

Schriften zum Internationalen Recht

Band 30

Die Geltung
ausländischer notarieller Urkunden
in der Bundesrepublik Deutschland

Von

Dr. Immanuel Stauch



DUNCKER & HUMBLLOT / BERLIN

IMMANUEL STAUCH

**Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden
in der Bundesrepublik Deutschland**

Schriften zum Internationalen Recht

Band 30

**Die Geltung
ausländischer notarieller Urkunden
in der Bundesrepublik Deutschland**

Von

Dr. Immanuel Stauch



DUNCKER & HUMBLOT / BERLIN

CIP-Kurztitelaufnahme der Deutschen Bibliothek

Stauch, Immanuel:

Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden
in der Bundesrepublik Deutschland / von Immanuel
Stauch. — Berlin: Duncker und Humblot, 1983.

(Schriften zum internationalen Recht; Bd. 30)

ISBN 3-428-05523-3

NE: GT

D 21

Alle Rechte vorbehalten

© 1983 Duncker & Humblot, Berlin 41

Gedruckt 1983 bei Berliner Buchdruckerei Union GmbH., Berlin 61
Printed in Germany

ISBN 3 428 05523 3

Vorwort

Diese Arbeit lag — in nur wenig veränderter Form — im Jahr 1980 der Juristischen Fakultät der Universität Tübingen als Dissertation vor.

Deshalb konnte der Beschluß des Bundesgerichtshofes¹ nicht mehr durchgehend eingearbeitet werden, sondern wurde im wesentlichen nur noch bei den Fußnoten berücksichtigt. Zwar dürfte durch diese Entscheidung der in dieser Arbeit besonders häufig erwähnte Beschluß des OLG Hamm (und die ihm folgenden Entscheidungen) für die Praxis als überholt anzusehen sein. Da sich die Entscheidung des BGH jedoch ausdrücklich nur auf die Vergleichbarkeit der Beurkundung der Züricher Notare bezieht und damit zu den Grundsätzen für die Geltung ausländischer notarieller Urkunden und den zu fordernden Vergleichskriterien nur wenig enthält sowie die Frage der Geltung des Ortsformgrundsatzes in den streitigen Fällen ausdrücklich offen läßt, sind hierdurch bei weitem nicht alle Fragen dieses Problemkreises abschließend geklärt. Auch wenn sich an diese BGH-Entscheidung keine wissenschaftliche Diskussion mehr anschloß — was angesichts der äußerst lebhaft und kontrovers geführten Auseinandersetzung in den Jahren 1972 bis 1976 eher erstaunlich ist — dürfte sowohl für die Forschung als auch für die Praxis nach wie vor ein erhebliches Interesse daran bestehen, dogmatisierbare und sowohl die systematischen Bezüge als auch die praktischen Gegebenheiten berücksichtigende Grundlagen zu gewinnen. Hierzu möchte die Arbeit einen Beitrag leisten. Um dieser Zielsetzung gerecht zu werden, ist es notwendig, sich mit den vielerlei Äußerungen zur Frage der Geltung ausländischer notarieller Urkunden, die der genannten Entscheidung des OLG Hamm vorausgingen und nachfolgten, kritisch auseinanderzusetzen.

An dieser Stelle möchte ich meinen verehrten Lehrern, Herrn Prof. Dr. Josef Esser und Herrn Prof. Dr. Dietrich Rothoefl für die Begleitung der vorliegenden Arbeit mit Rat und Kritik herzlich danken.

¹ Beschluß vom 16. Febr. 1981, II ZB 8/80, veröffentlicht in BGHZ 80, 76; NJW 1981, 1160; BB 1981, 693; DNotZ 1981, 451; JZ 1981, 400; MDR 1981, 650. Die einzige größere Stellungnahme zu diesem Beschluß liegt von Geimer, DNotZ 1981, 406 — mit im wesentlichen ablehnender Tendenz — vor. Der BGH-Beschluß erging auf Grund des Vorlagebeschlusses des OLG Stuttgart (Die Justiz 1981, 19).

Ferner danke ich dem Vorstand der Reinhold-und-Maria-Teufel-Stiftung in Tuttlingen, der mir durch einen großzügigen Preis die Drucklegung ganz wesentlich erleichterte.

Tübingen, im Oktober 1983

Immanuel Stauch

Inhaltsübersicht

Einleitung 9

Erster Teil

Anwendbarkeit der Ortsform auf Grund Art. 11 Abs. 1 Satz 2 EGBGB

A. Kurze Einführung zum Ortsformgrundsatz (locus regit formam actus)	12
I. Herkunft und Entwicklung der Ortsformregel	12
II. Funktion des Ortsformgrundsatzes und Stellung innerhalb der Kollisionsnormen	15
III. Anwendung des Art. 11 EGBGB auf Rechtshandlungen	16
B. Grenzen des Ortsformgrundsatzes	17
I. Allgemein anerkannte Grenzen	17
II. Darüber hinaus werden folgende Meinungen zur Einschränkung des Ortsformgrundsatzes in der Literatur vertreten, wobei sich Auswirkungen besonders für die hier untersuchten Fälle der vom deutschen Recht vorgeschriebenen notariellen Beurkundung er- geben:	19
1. Vorrang des Geschäftsrechts	19
2. Ausschließlichkeit des Personalstatuts von juristischen Personen auch gegenüber der Ortsform	20
3. Einfluß des Verfahrensrechts (lex fori)	36
4. Ausdehnung des Art. 11 II EGBGB auf alle Rechtsgeschäfte, die sachenrechtliche Auswirkungen haben und auf alle Verfü- gungsgeschäfte	39
5. Nichtanwendbarkeit des Ortsformgrundsatzes bei Umgehung deutscher Formvorschriften	43
6. Einschränkung des Ortsformgrundsatzes durch die Vorbehalts- klausel	51
7. Notarielle Beurkundung als Inhaltserfordernis und nicht bloße Formvorschrift	59
8. Verweise auf das ausländische Recht	64
C. Zusammenfassung der Untersuchungen des ersten Teils	67

*Zweiter Teil***Anerkennung ausländischer notarieller Urkunden
bei Geltung deutschen Geschäftsrechts**

A. Einführung	69
B. Feststellung des Vergleichsmaßstabs	73
C. Feststellung der Funktionen der deutschen Beurkundungsvorschriften	74
D. Feststellung der Bestimmungen des deutschen Beurkundungsrechts, die den Kern dieser Bestimmungen ausmachen	82
I. Abgrenzungsversuch nach den Mußvorschriften des BeurkG	82
II. Abgrenzungsversuch nach den Gesetzesmaterialien	88
III. Abgrenzungsversuch nach unabdingbaren und verzichtbaren Amtspflichten des Notars	90
IV. Ergebnis	98
E. Steht die notarielle Prüfungs- und Belehrungspflicht einer Ersetzung der deutschen durch eine ausländische Beurkundung entgegen?	99
F. Prüfung der Voraussetzungen der Ersetzbarkeit der deutschen notariellen Beurkundung bei Tatsachenbeurkundungen	118
G. Beurkundung der Auflassung über ein deutsches Grundstück nur durch deutschen Notar	119
H. Prüfung der Vergleichbarkeit einer ausländischen notariellen Beurkundung am Beispiel des englischen Notars	124
I. Einleitung	124
II. Überblick über den gegenwärtigen Rechtszustand des Notariats in England	127
III. Entspricht der englische Notar den im 2. Teil dieser Arbeit gefun- denen Kriterien der Gleichwertigkeit	136
1. Umfassende juristische Ausbildung	136
2. Unabhängigkeit der Notare	137
3. Aufsicht über die Tätigkeit des Notars	137
4. Gleichwertigkeit des Beurkundungsverfahrens	138

Einleitung

Der Umfang des Ortsformgrundsatzes nach Art. 11 I 2 EGBGB in den Fällen, in denen das deutsche Recht eine notarielle Beurkundung vorschreibt, und die Anerkennung ausländischer notarieller Urkunden bei Maßgeblichkeit deutschen Rechts auch für die Form, sind in den letzten Jahren von einer Vielzahl von Autoren² sehr engagiert und kontrovers diskutiert worden. Auch wurden mehrere Gerichtsentscheidungen³ zu diesem Fragenkomplex veröffentlicht, die von der früheren allgemeinen Meinung abweichen. Dieses Aufgreifen an sich alter und früher anscheinend gekläarter Fragen sowohl durch Gerichte, als auch durch Wissenschaftler und Praktiker läßt es angezeigt erscheinen, diese Fragen zu erarbeiten und darzustellen. Da jedoch — insbesondere bei den Problemen des II. Teils — allein die Betrachtung aus theoretischer Sicht ein unvollständiges und verzerrtes Bild ergäbe, weil die bestehenden, hier besonders relevanten gesetzlichen Bestimmungen oft nur den Charakter von Rahmenbestimmungen haben, die der Ausfüllung und Veranschaulichung durch konkrete Beispiele bedürfen, und auch die theoretischen Grundlagen weitgehend nicht so erforscht und ausgestaltet sind wie für andere Rechtsgebiete, ist es unverzichtbar, auch auf die praktischen Gegebenheiten der notariellen Beurkundung und die Bedürfnisse des internationalen Rechtsverkehrs einzugehen.

² *Kleinmann* in NJW 1972, 373 f.; *Winkler* in NJW 1972, 891, 1973, 222, 1974, 1032 und in Rechtspfleger 1978, 44; *Bokelmann* in NJW 1972, 1729 und 1975, 1625; *Wuppermann* in AWD des BB 1974, 255; *van Randenborgh* in BB 1974, 483; *Stephan* in NJW 1974, 1596; *Müller-Gindullis* in RabelsZ 38 (1974), 640; *Mann* in ZHR 138 (1974), 448; *Maier-Reimer* in BB 1974, 1231; *Schmidt* in DB 1974, 1216 und 1976, 2202; *Kunze* in NJW 1974, 2167 und DB 1975, 193; *Brambring* in NJW 1975, 1255 und DNotZ 1976, 501; *Saupp* in NJW 1975, 2134; *Kropholler* in ZHR 140 (1976), 394; *Wolfsteiner* in DNotZ 1978, 532; *Geimer* in DNotZ 1981, 406; *Palandt/Heldrich*, BGB, Anm. 2-4 zu Art. 11 EGBGB; *Erman/Arndt*, BGB, RNR. 11 zu Art. 11 EGBGB; *Behrens* in Hachenburg, GmbHG, RNR. 98 ff. der Einleitung; *Staudinger/Großfeld*, BGB, RNR. 290 ff. zu IntGesR; *Spellenberg* in Münchner Kommentar, BGB, RNR. 9 f. und 19 zu Art. 11 EGBGB; *Rothoeft*, S. 113; *Kersten/Bühling/Appell*, S. 22; *Ferid*, S. 84, 127, 184; *Neuhaus*, S. 142, 351; *Kegel*, S. 279; *Raape/Sturm*, S. 327.

³ Beschluß des OLG Hamm vom 1.2.1974 — 15 Wx 6/74 — in NJW 1974, 1057 ff. = DNotZ 1974, 476 ff. = DB 1974, 669 und BB 1974, 482 ff. Beschluß des LG München I vom 5. Mai 1976 — 11 HKT 3099/76 — in DNotZ 1976, 501 und DB 1976, 2202; dieser Beschluß wurde aufgehoben durch Beschluß des BayObLG vom 18. Okt. 1977. NJW 1978, 500 f. (= DNotZ 1978, 170; Rechtspfleger 1978, 58; MDR 1978, 408). Beschluß des OLG Karlsruhe vom 10. April 1979 in RIW/AWD 1979, 567.

Die Gliederung der Arbeit in zwei Teile ergibt sich aus der Logik des zu behandelnden Rechtsgebietes: Für ausländische notarielle Urkunden gibt es zweierlei mögliche Geltungsgründe, nämlich

1. wenn und soweit das deutsche Recht die Ortsform zuläßt und das Ortsrecht die notarielle Beurkundung vorsieht und
2. die Anerkennung der ausländischen notariellen Beurkundung als Ersatz für eine nach deutschem materiellem Recht vorgeschriebene notarielle Beurkundung, wenn deutsches Recht (auch) Formstatut ist.

In einem konkreten Fall ist immer zuerst die erste kollisionsrechtliche Frage zu entscheiden, bevor die zweite Frage überhaupt untersucht werden kann, weil die zweite Fragestellung eine Ablehnung der Ortsform als Formstatut voraussetzt. Daraus ergibt sich auch die Reihenfolge der beiden Teile der vorliegenden Arbeit. In dem abschließenden Kapitel des II. Teils sollen die Ergebnisse des II. Teils an dem konkreten Beispiel der notariellen Beurkundung in England angewandt werden.

Zum Gegenstand des II. Teils der Arbeit sind noch folgende Abgrenzungen vorzunehmen:

Untersucht wird hier nur die Geltung ausländischer notarieller Urkunden, wenn das deutsche Recht notarielle Beurkundungen als Wirksamkeitserfordernis voraussetzt. Dagegen werden die Fälle, in denen notariell oder öffentlich beglaubigte Urkunden nach deutschem materiellen oder Verfahrensrecht verlangt werden, nicht herangezogen. Für diese Fälle geht die allgemeine Meinung davon aus, daß an die Stelle der deutschen notariellen Beglaubigung auch eine ausländische notarielle Beglaubigung treten kann, weil die Formvorschrift der notariellen Beglaubigung nur der Beweissicherung⁴ dient. Außerdem werden in dieser Arbeit die Fragen der internationalen Beurkundungszuständigkeit und der territorialen Begrenzung des Amtes des Notars⁵ sowie der Legalisierung⁶ von notariellen Urkunden, die im

⁴ So mit überzeugender Begründung Keidel / Kuntze / Winkler, RNR. 50 vor BeurkG und Winkler, NJW 1972, 981 (988); ebenso KG in IPR-Spr. 1926/27, S. 169 f.; die abweichende Meinung hierzu von Mosheim in DNotZ 1953, 250 ff., Saage in NDotZ 1953, 584 ff. und Weber in NJW 1955, 1784 ff., die von der Unersetzbarkeit auch der notariellen Beglaubigung ausging, kann heute als aufgegeben angesehen werden. Auch Jansen, RNR. 32 vor BeurkG ist wohl so zu verstehen, obwohl diese Ausführungen hinsichtlich dieser Frage in sich widersprüchlich gelesen werden können. Die Fälle, in denen statt öffentl. Beglaubigung nur notarielle Beglaubigung verlangt wird (§ 23 I 2 AktG und § 2 II GmbHG), sind wohl nur als Redaktionsversehen einzuordnen, ohne daß diese Abweichung einen inhaltlichen Grund hat.

⁵ Vgl. zu den Fragen der internationalen Zuständigkeit Jansen, RNR. 29 f. Einl. BeurkG; Keidel / Kuntze / Winkler, RNR. 44 vor BeurkG; Eder in BW-

Ausland verwandt werden sollen, nicht behandelt, obwohl sie in einem gewissen sachlichen Zusammenhang mit dem Thema dieser Arbeit stehen. Ausschlaggebend hierfür war die Überlegung, daß diese — für die Praxis nicht unwesentlichen — Fragen meist positiv-rechtlich geregelt sind oder — wenn eine solche Regelung fehlt — im großen und ganzen unbestritten sind. Auch hätte eine Ausdehnung des Gegenstandes der Arbeit deren Rahmen gesprengt.

Vorweg noch eine Bemerkung zur Terminologie: Um des besseren allgemeinen Verständnisses und der größeren Klarheit willen wurden anstelle der häufigen formelhaften Fremdwörter die deutschen Begriffe verwendet⁷ und auch auf eine Abwechslung der verschiedenen Ausdrucksweisen verzichtet, obwohl dadurch Einbußen bei der Lesbarkeit hingenommen werden mußten.

NotZ 1982, 74 ff.; sowie zu den Fragen der territorialen Begrenzung *Jansen*, RNr. 29 (am Anfang) vor BeurkG; *Keidel / Kuntze / Winkler*, RNr. 37 vor BeurkG.

⁶ Inwieweit ein solches Verfahren notwendig ist, ist teilweise in internationalen Vereinbarungen (Staatsverträge; Haager Übereinkommen über die Apostille vom 5. 10. 1961 — BGBl. II, 1965, 875 ff.; Text auch bei *Meikel / Imhof / Riedel*, RNr. 81 zu § 29 GBO) geregelt; wenn vertragliche Regelungen nicht eingreifen, müssen ausländische Urkunden grundsätzlich legalisiert sein (vgl. z. B. *Horber*, Anm. 7 b zu § 29 GBO; *Hildebrandt / Steckhan* in *Schlegelberger*, RNr. 8 zu § 12 HGB). Zu dem Haager Übereinkommen s. *Weber* in *DNotZ* 1967, 469 ff.; über die verschiedenen Abkommen und das Vorgehen im vertragslosen Verkehr s. amtl. Übersicht in *Die Justiz* 1976, 457 ff.

⁷ So insbes. Ortsformgrundsatz statt *locus regit formam actus*; Ersetzbarkeit statt *Fungibilität*; Geschäftsrecht statt *lex causae*; Vorbehaltsklausel statt *ordre public*; Verfahrensrecht statt *lex fori*; Umgehung statt *fraus legis*.