

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar a.D. Herbert Staudenmaier,  
Ellwangen

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Heidelberg

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)

**2/2003**

März/April  
Seiten 25–48

## Inhalt

### Aufsatz

*Sandweg*

Europarechtliche Vorgaben für Notargebühren  
in Baden . . . . . 25

*Hammann*

Das Widerrufsrecht bei verbundenen  
Verbraucherdarlehensverträgen . . . . . 34

Rechtsprechung . . . . . 38

Buchbesprechung . . . . . 45

Wir suchen qualifizierte(n)

## **Württ. Notariatsassessor(in)**

**Rechtsanwalt und Notar Dr. Dietrich Schütz**  
**Rechtsanwalt und Notar Gerhard Kleine**

Deutschhofstr. 35, 74072 Heilbronn

Telefon: 0 71 31/99 53 10

Telefax: 0 71 31/99 53 88

E-Mail: notare@schuetz-kleine.de

Für unser Anwaltsnotariat in der **Universitätsstadt Tübingen** suchen wir baldmöglichst eine(n)

## **Württ. Notariatsassessor(in)**

zur selbstständigen Vorbereitung und Abwicklung aller anfallenden Beurkundungen.

Wir bitten um schriftliche Bewerbung an:

**Notar Dr. Udo Babrowski**

Uhlandstraße 13, 72072 Tübingen

Telefax: 0 70 71/91 94 44

## **Württembergische Notarakademie Stuttgart** **Prüfungsjahrgang 2003**

Nach einem fünfjährigen, praxisintegrierten Studium erwerben wir die Qualifikation für das Amt des Notars im Landesdienst (Bezirksnotar). Als

### **Württembergische Notariatsassessoren/-assessorinnen**

sind wir junge **praxiserfahrene Kautelarjuristen** mit **Schwerpunkt Vertragsgestaltung** in den Bereichen:

- Grundstücksrecht einschließlich Wohnungseigentum und Bauträrgeschäfte
- Handels- und Gesellschaftsrecht
- Familien- und Erbrecht
- Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

Wir sind interessiert an Tätigkeiten in Notar- und Anwaltskanzleien, bei Steuerberatungs- und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften, Unternehmensberatungen, Banken, Bausparkassen und Versicherungen, in Rechts- und Liegenschaftsabteilungen, Unternehmen des Immobiliensektors und anderen einschlägigen Bereichen.

Frühester Einstellungstermin ist der **1. Oktober 2003**.

Wir freuen uns auf Ihr Angebot an: Bewerbungskomitee Prüfungsjahrgang 2003  
c/o Daniel Westa, Wernerstraße 6, 70736 Fellbach

Telefax (07 11) 5 85 30 98-5

e-mail: jobs@absolventen-notarakademie.de

Weitere Informationen auch im Internet unter: [www.notarakademie.de](http://www.notarakademie.de) oder [www.absolventen-notarakademie.de](http://www.absolventen-notarakademie.de)

## Europarechtliche Vorgaben für Notargebühren in Baden

Von Notar a. D. Dr. Hans Eberhard Sandweg, Müllheim/Baden

### I. Einleitung

Am 24. September 2002 hat das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – unter Az. 14 Wx 133/00 einen Beschluss gefasst, durch den die Anwendung der Richtlinie 69/335/EWG erheblich eingeschränkt werden soll. In diesem Beschluss vertritt das OLG Karlsruhe die Meinung, dass das Verbot aus Art. 10 lit. c der Richtlinie nur dann eingreife, wenn auch die Voraussetzungen des Art. 4 der Richtlinie gegeben seien.

Diese Rechtsprechung hat zur Konsequenz, dass z. B. Hauptversammlungen, Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen, Fusionen ohne Kapitalerhöhung, Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Kapitalgesellschaften, Sitzverlegungen im Inland und vieles mehr nicht von der Richtlinie 69/335/EWG trotz des Erfordernisses einer notariellen Beurkundung oder Beglaubigung erfasst werden. Darüber hinaus haben das OLG Karlsruhe in dem genannten Beschluss und das LG Freiburg<sup>1</sup> festgestellt, dass Gebühren für eine Unterschriftsbeglaubigung beim Höchstbetrag von 130 € gerade kostendeckend seien, so dass sämtliche Unterschriftsbeglaubigungen gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. e als Abgaben mit Gebührencharakter vom Verbot des Art. 10 lit. c der Richtlinie ausgenommen seien.

Auch wenn die Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 24. September 2002 im europäischen Kontext keinen Bestand haben kann, begrüßt sie die Spitze des Justizministeriums Baden-Württemberg, und die Kostenbeamten werden zur Anwendung der KostO bei diesen Vorgängen ebenso gezwungen sein, wie dies in der Zeit vom September 1999 bis Ende April 2002 trotz des EuGH-Urteils C-56/98 vom 29. 9. 1999 „Modelo I“<sup>4</sup> rechtsirrig der Fall war.

So hat die Bezirksrevisorin des Landgerichts Freiburg bereits in einem Rundschreiben an die Notariate ihres Bezirks vom 1. 10. 2002<sup>2</sup> die Rechtsmeinung geäußert, dass „*nicht jeder beurkundungspflichtige Vorgang, sondern nur Vorgänge der in Art. 4 RL genannten Art unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallen.*“

In den nachfolgenden Ausführungen wird untersucht, ob diese Rechtsmeinung mit dem europäischen Recht übereinstimmt.

### II. Beurkundungen durch Notare im Landesdienst

Die EWG hat am 17. Juli 1969 die Richtlinie 69/335/EWG betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital erlassen, die heute in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 gilt<sup>3</sup>. Danach darf auf die Ansammlung von Kapital innerhalb des europäischen

Marktes nur eine in allen Mitgliedstaaten gleich hohe Steuer erhoben werden.

Um dieses Ziel zu verwirklichen, sind alle indirekten Steuern verboten, die die gleichen Merkmale wie eine Gesellschaftsteuer aufweisen<sup>4</sup>. Das bedeutet: Unter die Richtlinie fallen alle Abgaben, die aufgrund der Rechtsform einer Gesellschaft mit Erwerbszweck veranlasst sind. Ausnahmsweise zulässig sind nur solche Abgaben, die Gebührencharakter aufweisen<sup>5</sup>. Inhaltlich betroffen sind somit nach Art. 10 der Richtlinie sämtliche staatlichen Abgange, denen eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen sind.

Die Mitgliedstaaten waren verpflichtet, diese Richtlinie bis zum 1. 1. 1972 in nationales Recht umzusetzen. Hinsichtlich der nach der KostO zu erhebenden Abgaben für notarielle Akte ist in Deutschland die Umsetzung unterblieben.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH handelt es sich bei der Richtlinie – unabhängig von einer Umsetzung in nationales Recht – um eine Norm, auf die sich jede Person berufen kann, da sie ausreichend konkret formuliert ist<sup>6</sup>. Die Richtlinie beinhaltet also seit 1. 1. 1972 innerhalb der europäischen Union unmittelbar geltendes Recht. Einen „Vertrauenstatbestand“ für den Einzelstaat auf Fortgeltung des nationalen Rechts bis zu einer Entscheidung durch den EuGH lehnt dieser ausdrücklich ab.<sup>7</sup>

Für den Bereich des notariellen Kostenrechts hat der EuGH festgestellt, dass eine Abgabe, die durch die im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Vorgangs zwingend vorgeschriebene Inanspruchnahme einer notariellen Dienstleistung veranlasst ist, dann als verdeckte Steuer gegen die Richtlinie verstößt, wenn ihre Höhe die tatsächlichen Aufwendungen übersteigt und hierdurch dem Staat eine Einnahme zufließt, die ganz oder teilweise im allgemeinen Staatshaushalt Verwendung findet<sup>8</sup>.

Mit Beschluss vom 21. 3. 2002 „Gründerzentrum“<sup>9</sup> hat der EuGH diese Rechtsprechung für das staatliche Notariat im Landesteil Baden des Landes Baden-Württemberg bestätigt. Hierbei blieb unter Hinweis auf das Urteil vom 21. 6. 2001 „SONAE“<sup>10</sup> unberücksichtigt, dass eine „Deckelung“ der Abgaben nach der KostO vorgeschrieben ist. Unmaßgeblich waren auch die weiteren Argumente des Landes Baden-Württemberg, das vorgetragen hatte, die Inanspruchnahme staatlicher Notare sei wegen des Vorhandenseins freiberuflicher Notare nicht zwingend und die

<sup>1</sup> Beschluss vom 4. 7. 2002 – 4 T 63/00

<sup>2</sup> Aktenzeichen E 565

<sup>3</sup> im Folgenden: Richtlinie

<sup>4</sup> Art. 10 Richtlinie

<sup>5</sup> Art. 12 Abs. 1 lit. e der Richtlinie

<sup>6</sup> Urteil C-188/95 vom 2. 12. 1997 „Fantask“

<sup>7</sup> Urteil C-426/98 vom 19. 3. 2002 „Kommission/Griechenland“

<sup>8</sup> Urteil C-56/98 vom 29. 9. 1999 „Modelo I“

<sup>9</sup> Beschluss C-264/99

<sup>10</sup> Urteil C-206/99

Tätigkeit der deutschen Notare erschöpfte sich nicht in einer „bloßen Formalität“.

Diese Entscheidung des EuGH folgt einer ständigen Rechtsprechung und ist nicht durch Urteil, sondern durch Beschluss gemäß Art. 104 § 3 der Verfahrensordnung des EuGH wegen Offensichtlichkeit der Rechtslage erfolgt.<sup>11</sup>

Es ist also davon auszugehen, dass innerhalb des staatlich organisierten Notariats für gesellschaftsrechtliche Vorgänge nur aufwandsbezogene Gebühren nach europäischem Recht zulässig sind. Die wirtschaftlichen oder rechtlichen Vorteile, die der rechtsuchenden Gesellschaft erwachsen, sind ohne Belang<sup>12</sup>, und für die Höhe des zu entschädigenden Aufwands ist der Staat darlegungspflichtig.<sup>13</sup>

### III. Argumente des OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg –

In einem Beschluss vom 24. 9. 2002 hat das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg –<sup>14</sup>, unter Anwendung des Beschlusses des EuGH „Gründerzentrum“<sup>15</sup> die Kostenrechnung des Notariats aufgehoben, soweit u. a. darin für die Beurkundung eines Verschmelzungsvertrags eine Gebühr von 30 220,00 DM nebst Umsatzsteuer und für die Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse eine Gebühr von 10 000,00 DM nebst Umsatzsteuer angesetzt waren. Zur erneuten Entscheidung über die Kostenansätze wurde die Sache an das Notariat zurückgegeben.

Ohne dass es im konkreten Fall vom OLG Karlsruhe – Zivilsenate Freiburg – als entscheidungserheblich angesehen wurde, da eine Kapitalerhöhung vorlag, führt das OLG in den Gründen des Beschlusses unter B I 2 das Folgende aus:

*„Demgemäß sind die von der Kostenschuldnerin angegriffenen Kostenansätze dann – und nur dann – mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie unvereinbar, wenn sie, ohne unter die Ausnahmeregelung nach Art. 12 Abs. 1 RL zu fallen, vom Verbotstatbestand des Art. 10 RL erfasst werden.“*

*Da die den hier angegriffenen Kostenansätzen zugrundeliegenden notariellen Leistungen im Vorfeld der in Art. 4 RL genannten Vorgänge liegen und somit von den diese in Bezug nehmenden Verbotstatbeständen nach Art. 10 lit. a und b nicht erfasst werden, kommt insoweit allenfalls ein Verbot nach Art. 10 lit. c in Betracht. Dabei ist das darin normierte Besteuerungsverbot – trotz fehlender ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 4 RL – auf solche aufgrund der Rechtsform der Gesellschaft vorgeschriebene Formalien beschränkt, die im Zusammenhang mit den in Art. 4 RL aufgeführten Vorgängen erfolgen (vgl. EuGH, Urteil vom 27. 10. 1998, C-152/97 – „Agas“ –, Tz. 21 [WM 1999, S. 343 ff, 345]; Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 868; ders. ZIP 2002, S. 667 ff., 668).*

Das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – bringt mit seinen Ausführungen zum Ausdruck, dass es nach der Richtlinie erlaubt sei, unbeschränkt Beurkundungsabgaben auf gesellschaftsrechtliche Vorgänge zu erheben, die nicht in Art. 4 der Richtlinie ausdrücklich aufgeführt sind. Jedenfalls legt die Bezirksrevisorin dem Beschluss des OLG Karlsruhe – Zivilsenate Freiburg – diese Bedeutung bei, und sie geht

mit dem OLG davon aus, dass zumindest in den Fällen eine Abgabe unbeschränkt zulässig sei, in denen es sich um eine Fusion durch Übernahme einer Gesellschaft durch eine andere, der das Kapital der Ersteren zu 100 % gehört, erhoben wird.

Diese Rechtsmeinung widerspricht dem Sinn und der Systematik der Richtlinie (hierzu unten a), findet in der zitierten Entscheidung des EuGH „Agas“ keine Stütze (hierzu unten b) und hat in der Vergangenheit bei der Umsetzung des Urteils des EuGH „Fantask“<sup>16</sup> bei Handelsregistergebühren auch zu Recht keine Anwendung gefunden (hierzu unten c).

#### a) Sinn und Systematik der Richtlinie

Der Richtlinie liegt die Konzeption eines Gemeinsamen Marktes zu Grunde. In diesem Markt, der die Eigenschaften eines Binnenmarktes haben soll, darf die Ansammlung von Kapital nur gleichmäßig hoch in allen Mitgliedstaaten mit Steuern belastet werden.<sup>17</sup>

Nach Art. 1 der Richtlinie erheben die Mitgliedstaaten „eine gemäß den Bestimmungen der Artikel 2 bis 9 harmonisierte Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften, die nachfolgend als Gesellschaftsteuer bezeichnet wird.“

Artikel 3 der Richtlinie bestimmt die Kapitalgesellschaften, auf die sie Anwendung findet. Artikel 4 und Artikel 9 nennen vorbehaltlich der Bestimmungen der Artikel 7 die Vorgänge, die der Gesellschaftsteuer unterliegen, und bestimmte Vorgänge, die die Mitgliedstaaten von dieser Steuer ausnehmen können.

Die Richtlinie unterscheidet zwischen der „Gesellschaftsteuer“, die u. a. in Artikel 4 und Artikel 9 genannt ist, und den „indirekten anderen“ Steuern. Hierzu heißt es im letzten Absatz der Präambel der Richtlinie:<sup>18</sup>

*„Die Beibehaltung anderer indirekter Steuern mit den gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftsteuer gefährdet die Zielsetzungen, die mit den in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen verfolgt werden; infolgedessen ist die Aufhebung dieser Steuern erforderlich.“*

Diese „anderen indirekten“ Steuern, die von den „Gesellschaftsteuern“<sup>19</sup> streng zu trennen sind<sup>20</sup> sind in den Artikeln 10 und 11 der Richtlinie 69/335 aufgeführt.<sup>21</sup>

Es soll generell in allen Mitgliedstaaten nur eine „Gesellschaftsteuer“ angewandt werden, die nur einmal innerhalb des Gemeinsamen Marktes erhoben wird und in allen Mitgliedstaaten gleich hoch ist.<sup>22</sup>

Die deutsche Körperschaftsteuer ist keine indirekte Steuer, sondern eine direkte Steuer, denn für sie gelten weitgehend die Grundsätze und Vorschriften des Einkommensteuerrechts,<sup>23</sup> so dass sie nicht der Richtlinie untersteht. Die harmonisierten in den Mitgliedstaaten zulässigen indirekten Steuern sind in Artikel 4 Absatz 1 der Richtlinie aufgezählt, und die Vorgänge, die die Mitgliedstaaten der Steuer unterwerfen können, sind in Absatz 2 des Art. 4 genannt. In Artikel 7 der Richtlinie sind die Fragen geregelt,

<sup>11</sup> Schreiben des EuGH an die Parteien des Verfahrens „Gründerzentrum“ vom 13. 11. 2001

<sup>12</sup> Urteil C-206/99 vom 21. 6. 2001 „SONAE“ Rdnr. 39

<sup>13</sup> GA Jacobs, Schlussanträge, „Fantask“ C-188/95, Slg. 1997, I-6783, Rdnr. 48

<sup>14</sup> Aktenzeichen 14 Wx 133/00 (6 T 95/00 B LG Konstanz; UR II 9/99 Notariat Meersburg)

<sup>15</sup> C-264/99

<sup>16</sup> ZIP 1998, 206

<sup>17</sup> Präambel der Richtlinie vom 17. 7. 1969

<sup>18</sup> vom EuGH auch „Begründungserwägung“ genannt

<sup>19</sup> siehe Art. 1 der Richtlinie

<sup>20</sup> vgl. Urteil des EuGH vom 10. 9. 2002 C-216/99 und C-222/99 „RiccardoPrisco“ Rdnr. 37, wo der EuGH ausdrücklich feststellt: „Dabei ist unstrittig, dass diese Abgaben keine Gesellschaftssteuern sind.“

<sup>21</sup> Schlussanträge GA Cosmas – C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6559

<sup>22</sup> EuGH Beschluss vom 21. 3. 2002 – C-264/00 „Gründerzentrum“ Ziff. 4

<sup>23</sup> BGBl 1991 I, 638

die die Sätze dieser harmonisierten Steuer betreffen.<sup>24</sup> Gemäß Art. 7 Absatz 1 der Richtlinie befreien die Mitgliedstaaten mit Ausnahme der in Art. 9 genannten Vorgänge diejenigen Vorgänge von der Gesellschaftsteuer, die am 1. Juli 1984 steuerfrei waren oder einem Gesellschaftsteuersatz von 0,50 % oder weniger unterlagen. Art. 7 Absatz 2 der Richtlinie bestimmt, dass die Mitgliedstaaten entweder alle anderen als die in Absatz 1 bezeichneten Vorgänge von der Gesellschaftsteuer befreien oder auf diese eine Steuer mit einem einheitlichen Satz von höchstens 1 % erheben.

In der Bundesrepublik Deutschland war die Gesellschaftsteuer im Kapitalverkehrsteuergesetz vom 17. 11. 1972 geregelt.<sup>25</sup> Durch das Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen der Finanzmärkte vom 22. 2. 1990 wurde die Gesellschaftsteuer in Deutschland mit Wirkung zum 1. 1. 1992 aufgehoben.<sup>26</sup> Der deutsche Gesetzgeber hat also von der in Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie eingeräumten Möglichkeit ausdrücklich Gebrauch gemacht. Eine Umdeutung der hier in Frage stehenden Notargebühren in eine nach Gemeinschaftsrecht zulässige harmonisierte Gesellschaftsteuer kommt folglich nicht in Betracht. Die rechtliche Bewertung der Notargebühren im badischen Rechtsgebiet richtet sich daher ausschließlich nach Art. 10 lit. c und 12 der Richtlinie.<sup>27</sup>

Bei den Abgaben, die im Rahmen einer Beurkundung gesellschaftsrechtlicher Vorgänge in Baden erhoben werden, handelt es sich also in keinem Fall um eine „Gesellschaftsteuer“, für die die Bestimmungen der Art. 4, 7 und 9 maßgeblich wären, sondern ausschließlich um „indirekte andere“ Steuern gemäß Art. 10 lit. c zweite Alternative („sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann.“), die generell verboten sind, sofern nicht eine Ausnahme des Art. 12 der Richtlinie gegeben ist.<sup>28</sup>

Eine Anwendung der Art. 4 und 9 der Richtlinie als Besteuerungsgrundlage scheidet in diesen Fällen aus der Systematik der Richtlinie von vornherein aus. Die Beurteilung der Frage, ob eine in einem Mitgliedstaat erhobene Steuer in Anbetracht der Vorgänge, die mit ihr belastet werden, eine „Gesellschaftsteuer“ im Sinne der Richtlinie darstellt, und auch der Frage, ob für sie hinsichtlich der Sätze die allgemeine oder die besondere Regelung der Richtlinie gilt, sind ausschließlich die Auslegungsgesichtspunkte zu berücksichtigen, die sich aus dem Wortlaut der Richtlinie, dem gesamten Aufbau ihrer Vorschriften und den Zielen, die mit ihr verfolgt werden, ergeben.<sup>29</sup>

Der EuGH stellt in ständiger Rechtsprechung ausdrücklich fest, dass „indirekte andere“ Steuern oder Abgaben gemäß Art. 10 lit. c der Richtlinie generell verboten sind. Die einzige Ausnahme findet sich in Art. 12 der Richtlinie. Die dort befindliche Aufzählung der Ausnahmen ist abschließend.<sup>30</sup>

Der Zweck der Richtlinie würde nämlich verfehlt, wenn auf die Ansammlung von Kapital weitere Ausnahmen zugelassen wären; denn in diesem Fall könnte jeder Staat unter Ausnutzung der (nicht in der Richtlinie aufgeführten) Ausnahme eigene Abgaben ohne Beschränkungen erfinden und damit der Vereinheitlichung des Marktes entgegen wirken. Dies hat der EuGH in mehreren Entscheidungen festgestellt. So heißt es im Urteil des EuGH vom 10. 9. 2002 C-216/99 und C-222/99 „Riccardo Prisco“ Rdnr. 38:

*„Artikel 10 der Richtlinie verbietet nach der letzten Begründungserwägung dieser Richtlinie insbesondere indirekte Steuern, die die gleichen Merkmale aufweisen wie die Gesellschaftssteuer. Dieses Verbot ist dadurch gerechtfertigt, dass die fraglichen Belastungen zwar nicht wegen der Kapitalzuführungen als solche, wohl aber wegen der Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft, also des Instruments der Kapitalansammlung anfallen, so dass ihre Beibehaltung die von der Richtlinie verfolgten Ziele ebenfalls gefährden würde (Urteile Denkavit Internationaal u. a., Randnr. 23, und Fantask u. a., Randnr. 21).“*

Bereits im Urteil vom 21. 9. 2000 „Modelo II“ – C-19/99 – hatte der EuGH unter Randnummer 27 ausgeführt:

*„Außerdem weist eine Abgabe in Form der Gebühr für die notarielle Beurkundung der Änderung der Firma und der Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft die selben Merkmale wie eine Gesellschaftssteuer auf, wenn sie auf der Grundlage des Kapitals der Gesellschaft berechnet wird. Andernfalls könnten die Mitgliedstaaten, obwohl sie auf die Ansammlung von Kapital als solche keine Steuer erheben, das selbe Kapital bei einer Änderung der Satzung einer Kapitalgesellschaft belasten. Der Zweck der Richtlinie könnte auf diese Weise umgangen werden (Urteil Modelo I, Randnr. 27).“*

Eine Inkorporierung des Art. 4 der Richtlinie als Voraussetzung der Anwendung des Art. 10 der Richtlinie würde letztlich zu diesem Ergebnis führen, so dass doch eine „indirekte andere“ Steuer in all den Fällen erhoben werden könnte, die die Richtlinie gerade generell von einer Besteuerung ausnehmen will. Damit wären die Ziele der Richtlinie gefährdet.

So stellt der EuGH fest, dass Art. 10 lit. c der Richtlinie nicht nur für eine Gesellschaftsgründung gilt, die in Art. 4 Abs. 1 lit. a aufgeführt ist. Weiter heißt es:

*„Das Gleiche muss gelten, wenn Abgaben für die Eintragung anderer gesellschaftsrechtlicher Handlungen anfallen, da sie wegen Förmlichkeiten im Zusammenhang mit der Rechtsform der betroffenen Gesellschaften erhoben werden. Auch wenn die Eintragung solcher Handlungen formell kein der Tätigkeit der Kapitalgesellschaften vorangehendes Verfahren darstellt, so ist sie doch eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung dieser Tätigkeit (in diesem Sinne Urteil Fantask u. a., Randnr. 22).“<sup>31</sup>*

Auch aus dem Beschluss des EuGH, der das badische Notariat behandelt, ergibt sich die Richtigkeit der vorstehenden Auslegung. Obwohl nämlich das vorliegende Amtsgericht Müllheim in seiner Fragestellung an den EuGH den Art. 4 der Richtlinie<sup>32</sup> ausdrücklich erwähnt, wird vom EuGH

<sup>24</sup> GA Cosmas Slg. 1996 I S. 517

<sup>25</sup> BGBl. 1972 I, S. 2130 ff., geändert durch Art. 8 des Gesetzes zur steuerlichen Förderung des Wohnungsbaus und zur Ergänzung des Steuerreformgesetzes 1990 vom 22. 12. 1989, BGBl. 1989 I, S. 2408 f.

<sup>26</sup> BGBl. I 1990, S. 266 ff.

<sup>27</sup> vgl. Urteil des EuGH vom 11. 11. 1999 „Henkel Hellas ABEE“ C-350/98, Slg. 1999-I, S. 8013, Randnr. 18-22; Schriftsatz der Europäischen Kommission vom 23. 10. 2000 in der Sache C-264/00 Randnr. 30, 31

<sup>28</sup> EuGH Beschluss vom 21. 3. 2002 – C-264/00 „Gründerzentrum“ Ziff. 29, 31

<sup>29</sup> GA Cosmas Slg. 1996 I S. 521

<sup>30</sup> Urteile des EuGH „Ponente Carni und Cispadana Costruzioni“, Slg. 1993, I S. 1915 Randnr. 24; sowie „Dansk Sparinvest“, Slg. 1988, S. 409 Randnr. 9; vgl. auch GA Cosmas Slg. 1996 I S. 519 Fußnote 17

<sup>31</sup> Urteil des EuGH vom 10. 9. 2002 C-216/99 und C-222/99 „Riccardo Prisco“ Rdnr. 39

<sup>32</sup> Im Vorlagebeschluss ist in Folge eines offensichtlichen Schreibfehlers Abs. 3 statt Abs. 1 des Art. 4 genannt.

weder in den Gründen, noch im Tenor des Beschlusses auf diese Bestimmung Bezug genommen. Vielmehr stellt der EuGH als einzige Kriterien, ob es sich bei der Abgabe um eine Steuer im Sinne der Richtlinie handelt, darauf ab, ob die Förmlichkeit zwingend vorgeschrieben ist und ob es sich um ein Rechtssystem handelt, in dem die notariellen Gebühren dem Staat zur Finanzierung seiner Aufgaben zufließen. Eine Einschränkung auf Vorgänge, die in Art. 4 der Richtlinie genannt sind, stellt der EuGH systemkonform an keiner Stelle auf.<sup>33</sup>

#### **b) Urteil des EuGH in der Rechtssache „Agas“ vom 27. 10. 1998 – C-152/97**

Das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – geht selbst nicht davon aus, dass der Text der Richtlinie die Inkorporierung des Art. 4 der Richtlinie in den Art. 10 lit. c der Richtlinie beinhaltet. Vielmehr meint das OLG „trotz fehlender ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 4 RL“ zu einer restriktiven Auslegung des Art. 10 lit. c der Richtlinie in Kostensachen badischer Amtsnotare berufen zu sein, nachdem der EuGH mit dem Urteil in der Sache „Agas“ vom 27. 10. 1998<sup>34</sup> den folgenden Leitsatz aufgestellt hat:

*„Die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 geänderten Fassung verbietet nicht, dass eine Registersteuer bei der Übernahme von Gesellschaften durch eine andere Gesellschaft erhoben wird, die bereits alle Aktien und Anteile der übernommenen Gesellschaft besitzt.“*

Es ist daher zu untersuchen, ob das Urteil „Agas“ diese vom OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – vorgenommene Auslegung der Richtlinie rechtfertigen kann.

Eine Entscheidung des EuGH behandelt in Prozessen nach Art. 177 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft vom 25. März 1957 i. d. F. des Vertrages über die Europäische Union vom 7. Februar 1992 – EGV – (Vorabentscheidungsverfahren) grundsätzlich nicht die Lösung eines Falles. Es befasst sich vielmehr ausschließlich mit der Beantwortung einer oder mehrerer Rechtsfragen, die das vorlegende Gericht dem EuGH gestellt hat. Aus Artikel 177 EGV wird in ständiger Rechtsprechung abgeleitet, dass allein das nationale Gericht dazu befugt ist, den Gegenstand der Vorabentscheidungsfragen, die es vorlegen will, zu definieren. Der EuGH kann folglich selbst auf einen dahingehenden Antrag eines Beteiligten des Ausgangsverfahrens keine Frage prüfen, die ihm vom nationalen Gericht nicht vorgelegt worden ist, oder den Gegenstand der ihm vorgelegten Fragen erweitern,<sup>35</sup> um Hinweise auf eine nach Auffassung des EuGH möglicherweise richtige Lösung des Falles zu geben und eine Fragestellung des nationalen Gerichts zu korrigieren.

In diese Richtung zielt eine Bemerkung des Generalanwalts *Cosmas* in seinen Schlussanträgen zu dem Verfahren „Agas“:

*„Wenn der Gerichtshof zu der Frage Stellung nehmen möchte, ob die Regelung der vollständigen Befreiung von der Gesellschaftsteuer nach Art. 7 Absatz 1 Buchstabe b der geänderten Fassung der Richtlinie 69/335 auf Fusionen von Gesellschaften anwendbar ist, so kann diese Frage demnach meines Erachtens nur bejaht werden, und zwar mit allen*

*Folgen, die sich daraus für die streitige italienische Registersteuer ergeben.“*

GA *Cosmas* fügt in der Anmerkung hinzu: „Es ist im übrigen bezeichnend, dass die italienische Regierung nach dem Urteil *Bautiaa und Société française maritime* Artikel 4 Buchstabe b der Tabelle im Anhang zum Präsidialdekret Nr. 131/86 durch Erlaß des Präsidialdekrets Nr. 323/96 geändert und die proportionale Registersteuer durch eine feste Steuer in Höhe von 250 000 LIT ersetzt hat.“<sup>36</sup>

Eine vollständige rechtliche Prüfung des Falles „Agas“ kann also dem EuGH nicht unterstellt werden. Im Licht dieser Vorgaben ist das Urteil zu bewerten.

Die Commissione tributaria provinciale Mailand hatte dem EuGH zur Vorabentscheidung die folgende Frage vorgelegt:

*„Beziehen sich die Vorschriften über die Einheitlichkeit der indirekten Besteuerung von Einbringungen in Kapitalgesellschaften in der Union auch auf den Fall einer Fusion durch Übernahme einer Gesellschaft durch eine andere, der bereits 100 % des Kapitals der erstgenannten Gesellschaft gehörten?“<sup>37</sup>*

In seiner Stellungnahme weist Generalanwalt *Cosmas* rügend darauf hin, dass das nationale Gericht in seinem „lakonischen“ Vorlagebeschluss nicht erwähne, welche Bestimmung des Gemeinschaftsrechts der EuGH auslegen solle. Aus dem Sachverhalt des Rechtsstreits ermittelt sodann GA *Cosmas*, dass „im wesentlichen die Auslegung der Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c und 7 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 69/335 in der geänderten Fassung der Richtlinie 85/303 gemeint“ sei. Denn in dem Rechtsstreit geht es nicht um eine etwaige vollständige Befreiung von der Gesellschaftsteuer (wie aus der oben zitierten Randnr. 111 der Schlussanträge GA *Cosmas* zu entnehmen ist), sondern um die Frage, ob der Staat anstelle einer Gesellschaftsteuer von 1 % eine wesentlich geringere Gesellschaftsteuer mit einem inzwischen gültigen Festbetrag von 250 000 LIT zu erheben hatte.

Dem Fall „Agas“ lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Die Aktiengesellschaft *Abruzzi Gas Agas SpA* („Agas“), eine Methangasproduzentin, hielt das gesamte Kapital der *Briangas SpA* und der *Italgasdotti Serio Srl*. Nach der Fusion durch Übernahme der beiden Tochtergesellschaften durch die „Agas“ wurde eine Registersteuer von 1 % auf das Nettovermögen der übernommenen Gesellschaften (in Höhe von 236 052 000 LIT) erhoben. Die Aktiengesellschaft „Agas“ machte geltend, dass die nationale Vorschrift, anhand deren diese Steuer erhoben worden sei, gegen die Artikel 4 und 7 der geänderten Fassung der Richtlinie 69/335 verstoße, die Steuererleichterungen für bestimmte Kapitalzuführungen vorsähen, zu denen auch Fusionen durch Übernahme gehörten, was zu einer Registersteuer mit Festbetrag von nur 250 000 LIT führe.

Durch Decreto-legge Nr. 323 vom 20. 6. 1996 hatte nämlich Italien ab 20. 6. 1996 seine ursprüngliche Registersteuer von 1% auf einen Festbetrag von 250 000 LIT umgestellt. Die Anknüpfung dieser Steuern erfolgte an Rechtsakte, die zur Registereintragung vorgelegt wurden, und zwar unabhängig davon, ob der Rechtsakt eintragungspflichtig war oder nur freiwillig zur Eintragung kommen sollte. Bei diesen Steuern handelte es sich nach der Auslegung des italienischen Gerichts, an die der EuGH – wie oben dargestellt – gebun-

<sup>33</sup> EuGH Beschluss vom 21. 3. 2002 C-264/00 „Gründerzentrum“ Rdnr. 27, 28

<sup>34</sup> C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – 6582 ff.; im Folgenden auch Fall „Agas“ genannt

<sup>35</sup> GA *Cosmas* Slg. 1996 I, S. 515 m. Nachweisen

<sup>36</sup> Schlussanträge GA *Cosmas* C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6580 Randnr. 111

<sup>37</sup> Schlussanträge GA *Cosmas* – C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6564

den war, um eine indirekte Gesellschaftsteuer im Sinne des Art. 4 der Richtlinie.

In dem Rechtsstreit ging es also im Wesentlichen um die Prüfung der Frage, ob ein Vorgang das Wirtschaftspotential verstärkt und daher der Gesellschaftsteuer unterworfen werden kann, obwohl keine Kapitalerhöhung erfolgt.<sup>38</sup>

Es handelt sich also im vorliegenden Fall „Agas“ um eine Frage der Höhe einer Besteuerung mit einer „Gesellschaftsteuer“ und weder um die Frage, ob überhaupt eine Steuer erhoben werden durfte, noch um die Frage, ob – wie in den Fällen der Abgabe in Zusammenhang mit einer notariellen Beurkundung – eine „indirekte andere“ Steuer im Sinne des Art. 10 lit. c der Richtlinie aufgrund einer „Formalität“ in Betracht gezogen werden muss.

Wenn Görk in seinem vom OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – zitierten Aufsatz<sup>39</sup> aus dem Urteil „Agas“ die Frage aufwirft, ob das Verbot der indirekten Besteuerung nach Art. 10 lit. c weiter reiche „als das Verbot der direkten Besteuerung nach Art. 10 Buchst. a und b“, so zeigen die oben dargestellten Zusammenhänge, dass sich diese Fragestellung nicht aus dem Urteil „Agas“ herleiten lässt.

GA Cosmas bezeichnet es in seinem Schlussantrag zum Verfahren „Agas“ als „interessant“, die Begründung des Decreto-legge Nr. 323/96 zu lesen und zitiert aus dem Bericht über das italienische Gesetzgebungsverfahren u. a. folgendes:

*„Der italienische Staat hat sich dagegen noch nicht an diese Richtlinie angepasst, da die proportionale Steuer von 1 % immer noch für diese Vorgänge gilt; damit hat er die Rechtsordnung eines Instruments fundamentaler Bedeutung für die Rationalisierung der Produktivstrukturen beraubt und dabei gegen die Gemeinschaftsregeln verstoßen, die in Anbetracht ihres zwingenden Charakters als in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar angesehen werden und aufgrund deren die Commissioni tributarie in einigen Fällen eine Steuerbefreiung zubilligen konnten, auch wenn eine Umsetzung in das nationale Recht noch nicht erfolgt ist.“<sup>40</sup>*

In dem Rechtsstreit hatte die Europäische Kommission die Auffassung vertreten, dass das Fehlen ausdrücklicher Rechtsvorschriften zur Regelung des Falles der Fusion einer Gesellschaft mit einer anderen, der erstere zu 100 % gehört, unter Umständen darauf zurückzuführen sei, dass dieser Vorgang praktisch nicht häufig genug vorlag, um ein ausdrückliches Tätigwerden des Gesetzgebers zu rechtfertigen.<sup>41</sup> Diese Lücke innerhalb der Bestimmungen über die Gesellschaftsteuern ist in der Tat von untergeordneter Bedeutung, wenn man sie in den richtigen Kontext stellt. Denn ein Staat wird es nicht unternehmen, eine Gesellschaftsteuer nur für den Fall gesetzlich festzusetzen, dass die Fusion einer Gesellschaft mit einer anderen ihr bereits zu 100 % gehörenden Gesellschaft erfolgt. Gleichwohl meinte die Europäische Kommission, dass die im Fall „Agas“ vorliegende Übernahmefusion unter Art. 4 Abs. 1 lit. c der Richtlinie falle. Auch sei sie, wie in Art. 7 Abs. 1 lit. b der Richtlinie vorgesehen, von der Gesellschaftsteuer auszunehmen, selbst wenn für diese Fusion nicht im Gegenzug ausschließlich Gesellschaftsanteile an die

Gesellschafter der übernommenen Unternehmen ausgegeben würden.<sup>42</sup>

Durch das oben bereits genannte Decreto-legge Nr. 323 vom 20. 6. 1996 hatte Italien auf eine Entscheidung des EuGH reagiert, die auf Vorschlag des Generalanwalts Cosmas in den Rechtssachen Société Bautiaa und Société française maritime ergangen war. Dieser Vorschlag lautete:

*„Die Einführung oder die Beibehaltung einer proportionalen Steuer durch einen Mitgliedstaat, die erhoben wird, wenn eine Kapitalgesellschaft ihr gesamtes Vermögen in eine andere Kapitalgesellschaft einbringt und dafür als Gegenleistung nur Gesellschaftsanteile der letztgenannten Gesellschaft erhält, ist ... mit Artikel 7 Absatz 1 der Richtlinie ... nicht vereinbar.“<sup>43</sup>*

Im Sinne dieses Vorschlags hat der EuGH mit anderem Wortlaut bezogen auf den konkreten Fall unter Berücksichtigung des Steuersatzes entschieden.<sup>44</sup> Der EuGH hat in der genannten Rechtssache den Begriff „Fusion“ im weiten Sinne verwendet, indem die verschiedenen Fusionsformen einbezogen wurden, und zwar sowohl in den Fällen, in denen eine Erhöhung des Kapitals „durch Einlagen jeder Art“ nach Artikel 4 Absatz 1 lit. c der Richtlinie erfolgt, als auch in denjenigen, in denen eine Aktiengesellschaft ihr gesamtes Gesellschaftsvermögen in eine andere Aktiengesellschaft einbringt, was allerdings der besonderen Befreiungsregelung nach Artikel 7 Absatz 1 der genannten Richtlinie unterliegt.<sup>45</sup>

Das Urteil „Agas“ entscheidet also lediglich die Frage, ob eine Gesellschaftsteuer bei einer Fusion, bei der die übernehmende Gesellschaft bereits alleinige Eigentümerin der zu übernehmenden Gesellschaft ist, den gleichen Gesellschaftsteuerkriterien unterliegt, wie eine Fusion unter Erhöhung des Kapitals. Hierzu führt GA Cosmas aus, Art. 4 Absatz 1 lit. d sei auf den vorliegenden Fall nicht anzuwenden, da diese Bestimmung ausdrücklich verlange, dass für die Einlagen jeder Art Rechte gewährt werden, wie sie Gesellschaftern zuteil werden (und nicht Gesellschaftsvermögen verkörpern), was hier offensichtlich nicht der Fall sei. Auch lehnt GA Cosmas die Anwendung von Artikel 4 Abs. 2 lit. b der Richtlinie ab, da die Voraussetzungen nicht erfüllt seien.<sup>46</sup> Auch seine Prüfung von Artikel 7 Absatz 1 lit. b der Richtlinie führt zu dem Ergebnis, dass der spezielle Vorgang nicht die in Artikel 7 Absatz 1 lit. b der Richtlinie genannten Voraussetzungen erfülle, so dass eine Befreiung von der Gesellschaftsteuer nicht erfolgen könne.<sup>47</sup>

Im Fall „Agas“ lautete daher der Entscheidungsvorschlag des Generalanwalts Cosmas:<sup>48</sup>

*„Die Artikel 4 Absatz 1 Buchstabe c und 7 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der geänderten Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 verbieten es nicht, dass eine Registersteuer bei der Fusion durch Übernahme einer Gesellschaft durch eine andere, der das Kapital der Ersteren zu 100 % gehört, erhoben wird.“*

<sup>42</sup> Schlussanträge GA Cosmas – C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6565

<sup>43</sup> Société Bautiaa und Société française maritime C-197/94 und C-252/94Slg. 1996 I S. 529

<sup>44</sup> Slg. 1998 I S. 546 Randnr. 40 ff.

<sup>45</sup> Schlussanträge GA Cosmas C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6566

<sup>46</sup> Schlussanträge GA Cosmas C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6569

<sup>47</sup> Schlussanträge GA Cosmas C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6579

<sup>48</sup> Schlussanträge GA Cosmas C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6581

<sup>38</sup> Schlussanträge GA Cosmas – C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6567

<sup>39</sup> DNotZ 1999, 868, 869

<sup>40</sup> Schlussanträge GA Cosmas – C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6562

Fußnote 10

<sup>41</sup> Schlussanträge GA Cosmas – C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6577

Konsequenterweise prüft der EuGH in seinem Urteil „Agas“ auch nicht den Gesichtspunkt des Art. 10 lit. c der „Formalität“, denn die fragliche italienische Gesellschaftsteuer knüpft nicht an einen solchen Formalakt an. Daher beendet der EuGH seine Prüfung bei Art. 10 lit. c „vorangehende Eintragung“,<sup>49</sup> und der vom OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – missverständliche lapidare Urteilstenor erklärt sich aus einer Fragestellung des italienischen Gerichts, die von Generalanwalt Cosmas als „lakonisch“ gerügt worden war.<sup>50</sup>

Aus dem oben zitierten Vorschlag des Generalanwalts und der Entscheidung des EuGH folgt, dass es sich bei dem Urteil „Agas“ um eine spezielle, streng am Text der Richtlinie orientierte Entscheidung zu einer italienischen Registersteuer, also einer Gesellschaftsteuer im Sinne des Art. 4 der Richtlinie, handelt, die keinen Bezug zu den „anderen indirekten Steuern“ im Sinne des Art. 10 lit. c unter dem Aspekt der „sonstigen Formalität“ aufweist. Das Urteil im Fall „Agas“ ist also für die Fälle einer notariellen Gebühr im OLG-Bezirk Karlsruhe nicht einschlägig.

### c) Weitere Belege aus der Rechtsprechung für die Richtigkeit der Darlegungen

Wie oben beschrieben, ergeben sich aus der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH keine Gesichtspunkte, die eine Auslegung der Richtlinie zu Art. 10 lit. c dahingehend rechtfertigen könnten, dass das Besteuerungsverbot sich nur auf solche Formalien beschränke, die im Zusammenhang mit den in Artikel 4 der Richtlinie aufgeführten Vorgänge erfolgten.<sup>51</sup>

Als Beispiele aus der Rechtsprechung des EuGH seien die folgenden Entscheidungen aufgeführt:

Urteil vom 29. September 1999 C-56/98 „Modelo I“ unter Randnr. 27 nennt *Änderung der Firma und Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft*.

Urteil vom 21. September 2000 C-19/99 „Modelo II“ unter Randnr. 27 nennt *Änderung der Firma und Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft*.

Urteil vom 26. September 2000 C-134/99 „IGI“ betreffend *Bescheinigungen über die Zulässigkeit der Firma und der Bezeichnungen*.

Urteil vom 21. Juni 2001 C-206/99 „SONAE“ betreffend u. a. *Verschmelzung, Spaltung und Auflösung der Gesellschaft*.

Urteil vom 19. März 2002 C-426/98 „Kommission / Hellenische Republik“ *Abgaben an den Sozialfonds bei Bekanntmachungen der Satzung der Gesellschaften und der Akte zur Verlängerung der Dauer dieser Gesellschaften*.

Beschluss vom 21. März 2002 C-264/00 „Gründerzentrum“ unter Randnr. 29 nennt *Änderung der Firma und Verlegung des Sitzes einer Kapitalgesellschaft*.

Urteil vom 10. September 2002 C-216/99 und C-222/99 „Riccardo Prisco“ *Gründung, Kapitalerhöhung, Verlängerung des Bestehens einer Gesellschaft, Änderung des Zwecks oder der Rechtsform der Gesellschaft, Fusionen, sonstige Änderungen des Gründungsakts und gesellschaftsrechtliche Handlungen, die nach dem italienischen Zivilgesetzbuch eintragungspflichtig sind*.

<sup>49</sup> Urteil des EuGH „Agas“ vom 27. 10. 1998 – C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – 6582 ff., Randnr. 27

<sup>50</sup> Schlussanträge GA Cosmas C-152/97 – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6564

<sup>51</sup> so jedoch OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – in seinem Beschluss vom 24. September 2002, Az.: 14 Wx 133/00

Auch die deutschen Gerichte haben in der Vergangenheit keine Entscheidungen getroffen, die der Annahme des OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – in seinem genannten Beschluss vom 24. September 2002 entsprechen. Aus der obergerichtlichen Rechtsprechung ist hierzu der Beschluss des OLG Karlsruhe, allerdings nicht Zivilsenate in Freiburg, vom 3. Januar 2001, Az.: 11 Wx 67/00 wie folgt zu zitieren:<sup>52</sup>

*„Die obergerichtliche deutsche Rechtsprechung ist im Anschluss an die Entscheidung des EuGH der – soweit ersichtlich – einhelligen Auffassung, dass die Wertgebühren nach § 26 KostO gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen, sofern sie der Höhe nach den tatsächlichen Aufwand übersteigen, und daher richtlinienkonform reduziert werden müssen, solange der Gesetzgeber die Richtlinie nicht umgesetzt hat (BayObLG NJW 1999, 652; BayObLG NJW 1999, 654; OLG Köln NJW 1999, 1341; OLG Zweibrücken WM 1999, 1631 – jeweils für Eintragung einer Zweigniederlassung; BayObLG ZIP 1999, 363 – Ausscheiden eines Kommanditisten; OLG Köln ZIP 2000, 311 – Eintragung einer Prokura; OLG Schleswig SchIHA 2000, 118 – Einlagenerhöhung und Eintritt eines Kommanditisten).“*

Weiter heißt es in dem Beschluss des OLG Karlsruhe vom 3. Januar 2001:<sup>53</sup>

*„Die gerichtliche Bestellung des Gründungsprüfers einer Aktiengesellschaft nach § 33 Abs. 3-5 AktG wird von Art. 10 der Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaften vom 17. 7. 1969 (69/335/EWG – Gesellschaftsteuerrichtlinie) erfasst und ist deshalb an der hierzu ergangenen Auslegung des EuGH zu messen.“*

Keine der hier genannten gerichtlichen Tätigkeiten, die zu Recht von den zitierten Obergerichten der Richtlinie unterstellt worden sind, sind in Art. 4 der Richtlinie genannt, so dass diese obergerichtlichen Entscheidungen der Interpretation widersprechen, die das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – in seinem Beschluss vom 24. September 2002 vorgenommen hat.

### IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache „Codan“ C-236/97 und die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen

Das Urteil des EuGH vom 17. Dezember 1998 in der Rechtssache „Codan“ wird als Beleg für die Meinung angeführt, dass die Abtretung von GmbH-Geschäftsanteilen nicht unter das Verbot des Art. 10 lit. c der Richtlinie falle.<sup>54</sup> Bei diesem Rechtsstreit ging es um die Frage, ob eine dänische Steuer auf die Übertragung von Aktien von der Erlaubnis aus Art. 12 Abs. 1 lit. a der Richtlinie bei einer Abwicklung außerhalb der Börse erfasst werde, obwohl in der dänischen wie in der deutschen Fassung der Richtlinie ausdrücklich nur eine „Börseumsatzsteuer“ genannt sei. Der EuGH kommt in seinem Urteil aus Gründen der Einheitlichkeit der europäischen Rechtsordnung und dem Sinn der Richtlinie zu dem Ergebnis, dass es nicht darauf ankomme, „ob die Aktienübertragung über die Börse oder direkt zwischen dem Veräußerer und dem Erwerber erfolgt ist.“

Es ist fraglich, ob die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen unter die Erlaubnis des Art. 12 Abs. 1 lit. a oder lit. c überhaupt zu subsumieren ist, da die Notargebühr nicht an den Übertragungsakt sondern an den Formalakt der Beurkundung anknüpft und daher eine Kapitalverkehrsteuer

<sup>52</sup> Rpfleger 2001, 271

<sup>53</sup> Rpfleger 2001, 271

<sup>54</sup> Görk, DNotZ 1999, 870 f.



also im staatlichen Notariat nur als verdeckt erhoben anzunehmen ist. Aber selbst wenn diese Erlaubnis aus Art. 12 Abs. 1 lit. a oder lit. c abgeleitet werden könnte, würde diese Steuer nicht dem Fiskus des Landes Baden-Württemberg zustehen. Wie oben bereits ausgeführt, war Rechtsgrundlage für die in Frage kommende Gesellschaftsteuer das Kapitalverkehrsteuergesetz i. d. F. vom 17. 11. 1972,<sup>55</sup> aufgehoben durch das Finanzmarktförderungsgesetz vom 22. 2. 1990.<sup>56</sup>

Gesellschaftsteuern kamen in unterschiedlicher Ausgestaltung mit dem industriellen Aufschwung im vorigen Jahrhundert erstmals auf, da es für Gewinne der Kapitalgesellschaften damals noch keine Einkommen- oder Körperschaftsteuer gab. Um sie steuerlich zu erfassen, wurden sie in den deutschen Einzelstaaten ab 1850 zunächst zu Urkundensteuern in der Form von Stempelabgaben auf Gesellschaftsverträge herangezogen. Nach dem preußischen Stempelsteuergesetz von 1909 wurde von den Gesellschaften m. b. H. bei der Errichtung, bei der Erhöhung des Stammkapitals und der Einforderung von Nachschüssen eine Steuer in Höhe von 1,4 % bis 1,5 % erhoben. Im Jahr 1922 wurde das Besteuerungsrecht in das neue Kapitalverkehrsteuergesetz eingebaut und mit dem Urkundenprinzip gebrochen, indem die Gesellschaftsteuer seither die Kapitalzuflüsse ohne Rücksicht auf eine Beurkundung erfasste.

1969 wurde durch das Finanzreformgesetz die Gesellschaftsteuer dem Bund zugewiesen. Der Gesellschaftsteuer unterlagen insbesondere der erste Erwerb von Gesellschaftsrechten, der sich insbesondere bei der Gründung von inländischen Kapitalgesellschaften und bei Kapitalerhöhungen vollzieht.<sup>57</sup>

Selbst wenn man also von der Zulässigkeit eine Abgabe ausgeht, wie sie anlässlich der Beurkundung von GmbH-Geschäftsanteilsabtretungen durch die staatlichen Notare in Baden erfolgt, müsste diese Steuer im Hinblick auf das 1969 erlassene Finanzreformgesetz ausschließlich dem Bund zustehen.

Auch nach dem deutschen nationalen Recht muss man im übrigen zu dem Ergebnis kommen, dass die Kosten für Beurkundungen und Beglaubigungen, die durch die staatlichen Notare vorgenommen werden, generell nicht mehr nach der KostO zu erheben sind.

Es gilt nämlich, dass nationalstaatliche Gesetze, die der Richtlinie widersprechen, nicht mehr verbindlich sind, da das Gemeinschaftsrecht Anwendungsvorrang besitzt.<sup>58</sup>

Nach § 140 Satz 1 KostO sollen sich die Kosten der Notare aber „ausschließlich“ nach der KostO bestimmen. Durch die Richtlinie ist in ihrer Auslegung durch den EuGH somit die gesetzliche Regelung der Ausschließlichkeit außer Kraft gesetzt, denn eine einheitliche Kostenerhebung für notarielle Dienstleistungen ist innerhalb der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr möglich.

Wenn nach europäischem Recht Abgaben der KostO der Charakter einer (verdeckten indirekten) Steuer beizumessen ist, da sie ganz oder teilweise im allgemeinen Staatshaushalt verwendet werden, wird ihnen dieser steuerliche Charakter auch nach nationalem deutschem Recht nicht abzuspochen sein. Geht man nämlich von dem Gleichlauf der deutschen mit der europäischen Rechtsordnung aus, gibt es

keinen Grund, nur die Abgaben als Steuern zu qualifizieren, die der Richtlinie 69/335/EWG unterfallen, während anderen Abgaben, die aufgrund sonstiger notarieller Dienstleistungen dem Staat geschuldet werden, dieser Charakter abgesprochen werden soll.<sup>59</sup>

Festzustellen ist daher, dass im staatlichen Notariat sämtliche Abgaben, die den Aufwand überschreiten, auch dann verdeckte Steuern darstellen, wenn sie keine gesellschaftsrechtlichen Vorgänge betreffen und daher das Verbot der Richtlinie nicht eingreift.

Die Bestimmungen der §§ 140 ff KostO beziehen sich nicht auf Steuern, sondern der Gesetzgeber geht davon aus, dass diese Normen der KostO ausschließlich Gebühren und Auslagen betreffen, denn durch das Gesetz zur Verbesserung der Rahmenbedingungen der Finanzmärkte vom 22. 2. 1990 wurde die Gesellschaftsteuer in Deutschland mit Wirkung zum 1. 1. 1992 aufgehoben.<sup>60</sup> Wenn aber durch die vorrangige europäische Richtlinie diesen Normen ihre Grundlage als Gebührenordnung entzogen ist, so erfordert es die Einheitlichkeit der nationalen Rechtsordnung, dass durch die Richtlinie für den gesamten Bereich des staatlichen Notariats die Bestimmungen der KostO außer Kraft gesetzt sind.

Ohne allein auf den Begriff der „Steuer“ abzuheben, gebietet es außerdem der Gleichheitssatz des Art. 3 GG, dass eine verhältnismäßige Gleichheit der Abgaben, die für Beurkundungs- und Beglaubigungsvorgänge im staatlichen Notariat zu erheben sind, gewahrt werden muss.<sup>61</sup>

Diese Gleichheit wäre nicht gegeben, wenn z.B. für die Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils bei einem Gegenstandswert von 1 Mio. € eine Gebühr von ca. 3700 € erhoben würde, während für die Gründung einer GmbH mit gleichem Gegenstandswert ein Betrag von weit unter 500 € nach dem Aufwand als angemessen erscheinen müsste.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Normierung der KostO eine Wahl dahingehend getroffen, dass er die Kosten im gesellschaftsrechtlichen (der Richtlinie 69/335/EWG unterstehenden) Bereich denjenigen in anderen Bereichen gleichgestellt hat. Sämtliche Kosten sollen sich nämlich am Gegenstandswert ausrichten. Dieser Gleichlauf wird gemäß Art. 3 GG auch dann aufrecht zu erhalten sein, wenn durch höherrangiges europäisches Recht generell ein anderer Maßstab (Kostendeckungsprinzip anstelle des Wertgebührensystems) gefordert wird.

Dies hat zur Folge, dass alle Gebühren im staatlichen Notariat ausschließlich nach konkretem Aufwand, nämlich dem Kostendeckungsprinzip, zu erheben sind. Denn durch den vom europäischen Recht erzwungenen Paradigmenwechsel von Wert- zu Aufwandsgebühren ist wegen der Systemverschiedenheit dieser Bemessungsgrundlagen eine geltungserhaltende Reduktion nicht möglich.

Diese für das staatlich organisierte Notariat ergänzende verfassungskonforme Auslegung der KostO geht einer Vorlage

<sup>55</sup> vgl. BVerfG Beschluss vom 10. 3. 1998; Wilke, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, 196

<sup>60</sup> BGBl. I 1990, S. 266 ff.

<sup>61</sup> BVerfGE 50, 217, 226 f.; BVerfG – Vorprüfungsausschuss – NJW 1984, 1871; Korintenberg/Lappe KostO § 32 Rdnr. 7 und KostO § 79 Rdnr. 1a nach deutschem Recht wirkt sich die Begrenzung über das aus Art. 3 GG abgeleitete Verfassungsprinzip der verhältnismäßigen Gleichheit auch auf die Gebühren für andere Handelsregistereintragen aus.“ ; vgl. auch Blumenwitz, NJW 1989, 621; E. Klein/Schmahl, Anm. zu EuGH, WuB II N. 1999, 248; Mathias, JurBüro 1998, 566; Lappe, NJW 2000, 1148; vgl. auch Korintenberg/Bengel/Tiedtke KostO § 26 Rdnr. 13c „Welche Auswirkungen diese Entscheidung [EuGH Beschluss vom 21. 3. 2002] haben wird, ist derzeit nicht absehbar.“

<sup>55</sup> BGBl. 1972 I S. 2129

<sup>56</sup> BGBl. 1990 I S. 266

<sup>57</sup> Quelle: home-page des Bundesfinanzministeriums

<sup>58</sup> vgl. Gustavus ZIP 1998, 502/503; Müller-Graff DRiZ 1996, 305/306 ff.

an das BVerfG gemäß Art. 100 GG vor. Sollte allerdings für die gesamte Bundesrepublik Deutschland die Kostenordnung im Hinblick auf die Verhältnisse im staatlichen Notariat gemäß Art. 3 GG in Frage gestellt werden, wird eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nicht zu vermeiden sein.<sup>62</sup>

## V. Vorlagepflicht des nationalen Gerichts

Das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – war nicht befugt, die Richtlinie eigenständig auszulegen. Die Auslegung einer Vorschrift des Gemeinschaftsrechts erfolgt nämlich ausschließlich durch den EuGH „in Ausübung seiner Befugnisse aus Artikel 177 des Vertrages“, und daraus folgt für die nationalen Gerichte, dass sie „die Vorschrift in dieser Auslegung ... anwenden können und müssen.“<sup>63</sup>

So betont der EuGH auch ausdrücklich in seinem Urteil vom 2. Dezember 1997 „Fantask“ C-188/95 unter Randnummer 25, dass die Auslegung des streitigen Begriffs der Gesellschaftsteuer „in seiner allgemeinen Bedeutung nicht in das Ermessen jedes einzelnen Mitgliedstaats gestellt werden kann (vgl. Urteil vom 15. Juli 1982 in der Rechtssache 270/81, *Felicitas*, Slg. 1982, 2771, Randnr. 14).“

Auch wenn es in dem Fall, den das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – am 24. September 2002 entschieden hat, auf die Frage einer Inkorporierung des Art. 4 der Richtlinie in den Art. 10 lit. c der Richtlinie nicht ankam, hat das OLG in seinem Beschluss 14 Wx 133/00 seine Kompetenzen überschritten, denn nur der EuGH und nicht ein nationales Gericht entscheidet über die Auslegung des Vertrags und seiner Richtlinien nach Art. 177 lit. a EGV.<sup>64</sup>

Gesetzlicher Richter für die Auslegung der Richtlinie ist also ausschließlich der EuGH.<sup>65</sup> Es stellt einen Entzug des gesetzlichen Richters im Sinne des Art. 101 I 2 GG dar, wenn ein nationales Gericht seiner Pflicht zur Anrufung des EuGH im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens nicht nachkommt,<sup>66</sup> denn das Recht auf den gesetzlichen Richter hat nicht nur eine materielle Dimension, sondern auch eine verfahrensmäßige,<sup>67</sup> die den Ablauf auch eines Erinnerungsverfahrens nach § 14 KostO bestimmt.

In der vorliegenden Rechtsfrage ist jedes hiermit befasste Gericht verpflichtet, den EuGH zur Entscheidung gemäß Art. 177 EGV anzurufen, es sei denn, das befasste Gericht macht sich hinsichtlich des europäischen Rechts ausreichend kundig oder es handelt sich um ein letztinstanzliches Gericht, das in jedem Fall zur Vorlage verpflichtet ist. Im vorliegenden Fall hat sich das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – nicht einmal ausreichend über das europäische Recht kundig gemacht. Anderenfalls wäre es nicht zu den rechtsirrigen Ausführungen des OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – in seinem Beschluss vom 24. September 2002 gekommen. Der Hinweis auf die Entscheidung im Fall „Agas“, die – wie oben dargestellt – für die vorliegende Rechtsfrage nicht einschlägig ist, kann die Erfüllung dieser Prüfungspflicht nicht belegen. Das Bundesverfassungsgericht führt nämlich zu den Prüfungspflichten eines nationalen deutschen Gerichts aus:

„Dabei umfasst der Begriff des europäischen Rechts nicht nur materielle Rechtsnormen, sondern auch die Methodenwahl; denn die Wahl der Methode – Spezialität oder praktische Konkordanz – entscheidet auch darüber, welche Rechtsnorm sich im Kollisionsfall durchsetzt und damit materiell gilt.“<sup>68</sup>

Das Übergehen der Vorlageverpflichtung an den EuGH hat auch strafrechtliche Relevanz.<sup>69</sup> Die Norm des Art. 177 EGV gilt nämlich unbeschränkt für jedes deutsche Gericht. Dieser Umstand kann darüber hinaus zu Regressforderungen der Anspruchsberechtigten wegen Verzögerungsschäden führen. Zu erstatten waren nämlich neben dem Betrag, der den tatsächlichen Aufwand übersteigt, bisher Zinsen in Höhe von 6 % jährlich gemäß der Entscheidung des BayObLG NJW 1999, 1194. Durch die Änderung der KostO ist diese Verzinsung ab 1. 1. 2002 weggefallen (§ 17 Abs. 4 KostO), so dass eine Verzinsung der Forderung ab 1. 1. 2002 nur noch aus §§ 823 ff. BGB herzuleiten ist.

Für die Höhe des zu entschädigenden Aufwands ist der Staat darlegungspflichtig.<sup>70</sup> Das Land Baden-Württemberg trifft also insbesondere die Darlegungslast hinsichtlich des für die Beurkundung und Beglaubigung erforderlichen Zeitaufwands. Gegen diesen Grundsatz verstoßen die Beschlüsse des OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – und des Landgerichts Freiburg vom 4. Juli 2002.<sup>71</sup> In diesen Beschlüssen wird für Unterschriftsbeglaubigungen sogar der Höchstbetrag von 250 DM bzw. 130 € als „gerade kostendeckend“ bezeichnet. Auch die Wortwahl, dass dies „ohne Zweifel“ der Fall sei, kann nicht die fehlende Ermittlung des tatsächlichen Aufwands ersetzen. Dieser Aufwand liegt auf Seiten des Notars im Bereich von wenigen Minuten (Prüfung der Identität des Unterschreibenden und Feststellung, dass mit dem Schriftstück keine unredlichen Zwecke verfolgt werden [§ 40 Abs. 2 BeurkG]) und auf Seiten des Unterstützungspersonals im Bereich von einer Viertel-Stunde. Die hier vorgenommene Abweichung von dem im Europarecht verankerten Grundsatz der Darlegungslast des Staates hätte dem EuGH zunächst als Frage vorgelegt werden müssen. Die Zulassung der weiteren Beschwerde durch das Landgericht Freiburg ändert an diesem Rechtsverstoß nichts.

Derartige Verstöße gegen Normen der europäischen Rechtsordnung sind innerhalb der deutschen Gerichtsbarkeit und der Justizverwaltung des Landes Baden-Württemberg allerdings nicht oder nur sehr schwer zu verhindern bzw. zu korrigieren. Es wird daher die Aufgabe der Europäischen Kommission sein, für die Ahndung und die zukünftige Verhinderung von Rechtsverstößen gegen die Bestimmungen des EG-Vertrages und der Richtlinien Sorge zu tragen.<sup>72</sup> Jeder, der der Ansicht ist, dass eine innerstaatliche Regelung (Rechts- oder Verwaltungsvorschrift) oder Verwaltungspraxis einen Verstoß gegen eine Bestimmung oder einen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts darstellt, kann bei der Kommission eine Beschwerde gegen den betreffenden Mitgliedstaat erheben. Man braucht weder nachzuweisen, dass Handlungsbedarf besteht, noch, dass man selbst von der beanstandeten Zuwiderhandlung hauptsächlich oder unmittelbar betroffen ist.<sup>73</sup>

<sup>62</sup> In diesem Sinne hat bereits das Amtsgericht Freiburg in seinem Beschluss (AZ: 13 UR II 111/97) vom 14. 1. 2002 folgerichtig entschieden. Die Entscheidung ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

<sup>63</sup> Urteil vom 2. 12. 1997 in der Rechtssache „Fantask“ C-188/95 Randnr. 35, 36 mit weiteren Nachweisen

<sup>64</sup> vgl. Grabitz/Hilf/Wohlfahrt, Kommentar zur Europäischen Union, Art. 177 EGV Randnr. 72 m. w. N.

<sup>65</sup> Degenhart, in: Sachs, GG, 2. Aufl. 1999, Art. 101 Randnr. 1

<sup>66</sup> BVerfG NJW 2001, 1267

<sup>67</sup> Träger, in Festschr. f. Ziedler I, 1987, S. 123 ff.

<sup>68</sup> BVerfG NJW 2001, 1268

<sup>69</sup> vgl. Weber NJW 1950, 272

<sup>70</sup> GA Jacobs, Schlussanträge, „Fantask“ C-188/95, Slg. 1997, I-6783, Rdnr. 48

<sup>71</sup> Az.: 4 T 63/00

<sup>72</sup> Art. 155 EGV

<sup>73</sup> Erläuterungen der Kommission zum Vertragsverletzungsverfahren

## VI. Erinnerungsverfahren vor den Instanzgerichten

Abgaben, die unter Verstoß gegen das europäische Gemeinschaftsrecht erhoben worden sind, hat der Staat zu erstatten.<sup>74</sup> Anspruchsgrundlage sind die §§ 812 ff. BGB.<sup>75</sup>

Nach deutschem Recht sind die Rückerstattungsansprüche im Verfahren nach § 14 KostO geltend zu machen.<sup>76</sup> In dem Erlass des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 22. 5. 2002 – AZ: 5656/0227 – sind Kriterien für die Berechnung aufgeführt, nach denen der Aufwand des Landes zu berechnen ist.

Im Ausgangsfall, dem der EuGH zur Entscheidung vorlag, hat das Amtsgericht Müllheim dem EuGH unbeanstandet auf der Grundlage der Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums (Baden-Württ. GABl. vom 18. 10. 1995, Seite 567) folgende Berechnung unterbreitet:

|  |           |
|--|-----------|
| Arbeitsaufwand des Notars                  |           |
| – 1 Stunde –                               | 108,00 DM |
| Arbeitsaufwand des Unterstützungspersonals |           |
| – 1 Stunde –                               | 65,00 DM  |
| Raumkosten                                 | 5,80 DM   |
| Verwaltungsaufwand                         | 7,50 DM   |
| Gebührenanteil des Notars                  | 190,00 DM |

Der Gesamtaufwand des Landes betrug also in diesem Fall 376,30 DM. Dieser Betrag ist dem Klienten nicht zu erstatten, da er in keiner Position verdeckte Steuern beinhaltet.

Die Rechnung des Landes betrug einschließlich Schreibauslagen und Mehrwertsteuer 2 273,60 DM. Zu erstatten sind also in diesem vom EuGH entschiedenen Fall des Amtsgerichts Müllheim 1897,30 DM zuzüglich 6 % Jahreszinsen ab Zahlung der Rechnung bis zum 1. 1. 2002.<sup>77</sup>

Die neuen Pauschsätze gemäß AV des Justizministeriums vom 22. 5. 2002 – Az: 5656/0227 – ergeben keine wesentlich andere Berechnungsgrundlage.

In dem Ausgangsverfahren „Gründerzentrum“<sup>78</sup> trägt nun das Land, vertreten durch den Bezirksrevisor vor, dass nach den gesetzlichen Normen nicht die gegründete Gesellschaft, sondern die Gründer Kostenschuldner seien, so dass aus

diesem Grund die Richtlinie nicht zur Anwendung komme. Hierbei wird verkannt, dass das Verbot der Richtlinie in Art. 10 lit. c an den Vorgang der „Formalität“ anknüpft und nicht an die Person des Kostenschuldners.

## VIII. Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzustellen, dass unter das Verbot des Art. 10 lit c (letzte Alternative) der Richtlinie sämtliche Vorgänge fallen, bei denen im gesellschaftsrechtlichen Bereich eine Beurkundung oder Beglaubigung gesetzlich zwingend vorgeschrieben ist. Da in der deutschen Kostenordnung sich die Höhe der Abgabe nicht nach dem tatsächlichen Aufwand ausrichtet, muss in jedem Einzelfall geprüft und entschieden werden, ob die Ausnahme des Art. 12 Abs. 1 lit. e der Richtlinie (Abgaben mit Gebührencharakter) eingreift. Eine pauschale Aussage<sup>79</sup> hierzu ist nicht zulässig.

Bei einer gewünschten Abweichung von dieser dargestellten und belegten Rechtsmeinung durch ein Gericht ist diese Absicht als Frage dem EuGH vorzulegen. Das Vertreten einer offensichtlich<sup>80</sup> irrigen Rechtsmeinung, wie dies durch Görk<sup>81</sup> und Vollrath<sup>82</sup> sowie die Landesregierung Baden-Württemberg<sup>83</sup> unmittelbar nach Erlass des Urteils „Modelo I“ vom 29. 9. 1999 geschehen ist, muss in der wissenschaftlichen Literatur als innerstaatlicher<sup>84</sup> Diskussionsbeitrag und im politischen Bereich als Wahrnehmung fiskalischer Interessen hingenommen werden. Einem nationalen deutschen Gericht steht dies jedoch im Hinblick auf das Auslegungsmonopol des EuGH und des Vorrangs<sup>85</sup> des europäischen Rechts nicht zu.<sup>86</sup>

<sup>79</sup> wie das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – im Beschluss vom 24. 9. 2002 Az.: 14 Wx 133/00 und das LG Freiburg im Beschluss vom 4. 7. 2002 Az.: 4 T 63/00

<sup>80</sup> so EuGH in seinem Schreiben vom 13. 11. 2001 an die Parteien des Verfahrens „Gründerzentrum“ C-264/99

<sup>81</sup> DNotZ 1999, 851

<sup>82</sup> MittBayNot 1999, 499

<sup>83</sup> Landtagsdrucksache 12 / 2934 S. 3. Das von der Landesregierung in ihrer Antwort Nr. 3830/0258 vom 2. 7. 1998 als Beleg angeführte Urteil des EuGH vom 11. 12. 1997 C-42/96 war ebenso wenig für die Notargebühren einschlägig wie dies die Urteile „Agas“ und „Codan“ für die hier behandelten Fragen sind.

<sup>84</sup> Der EuGH berücksichtigt nationale Stellungnahmen in seinen Entscheidungen nicht. Daher bleiben sie für die europäische Rechtswirklichkeit weitestgehend wirkungslos.

<sup>85</sup> Grundlegend Urteil des EuGH vom 15. 7. 1964 in der Rechtssache „Costa“ 6/64, Slg. 1964, 1253

<sup>86</sup> so daher rechtsfehlerhaft auch LG Stuttgart Beschluss vom 17. 1. 2001 – 2 T 447/99 – BWNNotZ 2001, 137

<sup>74</sup> ständige Rechtsprechung des EuGH vgl. C-192/95 – C-218/95; C-62/93; C-134/99

<sup>75</sup> vgl. BayObLG NJW 1999, 1194

<sup>76</sup> BayObLG NJW 1999, 1194

<sup>77</sup> BayObLG NJW 1999, 1194; in Verbindung mit § 17 Abs. 4 KostO

<sup>78</sup> Beschluss des EuGH vom 21. 3. 2002, C-264/99

# Das Widerrufsrecht bei verbundenen Verbraucherdarlehensverträgen

– Zur Rechtslage nach den „Heininger“-Urteilen und dem Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten –

Von Notaranwältin Frank Hammann, Stuttgart

Die Entscheidungen des BGH vom 9. 4. 2002<sup>1</sup> bzw. des EuGH vom 13. 12. 2002<sup>2</sup> in Sachen *Heininger* / Hypo-Vereinsbank haben vor allem auch in der Presse für einigen Wirbel gesorgt. Hintergrund dieser Entscheidungen war die Frage, inwieweit ein grundpfandrechtlich abgesichertes Darlehen, welches zu einem Immobilienerwerb gewährt wurde, aufgrund der Bestimmungen des Haustürwiderrufsgesetzes widerruflich ist. Die Kläger behaupten hierbei nicht nur die Widerruflichkeit des Darlehensvertrages, sondern auch die Widerruflichkeit des – ihrer Ansicht nach – damit verbundenen Grundstückskaufvertrages.

Im Nachgang zu diesen Entscheidungen sah sich der deutsche Gesetzgeber gezwungen, die erst durch das am 1. 1. 2002 in Kraft getretene Schuldrechtsmodernisierungsgesetz erfolgten Neuerungen bezüglich der Widerrufsrechte bei Haustürgeschäften bzw. Verbraucherdarlehensverträgen wiederum zu ändern. So enthält das Gesetz zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (OLG-Vertretungsänderungsgesetz – OLGVertÄndG)<sup>3</sup> nicht nur die seinem Namen entsprechenden Änderungen, sondern in Artikel 25 auch Neuregelungen in Bezug auf Verbraucherdarlehensverträge, die auch für die notarielle Praxis von Bedeutung sein werden.

## I. Die Vorgeschichte: Entscheidung des EuGH und BGH in Sachen „Heininger“

Die Entscheidungen des EuGH bzw. BGH in Sachen „Heininger“<sup>4</sup> sollen hier noch einmal kurz beleuchtet werden, auch wenn sie sich mit der alten Rechtslage befassen und durch die zwischenzeitlichen Änderungen im OLG-Vertretungsänderungsgesetz nicht mehr ganz aktuell sind.

### 1.1 Sachverhalt

Zur Finanzierung des Kaufpreises einer Wohnung in Höhe von 150 000,00 DM schließen die Kläger einen Darlehensvertrag mit der Beklagten. Das entsprechende Darlehen wird durch eine Grundschuld abgesichert. Das Darlehen und der Wohnungskauf wurden den Klägern hierbei durch einen ihnen bekannten Wohnungsmakler vermittelt, der diese mehrmals unaufgefordert zu Hause aufgesucht hat. Die entsprechenden Verträge wurden später andernorts geschlossen.

Die Kläger machen ein Widerrufsrecht gem. § 1 HWiG geltend und führen weiter dazu aus, dass sie über die Widerrufsmöglichkeit im Hinblick auf den Darlehensvertrag nicht belehrt wurden.

### 1.2 Entscheidung des EuGH

Dem EuGH wurden in diesem Rechtsstreit durch den BGH<sup>5</sup> zur Vorabentscheidung zwei Fragen zur Auslegung der

Europarichtlinien 85/577/EWG (Haustürgeschäfte-Richtlinie) und 87/102/EWG (Verbraucherkreditrichtlinie) vorgelegt.

Angefragt wurde, ob die Haustürgeschäfte-Richtlinie auch Realkreditverträge umfasse und somit ein Widerrufsrecht gewähre und weiter, falls dies zutrefte, ob die Befristung des Widerrufsrechts in § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG<sup>6</sup> insoweit keine Anwendung finde.

Der EuGH kommt bei der Beantwortung dieser Fragen zu dem Ergebnis, „dass die Haustürgeschäfte-Richtlinie dahingehend auszulegen ist, dass sie auf einen Realkreditvertrag . . . anwendbar ist, so dass der Verbraucher, der einen derartigen Vertrag . . . geschlossen hat, über (ein entsprechendes) Widerrufsrecht . . . verfügt.“<sup>7</sup>

Das Gericht stellt weiter fest, dass der nationale Gesetzgeber das Widerrufsrecht für den Fall, dass der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über dieses belehrt wurde, nicht auf ein Jahr ab Vertragsabschluss befristen könne, da dem die Haustürgeschäfte-Richtlinie entgegenstehe.

### 1.3 Idealkonkurrenz der Widerrufsrechte

Aus Sichtweise des EuGH stehen, soweit keine ausdrückliche Vorrangbestimmung getroffen wurde, die Widerrufsrechte der Verbraucherschützenden Richtlinien der EU in Idealkonkurrenz zueinander<sup>8</sup>. Dies bedeutet, dass dem Verbraucher beim Zusammentreffen mehrerer Widerrufsrechte grundsätzlich die ihm bestmögliche Widerrufsmöglichkeit zustehen muss.

Auf der Grundlage des Europarechts und der Entscheidung des EuGH wird diese Idealkonkurrenz in Zukunft auch bei der Auslegung nationaler Gesetze Berücksichtigung finden müssen<sup>9</sup>. Im Falle der nachstehend dargestellten Entscheidung des BGH ist dies bereits geschehen.

### 1.4 Entscheidung des BGH

Aufgrund der vorgenannten Vorabentscheidung des EuGH sah sich der BGH an das dortige Auslegungsergebnis gebunden und hat in der streitigen Sache (mit gehörigem Aufwand) eine entsprechende Auslegung des Haustürwiderrufsgesetzes und des Verbraucherkreditgesetzes vorgenommen<sup>10</sup>. Der BGH ging hierbei davon aus, dass es Ziel des Gesetzgebers bei den vorgenannten Gesetzen war, die einschlägigen Europarichtlinien in nationales Recht umzusetzen.

<sup>6</sup> Erlöschen des Widerrufsrechts ein Jahr nach Abgabe der auf Abschluss des Kreditvertrags gerichteten Willenserklärung des Verbrauchers

<sup>7</sup> MittBayNot, aaO.

<sup>8</sup> vgl. hierzu Volmer, aaO.

<sup>9</sup> zur Vorgehensweise kritisch, aber im Ergebnis zustimmend: Volmer, aaO.

<sup>10</sup> „An dieses Auslegungsergebnis (des EuGH) sind die nationalen Gerichte gebunden. Sie sind nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften aufgrund des Umsetzungsgebots gemäß Art. 249 Abs. 3 EGV (. . .) und des Grundsatzes der Gemeinschaftstreue gemäß Art. 10 EGV (. . .) zudem verpflichtet, zur Durchführung einer europäischen Richtlinie erlassene Gesetze unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihnen das nationale Recht einräumt, im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auszulegen (. . .)“ BGH, MittBayNot, aaO.

<sup>1</sup> MittBayNot 2002, S. 280

<sup>2</sup> MittBayNot 2002, S. 276

<sup>3</sup> BGBl. 2002 Teil I Nr. 53, S. 2850

<sup>4</sup> MittBayNot, aaO.; Besprechungen zu diesen Entscheidungen u. a.: Volmer, MittBayNot 2002, S. 252; Pap/Sauer, ZfIR 2002, S. 523; Fritz, ZfIR 2002, S. 529

<sup>5</sup> Vorlagebeschluss des BGH, ZfIR 2000, S. 92

Die Subsidiaritätsklausel des § 5 Abs. 2 HWiG<sup>11</sup> findet danach nur insoweit Anwendung, als das Verbraucherkreditgesetz dem Verbraucher ein den Bestimmungen des Haustürwiderrufgesetzes entsprechendes weit gefasstes Widerrufsrecht gewährt. Hierbei wird nicht, wie bisher, zwischen Realkreditverträgen und Personalkreditverträgen unterschieden.

Somit hat der Verbraucher, soweit die Voraussetzungen eines Haustürgeschäftes gegeben sind, die Möglichkeit, den entsprechenden Kreditvertrag zu widerrufen. Eine Befristung des Widerrufsrechts auf ein Jahr nach Vertragsabschluss besteht nicht<sup>12</sup>.

Dass die Voraussetzungen eines Haustürgeschäftes durch den deutschen Gesetzgeber weiter gefasst sind, als in der europarechtlichen Haustürgeschäfte-Richtlinie, bleibt hierbei ohne Bedeutung. Entscheidend ist insoweit die deutsche Gesetzeslage<sup>13</sup>.

Der BGH stellt in seiner Entscheidung noch ausdrücklich fest, dass „der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen“<sup>14</sup> sind. Somit berührt der Widerruf des Realkreditvertrages grundsätzlich nicht die Wirksamkeit des Kaufvertrages. Dies hat sich jedoch durch das OLG-Vertretungsänderungsgesetz teilweise geändert.

## II. Das OLG-Vertretungsänderungsgesetz<sup>15</sup>

Als Reaktion auf die vorgenannten Entscheidungen hat der deutsche Gesetzgeber die bestehenden Widerrufsrechte bei Haustürgeschäften und Verbraucherdarlehensverträgen im Sinne der Europarichtlinien konkretisiert<sup>16</sup>. Weiter hat er auch bestimmte Fälle festgelegt, in welchen bei Grundstückskaufverträgen von einem verbundenen Geschäft auszugehen ist<sup>17</sup>.

Schließlich wird ab 1. 7. 2005 auch bei einer Kreditsicherung durch eine Grundschuld immer ein Widerrufsrecht des Darlehensnehmers bestehen, unabhängig vom Vorliegen einer Haustürsituation. Bis zu diesem Zeitpunkt kann ein solches Widerrufsrecht durch ausdrückliche schriftliche Vereinbarung zwischen Kreditgeber und Darlehensnehmer ausgeschlossen werden<sup>18</sup>.

Die Gesetzesänderungen zu den Widerrufsrechten bzw. den Regelungen bei verbundenen Verträgen werden nach einer dreimonatigen Übergangsfrist zum 1. 11. 2002 für die Praxis Bedeutung erlangen<sup>19</sup>. Soweit eine Haustürsituation gegeben ist und ein verbundenes Geschäft vorliegt, können die entsprechenden Bestimmungen aber auch schon ab dem 1. 7. 2002 von Bedeutung sein.

## III. Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Die Gesetzesänderung betrifft zunächst nur die Widerrufsmöglichkeiten von Verbraucherdarlehensverträgen. Insoweit besteht kein direkter Bezug zur notariellen Praxis.

Da jedoch damit einhergehend die Bestimmungen über verbundene Geschäfte ausgeweitet wurden, kann in Zukunft die allgemeine Aussage des BGH in Sachen „Heiningen“, dass „der Realkreditvertrag und das finanzierte Grundstücksgeschäft grundsätzlich nicht als zu einer wirtschaftlichen Einheit verbundene Geschäfte anzusehen“<sup>20</sup> sind, nicht mehr aufrecht erhalten werden. Vielmehr wird es in Zukunft regelmäßig Fallkonstellationen geben, bei denen ein verbundenes Geschäft vorliegt<sup>21</sup>.

Besteht ein Verbindungszusammenhang zwischen dem Verbraucherdarlehensvertrag und dem notariellen Kaufvertrag, schlägt der Widerruf des Verbraucherdarlehensvertrages auch auf die notarielle Urkunde durch und führt (grundsätzlich) zu deren Unwirksamkeit<sup>22</sup>. Ein Widerrufsrecht der notariellen Urkunde direkt wird jedoch dadurch nicht begründet.

### 3.1 Verbundene Geschäfte, Fallkonstellationen

Der Gesetzgeber hat das Vorliegen eines verbundenen Geschäftes nunmehr in § 358 Abs. III Satz 3 BGB verbindlich geregelt, so dass künftig auch bei Immobiliendarlehensverträgen die Regelungen über verbundene Geschäfte (§§ 358 f. BGB) Anwendung finden<sup>23</sup>.

Ein verbundenes Geschäft (wirtschaftliche Einheit zwischen Darlehensvertrag und Grundstückskaufvertrag) ist beim finanzierten Erwerb eines Grundstücks demnach gegeben, wenn „der Darlehensgeber

- selbst das Grundstück oder das grundstücksgleiche Recht verschafft, oder
- wenn er über die Zurverfügungstellung von Darlehen hinaus den Erwerb des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts durch Zusammenwirken mit dem Unternehmer fördert, indem er
  - a) sich dessen Veräußerungsinteressen ganz oder teilweise zu Eigen macht,
  - b) bei der Planung, Werbung oder Durchführung des Projekts Funktionen des Veräußerers übernimmt, oder
  - c) den Veräußerer einseitig begünstigt.“<sup>24</sup>

#### 3.1.1 Verschaffung des Grundstücks

Eine wirtschaftliche Einheit zwischen Darlehensvertrag und Grundstückskaufvertrag wird vermutet, wenn Darlehensgeber und Verkäufer/Bauträger identisch sind. Problematisch dürften auch alle die Fälle werden, in denen lediglich in wirtschaftlicher Hinsicht eine „Einheit“ zwischen Darlehensgeber und Verkäufer besteht, z. B. wenn ein Tochterunternehmen eines Kreditinstitutes als Verkäufer/Bauträger auftritt.

Weiter werden in der Literatur<sup>25</sup> auch Fälle, in denen die Bank für den Verkäufer, insbesondere als dessen Bevollmächtigter auftritt, hierunter gefasst. In der Praxis ist hier z. B. an den Fall zu denken, dass die Bank zur Abwendung einer Zwangsversteigerung mittels Verkaufsvollmacht handelt.

<sup>11</sup> Nichtanwendbarkeit des HWiG, falls das VerbrKrG einschlägig ist

<sup>12</sup> trotz § 7 Abs. 2 Satz 3 VerbrKrG

<sup>13</sup> BGH, MittBayNot, aaO.

<sup>14</sup> BGH, MittBayNot, aaO.

<sup>15</sup> BGBl., aaO.

<sup>16</sup> Insbesondere: Ausweitung der Widerrufsmöglichkeit; kein Fristablauf bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung

<sup>17</sup> vgl. § 358 Abs. 3 BGB n. F.

<sup>18</sup> vgl. § 506 BGB n. F., sowie BGBl. aaO. im Hinblick auf die Änderungen zum 1. 7. 2005

<sup>19</sup> näher zu Übergangsfristen: Dörrie, ZfIR 2002, S. 685

<sup>20</sup> BGH, MittBayNot, aaO.

<sup>21</sup> siehe nachstehend 3.1

<sup>22</sup> § 358 Abs. 2 BGB, näher hierzu nachstehend 3.3

<sup>23</sup> vgl. hierzu auch Dörrie, aaO.

<sup>24</sup> Wortlaut des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB

<sup>25</sup> Litzemberger, RNotZ 2002, S. 444

### 3.1.2 Zusammenwirken zwischen Darlehensgeber und Veräußerer

Der zweite Tatbestand wird in der Praxis zu weitaus mehr Abgrenzungsproblemen führen.

- a) Ein Eigeninteresse der Bank wird immer dann zu bejahen sein, wenn die Bank infolge des Abschlusses des Kaufvertrages unmittelbar oder mittelbar Vorteile erwirbt, die ihren Rechtsgrund nicht allein in der Darlehensgewährung selbst haben. Zu denken ist hier z. B. an alle Fälle, in denen die Bank als Makler oder maklerähnlich auftritt.

Unproblematischer sind die Fälle, in denen Darlehensvertrag und Kaufvertrag derart verknüpft sind, dass sie miteinander „stehen und fallen“ sollen. Hierbei ist der Darlehensvertrag bereits gem. § 311 b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig. Die Frage des Widerrufs und der Widerrufsbelehrung muss sich in einem solchen Fall direkt aus der notariellen Urkunde ergeben<sup>26</sup>.

- b) Wann eine Bank Funktionen des Veräußerers bei der Planung etc. übernimmt, also in den „Funktionskreis des Veräußerers“<sup>27</sup> eingeschaltet ist, ist ebenfalls fragwürdig. Dies ist unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des Einzelfalles zu klären. Allein die Finanzierung des Gesamtobjektes dürfte jedoch noch nicht ausreichend sein. In der Literatur wird allerdings schon der Hinweis auf eine Bank auf dem Bauschild als ausreichend angesehen<sup>28</sup>.
- c) Eine Verkäuferbegünstigung ist immer dann zu bejahen, wenn der Verkäufer im sachlichen Zusammenhang mit der Darlehensgewährung einen wirtschaftlichen Vorteil durch den Darlehensgeber erhält, z. B. durch eine Provisionsvereinbarung mit der finanzierenden Bank. Soweit der Verkäufer lediglich eine bestimmte Bank empfiehlt, hiervon jedoch keine Vorteile erhält, führt dies nicht zu einer Verknüpfung der beiden Geschäfte.

### 3.1.3 Allgemeines

Die Regelungen über verbundene Geschäfte greifen nur, soweit ein Unternehmer an einen Verbraucher<sup>29</sup> verkauft. Bei Verträgen unter Verbrauchern sind die entsprechenden Vorschriften nicht näher zu beachten<sup>30</sup>.

Sind die vorstehenden Fallkonstellationen<sup>31</sup> nicht gegeben, besteht auch die Gefahr eines verbundenen Geschäftes nicht. Dies ergibt sich schon aus der Formulierung des § 358 Abs. 3 Satz 3 BGB: „Beim finanzierten Erwerb eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts ist eine wirtschaftliche Einheit nur anzunehmen, wenn . . .“.

Weiter kann man aus dem Wortlaut dieser Vorschrift schließen, dass das Vorhandensein einer der vorstehend aufgezeigten Fallkonstellation nicht zwingend zu einem verbundenen Geschäft führen muss, da eine Verbindung „nur“,

keineswegs aber „immer dann“ anzunehmen ist, wenn eine der Fallkonstellationen gegeben ist. So dürfte die Rechtsprechung zu § 9 VerbrKrG<sup>32</sup>, die es für erforderlich hält, dass beide Verträge Teilstücke einer rechtlichen oder wenigstens wirtschaftlich-tatsächlichen Einheit sind, weiterhin Bedeutung behalten. Eine Vermutung für einen Verbindungszusammenhang ist jedoch bei Vorliegen einer der in § 358 Abs. 3 Satz 3 angesprochenen Fallkonstellationen zu bejahen.

Fraglich ist auch, inwieweit die zeitliche Reihenfolge, in der das Zusammenwirken des Verkäufers mit der Bank geschieht, von Bedeutung ist. Nach bisheriger Rechtsprechung war diese unbeachtlich<sup>33</sup>. Auch wenn dies nicht immer ganz einleuchtend<sup>34</sup> ist, ist davon auszugehen, dass die bisherige Rechtsprechung zu diesem Punkt beibehalten wird.

Dies kann zur Folge haben, dass auch erst nach notariellem Vertragsschluss ein Widerrufsrecht (des Darlehensvertrages) begründet wird, dass wiederum Auswirkungen auf den notariellen Kaufvertrag hat, insbesondere zu dessen Unwirksamkeit führen kann.

### 3.2 Widerrufsrecht des Verbrauchers

Liegt ein verbundenes Geschäft vor, ist entscheidend, ob dem Verbraucher ein Widerrufsrecht des Darlehensvertrages zusteht. Ein solches kann bis 30. 6. 2005 bei Immobiliendarlehensverträgen<sup>35</sup>, die keine Haustürgeschäfte sind, durch ausdrückliche Vereinbarung zwischen der finanzierenden Bank und dem Verbraucher ausgeschlossen werden (§ 506 Abs. 3 BGB). Es ist davon auszugehen, dass die Banken hiervon regelmäßig Gebrauch machen werden.

Soweit ein Immobiliendarlehensvertrag trotz Grundpfandrechtl. Absicherung nicht gegeben ist<sup>36</sup>, oder ein Haustürgeschäft vorliegt, besteht immer ein Widerrufsrecht des Verbrauchers.

Ist jedoch ein wirksamer Ausschluss gem. § 506 Abs. 3 BGB gegeben, so besteht auch bei verbundenen Geschäften kein Widerrufsrecht des Käufers.

Der beurkundende Notar kann sich allerdings in den einschlägigen Fällen kaum darauf verlassen, dass die finanzierende Bank in jedem Fall ein Widerrufsrecht ausgeschlossen hat. Die Vorlage des Darlehensvertrages erscheint insoweit sinnvoll, um beurteilen zu können, ob ein Widerrufsrecht ausgeschlossen wurde oder nicht. Auch im Hinblick auf die Frage, ob die Widerrufsbelehrung wirksam erfolgt ist, kann dies sinnvoll sein.

<sup>26</sup> siehe auch nachfolgend 3.1.3, insbesondere Fußnote Nr. 30

<sup>27</sup> Litzemberger, aaO.

<sup>28</sup> Litzemberger, aaO.

<sup>29</sup> zum Begriff des Unternehmers bzw. Verbrauchers vgl. §§ 13, 14 BGB und die einschlägige Literatur hierzu.

<sup>30</sup> Unberührt hiervon bleiben natürlich die Fälle, in denen sich eine Verknüpfung zwischen Darlehensvertrag und Grundstücksvertrag aus anderem Rechtsgrund ergibt, z. B. bei Schuldübernahme im Rahmen von Grundstückszuwendungen (vgl. hierzu Gutachten des DNotI, Dokumentnummer 11105; BGH, WM 1996, S. 1546; WM 1995, S. 1231; Vollmer, WM 1999, S. 209)

<sup>31</sup> oben 3.1.1 und 3.1.2

<sup>32</sup> vgl. Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzung zur 61. Aufl. 2002, § 358 Rn.13

<sup>33</sup> vgl. Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzung zur 61. Aufl. 2002, § 358 Rn.14

<sup>34</sup> Man denke an den Fall, dass die Finanzierungsbank erst nach Kaufvertragsabschluss feststeht, jedoch der Verkäufer hiervon Vorteile erhält. Warum die unabhängig hiervon begründete Verpflichtung des Käufers zum Eigentumserwerb deshalb nun „indirekt“ widerruflich sein soll, scheint nicht einleuchtend. Sinn und Zweck des Verbraucherschutzes müsste hierbei der Schutz vor voreiligen Vertragsabschlüssen sein. Wenn ein Verbindungszusammenhang erst im Nachhinein entsteht, berührt dies diesen Schutzgedanken aber gerade nicht.

<sup>35</sup> Gemäß § 492 Abs. 1a BGB sind „Immobiliendarlehensverträge Verbraucher-darlehensverträge, bei denen die Zurverfügungstellung des Darlehens von der Sicherung durch ein Grundpfandrecht abhängig gemacht wird und zu Bedingungen erfolgt, die für grundpfandrechtl. abgesicherte Darlehensverträge und deren Zwischenfinanzierung üblich sind . . .“.

<sup>36</sup> z. B. keine „üblichen Bedingungen“ i. S. des § 492 Abs. 1a BGB

### 3.3 Auswirkungen auf den notariellen Kaufvertrag

Ein Widerrufsrecht der notariellen Urkunde besteht nicht, jedoch schlägt der Widerruf des Darlehensvertrages auf diese dergestalt durch, dass der Verbraucher „an seine auf den Abschluss eines mit (dem) Verbraucherdarlehensvertrag verbundenen Vertrags . . . gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist“<sup>37</sup>. Die Bindung des Verbrauchers an den Kaufvertrag entfällt demnach mit Widerruf des Darlehensvertrages. Dies führt in aller Regel zur Rückabwicklung beider Verträge. Es muss dem Verbraucher aber auch offen stehen, an der Wirksamkeit des Kaufvertrages festzuhalten, da nach Gesetzeswortlaut lediglich die Bindung des Käufers, nicht aber die des Verkäufers entfällt.<sup>38</sup>

In der Literatur wird teilweise auch ein Widerrufsrecht des notariellen Kaufvertrages vertreten<sup>39</sup>. Ein solches ist jedoch aufgrund des Wortlautes des § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht gegeben, da dem Verbraucher ein Widerrufsrecht des notariellen Vertrages nicht durch besondere Bestimmung eingeräumt ist.

### 3.4 Widerrufsbelehrung

In der Widerrufsbelehrung muss auf die Rechtsfolgen des Widerrufs für beide Geschäfte (grundsätzlich: Unwirksamkeit beider Verträge) hingewiesen werden. Die Widerrufsbelehrung hat durch den Darlehensgeber zu erfolgen<sup>40</sup>. Die wirksame Widerrufsbelehrung bei Vertragsschluss setzt die 14-tägige Widerrufsfrist in Gang. Die Frist verlängert sich auf einen Monat, wenn die Belehrung über das Widerrufsrecht erst nach Vertragsschluss vorgenommen wird.

Eine Widerrufsbelehrung kann nicht (vorsorglich) in der notariellen Urkunde enthalten sein, jedoch erscheint ein Hinweis auf die Widerrufsmöglichkeit sinnvoll.

Die BGB-Informationspflichten-Verordnung<sup>41</sup> enthält als Anlage eine Musterbelehrung über das Widerrufsrecht. Diese ist nicht unkritisch zu bewerten – es bleibt noch zu klären, ob bei sklavischer Treue zu diesem Muster wirklich eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erfolgt ist<sup>42</sup>. Immerhin ist sie ein Leitfaden für die notwendigen Formulierungen.

### 3.5 Zahlungsaufschub / Finanzierungshilfe durch den Verkäufer

Gemäß § 499 Abs. 1 BGB sind die Vorschriften über die Verbraucherdarlehensverträge und über verbundene Verträge entsprechend anzuwenden, wenn der Unternehmer „einem Verbraucher einen entgeltlichen Zahlungsaufschub von mehr als drei Monaten oder eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe gewährt“<sup>43</sup>.

Soweit Zahlungsaufschub etc. durch den Verkäufer / Bauträger gewährt wird, sind insbesondere die Bestimmungen über den notwendigen Vertragsinhalt (§ 492 BGB), sowie die Widerrufsbelehrung (§ 355 BGB) zu beachten. Bei einem

Bauträgervertrag ist von der Entgeltlichkeit eines Zahlungsaufschubes regelmäßig auszugehen<sup>44</sup>.

Für die notarielle Praxis wird diese Bestimmung in aller Regel keine Auswirkungen haben, da § 499 Abs. 3 BGB eine Ausnahmeregelung für öffentlich beurkundete Finanzierungshilfen / Zahlungsaufschübe gewährt. Dies dürfte in nahezu allen Fällen gegeben sein. Zu beachten sind dann lediglich noch die Mindestangaben des § 491 Abs. 3 BGB. Ein Widerrufsrecht entfällt nach derzeitiger Rechtslage.

### 3.6 Haustürgeschäfte

Soweit die „Willenserklärungen des Verbrauchers von einem Notar beurkundet“<sup>45</sup> sind, besteht kein Widerrufsrecht aufgrund einer Haustürsituation.

Hiervon unberührt bleiben die vorstehenden Ausführungen zur Widerruflichkeit des Darlehensvertrages bei einer Haustürsituation und die Auswirkungen eines solchen Widerrufs im Hinblick auf § 506 Abs. 3 BGB<sup>46</sup>.

## IV. Notarielle Vertragsgestaltung, Ausblick

Bei der Vertragsgestaltung sollte der Ablauf der Widerrufsfrist insbesondere im Hinblick auf die Kaufpreisfälligkeit und auf ungesicherte Vorleistungen Berücksichtigung finden.

Im Hinblick auf die Kostentragung ist der Käufer bei Widerruf gänzlich freizustellen<sup>47</sup>.

Der Notar hat die Beteiligten gem. § 17 Abs. 1 BeurkG darüber aufzuklären, ob und unter welchen Umständen der von ihnen erstrebte rechtliche Erfolg eintritt. Im Hinblick auf die vorstehend dargestellten Neuerungen dürfte dies dem beurkundenden Notar jedoch in den allermeisten Fällen kaum möglich sein, da er die für die Beurteilung des Verbindungsstatbestandes notwendigen Tatsachen nicht kennt.

Belehrungen ins Blaue hinein können andererseits aber kaum zur Pflicht des Notars gehören, so dass eine Haftung wohl nur dann im Raum steht, wenn der Notar die Tatsachen kannte oder hätte kennen müssen, die für einen Verbindungszusammenhang sprechen<sup>48</sup>.

Ein kritisches Nachfragen bei Kaufverträgen mit Unternehmern von Seiten des Notars scheint jedoch im Hinblick auf die – wünschenswerte – Wirksamkeit notarieller Urkunden sinnvoll. Insoweit ist auch die Vorlage des Darlehensvertrages zur Beurteilung des Ausschlusses der Widerrufsmöglichkeit gem. § 506 Abs. 3 BGB ein probates, wenn auch zugegebenermaßen umständliches Mittel.

Letztlich führt die Gesetzesänderung zu einer weiteren Verkomplizierung des Immobilienerwerbs von Unternehmen und der Darlehensgewährung von Seiten der Banken. Verbindliche Auskünfte des Notars werden schwieriger und oftmals rechtlich unerfahrene Beteiligte werden diese komplizierten Regelungen kaum nachvollziehen können. Die Risiken für die Beteiligten, die Banken und den Notar steigen.

So bleibt mit Litzemberger festzustellen, „dass wieder einmal im Zeichen des Verbraucherschutzes ein – wichtiges – Stück Rechtssicherheit verloren gegangen ist. Dabei ist Rechtssicherheit der beste Verbraucherschutz“<sup>49</sup>.

<sup>37</sup> § 358 Abs. 2 BGB

<sup>38</sup> so auch: Oppermann, ZNotP 2002, S. 386, Palandt/Heinrichs, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts, Ergänzung zur 61. Aufl. 2002, § 358 Rn 9; a. A. Litzemberger, aaO., Dörrie, aaO.)

<sup>39</sup> so wohl Grziwotz, ZfIR 2002, S. 667; Dörrie aaO., der hierbei jedoch nicht näher auf Grundstückskaufverträge eingeht, sondern lediglich allgemein die Problematik der Widerrufsbelehrung behandelt.

<sup>40</sup> § 355 Abs. 2 BGB

<sup>41</sup> BGBl. 2002 Teil I Nr. 55, S. 3002, 3009

<sup>42</sup> näher hierzu: Dörrie, aaO.

<sup>43</sup> § 499 Abs. 1 BGB

<sup>44</sup> vgl. Basty, Der Bauträgervertrag 4. Auflage, Rn. 206; Die Kommentierung bezieht sich dort zwar noch auf das VerbrKrG, entsprechende Anwendung ist jedoch geboten.

<sup>45</sup> § 312 Abs. 3 Ziff. 3 BGB

<sup>46</sup> vorstehend 3.1 bis 3.3

<sup>47</sup> Die Haustürgeschäfte richtlinie bestimmt in Art. 5 Abs. 2, dass der Verbraucher bei einem Widerruf aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenden Verpflichtungen zu entlassen ist; vgl. auch Fritz, ZfIR 2002 S. 529.

<sup>48</sup> vgl. hierzu Litzemberger, aaO.

<sup>49</sup> Litzemberger, aaO.

## Rechtsprechung

### KostO §§ 47, 147 Abs. 2; GmbHG § 54 Abs. 1 S. 2

**Der Notar, der einen Satzungsänderungsbeschluss einer GmbH beurkundet hat, erhält für die Zusammenstellung und Prüfung des dem Handelsregister einzureichenden aktuellen Satzungs-textes keine „Betreuungsgebühr“ nach § 147 Abs. 2 KostO; es handelt sich um ein kostenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 12. 6. 2002 – 8 W 279/00

Aus den Gründen:

#### I.

Gegenstand dieses auf Anweisung des Landgerichtspräsidenten eingeleiteten Notarkostenverfahrens ist die Frage, ob die Zusammenstellung des aktuellen Wortlauts der Satzung (bzw. des Gesellschaftsvertrags) einer Kapitalgesellschaft ebenso ein *kostenfreies Nebengeschäft* nach §§ 47 S. 1 HS. 2, 35 KostO ist wie die Erteilung der Satzungsbescheinigung nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG oder ob dies die Erhebung einer (sog. Betreuungs-) *Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO* rechtfertigt.

1. Der beschwerdeführende Notar hat im Anschluss an die Beurkundung von Gesellschaftsvertragsänderungen von 3 Gesellschaften mit beschränkter Haftung – im Schwerpunkt Umstellung der Kapitalangaben auf Euro – jeweils die nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG erforderliche Bescheinigung über den vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrags (Satzung) für die Einreichung beim Handelsregister erteilt und zugleich eine aktuelle Fassung des jeweiligen Gesellschaftsvertrages erstellt und dem Registergericht eingereicht. Dafür hat er jeweils eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO (sog. Betreuungsgebühr) aus Teil-Geschäftswerten von bis 35 000 bzw. bis 65 000 DM in Höhe von 65,- DM bzw. 95,- DM zzgl. MWSt (und Schreibauflagen) in Rechnung gestellt.

2. Im Rahmen einer Geschäftsprüfung hat der Bezirksrevisor diese Gebührenansätze beanstandet. Auf Weisung des Landgerichtspräsidenten nach § 156 Abs. 5 KostO (aF) hat der Notar, der seine Kostenansätze unter Berufung auf eine im Schrifttum stark vertretene Meinung für berechtigt hält, die Entscheidung des Landgerichts beantragt. Das Landgericht hat die Rechtsansicht des Bezirksrevisors und der vorgesetzten Dienstbehörde bestätigt und zugleich die weitere Beschwerde zugelassen. Der Notar erstrebt mit der weiteren Beschwerde – mit dem Ziel einer obergerichtlichen Klärung – die Bestätigung seiner Kostenrechnungen.

#### II.

Die zugelassene und auch sonst in zulässiger Weise eingelegte weitere Beschwerde des Notars (§ 156 Abs. 2 KostO) hat in der Sache keinen Erfolg.

1. ... 2. In der Sache erweist sich die Entscheidung des Landgerichts als *rechtsfehlerfrei*. Der Senat teilt die – gut begründete – Rechtsansicht des Landgerichts, dass der Notar für die Zusammenstellung des maßgeblichen Satzungstextes für das Handelsregister gemäß § 54 Abs. 1 S. 2 HS. 2 GmbHG keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO in Rechnung stellen darf, weil sich aus § 47 S. 1 HS. 2 KostO ergibt, dass es sich um ein kostenfreies Nebengeschäft gem. § 35 KostO handelt.

a) Die erste *europäische Richtlinie* zum Gesellschaftsrecht (Rats-RiLi 68/151/EWG v. 9. 3. 1968; sog. Publizitätsrichtlinie) hat u.a. die Verpflichtung begründet, dass beim Handelsregister immer eine aktuelle, alle Änderungen berücksichtigende Fassung des Gesellschaftsvertrags bzw. der Satzung von Kapitalgesellschaften zur Einsicht für jedermann zur Verfügung stehen muss. Das deutsche Umsetzungsgesetz vom 15. 8. 1969 (BGBl. I, 1146) sichert diese Verpflichtung durch eine *notarielle Bescheinigung* über die Richtigkeit und Vollständigkeit der geänderten Satzung (§ 54 GmbHG bzw. § 181 AktG). Diese Bescheinigung ist nach der in diesem Zusammenhang eingeführten Bestimmung des § 47 S. 1 HS. 2 KostO kostenfrei zu erstellen, wenn der Notar den Satzungs-

änderungsbeschluss nach § 53 Abs. 2 GmbHG, § 47 S. 1 KostO beurkundet hat. Ziel dieser ausdrücklichen Kostenfreistellung war es, die Kosten der neuen Publizitätsverpflichtung für die Unternehmen möglichst gering zu halten (vgl. BT-Drs. V/4406).

Ohne Beurkundung der Vertragsänderung fällt für den Notar – wohl unstrittig – eine (volle) „Bescheinigungsgebühr“ nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO an (vgl. nur Hansens, JurBüro 1985, 821, 822 f).

b) Zwar ist schon früh im *Schrifttum* die – vom Notar für richtig gehaltene – Ansicht vertreten worden, dass – wenn schon die Erteilung der notariellen Bescheinigung über die Richtigkeit und Vollständigkeit der geänderten Satzung ein kostenfreies Nebengeschäft sein soll – die Prüfung und Erstellung der aktuellen Fassung der Satzung eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 (früher: Abs. 1) KostO „für sonst nicht bestimmte Geschäfte“ auslösen müsse (Göttlich JurBüro 1970, 1015; Röhl DNotZ 1970, 342; MittRhNotK 1970, 62; Korintenberg/ Reimann, KostO 14. Aufl., § 47 Rn 17; Göttlich/Mümmeler/Assenmacher/Mathias, KostO 14. Aufl., „Satzungen“ Nr. 2.2.2. a).

Jedoch hat sich die *Rechtsprechung* – soweit ersichtlich – ganz einhellig auf den gegenteiligen Standpunkt gestellt und dem (den Satzungsänderungsbeschluss beurkundenden) Notar eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Zusammenstellung und Prüfung des aktuellen Satzungstextes versagt (OLG Frankfurt RPfl 1980, 203 = JurBüro 1980, 754 = MittBayNot 1980, 123; OLG Celle RPfl 1991, 462 = JurBüro 1992, 342 m. zust. Anm. Mümmeler; OLG Zweibrücken OLGRep 2001, 191 = JurBüro 2001, 105 = FGPrax 2001, 36; ebenso LG Hannover NdsRpfl 1991, 93). Diese Rechtsprechung hat auch im Schrifttum (Rohs/Wedewer, aaO § 47 Rn 9; Hartmann, KostenG 31. Aufl., § 47 Rn 8; Hansens JurBüro 1985, 821, 826 ff; Mümmeler, Anm. zu OLG Celle; Bay. Notarkasse (Hg), Streifzug durch die KostO, 5. Aufl. 2002, Nr. 859) – teilweise eingehend begründete – Zustimmung gefunden.

In Übereinstimmung mit dem Landgericht hält auch der Senat die Gründe dieser Rechtsprechung ohne Einschränkung für überzeugend, weshalb er davon absieht, die Argumente nochmals zu wiederholen und mit der Gegenansicht abzuwägen. Damit setzt sich der Senat auch nicht in Widerspruch zu seiner Entscheidung vom 31. 1. 1984 (DNotZ 1985, 121 = JurBüro 1984, 1078 m. ablehn. Anm. Mümmeler), in der er für die Erstellung der Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG anlässlich einer Anmeldung zum Handelsregister den Ansatz einer Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für gesetzmäßig gehalten hat. Denn dabei geht es um eine andere Frage (zutreffend Hansens aaO); jedenfalls ist nicht die besondere Gebührenbefreiungsbestimmung des § 47 S. 1 HS 2 KostO einschlägig, weshalb es auch keiner Prüfung bedarf, ob an dieser Entscheidung festzuhalten ist.

c) Für die Richtigkeit dieser Rechtsprechung – und der damaligen gesetzgeberischen Entscheidung für die Kostenfreiheit – spricht zudem die neuere (in ihrer Reichweite durchaus zweifelhafte) Rechtsprechung des EuGH zur europäischen *Gesellschaftssteuer-Richtlinie* (Rats-RiLi 69/335/EWG v. 17. 7. 1969 i.d.F. der Rats-RiLi 85/303/EWG v. 10. 6. 1985), wonach Notarkosten bei der Beurkundung von gesellschaftsrechtlichen Vorgängen unter bestimmten Bedingungen ähnlich wie die Handelsregistergebühren als verbottene Abgabe (Steuer) und damit als unzulässig eingestuft werden (zuletzt Beschl. v. 21. 3. 2002 Rs C 264/00 – „Gründerzentrum-Betriebs-GmbH“ – DB 2002, 834 m. Anm. Römermann = ZIP 2002, 663 m. Anm. Görk).

d) Da sich der Senat den Entscheidungen der anderen Oberlandesgerichte anschließt und eine gegenteilige oberlandesgerichtliche Entscheidung nicht ersichtlich ist, scheidet auch eine – seit Anfang 2002 mögliche – Vorlage an den Bundesgerichtshof aus; die Voraussetzungen des § 28 Abs. 2 FGG sind nicht erfüllt.



**GG Art. 12, Art. 33; BNotO § 6b Abs. 4 Satz 2****Zu den Zugangsvoraussetzungen eines Seiteneinsteigers zum Notariat in Hamburg.**

**Der Justizbehörde steht hinsichtlich der Anzahl auszuschreibender Notarstellen ein weites Organisationsermessen zu.**

**Die Verwirklichung der Grundrechte der Notarbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG erfordert eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung.**

**Die Anwendung des § 6b Abs. 4 Satz 2 BNotO wäre zu beanstanden, wenn sie dazu diene, effektiven Rechtsschutz gegen eine möglicherweise rechtswidrige Auswahlentscheidung zu vereiteln, indem der Zeitablauf während des Rechtsschutzverfahrens dessen Erfolgsaussichten zunichte mache, insbesondere landesfremde Bewerber durch das Mittel der Zeitverzögerung ausgeschlossen werden sollen.**

BVerfG, 2. Kammer des Ersten Senats, Beschl. vom 1. 8. 2002 – 1 BvR 152/02

Aus den Gründen:

**I.**

Mit der Verfassungsbeschwerde begehrt der Beschwerdeführer die Ausschreibung einer hauptamtlichen Notarstelle.

1. Der Beschwerdeführer ist seit 1992 hauptberuflicher Notar in Mecklenburg-Vorpommern. Er erstrebt ein Notariat in Hamburg, das für seine Notariate keine einzelnen Bezirke ausweist.

a) Er hatte sich bereits in den Jahren 1994 und 2000 vergeblich auf Notarstellen in Hamburg beworben. In dem zweiten Verfahren erhielten Anfang 2001 fünf Notarassessoren in Hamburg den Vorrang, obwohl sie sich noch nicht drei Jahre im Anwärterdienst befunden hatten (vgl. § 7 Abs. 1 der Bundesnotarordnung – BNotO). Die angekündigte Erwirkung einstweiligen Rechtsschutzes durch den Beschwerdeführer wurde von der Justizbehörde durch die umgehende Ernennung der Assessoren verhindert. Im Anschluss an dieses Verfahren erklärte die Justizbehörde gegenüber dem Beschwerdeführer, in Zukunft in der Regel nur noch Notarassessoren zu ernennen, die ihren dreijährigen Anwärterdienst geleistet hätten, sowie den unterlegenen Bewerbern Gelegenheit zu geben, gegebenenfalls einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen.

Zum 1. Juni 2001 schied ein Notar in Hamburg aus seinem Amt aus. Die Stelle wurde zunächst nicht ausgeschrieben, sondern von einem Notarassessor gemäß § 56 BNotO verwaltet. Der Antrag des Beschwerdeführers auf Erlass einer einstweiligen Anordnung mit dem Ziel der sofortigen Ausschreibung der Stelle wurde durch den angegriffenen Beschluss des Oberlandesgerichts zurückgewiesen. Auch in der Hauptsache wies das Oberlandesgericht die Anträge des Beschwerdeführers zurück; der Beschwerdeführer hat angekündigt, hiergegen sofortige Beschwerde einlegen zu wollen.

Ende 2001 sind zwei weitere Notare aus ihrem Amt ausgeschieden, deren Ämter seitdem verwaltet werden.

b) Derzeit sind in Hamburg 83 Notare bestellt. Wie die – von der Justizbehörde teilweise nachträglich korrigierten – Zahlen ausweisen, bestünde bei einem Maßstab von 1 300 Beurkundungszahlen je Notar derzeit ein Bedarf von 85 Notaren. Nach einer längerfristigen Betrachtung, die der bisherigen ständigen Übung der Justizbehörde entspricht, läge der Bedarf bei 86 Notarstellen.

Während der laufenden Verfahren vor dem Oberlandesgericht und dem Bundesverfassungsgericht schrieb die Justizbehörde am 26. April 2002 zwei Notarstellen aus, um die Anzahl der Notare auf insgesamt 85 zu bringen. Man sei von der bisherigen Bedarfsermittlung abgewichen, da seit dem Jahr 2000 die Beurkundungszahlen wieder sanken (2001 war wieder der Stand von 1996 erreicht). Zudem ergäben sich Unsicherheiten hinsichtlich der rechtspolitischen Diskussion über notarielle Zuständigkeiten und die Europäisierung der Rechtsordnungen. Die Justizbehörde machte zudem bei der Ausschreibung von der Möglichkeit des § 6b Abs. 4 Satz 2 BNotO Gebrauch und bestimmte als maßgeblichen Zeitpunkt, in dem die Bewerber sämtliche Voraussetzungen erfüllen müssen, den Zeitpunkt der Bestellung anstelle desjenigen des Ablaufs der Bewerbungsfrist.

2. Seine Verfassungsbeschwerde und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung begründete der Beschwerdeführer zunächst im Wesentlichen wie folgt:

Er sei in seinen Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 Satz 1 und Art. 33 Abs. 1 und 2 GG verletzt. Es bestehe, insbesondere nachdem zwei weitere Notare aus ihren Ämtern ausgeschieden seien, ein Bedarf zur Bestellung eines Notars. Die Justizbehörde sehe nur deshalb, entgegen ihrer bisherigen Übung, von der Ausschreibung ab, weil sie die Ernennung eines „Seiteneinsteigers“ verhindern wolle. Bis zum Frühjahr 2003 seien keine Notarassessoren ernennungsfähig, so dass der Beschwerdeführer als Notar aus einem anderen Bundesland gute Chancen auf eine Ernennung haben müsste. Seine Aussichten verschlechterten sich jedoch mit Zeitablauf stetig.

Nachdem die Justizbehörde zwei Notarstellen ausgeschrieben hatte, ergänzte der Beschwerdeführer seine Begründung dahingehend, dass die Anzahl der Notarstellen willkürlich bestimmt worden sei. Die Gründe für ein Abweichen der Justizbehörde von ihrer ständigen Übung seien unzutreffend oder bestenfalls spekulativ. § 6b Abs. 4 Satz 2 BNotO solle zugunsten der Notarassessoren in Hamburg angewandt werden, um im Falle einer Konkurrentenklage deren Anwartschaften mit der Prozessdauer zu steigern.

**II.**

Die Verfassungsbeschwerde ist nicht zur Entscheidung anzunehmen. Die Voraussetzungen des § 93a Abs. 2 BVerfGG liegen nicht vor.

1. Die Verfassungsbeschwerde ist zulässig. Die Voraussetzungen, nach denen die Versagung vorläufigen Rechtsschutzes selbständig Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein kann (vgl. BVerfGE 86, 15 <22 f.>), liegen vor.

2. Die Annahme der Verfassungsbeschwerde ist jedoch nicht mehr zur Durchsetzung der als verletzt gerügten Grundrechte angezeigt. Die Anträge, die der angegriffenen fachgerichtlichen Entscheidung zugrunde lagen, haben sich erledigt. Sie richteten sich – ebenso wie der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vor dem Bundesverfassungsgericht – auf die Ausschreibung einer Notarstelle. Dieses Ziel ist durch die inzwischen erfolgte Ausschreibung zweier Notarstellen erreicht. Dem Beschwerdeführer steht die Bewerbung auf diese Stellen offen. Eine Grundrechtsverletzung dadurch, dass nicht noch eine dritte Notarstelle ausgeschrieben wurde, ist hingegen nicht ersichtlich.

a) Das Bundesverfassungsgericht hatte bereits im Jahr 1986 bezüglich der Notarauswahl in Hamburg Anlass zu der Feststellung, dass sich aus Art. 12 Abs. 1 GG Anforderungen an die Ausgestaltung des Auswahlverfahrens ergeben (BVerfGE 73, 280). In diesem Zusammenhang wurde festgestellt, dass hinsichtlich der Anzahl auszuschreibender Notarstellen der Justizbehörde ein weites Organisationsermessen zusteht (vgl. BVerfGE 73, 280 <292 ff.>). Es ist deshalb insoweit kein Verfassungsverstoß erkennbar, als die Justizbehörde von ihrer bisherigen ständigen Übung hinsichtlich der Berechnungsgrundlage abgewichen ist. Für eine willkürliche Ausübung des Organisationsermessens ist nichts hervorgetreten. Es ist insbesondere zu berücksichtigen, dass es für die Verwaltung in der Regel unproblematischer ist, einen eventuellen zusätzlichen Bedarf an Notaren zu decken, als mögliche Überkapazitäten abzubauen.

b) Die Verwirklichung der Grundrechte der Notarbewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG erfordert allerdings eine dem Grundrechtsschutz angemessene Verfahrensgestaltung. Durch die Gestaltung des Auswahlverfahrens wird unmittelbar Einfluss auf die Konkurrenzsituation und damit auf das Ergebnis der Auswahlentscheidung genommen. So lässt sich insbesondere auch durch die Terminierung von Bewerbungen und Stellenbesetzungen die Zusammensetzung des Bewerberkreises steuern (vgl. BVerfGE 73, 280 <296>). Die offensichtlichen Gefährdungen, die grundrechtlich geschützten Positionen durch die Verfahrensgestaltung drohen, gaben damals Veranlassung zu diesen Hinweisen. Vor dem Hintergrund eines weiten Organisationsermessens ist eine transparente und an nachvollziehbaren rechtlichen Kriterien ausgerichtete Verfahrensweise unabdingbar.

aa) Die Justizbehörde hat aus den genannten Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts, wie die vom Beschwerdeführer dargelegten Auswahlverfahren belegen, bisher nicht die gebotenen Schlüsse gezogen. Es bestehen Anhaltspunkte für die Besorgnis, dass in den vorherigen Auswahlverfahren die Justizbehörde zugunsten von Notarassessoren in Hamburg Partei ergriffen hat. Trotz der Ankündigung des Beschwerdeführers, einstweiligen Rechtsschutz zu beantragen, wurden fünf ausgewählte Bewerber innerhalb von vier Tagen ernannt und damit eine Überprüfung der Auswahlentscheidung anhand der §§ 6, 7 BNotO verhindert. Die Stellenausschreibung im Jahr 2001 unterblieb, obwohl sich nach dem damals vorliegenden Zahlenmaterial aus dem Jahr 2000 ein Fehlbestand von sechs Notaren ergab und die offenen Notariate auch nicht etwa eingezogen worden sind.

Dass es im Interesse der Justizverwaltung – und möglicherweise auch der faktisch bestehenden großen Notarsozietäten in Hamburg – liegt, neue Notare aus dem Kreis der bereits bekannten und eingeführten Assessoren zu rekrutieren, ist nachvollziehbar. Dies auf Kosten so genannter Seiteneinsteiger ohne Rücksicht auf deren Qualität durchzusetzen, ist mit Art. 12 Abs. 1 GG jedoch nicht vereinbar. Die Verfahrensgestaltung hat zu gewährleisten, unter allen Bewerbern Chancengleichheit herzustellen und denjenigen herauszufinden, der am ehesten den gesetzten Anforderungen entspricht. Diese ergeben sich in erster Linie aus Art. 33 GG.

bb) Ob die vom Beschwerdeführer vorliegend angegriffene Verzögerung der Ausschreibung vornehmlich der Einflussnahme auf die Bewerberlage diene und damit gegen Art. 12 Abs. 1 GG verstieße, kann im jetzigen Verfahrensstand offen bleiben, da die Ausschreibung einer Notarstelle, auf die die Verfassungsbeschwerde gerichtet war, mittlerweile erfolgt ist.

cc) Auch im Rahmen des nunmehr laufenden Auswahlverfahrens sind – entgegen den Ausführungen des Beschwerdeführers – noch keine Grundrechtsverstöße erkennbar. Dies gilt auch für die Anwendung des § 6b Abs. 4 Satz 2 BNotO. Diese Vorschrift soll verhindern, dass es in Einzelfällen zu einer faktischen Verlängerung der Notaranwärterzeit von drei Jahren kommt (vgl. BRDrucks 890/95, S. 20 f.), weil die Ausschreibungsfrist für Einzelne besonders ungünstig abläuft. Die Anwendung der Norm wäre aber zu beanstanden, wenn sie dazu diene, effektiven Rechtsschutz gegen eine möglicherweise rechtswidrige Auswahlentscheidung zu vereiteln, indem der Zeitablauf während des Rechtsschutzverfahrens dessen Erfolgsaussichten zunichte machte. Bislang kann aber, auch angesichts der schriftlich abgegebenen Erklärung der Justizbehörde vom 30. März 2001, noch nicht davon ausgegangen werden, dass im laufenden Auswahlverfahren landesfremde Bewerber durch das Mittel der Zeitverzögerung ausgeschlossen werden sollen. Eine Steuerung des Bewerberkreises, die mit Art. 12 Abs. 1 GG nicht vereinbar wäre (vgl. BVerfG, a.a.O.), kann auch nach den Vorfällen in den letzten Jahren nicht ohne weiteres unterstellt werden.

Mitgeteilt vom Verein der Richter am Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe

#### **BGB §§ 313 a.F., 311b Abs. 1 n.F., 752**

**Eine der Form der §§ 313 Satz 1 a.F., 311b Abs. 1 Satz 1 n.F. BGB nicht genügende Vereinbarung zwischen künftigen Miteigentümern über die – von § 752 BGB abweichende – Realteilung eines gemeinschaftlich zu erwerbenden Grundstücks wird durch dessen Auflassung an sie und ihre Grundbucheintragung als Miteigentümer nicht gem. §§ 313 Satz 2 a.F., 311b Abs. 1 Satz 2 n.F. BGB geheilt.**

BGH, Urteil vom 3. Juni 2002 – II ZR 4/00 –

Zum Sachverhalt:

Die Parteien erwarben durch notariellen Vertrag vom 26. Mai 1991 ein Grundstück von ca. 3,25 ha zu Miteigentum, und zwar der Klä-

ger zu 1/5, der Beklagte zu 4/5. Entsprechend wurden sie im Grundbuch eingetragen. Der Kaufvertrag enthält eine Klausel, wonach die Erwerber im Innenverhältnis eine Aufteilung des Grundstücks nach dem Eigentumswechsel derart vereinbarten, daß der Kläger „eine Teilfläche von 6 000 qm als Alleineigentümer“ erhalten sollte. Er errichtete auf einer später katastermäßig abbeschriebenen und angeblich vereinbarungsgemäß ihm gebührenden Teilfläche von ca. 4 530 qm ein Haus, während die übrige Fläche wider Erwarten der Parteien nicht bebaut werden durfte.

Mit der Klage begehrt der Kläger von dem Beklagten die Übertragung seines Miteigentumsanteils an der besagten Teilfläche Zug um Zug gegen Übertragung des klägerischen Miteigentumsanteils an der Restfläche. Beide Vorinstanzen haben der Klage stattgegeben. Die Revision des Beklagten führte zur Abweisung der Klage.

Aus den Gründen:

II. ... 1. a) Wie das Berufungsgericht selbst sieht, bedurfte die der Klage zugrundeliegende Teilungsvereinbarung der Prozeßparteien der Form des – gem. Art. 229 § 5 EGBGB anzuwendenden, mit § 311b Abs. 1 n.F. BGB sachlich übereinstimmenden – § 313 a.F. BGB, weil hier schon mangels gleichmäßiger Bebaubarkeit der einzelnen Grundstücksteile keine dem Gesetz (§ 752 BGB) entsprechende Aufteilung verabredet wurde (vgl. BGH, Urte. v. 27. Oktober 1972 – V ZR 41/70, WM 1973, 82). Da gemäß dem notariellen Vertrag jeder Erwerber den auf seinen Miteigentumsanteil entfallenden Kaufpreis an den Veräußerer zu zahlen hatte und nicht ersichtlich ist, daß der Beklagte seinen Miteigentumsanteil an der streitigen Fläche im Auftrag und für Rechnung des Klägers (treuhänderisch) erwerben sollte, scheidet auch ein gesetzlicher Anspruch des Klägers hierauf gemäß § 667 BGB (vgl. dazu BGHZ 127, 168, 170 f.) aus.

b) Die Klausel in dem notariellen Kaufvertrag, wonach der Kläger eine Teilfläche von 6.000 qm erhalten sollte, ist mangels hinreichender Kennzeichnung dieser Teilfläche gemäß §§ 313 Abs. 1 a.F., 125 BGB formunwirksam (vgl. BGHZ 74, 116, 120 f.; 87, 150). Formungültig waren ebenfalls die mündlichen Vereinbarungen der Parteien, welche diese – nach der von dem Berufungsgericht für glaubhaft erachteten erstinstanzlichen Zeugenaussage – vor Abschluß des notariellen Kaufvertrages hinsichtlich der Lage der wegzumessenden Teilfläche 6 000 qm (an der Straßenseite des handtuchförmigen Grundstücks) getroffen haben sollen. Diese Lage kam in der Klausel des notariellen Kaufvertrages auch nicht „andeutungsweise“ (vgl. BGHZ 87, 150, 154 f.) zum Ausdruck, weshalb es bei dem Formmangel verbleibt (vgl. BGHZ 74, 116, 121). Mit einer versehenlichen Falschbezeichnung der veräußerten Fläche (dazu BGHZ 87, 150) ist der vorliegende Fall nicht vergleichbar.

2. Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist die formunwirksame Teilungsvereinbarung durch die Auflassung des Grundstücks an die beiden Prozeßparteien und durch deren Eintragung im Grundbuch als Miteigentümer nicht gemäß § 313 Satz 2 a.F. BGB geheilt worden.

a) Die Formvorschrift des § 313 Satz 1 a.F. (= 311b Abs. 1 n.F.) BGB bezweckt, Veräußerer und Erwerber vor übereilten Grundstücksgeschäften zu bewahren, sie auf die Wichtigkeit des Geschäfts hinzuweisen und ihnen die Möglichkeit rechtskundiger Belehrung und Beratung durch den Notar im Hinblick auf das abzuschließende Geschäft zu eröffnen. Des weiteren soll durch die notarielle Beurkundung auch der Inhalt der Vereinbarung klar und genau festgestellt und die Beweisführung gesichert werden (BGHZ 87, 150, 153 f.). Mit der Heilungsvorschrift des § 313 Satz 2 a.F. BGB geht das Gesetz davon aus, daß die genannten Zwecke ersatzweise erfüllt sind, wenn die Auflassung (§ 925 BGB) erfolgt und der Erwerber als neuer Eigentümer des im Grundbuch bezeichneten Grundstücks eingetragen wird. Dementsprechend setzt eine Heilung gemäß § 313 Satz 2 a.F. BGB grundsätzlich den Vollzug des betreffenden Grundstücksgeschäfts durch Auflassung und Grundbucheintragung voraus. Soweit danach ein ganz oder zum Teil ohne Beobachtung der Form geschlossener Vertrag „seinem ganzen Inhalt nach gültig“ wird, gilt das nach der – vom Berufungsgericht herangezogenen – Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl.

BGHZ 59, 269, 272) zwar auch für eine nicht (mit-)beurkundete Rückübertragungsabrede in einem Grundstückskaufvertrag nach Grundbucheintragung des Ersterwerbers. Aus dieser das Verhältnis zwischen Veräußerer und Erwerber betreffend und auf eine Erwerbseinschränkung in diesem Verhältnis hinauslaufenden (vgl. MünchKomm./Kanzleiter, BGB 3. Aufl. § 313 Rdn. 85) Rechtsprechung läßt sich aber kein allgemeiner Grundsatz des Inhalts entnehmen, daß immer dann, wenn die Durchführung eines unter § 313 a.F. BGB fallenden Vertrages mehrere Übereignungen erfordert, schon der Vollzug einer dieser Übereignungen für eine Heilung gemäß § 313 Satz 2 a.F. BGB genügt (BGHZ 59, 269, 273). Insbesondere werden formbedürftige Abreden in Zusammenhang mit einem Grundstücksgeschäft, die nicht zwischen Veräußerer und Erwerber, sondern von diesem oder jenem mit einem Dritten formlos getroffen worden sind, nach § 313 Satz 2 a.F. BGB nur dann geheilt, wenn ihre Formbedürftigkeit allein auf ihrer Verbindung mit dem (geheilten) Veräußerungsvertrag beruht (vgl. BGH, Urt. v. 12. November 1973 – V ZR 201/71, NJW 1974, 136; Soergel/M. Wolf, BGB 12. Aufl. § 313 Rdn. 107), wie z.B. im Fall einer Geschäftseinheit (§ 139 BGB; vgl. Urt. v. 10. Dezember 1993 – V ZR 108/92, NJW 1994, 720) oder eines mittelbaren Abschlußzwangs durch die Bedingungen eines Maklervertrages (vgl. dazu BGH, Urt. v. 15. März 1989 – IVa ZR 2/88, WM 1989, 918 m.w.N.). Das gilt dagegen nicht, wenn die betreffende Abrede Pflichten begründet, die über den sachenrechtlichen Vollzug des Vertrages hinausgehen und einem selbständigen Formzwang nach § 313 Satz 1 a.F. BGB (oder nach einer anderen Vorschrift) unterliegen (vgl. Backhaus, JuS 1985, 512, 513 f; Soergel/M. Wolf aaO; MünchKomm./Kanzleiter aaO § 313 Rdn. 82, 85), wie z.B. eine vom Erwerber mit einem Dritten getroffene Weiterverkaufsvereinbarung (vgl. auch BGH, Urt. v. 24. Februar 1967 – V ZR 2/65, WM 1967, 610; BGHZ 127, 168, 172).

b) Nichts anderes kann für die vorliegende Teilungsvereinbarung der Prozeßparteien gelten, mag diese auch Teil der Abmachungen zwischen ihnen zum gemeinschaftlichen Erwerb des Grundstücks gewesen sein, der durch Abschluß des notariellen Kaufvertrages und Eintragung der Prozeßparteien im Grundbuch vollzogen wurde. Das gilt aber nicht für die – einem selbständigen Formzwang unterliegende – Teilungsvereinbarung, die der Beklagte mit dem Erwerb des Miteigentums an dem Kaufgrundstück auf eigene Rechnung noch nicht erfüllt hat. Ebensowenig ist die Schutzfunktion des Beurkundungserfordernisses dadurch gewahrt, daß der Beklagte an dem notariellen Grundstückskaufvertrag und an der Auflassung beteiligt war, weil durch beide die Grenzen der dem Kläger zuzuteilenden Fläche nicht festgelegt wurden, damit der Übereilungsschutz in dieser hier wesentlichen Hinsicht nicht gewahrt und zugleich die Beweisfunktion des § 313 a.F. BGB nicht erfüllt wurde.

Im übrigen haben die Parteien in dem notariellen Kaufvertrag nicht einmal einen gemeinschaftlichen Auflassungsanspruch auf das Gesamtgrundstück entsprechend § 432 BGB, sondern jeweils getrennte Einzelansprüche gegen den Veräußerer auf Einräumung der Miteigentumsanteile von 1/5 bzw. 4/5 gegen Zahlung des jeweils hierauf entfallenden Kaufpreises (ohne gesamtschuldnerische Haftung) begründet, so daß die Rechtslage derjenigen bei zwei getrennten Kaufverträgen entspricht, deren grundbuchlicher Vollzug formlose Abreden zwischen den Erwerbern erst recht nicht gemäß § 313 Abs. 2 a.F. BGB heilen könnte.

3. Die Berufung des Beklagten auf die Formnichtigkeit der Teilungsvereinbarung führt hier auch nicht zu einem für den Kläger schlechthin unzumutbaren Ergebnis, weil er einerseits immerhin Miteigentümer des Gesamtgrundstücks unter Einschluß der von ihm beanspruchten Teilgrundstücke ist und es an ihm gelegen hätte, vor der Bebauung des von ihm beanspruchten Grundstücksteils klare Verhältnisse zu schaffen, zumindest eine Benutzungsregelung gemäß § 746 BGB und deren Eintragung im Grundbuch mit Wirkung auch für Rechtsnachfolger des Beklagten (§ 1010 Abs. 1 BGB) herbeizuführen. Des weiteren liegt ein Verstoß des Beklagten gegen Treu und Glauben auch insofern nicht vor, als die Parteien bei Vertragsschluß von einer gleichmäßigen Bebaubarkeit der beiden Grundstückshälften ausgingen und dies Geschäftsgrundlage ihrer internen Abreden war (vgl. auch BGHZ 34, 32, 41; BGH, Urt. v. 19. November 1971 – V ZR 103/69, NJW 1972, 152; v. 14. Oktober 1977 – V ZR 253/74, NJW 1978, 695).

### KostO § 16; BeurkG § 53

**Die Genehmigung der im Kaufvertrag vom Käufer als vollmachtsloser Vertreter des Verkäufers erklärten Auflassung in einer getrennten Vermerkkunde stellt eine unrichtige Sachbehandlung dar, wenn der Notar nicht auf den kostengünstigeren, im konkreten Fall genau so sicheren beurkundungsrechtlichen Weg der Vorlagesperre hingewiesen hat.**

AG Karlsruhe, Beschl. vom 20. 6. 2002 – UR II 6/2001

Aus den Gründen:

Die Erinnerung ist zulässig und auch begründet. Nach den §§ 14 Absatz 2, 142 KostO ist zur Entscheidung hierüber das Amtsgericht am Amtssitz des Notariats gegen dessen Kostenansatz sich das Rechtsmittel richtet, berufen.

Der Kostenansatz entspricht nicht den gesetzlichen Vorgaben. Nach § 16 Absatz 1 Satz 1 KostO i.V.m. § 16 Absatz 2 Satz 1 KostO war von der Erhebung der Kosten gegen die sich der Erinnerungsführer wendet, abzusehen, da diese bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären.

Der Kostenschuldner und seine Ehefrau – als Käufer – haben mit Urkunde des Notariats vom 2. 8. 2000 mit Herrn E. N. – als Verkäufer – einen Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung geschlossen. Im gleichen Vertrag haben die Käufer (auch für den Verkäufer, hier in Vertretung ohne Vertretungsmacht) die Auflassung erklärt. In einer getrennten, gleichfalls durch das Notariat entworfenen Urkunde vom gleichen Tage hat der Verkäufer diese in seinem Namen erklärte Auflassung genehmigt. Die Genehmigungserklärung wurde bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung bei dem Notar hinterlegt, der sie dann bei dem zuständigen Grundbuchamt zum Vollzug der Eintragung des Eigentumsüberganges in das Grundbuch einreichte. Die Parteien des Kaufvertrages hatten diese Vorgehensweise nämlich so in § 13 Nr. 2 Satz 2 bis 6 des Kaufvertrages vereinbart. In § 3 des Vertrages hatten die Parteien vereinbart, dass der Kaufpreis von den Käufern auf einem Anderkonto des beurkundenden Notars hinterlegt wird. Diese Vereinbarung beinhaltete auch einen Treuhandauftrag an den Notar dahingehend, nach der Hinterlegung des Kaufpreises für die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Käufer im Grundbuch Sorge zu tragen und durch Vorlage der Lösungs- bzw. Freigabeunterlagen mit dem hinterlegten Betrag die auf dem Wohnungseigentum lastende, nach dem Vertrag zu löschende Grundschuld abzulösen. In dieser umfangreichen Regelung hatten die Parteien des Vertrages auch vereinbart, dass der Verkäufer die Kosten des Treuhandauftrages trägt. Entsprechend diesen Vereinbarungen wurde der gesamte Vorgang auch abgewickelt.

Der angefochtene Kostenansatz enthält die Beträge für die Beurkundung des Kaufvertrages, die Abtretungsanzeige, Schreibauslagen und Umsatzsteuer. Mit seiner Erinnerung greift er die gleichfalls in diesem Kostenansatz enthaltenen Gebühren für die Beurkundung der Genehmigung der Auflassungserklärung und den Auftrag an den Notar, diese Genehmigung dem Grundbuch vorzulegen an. Er trägt insoweit vor, diese Gebühren seien durch unrichtige Sachbehandlung entstanden, da der Notar es unterlassen habe, die Parteien des Vertrages und somit auch ihn auf die Möglichkeit einer kostengünstigeren Gestaltung hinzuweisen, durch die den Sicherungsinteressen beider Vertragsparteien genau so hätte Rechnung getragen werden können, wie bei dem tatsächlich beurkundeten und durchgeführten Weg.

Der Erinnerung wurde durch das Notariat nicht abgeholfen. Der Bezirksrevisor bei dem Landgericht Karlsruhe hat ebenso wie der Erinnerungsführer zwei Mal zu der Erinnerung Stellung genommen.

Von der Erhebung der umstrittenen Gebühren war nach § 16 Absatz 1 Satz 1 KostO i.V.m. § 16 Absatz 2 Satz 1 KostO abzusehen, da diese bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären.

Der Notar hätte zumindest den Erinnerungsführer sowohl über die entstehenden Kosten für den durch diese Vertragsgestaltung gewählten Weg, als auch auf die Möglichkeit, einen Ablauf zu wählen, durch den deutlich geringere Kosten entstehen, hinweisen müssen. Diese Belehrungspflicht ergibt sich aus § 24 BNotO, grund-

sätzlich allerdings nur, wenn die Belehrung aufgrund besonderer Umstände geboten ist (vgl. zum Ganzen etwa Bengel in Korintenberg, Lappe, Bengel, Reimar-Kommentar zur Kostenordnung, 14. Auflage 1999 RandNr. 47 – 53 zu § 16 KostO, jeweils mit weiteren Nachweisen). So muss der Notar zwar nicht auf Selbstverständlichkeiten hinweisen. Allerdings ist er nicht nur zur richtigen, sondern auch grundsätzlich zur billigsten Sachbehandlung verpflichtet (vgl. etwa OLG Frankfurt DNotZ 1978 S. 117) und muss die Parteien, wenn er Anlass dazu hat, auch hierauf hinweisen. Ein solcher Hinweis konnte hier auch nicht deswegen unterbleiben, weil alle Vertragsparteien geschäftsgewandt und erfahren gewesen wären (zu weitgehend LG Münster MDR 1998 S. 312). Zwar waren zumindest die Käufer beide rechtskundig. Allerdings handelt es sich bei Vertragsgestaltungen für Immobiliengeschäfte und insbesondere die damit verbundenen Kostenfolgen um Bereiche, die normalerweise (anders als bei im Immobiliengeschäft regelmäßig tätigen Personen) nur sehr selten selbst durchgeführt werden, so dass selbst bei fundierten juristischen Kenntnissen eine Belehrung nicht unterbleiben konnte. Die Ausnahmesituation, dass die Vertragsbeteiligten wegen ihrer besonderen Sachkunde dem Notar die Ausgestaltung des Rechtsgeschäftes nicht überlassen und in Kenntnis der rechtlichen Tragweite des Geschäftes und der damit verbundenen Kosten übereinstimmend eine Beurkundung nach einem von ihnen selbst gefertigten Entwurf wünschen (vgl. OLG Zweibrücken DNotZ 1977 S. 57) lag hier gleichfalls nicht vor.

Der Notar muss allerdings auch die Sicherungsbedürfnisse der Parteien berücksichtigen und muss dementsprechend statt des billigsten Weges, den sichereren bzw. sachdienlicheren wählen, wenn diese Umstände das erfordern. Wenn es mehrere gleich sichere Wege gibt, hat er die Parteien grundsätzlich auf den kostengünstigsten hiervon hinzuweisen, wenn er es wie im vorliegenden Fall nicht tut, handelt es sich um eine unrichtige Sachbehandlung.

Zu dem vergleichbaren Fall, ob es zulässig und unter Beachtung der vorstehenden Grundsätze nicht zu beanstanden ist, wenn der Kaufvertrag und die Auflassung getrennt beurkundet werden (wodurch die Gebühren dann doppelt entstehen), hat sich eine umfangreiche Judikatur entwickelt. Vielfach wird angenommen, eine solche Praxis sei nicht zu rügen, weil nur dadurch den Sicherungsinteressen des Verkäufers hinreichend Rechnung getragen wird, um so zu vermeiden, dass er sein Eigentum verliert, ohne dass der Kaufpreis gezahlt ist (vgl. etwa KG DNotZ 1976, S. 434; BayObLG DNotZ 1976 S. 59; OLG Zweibrücken, RPfl 1981 S. 34; OLG Frankfurt DNotZ 1978 S. 118) oder dass dies nur in Ausnahmefällen eine unrichtige Sachbehandlung darstelle (OLG Frankfurt MDR 1989, S. 650). Das OLG Düsseldorf hat seine frühere gleichgelagerte Ansicht (DNotZ 1981 S. 74) inzwischen aufgegeben und hält diese Vorgehensweise für eine unrichtige Sachbehandlung (DNotZ 1990, S. 674, geringfügig eingeschränkt in DNotZ 1996 S. 324).

Im vorliegenden Falle weist die Auffassung des OLG Köln (JurBüro 1997, S. 487, ebenso SchIHOLG JurBüro 1997 S. 435; a.A. OLG Hamm MittBayNot 1998 S. 275) den richtigen Weg. Es hat insoweit entschieden:

1. Der sogenannte beurkundungsrechtliche Weg, bei dem der Notar angewiesen wird, vor der Bestätigung der Kaufpreiszahlung keine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift der Vertragsurkunde zu erteilen, welche die Erklärung der Auflassung wiedergibt, ist zur Sicherung des Verkäufers einer Immobilie vor der Gefahr, sein Eigentum zu verlieren, ohne die Gegenleistung zu erhalten, nicht weniger geeignet, als der sogenannte verfahrensrechtliche Weg, bei dem der Verkäufer im Kaufvertrag zwar die Auflassung, nicht aber die Eintragungsbewilligung erklärt und sich zur Abgabe der Eintragungsbewilligung nach Kaufpreiszahlung verpflichtet.
2. Es stellt eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von KostO § 16 Abs. 1 dar, wenn der Notar den – teureren – verfahrensrechtlichen Weg wählt, ohne die Beteiligten über die unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten und die hiermit verbundene unterschiedliche Kostenbelastung zu belehren.

Die gleiche Interessenlage ist vorliegend gegeben, wo zwar die Auflassung und Eintragungsbewilligung im Kaufvertrag mit beurkundet wurden, die Genehmigung der von den Käufern als vollmachtlosen

Vertretern des Verkäufers erklärten Auflassung jedoch gesondert erfolgte. Zutreffend hat der Bezirksrevisor bei dem Landgericht Karlsruhe zwar darauf hingewiesen, dass der Notar nach § 53 BeurkG vollzugsreife Urkunden unverzüglich dem Grundbuchamt vorlegen muss, es sei denn die Vertragsparteien haben übereinstimmend eine ausdrückliche andere Weisung erteilt (§ 53 Absatz 2 BeurkG). Allerdings greift die Argumentation, dass hierdurch die vorliegende gewählte Gestaltung vorgegeben sei, zu kurz. Statt der hier umstrittenen Vorgehensweise hätten die Parteien auch den vom OLG Köln vorgezeichneten kostengünstigeren Weg wählen können, was gleichfalls eine Regelung i.S. von § 53 Absatz 2 BeurkG dargestellt hätte. Zwar können sich die Parteien nach § 51 BeurkG Ausfertigungen oder beglaubigte Abschriften der Urkunde erteilen lassen und dadurch hätten die Käufer grundsätzlich auch die Eigentumsumschreibung vor Kaufpreiszahlung in die Wege leiten können. Aber auch dieses Argument gebietet nicht, dass den Sicherungsinteressen des Verkäufers nur auf dem hier gewählten Weg Rechnung getragen werden kann. Auch insoweit können die Parteien übereinstimmend eine andere Weisung erteilen.

Nach § 20 GBO darf die Umschreibung des Eigentums nur erfolgen, wenn die Einigung der Berechtigten und des anderen Vertragspartners erklärt ist. Dies muss nach § 29 Absatz 1 Satz 1 GBO dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (also Ausfertigungen oder beglaubigten Abschriften über die notariell beurkundete Auflassung) nachgewiesen werden. Daher wird eine Umschreibung des Eigentums nicht erfolgen, so lange der Notar (den Weisungen der Parteien entsprechend) keine Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift seiner Urkunde erteilt, in der die Auflassung enthalten ist. Soweit andere in der Urkunde enthaltene Erklärungen (z.B. wie hier die Bewilligung der Eintragung einer Vormerkung) zur Eintragung in das Grundbuch gleichfalls der Form des § 29 Absatz 1 Satz 1 GBO bedürfen, kann dieser Nachweis durch Vorlage einer auszugsweisen Ausfertigung oder auszugsweisen beglaubigten Abschrift der Urkunde (§§ 42 Abs. 3, 49 Absatz 3 BeurkG) geführt werden, wobei der die Auflassung enthaltende Teil der Urkunde in diesem Auszug dann nicht wiedergegeben wird (so OLG Köln a.a.O. S. 488). Dann verbleibt für den Verkäufer nur noch das überaus hypothetische Risiko, dass das Grundbuchamt die Umschreibung unter Verletzung der §§ 20, 29 Absatz 1 GBO vornimmt, obwohl ihm die Auflassung nicht durch Vorlage einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift über die notariell beurkundete Auflassung nachgewiesen wurde (OLG Köln a.a.O.). Nach Auffassung des Gerichts ist dieses Risiko nicht größer als die Gefahr, dass das Grundbuchamt die Vollmacht des vollmachtlosen Vertreters, der für die Verkäuferseite die Auflassung erklärt hat, nicht prüft – eher gilt das Umgekehrte. In beiden Fällen ist der Verkäufer, wenn er denn so sein Eigentum verlieren sollte, ohne den Kaufpreis erhalten zu haben, letztlich durch den Amtshaftungsanspruch aufgrund der fehlerhaften Vorgehensweise des Grundbuchamtes hinreichend geschützt.

Ob aufgrund dieser Überlegungen der Schluss gezogen werden muss, dass es sich immer um eine unrichtige Sachbehandlung und um einen offen zu Tage tretenden Verstoß des Notars i.S. von § 16 Absatz 1 KostO handelt, wenn der Notar auf diesen gleich sicheren aber für beide Vertragsparteien kostengünstigeren Verfahrensweg nicht hinweist (so OLG Köln a.a.O. S. 488 f. und SchIHOLG a.a.O.), kann hier offen bleiben.

Im vorliegenden Falle ist dies jedoch so zu werten. Hier kommen nämlich noch zwei Besonderheiten hinzu.

Zum einen haben die Parteien des Vertrages zugleich mit dem Notar auch eine Treuhandvereinbarung getroffen. Zutreffend hat der Bezirksrevisor bei dem LG Karlsruhe zwar darauf hingewiesen, dass der Notar durch die vorliegende Treuhandvereinbarung nur gehalten war, den Kaufpreis auf seinem Anderkonto zu verwahren und daran mitzuwirken, dass durch die zielgerichtete anteilige Weiterleitung direkt an die Grundpfandgläubiger des Verkäufers die Käufer hinsichtlich dieser Vorbelastungen lastenfreies Eigentum vermittelt bekommen und dass die Prüfung der Auflassungsreife (und anschließende Weiterleitung der vollständigen Urkundenausfertigungen an das Grundbuchamt) nicht zu dieser Treuhandvereinbarung gehörte. Allerdings wäre es ein leichtes gewesen, diese Treuhandvereinbarung um die entsprechende Regelung zu erwei-

tern. Ob hierdurch die für die Ausübung der Treuhandvereinbarung entstehenden Notargebühren höher gewesen wären, als bei der vorliegend getroffenen Treuhandvereinbarung, kann hier offen bleiben. Nach dem vorliegenden Vertrag hatte sich nämlich der Verkäufer verpflichtet, diese Kosten zu tragen. Der Erinnerungsführer wäre somit also nicht mit Kosten belastet worden und das Gericht geht auch davon aus, dass der Verkäufer, wenn er sich schon bereit erklärte, die Kosten für eine Treuhandvereinbarung zu tragen, die ausschließlich im Interesse der Käufer lag, dies auch getan hätte, wenn bei einer erweiterten Treuhandvereinbarung geringfügig höhere Kosten entstanden wären.

Zum anderen darf bei der Einschätzung des Sicherungsbedürfnisses des Verkäufers im konkreten Fall auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass dem Notar die persönliche Integrität der Käufer bekannt sein musste. Jedenfalls hatten sie ihm gegenüber ihre berufliche Position (als Beamter bzw. Richterin am Amtsgericht) offen gelegt.

Auch vor diesem Hintergrund stellt es eine unrichtige Sachbehandlung des Notars dar, nicht auf den kostengünstigeren, vom OLG Köln vorgezeichneten und im konkreten Falle genau so sicheren Verfahrensweg hingewiesen zu haben. Die hierdurch entstandenen Gebühren sind daher nicht zu erheben.

Mitgeteilt von Notar Dr. Zimmermann, Karlsruhe

**Zur Anwendung der Richtlinie 69-335/EUG**

OLG Karlsruhe, Zivilsenat Freiburg, 24. 9. 2002, 15 Wx 133/0

Aus den Gründen:

**A**

1. In der am 15. 8. 1997 errichteten Urkunde II UR 665/97 (AS. 1/13) hat der Notar beim Notariat jeweils unter Verwendung eines Fremdentwurfs beurkundet:

- a) den Verschmelzungsvertrag zwischen der A. GmbH mit Sitz in M. (übernehmender Rechtsträger) und der J. GmbH mit Sitz in N. (übertragender Rechtsträger),
- b) die in den zugleich durchgeführten Gesellschaftsversammlungen der beteiligten Gesellschaften gefassten Zustimmungsbeschlüsse sowie die das Klagerecht, den Verschmelzungsbericht und die Prüfung des Verschmelzungsvertrags betreffenden Verzichtserklärungen und
- c) den zugleich gefassten Gesellschafterbeschluss über die Erhöhung des Stammkapitals der übernehmenden Gesellschaft von 2 200 000,— DM um 100 000,— DM auf 2 300 000,— DM und die Neufassung der entsprechenden Bestimmung des Gesellschaftsvertrags.

Ferner hat der Notar am 15. 8. 1997 die Unterschriften unter den Anmeldungen der Verschmelzung zu den Handelsregistern bei den Amtsgerichten beglaubigt (II UR 666/97 (AS.15) und II UR 667/97).

2. Die der Beschwerdeführerin als Kostenschuldnerin übermittelte Kostenrechnung der Landesoberkasse Freiburg vom 3. 6. 1998 weist folgende in der Kostenrechnung des Kostenbeamten des Notariats vom 18. 5. 1998 angesetzte Gebühren und Auslagen nebst Umsatzsteuer aus:

|  |              |
|--|--------------|
| Beurkundung des Verschmelzungsvertrags (§ 36 Abs. 2 KostO) | 30 220,00 DM |
| Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse (§ 47 KostO)      | 10 000,00 DM |
| Unterschriftsbeglaubigung (§ 45 Abs. 1 KostO)              | 40,00 DM     |
| Unterschriftsbeglaubigung (§ 45 Abs. 1 KostO)              | 87,50 DM     |
| Schreibauslagen (§ 136 Abs. 1, Abs. 3 KostO)               | 32,00 DM     |
| 15 % Umsatzsteuer aus 40 379,50 DM                         | 6 056,93 DM  |
|  | 46 436,43 DM |

3. Gegen die Kostenrechnung hat die Kostenschuldnerin mit Schriftsatz vom 20. 12. 1999 Erinnerung eingelegt.

Sie wendet sich weder dagegen, als Kostenschuldnerin in Anspruch genommen zu werden, noch zieht sie in Zweifel, dass die Gebührenrechnung den Vorschriften der KostO entspricht. Unter Hinweis auf das Urteil des EuGH vom 29. 9. 1999, C-56/98 – „Modelo“ – (ZIP 1999, S.1681 ff.) meint sie jedoch, die in Rechnung gestellten Notargebühren stellen in Wahrheit eine der – die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapitalbetreffenden Gesellschaftssteuerrichtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 widersprechende Steuer dar. Sie meint, unter Zugrundelegung eines Zeitaufwandes des Notars von zwei Stunden für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags seien für diesen Vorgang lediglich Gebühren von 8 300,00 DM angemessen.

Das Amtsgericht Überlingen hat die Erinnerung durch den Beschluss vom 7. 2. 2000 mit der Begründung zurückgewiesen, bei den erhobenen Gebühren handele es sich nicht um Steuern i. S. v. Art. 10 der Richtlinie.

Die dagegen gerichtet Beschwerde der Kostenschuldnerin hat das Landgericht durch Beschluss vom 12. 7. 2000 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, bei den von der Beschwerdeführerin beanstandeten Gebühren handele es sich um Abgaben mit Gebührencharakter, deren Erhebung auch nach der Gesellschaftssteuerrichtlinie zulässig sei. Dagegen wendet sich die – vom Landgericht zugelassene – weitere Beschwerde der Kostenschuldnerin, welcher der Bezirksrevisor unter dem 12. 12. 2000 entgegengetreten ist.

**B**

Die infolge Zulassung (§ 14 Abs. 3 S. 2 KostO) statthafte und auch im Übrigen zulässige weitere Beschwerde ist teilweise begründet. Die angegriffene Kostenrechnung steht zwar – von der Erhebung von Schreibauslagen abgesehen (hierzu unten zu II 4.) – im Einklang mit den einschlägigen deutschen Vorschriften, namentlich denen der KostO. Indessen ist ein Teil der von der Beschwerdeführerin beanstandeten Kostenansätze nicht mit der Regelung gem. Art. 10 und Art. 12 Abs. 1 lit. e der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital i. d. F. der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. 6. 1985 („Gesellschaftssteuerrichtlinie“; im Folgenden auch „Richtlinie“ oder „RL“) vereinbar. Da die genannten Richtlinienbestimmungen nach Auffassung des EuGH inhaltlich unbedingt und hinreichend genau abgefasst sind, begründen sie für die einzelnen Gesellschaften in den Mitgliedstaaten Rechte, auf die sie sich auch vor den nationalen Gerichten berufen können (EuGH, Urteil vom 2. 12. 1997, C-188/95 – „Fantask“ –, Tz. 53 (ZIP 1998, S. 206 ff.); BayObLGZ 1998, S. 303 ff., 307, Gustavus, ZIP 1998, S. 502 ff., 503). Soweit die beanstandeten Kostenansätze nicht mit der Richtlinie vereinbar sind, konnten sie daher – ebenso wie die zu Unrecht erfolgte Erhebung von Schreibauslagen – keinen Bestand haben und waren aufzuheben.

**I.**

1. Gemäß Art. 1 RL können die Mitgliedstaaten der EG eine als „Gesellschaftssteuer“ bezeichnete harmonisierte Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften erheben. Die Vorgänge, die der Gesellschaftssteuer unterliegen oder ihr unterworfen werden können, sind in Art. RL abschließend aufgeführt. In Art. 10 RL ist bestimmt, dass von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbzzweck abgesehen von der Gesellschaftssteuer „Steuern oder Abgaben“ auf die dort genannten auf Art. 4 RL bezogenen Vorgänge (lit. a und b) nicht erhoben werden, ferner nicht auf „die der Ausübung einer Tätigkeit vorausgehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbzzweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann“ (lit. c). Art. 12 Abs. 1 RL normiert eine Ausnahme von diesem Verbot.

2. Demgemäß sind die von der Kostenschuldnerin angegriffenen Kostenansätze dann – und nur dann – mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie unvereinbar, wenn sie, ohne unter die Aus-

nahmeregelung nach Art. 12 Abs.1 RL zu fallen, vom Verbotstatbestand des Art. 10 RL erfasst werden.

Da die den hier angegriffenen Kostensätzen zugrundeliegenden notariellen Leistungen im Vorfeld der in Art. 4 RL genannten Vorgänge liegen und somit von den diese in Bezug nehmenden Verbotstatbeständen nach Art. 10 lit. a und b nicht erfasst werden, kommt insoweit allenfalls ein Verbot nach Art. 10 lit. c in Betracht. Dabei ist das darin normierte Besteuerungsverbot – trotz fehlender ausdrücklicher Bezugnahme auf Art. 4 RL – auf solche aufgrund der Rechtsform der Gesellschaft vorgeschriebene Formalien beschränkt, die im Zusammenhang mit den in Art. 4 RL aufgeführten Vorgängen erfolgen (vgl. EuGH, Urteil vom 27. 10. 1998, C-152/97 – „Agas“ –, Tz. 21 (WM 1999, S. 343 ff., 345); Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 868; ders., ZIP 2002, S. 667 ff., 668).

Die grundsätzliche Frage, ob die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallenden Vorgangs durch einen beamteten Notar im Oberlandesgerichtsbezirk Karlsruhe überhaupt als „Steuer“ i. S. d. Richtlinie anzusehen sind – was sich u. a. deshalb nicht von selbst versteht, weil es sich bei der Beurkundungstätigkeit der badischen Notare wegen der ohne weiteres gegebenen Ausweichmöglichkeit auf außerhalb des Oberlandesgerichtsbezirks tätige, ihre Gebühren ebenfalls nach der KostO erhebende private deutsche Notare oder auf ausländische Notare nicht um spezifisch staatliche Tätigkeit handelt –, hat der EuGH inzwischen mittels Hinweis auf Tz. 23 seines die Verhältnisse in Portugal betreffenden „Modelo“-Urteils vom 29. 9. 1999, C-56/98 (ZIP 1999, S. 1681 ff.) bejaht (Tz. 27 f. des Beschlusses vom 21. 3. 2002, C-264/00 – „Gründerzentrum“ – (ZIP 2002, S. 663 ff.)).

## II.

Für die einzelnen von der Gebührenschuldnerin angegriffenen Kostenansätze ergibt sich danach folgendes:

### 1. Beurkundung des Verschmelzungsvertrags

a) Der in Anwendung von § 36 Abs. 2 KostO erfolgte Ansatz einer Gebühr von 30 220,00 DM widerspricht der Gesellschaftssteuerrichtlinie.

aa) Die Gebühr unterfällt dem Verbotstatbestand gem. Art. 10 lit. c RL:

- (1) Als GmbH ist die Gebührenschuldnerin eine „Kapitalgesellschaft“ i. S. der Richtlinie (Art. 3 Abs.1 lit. a – 3. Spiegelstrich – RL).
- (2) Die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags ist auf einen von Art. 4 Abs.1 lit. c RL erfassten Vorgang bezogen.

Nach der genannten Vorschrift unterliegt der Gesellschaftssteuer „die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art“. Darunter fällt auch eine Kapitalansammlung, die – wie hier – durch Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaften in der Weise erfolgt, dass das Kapital der übernehmenden Gesellschaft durch Einbringung des gesamten Vermögens der übertagenden Gesellschaft erhöht wird (vgl. EuGH, Urteil vom 13. 2. 1996, C-197/94 und C-252/94 – „Bauiaa“ bzw. „Societe francaise maritime“ –, insbesondere Tz. 33-36 [ABI. EG 1996 Nr. C-133/3-4], ferner Vogt; WuB II N. Art. 12 RL 69/335 EWG 2.99 [Anm. zu EuGH, C-152/97 – „Agas“ –]). Anders läge es zwar, wenn etwa die übernehmende Gesellschaft bei der Verschmelzung bereits Inhaberin sämtlicher Geschäftsanteile der übertragenden Gesellschaft gewesen wäre (EuGH, C-152/97 – „Agas“ –, Tz. 22 (WM 1999, S. 343 ff., 345); OLG Karlsruhe, Rpfleger 2001, S. 321 ff., 322); eine solche Konstellation lag hier aber nicht vor.

- (3) Da gemäß § 6 UmwG der Verschmelzungsvertrag zu seiner Wirksamkeit der notariellen Beurkundung

bedarf, stellt diese i. S. von Art. 10 lit. c RL eine „sonstige Formalität“ dar, der die Gesellschaft zur Ausübung ihrer Tätigkeit unterworfen ist (vgl. EuGH, C-58/98 – „Modelo“ –, Tz. 26; C-264/00 – „Gründerzentrum“ –, Tz. 29).

bb) Die für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags angesetzte Gebühr stellt – entgegen der vom Landgericht vertretenen Auffassung – keine „Abgabe mit Gebührencharakter“ dar, die gem. Art. 12 Abs. 1 lit. e RL in Abweichung von Art. 10 RL erhoben werden kann.

- (1) „Abgaben mit Gebührencharakter“ i. S. der Gesellschaftssteuerrichtlinie sind nur solche Abgaben, deren Berechnung auf der Grundlage der Kosten für die erbrachte Leistung erfolgt (EuGH, C-58/98 – „Modelo“ –, Tz. 29; Urteil vom 21. 6. 2001, C-206/99 – „SONAE“ –, Tz. 32 (EuZW 2001, S. 500 ff.); Fabis, ZIP 1999, S. 1683 f.; Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 862 ff.). Dabei kommt dem Umstand, dass die Gebühren für die Beurkundung von Verschmelzungsverträgen nach oben hin begrenzt sind (vgl. § 39 Abs. 4 KostO), keine entscheidende Bedeutung zu. Seine insoweit missverständliche Rechtsprechung (vgl. Tz. 30-32 des „Modelo“-Urteils), auf die sich das Landgericht gestützt hatte, hat der EuGH inzwischen im „SONAE“-Urteil dahin präzisiert, dass das Bestehen einer Obergrenze für Abgaben der hier vorliegenden Art für sich allein diesen Abgaben einen Gebührencharakter dann nicht verleihen kann, wenn die Obergrenze nicht so festgelegt ist, dass sie den Kosten der Dienstleistung angemessen ist, für die die Abgaben die Gegenleistung darstellen (Nr. 2 der Urteilsformel sowie Tz. 36).

- (2) Nicht nur unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags unter Verwertung eines Fremdentwurfs erfolgt ist, steht die hierfür angesetzte Gebühr von 30 220,00 DM in einem deutlichen Missverhältnis zu dem konkret erbrachten Aufwand, eine Qualifizierung der Gebühr als „Abgabe mit Gebührencharakter“ scheidet damit aus.

- b) Damit widerspricht der diesbezügliche Kostensatz dem Gemeinschaftsrecht mit der Folge, dass die Kostenrechnung insoweit aufzuheben war.

Da dem Senat der für die Beurkundung entstandene Aufwand nicht bekannt ist und es sich bei der Ermittlung des Aufwandes um Tatsachenfeststellung handelt, kann er in der Sache selbst nicht entscheiden. Die Sache wird daher an den Kostenbeamten des Notariats II Meersburg zur Festsetzung einer im Einklang mit der Gesellschaftssteuerrichtlinie stehenden Gebühr für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags zurückgegeben. Da der Gesetzgeber bislang noch keine richtlinienkonforme Gebührenregelung zur Verfügung gestellt hat, wird der Kostenbeamte den berücksichtigungsfähigen Aufwand in pauschalisierender Weise zu ermitteln haben. Dabei können – wie der EuGH in seinem Urteil vom 2. 12.1997, C-188/95 – „Fantask“ –, Tz. 33 (ZIP 1998, S. 206 ff., 210) für die Eintragung von Aktiengesellschaften ausgeführt hat – „sämtliche Kosten (berücksichtigt werden), die mit den Eintragungen zusammenhängen, einschließlich des auf diese Vorgänge entfallenden Teils der allgemeinen Kosten“.

Es bestehen keine Bedenken dagegen, dass der Kostenbeamte bei Ermittlung der dem Land aufgrund der Protokollierung des hier in Rede stehenden Verschmelzungsvertrags entstandenen Kosten die im Erlass des Justizministeriums Baden-Württemberg vom 22. 5. 2002 – Az.5656/0227 – aufgeführten Pauschsätze je Arbeitsstunde vorläufig und vorbehaltenlich der noch zu ermittelnden tatsächlichen Kosten zugrundelegt.

## 2. Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse

Auch der in Anwendung von § 47 S. 1 KostO erfolgte Ansatz einer Gebühr von 10 000,00 DM für die Beurkundung der Gesellschafterbeschlüsse (nämlich der beiden Zustimmungsbeschlüsse und des Beschlusses der übernehmenden Gesellschaft über die Kapitalerhöhung) widerspricht der Gesellschaftssteuerrichtlinie. Die Ausführung oben zu 1. – Beurkundung des Verschmelzungsvertrags – gelten entsprechend:

Die Gebühr unterfällt dem Verbotstatbestand gem. Art. 10 lit. c RL, weil jedenfalls die notarielle Beurkundung der Zustimmung der Anteilshaber zum Verschmelzungsvertrag und des Beschlusses über die Kapitalerhöhung jeweils Voraussetzung für deren Wirksamkeit ist (§ 13 Abs. 3 S. 1 UmwG bzw. § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG) und die Zustimmungsbeschlüsse sowie der Beschluss über die Kapitalerhöhung Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Gesellschaft in der von ihren Anteilhabern gewollten Form sind (vgl. § 13 Abs. 1 UmwG und § 55 Abs. 1 UmwG).

Die für die Beurkundung angesetzte Gebühr steht auch hier in einem erkennbaren Missverhältnis zu dem vom Land im konkreten Fall erbrachten Aufwand, so dass eine Erhebung auch nicht nach der Ausnahmevorschrift Art. 12 Abs. 1 lit. e RL erfolgen durfte.

Auch insoweit war die Kostenrechnung daher aufzuheben und die Sache zur Festsetzung einer richtlinienkonformen Gebühr an den Kostenbeamten zurückzuweisen.

## 3. Unterschriftsbeglaubigungen

Die Gebührenansätze für die beiden Unterschriftsbeglaubigungen (40,00 DM bzw. 87,50 DM) widersprechen nicht der Gesellschaftssteuerrichtlinie und unterliegen daher nicht der Aufhebung.

Zwar handelt es sich bei den ihnen zugrundeliegenden notariellen Tätigkeiten um „Formalitäten“ i. S. von § 10 lit. c RL, weil die Anmeldung der Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister des Sitzes der beteiligten Rechtsträger gesetzlich vorgeschrieben ist (§ 16 Abs. 1 UmwG) und zwar in öffentlich beglaubigter Form (§ 12 Abs. 1 HGB).

Indessen handelt es sich bei diesen Gebühren um „Abgaben mit Gebührencharakter“ i. S. von Art. 12 Abs. 1 lit. e RL. Denn der mit den konkreten Unterschriftsbeglaubigungen verbundene Aufwand des Landes, insbesondere die Prüfungs- und Vollzugstätigkeit durch den Notar sowie die damit verbundenen Vor- und Nacharbeiten weiterer Notariatsbediensteter, übersteigen die insoweit angesetzten Gebühren von 40,00 DM bzw. 57,50 DM zweifellos. Dies kann der Senat beurteilen, ohne dass es einer exakten Ermittlung des dem Land entstandenen Kostenaufwandes bedürfte.

## 4. Schreibauslagen

Die Erhebung von Schreibauslagen in Höhe von 32,00 DM für die Herstellung von Ausfertigungen bzw. beglaubigten Abschriften der Urkunden II UR 665-667/97 ist zu Unrecht erfolgt, die Kostenrechnung war daher – auch – insoweit aufzuheben. Der Akte ist nämlich nicht zu entnehmen, dass über die für die Behörden notwendigen und daher gem. § 53 BeurkG von Amts wegen zu erteilenden Abschriften hinaus Abschriften erteilt worden sind. Für von Amts wegen – und somit nicht auf Antrag – zu erteilende Abschriften sind aber, wie sich aus § 136 Abs. 1 KostO ergibt, Schreibauslagen nicht zu erheben (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 14. Aufl. 1999, Rnr. 21 zu § 136).

Mitgeteilt von Notar a. D. Dr. Sandweg, Müllheim

# Buchbesprechung

**Reithmann/Albrecht, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung.** Von Notar Dr. Christoph Reithmann und Notar Dr. Andreas Albrecht, LL.M. in Gemeinschaft mit den Notaren Dr. Stefan Kurz, Anton Riegel und Dr. Ludwig Röhl. 8. Auflage 2001. 849 Seiten. Carl Heymanns Verlag Köln, ISBN 3-452-24649-3, 112,- €.

Seit dem Erscheinen der 7. Auflage sind sechs Jahre vergangen. Aus dem Kreis der Verfasser ist Notar Dr. Gregor Basty ausgeschieden, neu eingetreten sind die Notare Dr. Stefan Kurz und Anton Riegel, beide Deggendorf. Das Werk nennt sich bescheiden „Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung“, ist aber eigentlich ein „Lehrbuch der Notariatswissenschaft“. Es enthält keine Vertragsmuster oder sonstige Formulierungshilfen. Das Werk will die Wurzeln der einzelnen Materien erschließen und Verständnis für die rechtlichen Zusammenhänge und wirtschaftlichen Auswirkungen wecken. Das Werk gliedert sich in einen Allgemeinen Teil und in einen Besonderen Teil. Im Allgemeinen Teil sind insbesondere behandelt: Formulierung und Gestaltung, Belehrung und Beratung, Vollzugs- und Treuhandeltätigkeiten. Besonders bemerkenswert sind hierbei die Ausführungen über die Distanzierungspflicht und die Ausgewogenheit der Vertragsgestaltung (RdNr. 19, 20, 21). Der Besondere Teil behandelt insbesondere den Grundstückskauf, die Überlassung an Abkömmlinge, die Grundschuldbestellung, das Wohnungseigentum, den Ehevertrag, die Scheidungsvereinbarung, das Testament und den Erbvertrag, die Gründung der GmbH nebst Geschäftsanteilsabtretung und die Kleine AG.

Einige Kritikpunkte im einzelnen: S. 19 Fußnote 29: Jastrow war Amtsgerichtsrat in Berlin und nicht Anwaltsnotar (s. Zeitschrift des

Deutschen Notarvereins 1904, 424). S. 21 RdNr. 52: Auch Baden-Württemberg kennt seit dem 1. 1. 2001 kein Anerbenrecht mehr. Der Rechtszustand ist daher der gleiche wie in Bayern. S. 455 RdNr. 766: Entgegen Reithmann besteht kein Widerrufsrecht bei durch Grundpfandrechten gesicherten Darlehen (BGH DNotl-Report 2002, 53). S. 118 RdNr. 238: Nicht gesagt wird, in welchem Umfang und für welche Steuerarten der Notar eine Steuerberatung übernehmen kann. Auch das Steuerberatungsgesetz ist insoweit unklar. Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz konnte verständlicherweise nicht mehr berücksichtigt werden.

Harro Kraiß, Notar in Neresheim/Württ., Lehrbeauftragter an der Hochschule für öffentliche Verwaltung und Finanzen Ludwigsburg

**Palandt, Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts,** Ergänzungsband zu Palandt, BGB, 61. Auflage XXX, 449 Seiten, in Leinen 25,- €, ISBN: 3-406-48560-X.

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001 ist am 1. 1. 2002 in Kraft getreten. Es hat in den fünf Büchern des BGB, namentlich im Schuldrecht mehr als 200 Vorschriften geändert, neu eingefügt oder aufgehoben. Seit dem Jahreswechsel müssen Notare, Rechtsanwälte, Wirtschaft und Verbände mit dem neuen, in vielen Bereichen grundlegend geänderten Recht arbeiten. In Kürze werden auch die Gerichte die ersten Fälle zum neuen Schuldrecht zu entscheiden haben. Kommentiert werden:

- Das neue Verjährungsrecht
- Das neue Leistungsstörungenrecht
- Das neue Kaufrecht. Die allgemeinen Vorschriften (§§ 433-453) weisen einen engen Zusammenhang mit dem neuen Allgemeinen Schuldrecht auf und sind von Grund auf mit dem Ziel kommentiert worden, dem Benutzer die praktische Arbeit zu erleichtern. Um die Änderungen besser überblicken zu können, sind in der Einführung vor § 433 die neuen und alten Paragraphen mit Inhaltsangabe gegenübergestellt.
- Das neue Werkvertragsrecht ist – auch dort wo keine Vorschriften geändert wurden – vollständig neu kommentiert. Dabei ist den Querverbindungen zum Verjährungs-Leistungsstörungen- und Kaufrecht besondere Beachtung geschenkt.
- Die zum ersten Mal kodifizierten Rechtsinstitute des Verschuldens beim Vertragsschluss und der positiven Vertragsverletzung
- Die in das BGB integrierten Gesetze wie das AGBG, das FernAbsG, das HausTWG, das VerbrKrG und das TzWrG
- Das Unterlassungsklagengesetz und die Verordnungsermächtigungen (Art. 239 bis 245 EGBGB), die das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz in den neuen 7. Teil des EGBGB einordnen will.

Im Internationalen Privatrecht des EGBGB sind daneben auch noch die am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen wesentlichen Neuerungen berücksichtigt, so insbesondere das Adoptionswirkungsgesetz, welches das Verfahren für die Anerkennung im Ausland vorgenommener Adoptionen und für den Inhalt eines Annahmebeschlusses eines deutschen Vormundschaftsgerichts auf der Grundlage ausländischen Sachrechts neu regelt.

Der erstmals in der 60-jährigen Geschichte des Palandt erscheinende Ergänzungsband ist eine wertvolle Arbeitshilfe für die Praxis in der Übergangsphase.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

**Funktion und Bedeutung von Grundstücksregistern.** Eine rechtsvergleichende Studie zum Liegenschaftsrecht von Deutschland, England und Frankreich. Von Dr. Steffi Katrin Wagemann. C.F. Müller, Hüthig Fachverlage, Heidelberg, 2002, 163 Seiten. 40,- €.

Da die Verfügbarkeit von Land als unverzichtbares Element menschlicher Existenz angesehen wird, ist es erforderlich, dass über die rechtliche Zuordnung des Bodens ein ausreichendes Maß an Klarheit besteht. Um dies zu erreichen, bietet sich in einem modernen Gemeinwesen vor allem die Einführung eines staatlichen Registers an, in dem Informationen über die rechtliche Situation von Grundstücken systematisch festgehalten werden. Solche Registrierungstendenzen finden sich mittlerweile in allen europäischen Rechtsordnungen. Die vorliegende Monografie setzt sich aus rechtsvergleichender Sicht mit der Frage nach der Funktion und Bedeutung von Grundstücksregistern in Deutschland, England und Frankreich auseinander. Sie bietet eine detaillierte Darstellung der einzelnen Registersysteme einschließlich ihres Aufbaus, ihres Inhalts und ihrer charakteristischen Merkmale. Für die Wissenschaft wie auch für die Wirtschaft sind die einzelnen Registertypen von großem Interesse, denn die Zahl grenzüberschreitender Finanzierungsgeschäfte innerhalb des europäischen Binnenmarktes wächst an. Die Autorin ermittelt in ihrer Dissertation Vor- und Nachteile der verschiedenen Bodenregister. Die Untersuchung konzentriert sich dabei auf den rechtsgeschäftlichen Grundstücksverkehr, die Immobilizarzwangsvollstreckung wegen Geldforderungen und die Rangbestimmung von Grundstücksrechten. Wer einmal über das deutsche Grundstücksrecht hinaus schauen will, nimmt dieses Buch mit großem Gewinn in die Hand.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Zöller. Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen.** Kommentar, begründet von Dr. Richard Zöller, bearbeitet von Notar Prof. Dr. Reinhold Geimer, Kurt Herget, Prof. Dr. Reinhard Greger, Dr. Peter Philippi, Peter Gummer, Kurt Stöber und Prof. Dr. Max Vollkommer.

Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 23. neubearbeitete Auflage 2002, 2852 Seiten, 149,50 €.

Der „Zöller“ gehört zu den Klassikern der ZPO-Kommentare. Er spricht vornehmlich die Praktiker an. Die 23. Neubearbeitung steht ganz im Zeichen der größtenteils am 1. 1. 2002 in Kraft getretenen Reformgesetze. Tiefgreifende Umgestaltungen der ZPO mussten kommentiert, unzählige Änderungen erläutert und wissenschaftlich vertieft werden. Die gesamte aktuelle Rechtsprechung und Literatur wurde erfasst, kritisch beleuchtet und in praxisnahe Lösungsvorschläge umgesetzt. Der „Zöller“ erfasst sorgfältig und zuverlässig alle Änderungen der ZPO – er ist ein unentbehrlicher Ratgeber in diesen Zeiten der Neuorientierung.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz.** Herausgegeben von Prof. Dr. Hans-Joachim Musielak. Verlag C. H. Beck, München. 3. Aufl., 2002, 2657 Seiten. 150,- €.

Das Werk ist in erster Linie für die in der forensischen Praxis tätigen Rechtsanwender gedacht und soll ihren praktischen Bedürfnissen entsprechen. Hieraus folgt, dass bevorzugt die Rechtsprechung der Obergerichte Berücksichtigung findet und dass auf die in der Wissenschaft geführten Meinungsstreite nur insoweit eingegangen wird, als sich daraus bedeutsame Folgen für die praktische Rechtsanwendung ergeben. Der Kommentar informiert umfassend und unterbreitet dem Leser stets klare Entscheidungsvorschläge. Bei jeder Vorschrift finden sich Hinweise für die Berechnung der Gerichtskosten und Anwaltsgebühren. Berücksichtigt sind alle Änderungen der ZPO, das Zustellungsreformgesetz, das Mietrechtsreformgesetz sowie das Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr. Wiederum gelang es den Autoren, dem Rechtsanwender solide die Anwendung von Hunderten neuer Bestimmungen zu erleichtern. Wer präzise, aktuell und praxisnah unterrichtet werden will, greift gern und mit großem Gewinn zum „Musiellak“.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Rolf Hannich/Dr. Christian Meyer-Seitz. ZPO-Reform 2002 mit Zustellungsreformgesetz.** Verlag C. H. Beck, 2002, 433 Seiten, 27,- €.

Das Werk ist als Kommentar aufgebaut und ermöglicht einen schnellen Zugriff auf die Erläuterungen. Es konzentriert sich auf eine Kommentierung der Neuregelungen in der ZPO und im GVG; das unverändert gebliebene Recht blieb überwiegend unberücksichtigt. Der Kommentar stellt die Neuerungen der ZPO-Reform ausführlich dar, wobei insbesondere auf die Entstehungsgeschichte und Begründung der einzelnen Änderungen eingegangen wird. Die Autoren waren an der Entstehung und Durchsetzung des ZPO-Reformgesetzes beteiligt und erläutern aus der Insider-Perspektive das neue Recht praxisnah und anschaulich. Das Werk hilft vortrefflich, Missverständnisse und Fehlinterpretationen bei der Anwendung des neuen Rechts zu vermeiden.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften (EuGVVO, EheVO, ZustellungsVO, ZustDG, AVAG).** Kommentar von Prof. Dr. Heinz Thomas, Prof. Dr. Hans Putzo, Dr. Klaus Reichold und Dr. Rainer Hüßtege. Verlag C. H. Beck, München. 24., neubearbeitete Auflage, 2002, 1990 Seiten, 50,- €.

Die 24. Auflage dieser auf Übersichtlichkeit und Kürze angelegten und auch für Auswärtstermine bestens geeigneten Kommentierung stellt die ZPO in der Fassung des Zivilprozessreformgesetzes dar, das am 1. 1. 2002 in Kraft getreten ist. Dabei sind Dutzende von Änderungsvorschriften für ZPO und GVG berücksichtigt worden. Dies alles hat eine besonders umfangreiche, das gesamte Buch



umfassende Neubearbeitung erfordert. Die Neuauflage stellt im Zustellungsrecht altes Recht und die ab 1. 7. 2002 geltende Fassung parallel dar. Der Kommentar zeichnet sich durch Übersichtlichkeit, Präzision, Informationsdichte und sachbezogene Didaktik aus.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Zivilprozessordnung 2002. Sonderausgabe Zivilprozessreform Neues Recht/Altes Recht.** Textausgabe mit Einführung von Dr. Fabian Reuschle, Verlag C. H. Beck, 2001, 480 Seiten, 8,60 €.

Durch das Zivilprozessreformgesetz erfuhr die ZPO zum 1. 1. 2002 einschneidende Änderungen; insbesondere das Rechtsmittelrecht wurde grundlegend umgestaltet. Für Altfälle bleibt aber weiterhin das bisherige Recht von Bedeutung. Hier hilft die aktuelle Sonderausgabe, indem sie altes und neues Recht systematisch gegenüberstellt. Der Band enthält den vollständigen Text der ZPO mit Einführungsgesetz sowie ein für Zivilsachen relevanter Auszug aus dem Gerichtsverfassungsgesetz. Im Anhang werden die alte und neue Fassung der Vorschriften von ZPO, EGZPO und GVG mit Paragraphen-Synopse gegenüber gestellt. Eine systematische Einführung und ein ausführliches Sachregister runden die Textausgabe ab.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Dr. Stephan Scherer (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht,** Verlag C.H. Beck, 2002, 2083 Seiten, in Leinen gebunden, € 122,00, ISBN 3-406-47461-6.

Das neue „Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht“ ist die wohl umfassendste und gelungenste Darstellung der erbrechtlichen Rechtsprobleme in der notariellen und anwaltlichen Praxis. Das Handbuch ist in fünf Teile gegliedert. In Teil A werden allgemeine Fragen des erbrechtlichen Mandats erörtert. Daran schließt sich im ersten Kapitel des Teils B eine Zusammenfassung der wichtigsten erbrechtlichen Fragen bei der Beratung durch Anwalt oder Notar an. Obwohl dieses Kapitel nur 40 Seiten umfasst, kann sich der Leser hier einen umfassenden Überblick verschaffen, da alle wichtigen praxisrelevanten Probleme und Haftungsrisiken erwähnt sind. Beispielsweise werden bereits an dieser Stelle zahlreiche steuerlichen Gesichtspunkte erbrechtlicher Beratung erläutert. Daneben werden Fragen der Miterbenausersetzung, der Testamentsvollstreckung, Lebensversicherungsverträge sowie die Risiken der Erb- und Pflichtteilsausschlagung dargestellt.

In Teil B wird sodann ausführlich und systematisch hervorragend gegliedert auf erbrechtliche Fragen in der anwaltlichen und notariellen Beratung eingegangen. Diese Darstellung wird durch zahlreiche Formulierungsvorschläge ergänzt, wodurch das Handbuch v. a. für die Notarskollegen in der täglichen Arbeit ein wertvolle Hilfe sein dürfte. Diese Vorschläge sind in den Text eingegliedert, jedoch durch graue Unterlegung hervorgehoben und sowohl im Inhalts- als auch im Stichwortverzeichnis vermerkt, was die Arbeit mit diesem Anwaltshandbuch sehr erleichtert. Zusätzlich sind zahlreiche Checklisten enthalten, anhand derer sowohl Anwälte als auch Notare in kürzester Zeit kontrollieren können, ob sie bei ihrer Beratung an alle wesentlichen Punkte gedacht haben.

Die weiteren Abschnitte des Handbuches befassen sich mit den Besonderheiten des FG-Verfahrens, des Steuerverfahrens, des Schiedsverfahrens und der Mediation bei erbrechtlichen Auseinandersetzungen (Teil C). Das deutsch-deutsche Erbrecht wird (in Teil E) ebenso hervorragend erläutert wie sich Darstellungen zu Fragen der Vererbung von Unternehmen(-teilen) finden, anhand derer diese schwierige Problematik vom Leser souverän gehandhabt werden kann. In Teil D werden die Besonderheiten der Tätigkeiten eines Notars, nämlich die Grundzüge des Beurkundungsrechts mit den Besonderheiten bei Verfügungen von Todes wegen, Verfahrensfragen und das Kostenrecht im Überblick dargestellt.

Besonders hervorzuheben ist die ausführliche Darstellung steuerrechtlicher Fragen im Hinblick auf die diversen erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten. Gerade bei diesem für die Praxis wichti-

gen Rechtsgebiet finden sich zu jedem Thema die notwendigen Definitionen steuerrechtlicher Begriffe, Checklisten, Praxistipps zur Gestaltung sowie zahlreiche Hinweise auf die Handhabung relevanter Fragen durch die Finanzverwaltung. Gerade in diesem Abschnitt wird besonders deutlich, was für das Anwaltshandbuch allgemein gilt: Sowohl der Leser, der sich erstmals mit der Materie befasst, als auch der erfahrene Praktiker, der eine Lösung für ein Spezialproblem sucht, finden dank der hervorragenden Systematik rasch die gesuchten Themenkomplexe und Lösungsmöglichkeiten. Dabei ist die Sprache trotz des unverkennbar wissenschaftlichen Anspruchs prägnant und leicht verständlich.

Das Münchener Anwaltshandbuch Erbrecht kann allen im Erbrecht in der Praxis Tätigen in jeder Hinsicht empfohlen werden, sei es der erbrechtlich gestaltend tätig werdenden Notar, der Nachlassrichter oder der mit erbrechtlichen Fragen befaßte Anwalt.

Dr. Hans-Martin Käser, Rechtsanwalt und Württ. Notariatsassessor in Stuttgart

**Meincke, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz,** 13. Aufl. 2002, Beck München, XVII, 957 Seiten, in Leinen. € 75,00. ISBN 3-406-49227-4.

Die Neuauflage berücksichtigt die seit der Voraufgabe in Kraft getretenen Gesetze, nämlich das Gesetz zur steuerlichen Förderung von Stiftungen vom 14. 7. 2002, das Steuer-Euroglättungsgesetz vom 19. 12. 2002 sowie das Steueränderungsgesetz vom 20. 12. 2001, welches den Anwendungsbereich des § 13a Abs. 1 Nr. 2 von Fällen der vorweggenommenen Erbfolge auf alle Fälle des Erwerbs durch Schenkung unter Lebenden erweitert.

Schwerpunkte der Neuauflage liegen bei der Darstellung der verschiedenen Tatbestände der Erwerbe von Todes wegen (§ 3 ErbStG) und der Schenkung unter Lebenden (§ 7 ErbStG), beim Freibetrag und Bewertungsabschlag nach § 13a ErbStG, der Tarifbegrenzung nach § 19a ErbStG, dem Steuertarif (§ 19 ErbStG) und der Schuldnerschaft (§ 20 ErbStG) sowie bei der Darstellung der erbschaftssteuerlichen Bewertung, d. h. der Bedarfsbewertung für Grundbesitz und der Bewertung des Betriebsvermögens und des Anteilsbesitzes (§ 12 ErbStG). Die berechtigten Zweifel des Verfassers an der Verfassungsmässigkeit der Verweisungsvorschrift des § 12 Abs. 3 ErbStG und damit an den Bewertungsvorschriften, werden durch den vom Verf. erläuterten Beschluss des BFH vom 24. 10. 2001 (BStBl. II 01, 834 = MittBayNot 2002, 63 ff) noch bekräftigt. Inzwischen hat der BFH die Frage dem BVerfG zur Entscheidung vorgelegt.

Die wissenschaftlich fundierte Kommentierung informiert zugleich umfassend über die Grundlagen, Auswirkungen bei den anderen Steuern und praktischen Konsequenzen und ist somit auch bei Gestaltungsfragen eine wertvolle Hilfe, die allen mit Erbschaftsteuerfragen befassten Berufsträgern sowie den Gerichten und Finanzbehörden nachhaltig empfohlen werden kann.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

**Vertragsgestaltung nach der Schuldrechtsreform.** Von Prof. Dr. Thomas Hoeren und RA Dr. Eckhard Flohr. Verlag für die Rechts- und Anwaltspraxis, Recklinghausen. 2002, 275 Seiten, mit CD-ROM. 55,- €.

Das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz hat das Zivilrecht in Bewegung gebracht. Viele bisherigen Vertragsmuster müssen den neuen Regeln angepasst werden. Die Autoren reagieren auf die vielen Veränderungen, skizzieren die gesetzlichen Vorgaben und den gesetzlichen Rahmen für die Vertragsgestaltung; sie bieten zu den verschiedensten Vertragstypen des täglichen Lebens neue Vertragsmuster als Überlegungs- und Gestaltungshilfen. Der Bogen spannt sich dabei von diversen Kaufverträgen und Werkverträgen über Mietverträge und Leasingverträge hin zu Dienst- und Arbeitsverträgen, enthält Checklisten und Leitfäden zur eigenständigen Erstellung von Mustern. Das Werk richtet sich an alle, die mit der Gestaltung von Verträgen des täglichen Lebens und Geschäftsbedingungen zu tun haben.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Handbuch für Notarfachangestellte.** Von Notar Dr. Maximilian Zimmer, Notar Thomas Krause und Bürovorsteher Andreas Kersten. Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied. 2., neubearbeitete und aktualisierte Auflage, 539 Seiten. 42,- €.

Das Handbuch bietet den Mitarbeitern des Notars eine Hilfestellung zu den Arbeitsvorgängen in der Praxis. Es macht mit den Büroabläufen vertraut, enthält Formulierungsmuster und Praxistipps. Fragen- und Antwortkataloge ermöglichen eine Wissenskontrolle. Umfangreiche Übersichten und Checklisten gewährleisten eine sichere Orientierung durch das Arbeitsgebiet. Dargestellt wird das Beurkundungsverfahrensrecht, Beurkundungen im Grundstücksrecht und der Grundstückskauf sowie weitere Geschäfte im Grundstücksrecht, Beurkundungen im Familien- und Erbrecht. Auch die Geschäfte im Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht werden erläutert. Großen Raum nimmt mit einem Viertel des Buchumfangs das Kostenrecht zu allen wichtigen Vorgängen im Notariat ein. Für die Alltagsarbeit der Notarmitarbeiter ist dieses Buch unverzichtbar.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**v. Schlieffen / Wegmann (Hrsg.). Mediation in der notariellen Praxis.** Carl Heymanns Verlag, 2002. XXII, 336 Seiten. Leinen 56,- €, ISBN 3-452-24584-5

Das Buch ist in drei große Abschnitte gegliedert: Im ersten Abschnitt werden die allgemeinen Grundlagen der Mediation, insbesondere die Rolle Mediation im System der außergerichtlichen Streitbeilegung, die Stellung des Notars und des Anwaltsnotars als Mediator sowie das verhandlungstechnische Leitbild der Notare behandelt.

Im zweiten Abschnitt werden die typischen Betätigungsfelder des Notars aus dem Blickwinkel der Mediation betrachtet: Ehe- und Partnerschaftssachen, betriebliche Nachfolgeprobleme, vorweggenommene Erbfolge und Erbrechtsplanung, Gesellschaftsrecht. Dieser Abschnitt ist für die tägliche Arbeit des Notars sicher am interessantesten. Die Autoren sind alle Notare und ausgewiesene Kenner ihres Fachgebiets. Ein Leser, der selbst Notar ist, wird vielleicht überrascht sein, wenn er sich in die Ausführungen der Autoren vertieft. Vieles wird ihm irgendwie doch bekannt vorkommen. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass Mediation in der notariellen Praxis zu einem großen Teil eine Ausprägung der allgemeinen Anforderungen nach § 17 BeurkG an ein notarielles Beurkundungsverfahren mit der umfassenden Ermittlungs- und Belehrungspflicht ist.

Gleichwohl ist dieses Buch für die notarielle Praxis hilfreich. Es gibt zahlreiche nützliche Anregungen, um die eigene Beurkundungsarbeit zu verfeinern und den Interessen der Beteiligten noch mehr gerecht zu werden, damit notarielle Urkunden in noch größerem Umfang als bisher ihre friedensstiftende Funktion unter den Beteiligten erfüllen können.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

**Prof. Dr. Fritjof Haft/Prof. Dr. Katharina Gräfin von Schlieffen (Hrsg.), Handbuch Mediation. Verhandlungstechnik, Strategien, Einsatzgebiete.** Verlag C. H. Beck 2002, XXIV, 1474 Seiten, in Leinen 128,- €, ISBN: 3-406-47657-0

Die Mediation hat Konjunktur. Dies sieht man schon an den zahlreichen Veröffentlichungen, die in letzter Zeit zu diesem Thema erschienen sind. So sind beide Herausgeber bereits mit einem weiteren Buch zu diesem Thema auf dem Markt vertreten.

Das Buch ist mit seinen 1474 Seiten ein umfassendes Nachschlagewerk zu den Grundlagen und den meisten Praxisproblemen der Mediation geworden. Es finden sich zahlreiche Beispiele aus der Mediationspraxis, Abbildungen und Formulierungshilfen, die zur Anschaulichkeit des vermittelten Stoffes beitragen. Das Buch ist als Ratgeber für den Berufsalltag all derjenigen gedacht, die mit einer förmlichen Mediation oder mit Verhandlungsführung in ihrem Berufsalltag befasst sind. Als Autoren konnten die Herausgeber Rechtsanwälte, Notare, Richter, Staatsanwälte, Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Hochschullehrer, Psychologen und – last but not least – ausgebildete Mediatoren gewinnen, die jeweils aus ihrer Sicht die Materie behandeln. Dies führt zwangsläufig auch zu unterschiedlichen Auffassungen, was jedoch der Brauchbarkeit des Werks für den Berufsalltag keineswegs abträglich ist.

Das Buch ist in insgesamt 7 Kapitel gegliedert: Grundlagen, Verhandeln als Grundlage der Mediation, Die Durchführung der Mediation und klassische Berufsbilder, Rechtliche Rahmenbedingungen der Mediation, Die Arbeitsgebiete der Mediation, Aus- und Weiterbildung.

Hervorgehoben zu werden verdient insbesondere die Darstellung der Grundlagen der Mediation von Haft im zweiten Kapitel, in dem er dem intuitiven Verhandeln das rationale Verhandeln gegenüberstellt und dessen Vorzüge herausarbeitet. Die Mitautoren Schweizer, Klinger, Bierbrauer, Greiter und Dörrenbacher vertiefen in ihren Beiträgen dieses Thema. Im dritten Kapitel stellen Gottwald und Trossen die gerichtsnahen Mediation und integrierte Mediation vor. Besonders für Notare interessant und nützlich sind die Ausführungen von Walz und K. Wagner im vierten Kapitel zur Mediation durch Notare, wobei der Notar erfährt, dass ein notarielles Beurkundungsverfahren auch eine Form der Mediation ist, weshalb die Prinzipien der Mediation auch im notariellen Beurkundungsverfahren zumindest teilweise angewendet werden können.

Das Buch kann allen, die mit Mediation befasst sind, insbesondere Rechtsanwälten, Notaren, Richtern, aber auch Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern empfohlen werden.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

## Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e.V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e.V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61/56 08 66) und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70).

Die BWNNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Str. 61–63, 71404 Korb (Tel. 0 71 51-3 03-0, Fax 0 71 51-3 59 68).

# Wer pflegt mein Grab?

Eine Frage, die sich viele Menschen stellen, sei es nun, dass sie keine Angehörigen mehr haben oder dass diese in weiter Ferne leben.

## **Dauergrabpflege bei Ihrem Friedhofsgärtner ist eine gute und sichere Vorsorge**

Oft fällt es schwer, regelmäßig die Grabstätte der Angehörigen zu besuchen und zu pflegen. Alter oder Krankheit, Wegzug oder längerer Auswärtsaufenthalt lassen die laufende, notwendige Grabpflege erschwerlich oder unmöglich werden. Und Nachbarn oder Freunde möchte man auch nicht immer bitten. Deshalb bieten die Friedhofsgärtner in Verbindung mit den Treuhandstellen der Genossenschaft Badischer Friedhofsgärtner e. G. und Genossenschaft Württembergischer Friedhofsgärtner e. G. eine Leistung, die als Dauergrabpflege schon bei einem Viertel aller Gräber angewandt wird: Die Betreuung

des Grabes für die gesamte Laufzeit der Grabstätte.

Dazu gehören die Bepflanzung nach Jahreszeit, die Erneuerung der Bepflanzung und die laufende Pflege, z. B. auch das Schneiden und Gießen der Pflanzen.

Bei Vertragsabschluss wird die Gebühr auf ein Treuhandkonto einbezahlt, das sicherstellt, dass die Leistungen während der gesamten Vertragsdauer fachgerecht und vertrauensvoll durchgeführt werden.

Ausführliche Information über die Dauergrabpflege erteilen die Genossenschaften in Karlsruhe und Stuttgart und alle angeschlossenen Fachbetriebe.



## **Zu Ihrer Sicherheit:**

Dauergrabpflegeverträge nur in Verbindung mit der

im Landesteil Baden  
Genossenschaft Badischer Friedhofsgärtner e. G.  
Alte Karlsruher Straße 8, 76227 Karlsruhe  
Telefon (07 21) 9 44 87-0  
Telefax (07 21) 9 44 87 20

im Landesteil Württemberg  
Genossenschaft Württembergischer Friedhofsgärtner e. G.  
Neue Weinsteige 160, 70180 Stuttgart  
Telefon (07 11) 6 44 95-22  
Telefax (07 11) 6 40 97 39

