082 Abs. 2 kann die Anfechtung nur innerhalb einer Jahresfrist erfolgen. Für den Fristbeginn ist die Kenntnis zur Anfechtung des Berechtigten von den das Anfechtungsrecht begründenden Tatsachen erforderlich. Dies ist nach Auffassung des OLG Hamm ebenfalls das Inkrafttreten des Einigungsvertrages am 31.08.1990. Auf den Zeitpunkt der Kenntnis vom Restitutionsverfahren komme es nicht an.

EGBGB Art. 235 § 1; RAG § 25

Voraussetzungen für die Erteilung eines beschränkten Erbscheins

Ein gegenständlich auf unbewegliches Vermögen in der ehemaligen DDR beschränkter Erbschein ist unrichtig, wenn feststeht, daß die nach § 2 Abs. 1 VermG Berechtigten im Hinblick auf die Enteignung des Grundbesitzes des Erblassers nur Ansprüche nach dem § 3 ff. VermG geltend machen können und weiteres unbewegliches Vermögen in der früheren DDR nicht vorhanden ist.

OLG Hamm, Beschl. v. 23.01.1994 - 15 W 328/94
Kz.: L VI 6

Problem

Bekanntlich tritt eine **sog. Nachlaßspaltung** ein, wenn zum Nachlaß eines zwischen dem 01.01.1976 und dem 02.10.1990 verstorbenen Erblassers, der in einem alten Bundesland lebte und daher nach BGB beerbt würde, Grundstücke in der früheren DDR gehören. Die Nachlaßspaltung folgt aus der Anwendung des § 25 Abs. 2 RAG. Diese Bestimmung des DDR-Rechts, die nach Art. 235 § 1 EGBGB auch weiterhin wirksam ist, bewirkt, daß **das von § 25 Abs. 2 RAG erfaßte Vermögen als selbständiger Nachlaß anzusehen ist und daß die Erbfolge für jede Nachlaßmasse nach dem jeweiligen Erbstatut gesondert zu beurteilen ist, für unbewegliches Vermögen in der DDR somit nach dem ZGB.** Dem wird verfahrensmäßig dadurch Rechnung getragen, daß das zuständige Nachlaßgericht auf Antrag einen auf die Nachlaßgegenstände im Sinne des § 25 RAG **beschränkten Erbschein** zu erteilen hat (Palandt/Edenhofer, 54. Aufl. 1995, § 2353, Rz. 7; BayObLG FamRZ 1994, 723). **Umstritten sind die Voraussetzungen für einen solchen beschränkten Erbschein.** Das KG (OLGZ 1992, 279, 283) und das OLG Zweibrücken (FamRZ 1992, 1474; ebenso Schotten/Johnen, DtZ 1991, 257, 260) haben die Auffassung vertreten, daß ein solcher beschränkter Erbschein bereits dann erteilt werden könne, wenn das Vorhandensein von unbeweglichem Vermögen als möglich erscheine oder vom Antragsteller behauptet werde, ohne daß dies im Erbscheinsverfahren entschieden werden müsse.

Lösung

Das OLG Hamm lehnt diese Auffassung ab. Die Frage, ob Nachlaßgegenstände im Sinne des § 25 Abs. 2 RAG vorhanden seien, sei keine solche des Rechtsschutzbedürfnisses für den Erbscheinsantrag, sondern betreffe eine materiell-rechtliche Voraussetzung für die Feststellung des von

dem Antragsteller in Anspruch genommenen und in dem Erbschein zu bezeugenden Erbrechts. Ein Erbschein, der eine bestimmte Erbfolge nach ZGB bezeuge, ohne daß Nachlaßgegenstände im Sinne des § 25 Abs. 2 RAG vorhanden seien,

sei nicht lediglich gegenstandslos, sondern unrichtig im Sinne des § 2361 Abs. 1 BGB. Für die Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheins sei demgegenüber das Vorhandensein von derartigen Nachlaßgegenständen materiell-rechtliche Voraussetzung für den Eintritt einer Nachlaßspaltung und die gesonderte Feststellung des Erbrechts für diesen Nachlaß (ähnlich OLG Oldenburg MDR 1992, 879). Das OLG Hamm legt, weil es von der Entscheidung des OLG Zweibrücken abweichen will, die Sache dem BGH zur Entscheidung vor.

BGB § 2274; ZPO § 256

Feststellungsklage über Erbvertrag

Eine Feststellungsklage, durch die die Gültigkeit eines Erbvertrages zu Lebzeiten beider Parteien festgestellt werden soll, ist zulässig, wenn hierfür ein berechtigter Anlaß besteht. In Fällen, in denen der Erblasser den Rücktritt davon abhängig gemacht hat, daß der andere Vertragsschließende die von ihm übernommenen Verpflichtungen nicht erfüllt, hat der Erblasser nach der Rechtsprechung des BGH eine Rückpflicht. Er kann erst zurücktreten, wenn er zuvor dem anderen Teil gegenüber die mangelnde Vertragserfüllung gerügt hat.

OLG Düsseldorf, Urtl. v. 11.02.1994 - 7 U 39/93
Kz.: L I 1 - § 2274 BGB

Deutsches Notarinstitut (Herausgeber)

- eine Einrichtung der Bundesnotarkammer, Köln -
97070 Würzburg, Kaiserstraße 23
Telefon: 09 31/3 55 76-0 - Telefax: 09 31/3 55 76-225

Hinweis:

Die im DNotI-Report veröffentlichten Gutachten und Stellungnahmen geben die Meinung der Gutachter des Deutschen Notarinstituts und nicht die der Bundesnotarkammer wieder.

Verantwortlicher Schriftleiter:

Notar a.D. Dr. Peter Limmer, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Bezugsbedingungen:

Der DNotI-Report erscheint zweimal im Monat und kann beim Deutschen Notarinstitut oder im Buchhandel bestellt werden. Abbestellungen müssen mit vierteljährlicher Frist zum Jahresende erfolgen.

Aktuelles

Gleichlautender Erlaß der Länder zur Grunderwerbsteuerpflicht von Grundstückskaufverträgen bei Beteiligung einer Off-Shore-Gesellschaft bleibt weiter bestehen

Im vergangenen Jahr haben die Länderreferenten für die Grunderwerbsteuer einen gleichlautenden Erlaß herausgegeben, wonach notarielle Beurkundungen über den Erwerb eines Grundstückes unwirksam sind, wenn einer der Beteiligten eine „Briefkasten“-Kapitalgesellschaft mit Sitz in einem „Off-Shore“-Staat ist, wobei zu den in einer Liste näher aufgeführten Ländern auch Luxemburg, Holland, USA etc. gehören.

Wie bereits im DNotI-Report 14/1994, 6, berichtet, hat die Bundesnotarkammer diesbezüglich Kontakt zum Bundesfinanzministerium aufgenommen. Dem Bundesfinanzministerium steht insoweit allerdings nur eine koordinierende Aufgabe zu, da die Grunderwerbsteuer eine Landessteuer ist. Die Referentenrunde konnte sich nicht zu der von der Bundesnotarkammer vorgeschlagenen Aufhebung des Erlasses entschließen, obwohl die Stellungnahme der Bundesnotarkammer sowohl vom Bundesjustizministerium als auch vom Bundesfinanzministerium selbst unterstützt worden ist. Für die Klärung der Frage werden deshalb wahrscheinlich die Gerichte bemüht werden, und zwar voraussichtlich in der ebenso seltenen wie interessanten Prozeßkonstellation eines Verpflichtungsantrags auf Erteilung eines Grunderwerbsteuerbescheides (vgl. zu dieser Problematik auch OLG Hamm DNotI-Report 2/1995, 18).

Notarassessor Dr. Stephan Schuck, Köln

Bezugspreis:

Jährlich 300,- DM, Einzelheft 13,- DM, inkl. Versandkosten. Für die Mitglieder der dem DNotI beigetretenen Notarkammern ist der Bezugspreis im Mitgliedsbeitrag enthalten.

Alle im DNotI-Report enthaltenen Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Mit Ausnahme der gesetzlich zugelassenen Fälle ist die Verwertung nur mit Einwilligung des DNotI zulässig.

Verlag:

Bundesnotarkammer, Körperschaft des öffentlichen Rechts, Geschäftsstelle
Deutsches Notarinstitut, Kaiserstraße 23, 97070 Würzburg

Druck:

Max Schimmel Verlag GmbH + Co KG, Postfach 6560, 97015 Würzburg,
Tel.: 09 31/27 91 300, Fax.: 09 31/27 91 333