

# Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

– BWNotZ –

Herausgeber:

Württ. Notarverein e. V., Stuttgart

in Verbindung mit dem

Bad. Notarverein e. V., Karlsruhe

Inhalt	Seite
Vorwort des Vorstands .....	97
Moderne EDV-Programme im Notariat .....	97
Digitale Signaturen als Herausforderung und Chance .....	107
Vollzugsvollmachten – ein Auslaufmodell? .....	115
Zur Bedeutung des § 14 Heimgesetz .....	118
Gewusst wo .....	128
Rechtsprechung .....	129
Buchbesprechungen .....	142

**5-6/2001**

August / September

## Liebe Kolleginnen und Kollegen,

die Notariatssoftware „NOTPROG“ wird nun bereits seit 10 Jahren in den Notariaten erfolgreich eingesetzt.

Mit der Herausgabe dieses Sonderhefts der BWNotZ will der Vorstand an dieses „kleine“ Jubiläum erinnern und der Einführung der ersten landesweit verwendeten Notariatssoftware gedenken.

Besonderer Dank gebührt all denjenigen, die sich in dieser frühen Phase der EDV-Entwicklung und -Einführung verdient gemacht haben.

Namentlich hervorzuheben sind die Väter der beiden Programme „NOTPROG“ und „NOTKASSE“, unsere beiden Kollegen Julius Roth und Otto Schindler.

Einzuschließen in diesen Dank sind die Kolleginnen und Kollegen, die sich als Mentoren zur Verfügung gestellt haben und der Praxis damit hilfreich zur Seite stehen.

Der Aufgeschlossenheit der Justizverwaltung ist es zu verdanken, dass sie es ermöglicht hat, die Programme flächendeckend einzusetzen.

Die beiden Programme bewähren sich in der Praxis gut, sie sind dort eine wertvolle Unterstützung in der Vorgangsbearbeitung. Nur mit dieser EDV-Software war es möglich, Personallücken in den Notariaten im Rahmen des Möglichen zu überbrücken.

Allerdings gibt es im Bereich der EDV keinen Stillstand. Schnellere Rechnersysteme erlauben den Einsatz funktionsreicher Programme. So zeichnet sich ab, dass die beiden Programme schon in Kürze durch das neu entwickelte Notariatsprogramm „NOAH“ abgelöst werden.

Der in diesem Heft veröffentlichte Aufsatz unseres Kollegen Walter Büttner zeigt diese Entwicklung auf.

Einen umfassenden Überblick über zeitnahe Entwicklungen bei der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel, deren Risiken und auch ihrer Chancen gibt uns Kollege Stefan Schmittner mit seinen Ausführungen zur digitalen Signatur.

Der Vorstand

## Anforderungen an moderne EDV-Programme im Notariat

von Walter H. Büttner, Notarvertreter in Murr

### Teil I:

#### Allgemeine Anforderungen

#### Einführung

Das moderne Notariat ist heute ohne den Einsatz von fachspezifischer Software kaum noch vorstellbar. Die stetig ansteigende Zahl von Geschäftsvorfällen verbunden mit einer zunehmenden Komplexität der Aufgaben machen die Entscheidung für ein Notariatsprogramm früher oder später fast unausweichlich. Die dem technischen Wandel angepasste Erwartungshaltung der Kunden (kurze Wartezeiten, moderne Kommunikationsmittel, schnelle Abwicklung) wird den Konkurrenzdruck unter den Notaren weiter verstärken, so dass sich Notariate mit konventioneller Arbeitsweise zukünftig nur noch schwer behaupten werden können. Hinzu kommt, dass ohne Einsatz von geeigneten EDV-Systemen die Kostenentwicklung im Personalbereich zu einem weiteren Wettbewerbsnachteil führen kann.

Die Entscheidung für ein bestimmtes Produkt bei der Auswahl eines Notariatsprogramms ist von langfristiger strategischer Bedeutung. Sie muss deshalb wohlüberlegt sein. Die Umstellung eines bisher konventionell geführten Amtes auf ein EDV-gestütztes System erfordert beträchtliche Zeit und Ressourcen und sollte deshalb nicht vorschnell erfolgen. Ein späterer Wechsel auf das Produkt eines anderen Herstellers ist zwar grundsätzlich möglich, wegen mangelnder Datenkompatibilität aber meist mit zusätzlichen Kosten und Ausfallzeiten verbunden.

Diese Arbeit beschäftigt sich in Teil I mit der Frage, was ein modernes Notariatsprogramm aus Sicht der Anwender

heute leisten muss, um eine tragfähige effiziente Alternative zum herkömmlichen Notariat unter Vermeidung der oben skizzierten Probleme zu bilden.

In Teil II wird beispielhaft das im Auftrag des Landes Baden-Württemberg entwickelte Notariatsprogramm NOAH<sup>®</sup> skizziert, welches nach Abschluss der Pilotphase gegenwärtig flächendeckend für alle Amtsnotariate als Nachfolger des nunmehr bereits 10 Jahre im Einsatz befindlichen Programms „Notprog“ in diesem Bundesland eingeführt wird.

#### 1.1. Grundfunktionalität

Ein EDV-Programm für das Notariat muss als Grundfunktionalität folgende Aufgaben erfüllen: Umfassende Registerführung sowie Erstellung und Abarbeitung von Urkunden.

##### 1.1.1. Registerführung

Als Mindestanforderung sollte die Software alle vorgeschriebenen Register und Verzeichnisse bereitstellen. Dies sind: Urkundenrolle, Erbvertragsverzeichnis, Masse- und Verwahrungsbuch, Geschäftsübersichten (Statistiken), Namensverzeichnis, Kasse/Kostenregister. Als weitere Register sollten zur Verfügung stehen: Wiedervorlage- bzw. Überwachungsliste mit Mahnungsmodul, Anderkontenliste, Wechselprotestregister und Dokumentation zur Einhaltung von Mitwirkungsverboten.

1 Kooperationspartner für Entwicklung und Betreuung von NOAH<sup>®</sup> ist die Dr. Westermacher & Partner Unternehmensberatung AG, Wiesloch. NOAH<sup>®</sup> ist ein eingetragenes Warenzeichen von beckSoftdesign, Linkenheim-Hochstetten.

### 1.1.2. Erstellung von Urkunden

Ein Software-System zum produktiven Einsatz im Notariat sollte bereits bei der Texterstellung ansetzen. Dabei sollten die vom Anwender individuell eingerichteten bzw. angepassten Textvorlagen den größtmöglichen Automatisierungseffekt erzielen, sodass die Abarbeitung der Urkunde nach Vergabe einer Urkundenrollennummer weitgehend vom System selbstständig abgewickelt werden kann. Ein Notariatsprogramm muss sowohl im Bereich der Texterstellung als auch der Nachbearbeitung ein höchstes Maß an Individualität und Parametrisierbarkeit bieten.

### 1.1.3. Abarbeitung von Urkunden

Als Ergebnis der Urkundenerstellung kann im Idealfall die Urkunde nach ausgewählten Objekten „ausgewertet“ und damit abgearbeitet werden, wobei die Abarbeitung die sämtlichen Abschriften, Anschreiben, Kostenberechnung und -erhebung, Überwachung und Vollzug umfasst. Aber auch die Abarbeitung von nicht über das System angelegten Urkunden muss EDV-unterstützt ablaufen, z.B. bei Beurkundung eines extern gefertigten Entwurfs.

## 1.2. Ziele der Automation

Im wesentlichen sind drei Ziele durch Automation zu erreichen:

### 1.2.1. Übernahme wiederkehrender Standard-Aufgaben

Hierbei wird insbesondere das redundante Eingeben von gleichen Daten vermieden, so beispielsweise die mehrfache Eingabe bzw. das Kopieren von Beteiligtendaten mit Adresse auf Kostenrechnung und Anschreiben, im Urkundeneingang sowie bei Folgeurkunden. Dadurch werden die Fachkräfte im Notariat für anspruchsvolle und/oder zeitintensive andere Tätigkeiten frei.

### 1.2.2. Qualitätssicherung

Gerade durch den Einsatz des Computers im Standard-Fallbereich sollte ein Großteil der Qualitätssicherung von der Software übernommen werden. Im Regelfall wird der Notar den Schriftverkehr, welcher das Notariat verlassen soll, prüfen und unterschreiben. Die EDV wird den Notar bei seiner Aufgabe in der Qualitätssicherung unterstützen, ihm allerdings die grundsätzliche Prüfungsarbeit nicht abnehmen können. Individuell einstellbare Notariatssoftware ist genauso gut und verlässlich wie der definierte Musterfall, wenn der Bearbeiter nicht wesentliche manuelle Eingriffe (im Muster oder konkreten Fall) vorgenommen hat. Jegliche Individualität im Textbereich der Urkunde, Abschriften- und Anschreibenbereich, in den Kosten, der Statistik sowie Urkundenüberwachung etc. zieht notwendigerweise einen Prüfungsaufwand nach sich. Der vordefinierte und auch genau so verwendete Muster-Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung oder einen GmbH-Geschäftsanteil (etc. pp.), also die Standard-Fallbearbeitung, wird in der Qualitätssicherung jedoch eine beachtliche Einsparung erzielen. Dennoch gilt der Grundsatz weiter, dass der Notar niemals „blind“ die Ergebnisse der automatisierten Urkundenabarbeitung unterschreiben sollte.

### 1.2.3. Steigerung der Dienstleistungs- und Konkurrenzfähigkeit

Außerdem kann durch den Einsatz einer geeigneten EDV im Notariat die Dienstleistungs- und Konkurrenzfähigkeit des Notars gesteigert werden. Wie schon in der Einleitung erwähnt, werden die Anforderungen an Quantität bei gleichbleibender oder sogar steigender Qualität in der Praxis immer höher. Das bedeutet, dass für die Abwicklung eines notariellen Geschäftes immer weniger Zeit zur Verfügung steht.

Größere Sozietäten mit ausreichend Personal- und Sachmittel-Ressourcen können solchen Anforderungen ohne ein ausgereiftes EDV-System eventuell noch gerecht werden. Das Ein-Mann-Notariat wird jedoch angesichts des Aufgabendrucks auf Dauer kaum in der Lage sein, die geforderte Quantität und Schnelligkeit der Abarbeitung ohne entsprechende EDV zu bieten, ohne dabei einen Qualitätsverlust zu erleiden. Gerade auch in diesem Bereich wird sich die Entscheidung für eine EDV-Fachanwendung im Notariat durch Rationalisierungseffekte, prozessoptimiertes Arbeiten sowie gesicherte Qualität zeigen.

## 1.3. Aufgabenfelder im Notariat

### 1.3.1. Beurkundung/Beglaubigung

Kernstück der notariellen Tätigkeit ist die Vornahme von Beurkundungen mit den dazu erforderlichen Vor- und Nacharbeiten. Ein EDV-Programm für das Notariat sollte daher insbesondere die mit diesen Aufgaben in Verbindung stehenden Tätigkeiten in einem an die individuellen Bedürfnisse der Amtsperson anpassbaren und automatisierbaren Maße anbieten – und dies unabhängig davon, ob der Notar selbst an einem Computer arbeitet oder nicht.

#### 1.3.1.1. Erstellung von Urkunden und Wechselprotesten

Grundsätzlich gibt es zwei verschiedene Herangehensweisen an die Urkundenerstellung:

Der eine Notar arbeitet mit Textbausteinen, welche er in sinnvoller Reihenfolge einzeln oder im Paket in die Entwurfsurkunde integriert und darauf aufbauend den individuellen Fall gestaltet.

Der andere hat eine Sammlung an Musterverträgen, die sich im wesentlichen an Echtfällen orientieren. Der für den aktuellen Fall am besten geeignete Mustervertrag wird kopiert und entsprechend angepasst. Dieses Dokument stellt möglicherweise einen neuen Musterfall dar, der künftig in ähnlich gelagerten Fällen benutzt werden kann.

Auf das Pro und Contra der verschiedenen Arten der Urkundenerstellung soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden. Der Hersteller von EDV-Software für das Notariat ist jedoch gehalten, in seinem Programm die beiden entsprechenden Möglichkeiten, je mit individuell vorkommenden Unterabweichungen, zu bieten.

Am besten wäre die Vereinigung der beiden Herangehensweisen bei der Texterstellung dergestalt, dass sowohl alte Fälle kopiert und umfunktioniert bzw. weiterbenutzt werden können als auch dass eine Textbausteinfunktion vorhanden ist, die erforderlichenfalls die Ganztextvariante ergänzt. Egal, welche Variante der Notar bevorzugt: Einschränkungen im Hinblick auf Automation und Qualitätssicherung sollten weder in der einen noch in der anderen Variante hinzunehmen sein.

Moderne Notariatssoftware muss auch die Auswertung bzw. Bewertung des – auf welche Art auch immer – zusammengeführten Urkundentextes beinhalten. Die Abschriften und Anschreiben sowie sonstige Mitteilungen und Anforderungen, Urkundenüberwachung, Statistik und Kostenberechnung sollten von der EDV aus dem Text der Urkunde herausgelesen werden können. Wird ein Textteil, z.B. die Notwendigkeit der Vorkaufsrechtsbescheinigung, aus der Kaufvertrags-Urkunde herausgelöscht, darf auch keine diesbezügliche Abschrift bzw. Kostenfolge mehr mit der Urkunde verknüpft sein. Eine in der vorbezeichneten Weise ausgefeilte Automatik setzt allerdings einen nicht zu vernachlässigenden Aufwand bei der erstmaligen Textintegration in das System voraus.

#### 1.3.1.2. Abarbeiten von Urkunden

Das Abarbeiten von Urkunden besteht im wesentlichen aus

der Vollzugstätigkeit. Hierzu gehört die Kostenberechnung und Rechnungsstellung, die Erzeugung entsprechender Abschriften und Ausfertigungen, ggf. mit Begleitschreiben, Einholung von Vollzugsunterlagen (Genehmigungen, Bescheinigungen etc.) sowie die Einreichung von Anträgen bei Ämtern und Behörden.

Hierbei ist empfehlenswert, dass die EDV-Anwendung für das Notariat anhand des verwendeten Urkundentextes, der Beteiligtendaten und vorgangsspezifischen Daten (z.B. Gemarkung der Grundstücke, Sitz der Gesellschaft etc.) gleich die richtigen Kosten und Vollzugsaufgaben vorschlägt. Die Informationen müssen dabei mit dem Textbaustein verknüpft sein:

Wird beispielsweise der Textbaustein „Der Notar wird beauftragt, die Vorkaufsrechtsbescheinigung der Gemeinde ... einzuholen“ im Text der Urkunde benützt, so sollte das Programm Kosten nach § 146 Abs. 1 S. 1 KostO verrechnen sowie eine Abschrift an die Gemeinde ... (automatischer Suchmodus nach Gemarkung des Grundstücks) zur Einholung der Vorkaufsrechtsbescheinigung vorschlagen. Die vom Programm initiierten Vorschläge müssen dabei veränder- und löschar bleiben. Von Vorteil ist, wenn in dem Notariats-Programm bereits die Standard-Texte nebst den (örtlich/sachlich) zuständigen Adressempfängern und den vorbeschriebenen Verknüpfungen vorhanden sind, und dies nicht nur im Bereich der Kaufverträge. Damit verbleibt dem Notar bzw. seinen Mitarbeitern im Rahmen der Textintegration nur noch die Aufgabe, den in der EDV bereits enthaltenen Text individuell zu ändern, die Automatik bleibt jedoch erhalten.

Im Rahmens des weiteren Vollzugs müssen die einmal eingegebenen Daten weiterverwertet werden können. Die Auffassung zu einem Kaufvertrag sollte die erforderlichen Daten aus dem Kaufvertrag übernehmen und somit „per Knopfdruck“ erstellt werden können. Der Vollzug der Auffassung selbst sollte wiederum mit den aus dem Text und den Daten des Falls abgeleiteten Vorschlägen für Kosten und weitere Aufgaben versehen sein.

### 1.3.1.3. Seriengeschäfte

Ist die Zuordnung im „normalen“ notariellen Fall aufgrund der Individualität der Vorgänge logisch mit 1:1 anzusiedeln, besteht im Bereich der Seriengeschäfte die Notwendigkeit der Abhandlung einer Vielzahl gleichgearteter Vorgänge für einen oder mehrere Mandanten.

Ist der Klient beispielsweise eine Bank oder Bausparkasse, besteht das Bedürfnis, für diesen einen Kunden eine Vielzahl von Unterschriftsbeglaubigungen in kurzer Zeit in automatisierter Form zu fertigen. Ein Notariatsprogramm sollte also die Möglichkeit bieten, auf einer Übersichtsmaske die sich regelmäßig unterscheidenden Daten (z.B. Wert der Urkunde, Geschäftszeichen und frei definierbare Felder) sowie die gleichbleibenden Daten (Kunde und Vertreter, Text der Urkunde) zu erfassen und die sich wiederholenden Aufgaben, also Entwurf der Urkunde, Abarbeitung mit Vollzug, Kosten, Register selbstständig erledigen.

Handelt es sich um einen Bauträgervertrag mit wechselndem Käufer und gleichbleibendem Verkäufer sowie jeweils individuellen Daten (Wohnung, Kaufpreis, Sonderwünsche etc.), sollte das EDV-Programm die Möglichkeit der Wiederverwendung des gleichbleibenden Textes (etwa durch Anlage eines Musters oder durch eine Kopierfunktion des ersten Falles) mit Individualisierung der Fallvariablen bieten. Darüber hinaus ist auch eine Programmfunktion empfehlenswert, welche die einfachen Notariatsgeschäfte weitgehend selbstständig erledigt, z.B. die Standard-Unterschriftsbeglaubigung.

### 1.3.1.4. Sonderfall der Auswärtsbeurkundung und Beurkundung eines „Fremdtextes“

Für den Fall, dass der Text nicht über das System erstellt wird, z.B. bei Entwurf von externen oder möglicherweise „manuellen“ Urkunden bzw. anlässlich eines Auswärtstermins, sollte eine Integration des externen Textes (Text in Datenform per Import, bei Text in Papierform z.B. per Scannen und OCR<sup>2</sup>) sowie die Abarbeitung über das System (Nacherfassung) geboten werden.

Falls der Notar über eine Mobileinheit verfügt, sind zwei alternative Falllagen zu unterscheiden: Entweder die mobile Einheit stellt selbst Datenspeicher und Eingabemedium dar, dann muss der Vorgang von einem auf das andere System transferiert werden können (es handelt sich dann bei der Mobileinheit um ein separates Client-Server-System neben dem Notariatssystem). Oder die Mobileinheit ist nur ein Eingabegerät, welches damit zwangsläufig auf das Backend in der Kanzlei über DFÜ<sup>3</sup> Zugriff haben muss, um die Funktionalität des Anwendungsprogramms benutzen zu können (das Laptop ist in diesem Fall nur Client und damit auf den Notariats-Server angewiesen).

Lösungen in diesem Bereich sollten als Bestandteil in die Notariats-EDV integriert sein.

### 1.3.2. Masse- und Verwahrung

Die Notariats-EDV sollte auch die Abwicklung von Notar-Anderkonten unterstützen. Vorgabe dafür ist eine dienstordnungsgemäße Führung des Masse- und Verwahrungsbuchs sowie eine rechtlich einwandfreie und termingerechte Verwaltung der Gelder. Das Programm sollte die Abwicklung hierbei in einer Weise unterstützen, dass der Notar sich darauf weitgehend verlassen kann und auch im Urlaubs- oder Krankheitsfall der amtlich bestellte Vertreter des Notars problemlos zurecht kommt. Die oft schwierigere rechtliche Würdigung des Einzelfalls im Hinblick auf die Einhaltung der Treuhandabreden sowie die genaue Überprüfung der vorgeschlagenen Aktivitäten wird dem Notar bzw. seinem Vertreter damit nicht abgenommen.

### 1.3.3. Überwachung, Terminbuch, Kalender

Mittels der automatisch ausgewerteten sowie manuell veränderten und/oder hinzugefügten Vollzugsaufgaben sollte die EDV die zur Überwachung des Vorgangs erforderlichen Einträge in die Fallüberwachung übernehmen können.

Im Fall des Standard-Kaufvertrags muss z.B. die beantragte Eintragung der Eigentumsvormerkung, die Einholung der Vorkaufsrechtsbescheinigung und der Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts sowie abhängig vom Eingang der o.a. Unterlagen und des Kaufpreiszahlungstermins ggf. die Mitteilung des Notars über die Kaufpreisfälligkeit an den Erwerber überwacht werden. Und nur, wenn der Veräußerer den Eingang des Kaufpreises bestätigt hat (Auffassungseinverständniserklärung), darf die Eintragung der Eigentumsänderung veranlasst werden. Das bedeutet, dass moderne EDV im Notariat nicht nur eindimensionale Überwachungsfunktionen übernimmt, sondern auch voneinander abhängige Vollzugsaufgaben überwachen können sollte und z.B. die Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit durch den Notar erst dann zulässt, wenn die hierfür erforderlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Die Benützung dieser Funktionalität setzt die Führung der Überwachung des Falls in der EDV voraus.

Die vollständige Akte wird in diesem Fall elektronisch geführt: Vertrag, Abschriften, Anschreiben, Einholungen,

<sup>2</sup> OCR = Texterkennung aus Bilddateien (nci-Daten, vgl. Fußnote 13).

<sup>3</sup> DFÜ = Datenfernübertragung, z.B. mit Modem oder ISDN-Karte über die Telefonleitung auf den Server im Notariat. Ausführungen zur Verschwiegenheitspflicht s.u.

Anträge, Überwachung etc.. Dies hat den Nachteil, dass wirklich alles in der EDV zu erfassen ist, dem jedoch der Vorteil gegenübersteht, dass die vorhandenen Daten z.B. für weitere Anschreiben verwandt werden können und v.a. dass sämtlichen Notariatsmitarbeitern quasi „auf Knopfdruck“ der Stand der Angelegenheit zugänglich ist. Ein Notariats-Programm sollte im Hinblick auf die Zukunft bereits jetzt diese Art der Aktenführung kennen. Dann ist es nur noch ein kleiner Schritt zur echten elektronischen Akte in dem Zeitpunkt, wo nicht mehr das Papier, sondern die Daten das Original darstellen könnten, was derzeit aufgrund der einschlägigen Vorschriften noch nicht möglich ist.

Es bleibt noch anzumerken, dass die Überwachung auch als Teil des Terminkalenders bspw. der zuständigen Notariatsmitarbeiter geführt werden könnte. Im Notariat ist die Führung eines elektronischen Terminkalenders ganz allgemein empfehlenswert: Erstens entfällt die doch allenthalben vorkommende Suche nach dem Kalender, außerdem besteht die Möglichkeit des gleichzeitigen Zugriffs von allen Seiten. Der elektronische Terminkalender sollte als Teil der EDV-Software im Notariat von jeder Maske aus erreichbar sein und die Verknüpfung von Terminen zu den im Programm enthaltenen Vorgängen enthalten, damit ein integratives Arbeiten möglich wird. So könnte beispielsweise durch Öffnen des Terminkalendereintrags auch gleich der dazugehörige Fall aktiviert werden.

#### 1.3.4. Karteien, Register, Statistik & Co.

Die Führung aller für das Notariat relevanten Register und Statistiken (Geschäftsübersichten) sowie Karteien nach den Vorschriften der DONot durch die Notarsoftware sollte selbstverständlich sein. Hierbei handelt es sich um Urkundenrolle, Erbvertragsverzeichnis, Wechselprotestregister, Masse- und Verwahrungsbuch mit Anderkontenliste, Geschäftsübersichten in den Geschäftsbereichen Urkunde sowie Masse- und Verwahrung. Daneben muss ein EDV-Programm das Namensverzeichnis zur Urkundenrolle und zum Massenbuch elektronisch führen können. Wichtig ist darüber hinaus auch eine Dokumentation zur Einhaltung von Mitwirkungsverboten.

Allen vorbezeichneten Listen gemein ist die Notwendigkeit des Ausdrucks, da eine rein elektronische Führung nach § 6 Abs. 1 DONot derzeit nicht erlaubt ist. Die Elektronik ist momentan nur Hilfsmittel für die Führung der papiergebundenen Bücher und Verzeichnisse. Dennoch bleibt zu erwarten, dass eine elektronische Führung zugelassen werden wird, wenn die Sicherheit der Daten sowie der jederzeitige Zugriff mit entsprechender Berechtigung gewährleistet ist. Die Einführung der elektronischen Signatur und die Tatsache, dass die Bundesnotarkammer bereits als dritte Stelle bundesweit als Trustcenter zugelassen wurde, sind der erste Schritt in Richtung elektronische Urkunde. Ein Zwischenschritt auf dem Weg dahin könnte z.B. die Führung elektronischer Akten und Register sein.

Wichtig in diesem Zusammenhang ist insbesondere die m.E. bereits jetzt durch die DONot vorzuschreibende Verpflichtung von Herstellern von Notariats-EDV zur Ermöglichung des Exports der Register und Verzeichnisse mit allen daran angeknüpften Informationen. Selbst im Zeitalter der „transparenten EDV“, d.h. Speicherung der Daten und Funktionalitäten in nicht verschlüsselten Systemen, stellt es einen hohen Aufwand dar, die Register mit anhängenden Informationen (z.B. 1 Person mit allen im Programm abgearbeiteten Vorgängen) aus einem Notariats-Programm zu exportieren. Der Notar, der jahrelang seine Register mit EDV-Unterstüt-

zung führt, wird die mittlerweile gewohnte Such- und Recherchemöglichkeit sowie die Möglichkeit der Übernahme vorhandener Daten in neue Vorgänge usw. nicht mehr missen wollen; er ist „auf Gedeih und Verderb“ dem EDV-Hersteller ausgeliefert und kann ohne erheblichen Aufwand seitens eines neuen EDV-Anbieters seine Daten nicht in ein anderes System übernehmen. Nicht nur, wenn die EDV aus wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen nicht mehr fortentwickelt wird oder der Hersteller etwa den Betrieb ganz aufgibt, sondern auch, wenn der Notar ein anderes System einführen will (z.B. eine EDV, die bereits elektronische Signaturen unterstützt oder integriert Zugriff auf das Notarnetz bietet etc.), besteht die Notwendigkeit, die vorgenannten Daten zu exportieren, am besten in einem vorgeschriebenen einheitlichen Format, um diese Daten dann auch wieder in ein anderes System importieren zu können. Die Bundesnotarkammer sollte die vorbeschriebene Problematik über unverbindliche Empfehlungen hinaus angehen und hierfür auch beim Gesetzgeber entsprechende Initiativen im Bereich der Dienstordnung einbringen.

Jedenfalls sollte in einem modernen Programm die Funktionalität eingebaut sein, dass die EDV je nach gefertigter Urkunde die entsprechenden Optionen für den Eintrag in die Urkundenrolle und auch die Geschäftsübersichten vorschlägt. Nach Ablauf des Übersichtszeitraums sollte noch „ein Klick“ notwendig sein, um die entsprechenden Register auszudrucken.

#### 1.3.5. Kasse bzw. Kostenregister

##### 1.3.5.1. Standard-Funktionen

Wie oben angeführt wird die automatische Kostenerzeugung mittels verwandter Urkundentexte sowie Vorgangsdaten (Werte) und Beteiligendaten (Kostenschuldner, Anteil an der Kostenrechnung) durch die Software empfohlen.

Als Standard-Funktionalität sollte die Notariats-EDV auch mit Mindestgebühren, festen Gebühren (z.B. § 150 KostO), Hebegebühren, Auswärts- und Unzeitgebühren (§ 58 KostO), Gebühren- und Wertobergrenzen (z.B. § 26 KostO), Ermäßigung nach § 144 KostO sowie Berechnungen nach § 44 KostO zurechtkommen. Im Prinzip muss die ganze Kostenordnung mit Alternativen und Unteralternativen der einzelnen Falllagen darstellbar und bereits bei der Anlage von Texten weitgehend voreinstellbar sein.

##### 1.3.5.2. Anforderungen durch die Einführung des Euro

Wegen der Einführung des Euro als gesetzliches Zahlungsmittel zum 1. Januar 2002 wird die Kostenordnung angepasst werden. Der Gesetzesentwurf vom 16. August 2000 wird voraussichtlich weitgehend unverändert beschlossen und verkündet werden. In diesem Entwurf ist im wesentlichen nur die Anpassung der Geldbeträge auf Euro mit entsprechender Glättung enthalten. Nach den Berechnungsschemata sollen die Gebühreneinnahmen der Notare durch gleichmäßige Anhebungen und Absenkungen der Gebühren unverändert bleiben.

Für Hersteller von EDV-Programmen für das Notariat sind in diesem Zusammenhang 4 Fälle zu unterscheiden:

##### 1.3.5.2.1.

Rechnungsstellung und Bezahlung vor 2002: Keine Besonderheit.

##### 1.3.5.2.2.

Rechnungsstellung vor 2002 und Bezahlung nach 2001: Der in „DM“ in Rechnung gestellte Betrag geht in „Euro“ ein. Eine entsprechende Umrechnung des DM-Betrags muss in der Kasse erfolgen. Für mögliche Rundungsdifferenzen sollte eine Toleranz bestehen.

<sup>4</sup> vgl. hierzu: Empfehlungen für EDV-Programme zur Unterstützung einer dienstordnungsgerechten Führung der Bücher im Notariat (Stand: August 1998), Merkblätter und Empfehlungen der BNotK.

### 1.3.5.2.3.

Rechnungsstellung in 2002 für eine Gebühr, die nach der KostO vor 2002 fällig geworden ist: Die Sollstellung erfolgt nach der „alten“ KostO mit den alten Gebühren und Wertgrenzen, wird jedoch bei Rechnungsstellung bereits für jede Kostenposition in „Euro“ umgerechnet. Die Zahlung kann dann wie bei Fall 2 in „Euro“ erfolgen. Rundungsdifferenzen entstehen hier ggf. schon bei der Rechnungsstellung, d.h. eine Toleranz ist hier schon bei Rechnungsstellung zu integrieren.

### 1.3.5.2.4.

Rechnungsstellung und Bezahlung erfolgen nach dem 31.12.2001: Die Vorschriften der neuen KostO finden Anwendung.

## 1.4. Parametrisierung und Textintegration, Austausch von Vertragsmustern

Bei der Parametrisierung eines Programms handelt es sich um die individuellen Einstellungen des Büros, also Mitarbeiter (User), Notar und Notarvertreter, Kassen- und Gebührenparameter, Berechtigungen usw.. Diese Daten sollten in Variablen im Programm hinterlegbar sein, damit z.B. bei einem Mitarbeiterwechsel keine Texte verändert werden müssen. Die Möglichkeit der Eingabe von Kassenparametern (also z.B. Mindestgebühr = DM 20.-) als Variablen ist empfehlenswert: Damit kann für kleinere Gesetzesänderungen Unabhängigkeit von Programmanpassungen (Update durch den Hersteller) erreicht werden.

Betreffend der zu verwendenden Texte ist jeder Notar „sein eigener Herr“. Dies nicht zuletzt da der Notar für seine Verträge und die Hieb- und Stichfestigkeit seiner Formulierungen persönlich haftet. Deshalb werden Texte eines Dritten, auch soweit es sich um Formularhandbücher handelt, nicht ungeprüft verwandt werden können. Es sollte die Möglichkeit bestehen, dass der Notar seine eigenen Texte als integralen Bestandteil der Notarsoftware anlegen kann.

Arbeitet der Notar in einer aktuellen Textverarbeitung, z.B. Microsoft Word, wird die Textintegration in die Notarsoftware ein geringes Problem darstellen. Handelt es sich um eine andere Plattform (unterschiedliche Betriebssysteme: z.B. Windows, OS2, DOS, Linux, mittlere Datentechnik), ist ein Transfer mit einem hohen Aufwand und/oder Schwierigkeiten verbunden. In jedem Fall ist eine layoutmäßige Überarbeitung von Texten hinsichtlich Schrift, Schriftgrad, Überschriften und Überschriftenebenen etc. pp. erforderlich. Zu prüfen ist weiter, ob der Notar anlässlich der Umstellung der Notarsoftware auch noch die fachliche Überarbeitung seiner vorhandenen Texte in Angriff nimmt. Insgesamt ist der zu betreibende Aufwand nicht zu unterschätzen und entsprechend dem Automatisierungsgrad und der Effektivitätssteigerung mit dem Einsatz einer neuen Notarsoftware durchaus gegenzurechnen. Empfohlen wird der Einsatz automatisierbarer Software, auch wenn die Automation in der „höchsten Stufe“ vielleicht erst später vollständig im konkreten Fall eingesetzt werden wird. Wichtig ist insofern auch die bloße Möglichkeit weiterer Effektivitätssteigerung.

Geht man davon aus, dass die Texte im gleichen Betriebssystem (z.B. Windows) und in der gleichen Textverarbeitung (z.B. Microsoft Word) wie die Fachanwendungssoftware vorliegen, ist dennoch eine Integrationsarbeit in das Notarsystem unumgänglich: Das Notarprogramm sollte eine Möglichkeit zur Integration der in der Software erfassten Daten (z.B. Beteiligte, Vorgangsdaten wie z.B. Kaufpreis oder Fälligkeit, Grundstücksdaten, Gesellschaftsdaten etc.) in den zu erstellenden Text bieten. An den entsprechenden Stellen im Text sind deshalb die vom Programm vorgegebenen Platzhalter (z.B. Seriendruckfelder, Hyperlinks) zu inte-

grieren. Wenn das Notarprogramm weitere Automation im Vollzug unterstützt, sollte im Hinblick auf den Text oder bei anderen kategorisierbaren Merkmalen eine Voreinstellung für Kosten und sonstige Abarbeitungsaufgaben (Abschriften, Anschreiben, Überwachung, sonstige Vollzugstätigkeiten) ggf. abhängig vom Kontext des Falls hinterlegt werden. Auch die für den Vollzug benötigten Texte (z.B. für Anschreiben, Anträge etc.) sind einzustellen. Arbeitet man mit einem Textbausteinsystem, ist ggf. auch noch die Zusammenfassung von Textbausteinen zu logischen Urkundeneinheiten – in der vom Notar gewollten gröberen oder feineren Fallunterscheidung – einzugeben.

Die integrierten Objekte sind zu testen, zu verfeinern und ständig fachlich-rechtlich sowie technisch auf dem laufenden zu halten. Bestenfalls wird eine funktionierende, bereits automatisierte Textsammlung mit ausgeliefert. Diese Textsammlung könnte dann „nur“ noch mit den eigenen Texten an den für erforderlich gehaltenen Stellen unterlegt werden und würde damit einen relativ schnellen Einstieg in die EDV-unterstützte Fallbearbeitung bieten.

Wenn ein Notarsystem von mehr als nur einem Büro eingesetzt wird, wird auch der Wunsch formuliert werden, vorhandene erstellte und automatisierte Texte mit allen Verknüpfungen aus einem Notariat exportieren und andernorts wieder integrieren zu können. Die bloße Übergabe von Texten reicht hier nicht aus, da die evtl. am Text oder an anderer Stelle anhängenden Informationen (Kosten, Anschreiben und Abschriften, Überwachung und Fristen etc.) nicht neu eingegeben, sondern mit den Texten übertragen werden sollen. Dafür erforderlich ist die Verwendung von sog. Platzhaltern für Notariatsdaten (wie z.B. Amtsperson, Anschrift des Notariats) und Vorgangsdaten im Text sowie Informationen über verknüpfte Aktivitäten (= Abschriften und Anschreiben, Überwachung usw.) und Kosten als Objekte. Für den Austausch von konkreten Fällen und Mustern sollte noch eine ausgefeilte Funktionalität im Notarprogramm geschaffen werden, die zum einen die Objekte transferiert, zum anderen aber sicherstellt, das beim Importeur anlässlich der Integration nicht das ganze System in Mitleidenschaft gezogen wird. Ähnliches gilt bei einem Amtswechsel oder einer Notariatsverwalterschaft.

Als Anforderung sollte ein Notariats-EDV-System eine Anzahl an allgemeinen oder leeren Urkunden aufweisen, die außer Urkundeneingang und Urkundenschluss und ggf. der Grundstücke keinen Text beinhalten. Damit könnte der Notar alle Urkunden abarbeiten, indem er über die Windows-Zwischenablage oder andere Integrationswege seine Texte in das System lädt und in der Software abarbeitet, ohne von Anfang an sämtliche Texte integrieren und mit Automatisierungen versehen zu müssen.

## 1.5. Elektronische Register und Ausdrucke, Aktenführung

Bettendorf führt zu § 5 DONot n.F. (ratifiziert in Niedersachsen) aus<sup>5</sup>, dass die Pflicht zur Führung von Notariatsdaten der Lagerung von Papier-Registern entspricht und deshalb in den Räumen des Notariats vorgehalten werden muss. Dies würde zwingend ein lokales Client-Server-System erfordern und jegliche Auslagerung bzw. Archivierung von Daten an anderen Orten ausschließen. Diese Aussage führt m.E. zu weit: Es handelt sich bei den Daten, auch soweit es sich um Namensverzeichnis bzw. Urkundenrolle oder andere Register handelt, nicht um „Echtdaten“ (elektronisch unterstützte Akten- und Karteiführung ist rechtlich zwar zulässig, genügt jedoch den Anforderungen des notariellen Dienstrechts nicht; arg. ex. §§ 6,17 DONot n.F.), sodass

<sup>5</sup> Hinweise der Bundesnotarkammer für Hersteller von EDV-Programmen für das Notariat (Stand: Dezember 2000).

die regelmäßig ausgedruckten Register die Aktenführung darstellen.

Anstelle eines generellen Verbots externer Datenhaltung sollten die Voraussetzungen für eine solche konzipiert werden: Datensicherheit und -sicherung<sup>6</sup> sowie Verfügbarkeit. Hinsichtlich der Verfügbarkeit von Daten haben Untersuchungen im Bereich von Banken ergeben, dass eine über 99-%ige Verfügbarkeit nur dann tatsächlich gewährleistet werden kann, wenn die Zentraleinheit eines Systems auch „zentral“ bei dem für den Support<sup>7</sup> Zuständigen steht und sich somit die Reaktions- und Behebungszeiten auf ein Minimum reduzieren lassen.

### 1.6. Hard- und Softwareumgebung

Im Bereich der Hardware-Umgebung ist zunächst zu unterscheiden, welches System-Architekturmodell eingesetzt werden soll. Zu unterscheiden sind im wesentlichen 3 Modelle:

#### 1.6.1. Lokale Clients mit externem Server

Hier befinden sich die Arbeitsplatz-Rechner lokal im Notariat während sich der File- und möglicherweise Datenbankserver<sup>8</sup> an einem anderen Ort befindet und über Leitung (direkt z.B. per Telefon oder über Internet mit entsprechenden Sicherheitstechniken) erreichbar ist. Diese Architektur hat den großen Vorteil, dass die Administration der Haupteinheit (des Servers) beim Fachmann erfolgen kann, während die leicht ersetzbaren Client-Geräte vor Ort sind. Die Anbindung per Datenleitung setzt dafür zum einen eine möglicherweise hohe Datenübertragungsrates voraus, zum anderen sind bei jeder Anbindung an externe Einheiten mögliche Sicherheitsrisiken zu beachten. Beim Notar ist der Grundsatz der Geheimhaltung im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht nach § 18 BNotO oberstes Gebot (vgl. unten 1.8).

#### 1.6.2. Lokale Client-Server Umgebung

Sowohl Arbeitsplatz-Rechner als auch File- bzw. Datenbankserver befinden sich lokal vor Ort in einem sog. LAN<sup>9</sup>. Ohne Anbindung an externe Netze (z.B. Internet, Netzwerk des Support-Unternehmens) bzw. mit der Möglichkeit zur physikalischen Trennung nach Abschluss von Support-Arbeiten<sup>10</sup> ist eine hohe Sicherheit vor Viren und anderen Attacken auf die Notariatsdaten gegeben. Im Bereich der Verfügbarkeit weist dieses Konzept allerdings Schwächen auf, wenn auftretende Fehler nicht „online“ behoben werden können und ein Support-Mitarbeiter einen „Vor-Ort-Einsatz“ fahren muss. Des Weiteren setzt diese Variante auch einen Systemadministrator im Notariat voraus, der die entsprechenden Systemprotokolle regelmäßig auf Fehler und Unzulänglichkeiten hin überprüft und erforderlichenfalls den Support einschaltet.

#### 1.6.3. 3-Schichten-Architekturmodell mit lokaler Client-Server Umgebung sowie externem Zentralrechner

In diesem Modell übernimmt ein Interims-Rechner die Kommunikation zwischen Clients und Server. Denkbar ist bei dem zwischengeschalteten Bestandteil z.B. an eine Terminalserver<sup>11</sup>-Konstruktion oder an einen Applikationsserver, welcher die Anwendung selbst verwaltet und steuert. Der

Zwischenrechner sowie das Backend an sich (Fileserver und/oder Datenbankserver) befinden sich entweder lokal oder extern.

Allen Hardware-Umgebungsspezifikationen gemein ist die Anforderung, dass die Clients, welche als Thick- oder Thin-Client<sup>12</sup> an den Arbeitsplätzen der Notariatsmitarbeiter eingesetzt werden, so dimensioniert und ausgestattet sind, dass sie den Standard-Anforderungen (softwareseitig) wie Internet, Email, Fax und Scanner vom Arbeitsplatz aus, Bedienung von Fachanwendungsprogrammen sowie von Office-Paketen und Utilities – zumindest auf die Dauer des steuerlichen Abschreibungszeitraums – genüge tun. Wenn auch die Plattform und weiteren Komponenten aus dem Hause Microsoft<sup>®</sup> vielleicht nicht die besten am Markt vorhandenen Komponenten sind, sind sowohl die MS Betriebssysteme als auch das Office-Paket als „de-facto-Standard“ einzuklassifizieren.

Im Server-Bereich könnte sowohl im zwei- wie auch im dreischichtigen Modell auf andere Betriebssysteme zurückgegriffen werden, soweit Fachanwendungsprogramme dies erfordern oder dies sonst sinnvoll erscheint. Wichtige Kriterien bei der Auswahl von Betriebssystem und Office-Paket sind Erlern- und Bedienbarkeit, Datenaustausch mit Externen sowie Zukunftssicherheit.

Daneben ist sicherzustellen, dass im Bereich der Utilities nicht nur Standard-Hilfsmittel (Telefonbuch-CD, Komprimierungsprogramme, Viewer) eingesetzt werden können, sondern auch gerade notarspezifische Inhalte wie Datenträger mit Mustertexten, juristische Recherche-Datenbanken, Programme zum Zugriff auf elektronische Register (z.B. elektronisches Grundbuch) – und dies in beliebiger Kombinationsvielfalt – funktionieren.

### 1.7. Schnittstellen

#### 1.7.1. Elektronisches Grundbuch (EGB, Solum Star)

Das v.a. in Baden-Württemberg und Schleswig-Holstein eingeführte Elektronische Grundbuch (EGB) sowie das in anderen Ländern eingesetzte Solum Star stellt für Hersteller von Notariats-EDV eine fast schon zwingende Schnittstelle dar. Der Unterschied der Grundbuch-Programme besteht darin, dass im EGB insgesamt mit ci-Daten<sup>13</sup> und entsprechenden Such- und Recherchemöglichkeiten gearbeitet wird, in Solum Star bezüglich Altdaten nur mit kategorisierten Grundbuch-Bildern und hinsichtlich neuen Einträgen mit verwertbaren Daten. Offenbar haben es die Justizverwaltungen der Länder im Solum-Star-Verbund derzeit nicht als durchführbar eingestuft, eine Texterkennung für die Grundbuch-Bilddaten zu entwickeln; dies dürfte daher auch für EDV im Notariat derzeit nicht durchführbar sein. Beim EGB werden via Anbindung an das Internet und Webbrowser Grundbücher mit der entsprechenden Berechtigung (verifizierte Anmeldung als Notar beim Rechenzentrumsbetreiber) in Dateiform abgerufen werden können. Diese Dateien enthalten die kompletten Grundbuchdaten vom Bestandsverzeichnis bis zu Abt. III in einer vorgefertigten Struktur. Ausgelesen werden können z.B. Eigentümer, Rechte und Berechtigte. Diese könnten wiederum in die Notariatssoftware in deren Register und Stammdatenverwaltung eingelesen sowie im Vorgang verwandt werden.

6 Datensicherheit = Schutz vor unbefugtem Datenzugriff, Datenverlust und -manipulation, Datensicherung = „Backup“, d.h. Auslagerung von Daten auf externe Medien.

7 Support = technische Unterstützung und Fehlermanagement mit dem Ziel der Fehlerbeseitigung.

8 Fileserver = Speicher zur Ablage und zum Abruf von Daten, die in Dateiform („file“) vorliegen. Datenbankserver = logische Einheit zur Verwaltung von Daten in einer Datenbank (z.B. Oracle, MS SQL, DB2).

9 LAN = Local Area Network (Netzwerk vor Ort), Gegenteil: WAN = Wide Area Network (Netzwerk zur Datenfernübertragung).

10 Physikalische Trennung von anderen Netzen: z.B. durch Entfernen des Telefon- oder Netzwerkkabels aus dem Router (Antonym: Logische Trennung per Softwaresteuerung).

11 Die Clients arbeiten hier als Terminal (via Emulation o.a.) und nicht als eigenständige Rechner. Die Anwendung läuft auf dem Terminal-Server, auf die Clients wird nur die Oberfläche des Terminal-Servers übertragen. Nur auf dem Terminal-Server läuft die Anwendung, welche ihrerseits auf das Back-End (File- und/oder Datenbankserver) zugreift.

12 Thick-Client = „normaler“ Arbeitsplatz-PC, der ins Netzwerk eingebunden ist mit der Möglichkeit soft- und hardwaremäßiger Aufrüstung bzw. Umkonfiguration; Thin-Client = Arbeitsplatz-Rechner, der ins Netzwerk eingebunden ist und weitgehend nicht konfigurierbar sowie mit Standard-Hardware Komponenten ausgestattet ist (meist Einsatz als bloßes Terminal).

13 ci-Daten = Verwertbare Echtdaten; nci-Daten = Daten, z.B. aus einem Scanningvorgang, ohne Aufbereitung (Bilder).

Auch der umgekehrte Fall ist denkbar: Das Notariatsprogramm, in welchem z.B. ein Kaufvertrag mit Eigentumsvormerkung für d. Käufer erstellt wurde, könnte eine Datei mit strukturierten Angaben über das betreffende Grundstück, bisherigen Eigentümer, Berechtigten der Vormerkung, Berechtigungsverhältnis etc. erstellen, die entweder online oder per Datenträgeraustausch vom Notar ans Grundbuchamt nebst Vertragsabschrift übermittelt werden könnte. Das Grundbuchamt übernimmt die Daten ins Geschäftsregister, prüft diese und die Eintragung wird vom Grundbuchbeamten unterschrieben. Diese Vorgehensweise hätte einen nicht unbeachtlichen Effekt in der Geschwindigkeit der Fallbearbeitung, insbesondere durch Einsparung mehrfacher Datenerfassung. Das vorbezeichnete Ziel setzt die Zurverfügungstellung einer Schnittstelle seitens des Elektronischen Grundbuchs voraus; mit einer solchen Funktion könnte auch das Anlegen von Wohnungs- und Teileigentumsgrundbüchern auf Grundlage der Urkunde quasi per Knopfdruck (Import, Prüfung und Unterschrift) vollzogen werden.

#### 1.7.2. Elektronisches Handelsregister, Elektronisches Kataster

Sobald es bundesland-einheitliche Systeme mit definierten Schnittstellen für das Handelsregister und das Liegenschafts-Kataster gibt, sollte auch für Notariats-Programme das Einlesen von Daten per Online-Zugriff oder auch per Datei ermöglicht werden, um das mehrfache Eingeben von Daten zu umgehen. Im besten Fall bietet z.B. das Handelsregister-Programm neben der Export-Schnittstelle zur Datenübernahme in die Notariats-EDV auch eine Import-Schnittstelle zur Übermittlung von Daten durch den Notar in einem vorbestimmten Format, damit diese beim Registergericht weiterverwendet werden können. Im Bereich des elektronischen Katasters sind die Notarkammern und auch die Landesjustizbehörden gehalten, die Zugriffsmöglichkeit für Notare auf die Liegenschaftsverzeichnisse rechtlich und tatsächlich durchzusetzen.

#### 1.7.3. Finanzbuchhaltung, Steuer-Office, Online-Banking

Fraglich ist, ob eine Notariatssoftware eine eigene Modularität für FiBu und Steuer sowie Online-Banking benötigt oder ob in diesem Bereich nicht auf Standard-Software auf dem EDV-Markt zurückgegriffen werden kann. Beim Einsatz von diesbezüglicher Standard-Software besteht zum einen der Nachteil, dass mit mehreren Programmen im Notariat gearbeitet werden muss. Zum anderen besteht der Nachteil, dass z.B. durchlaufende Posten und das Rechnungswesen in Teilbereichen redundant geführt werden müssten.

Allerdings ist von einem Notarprogramm nicht unbedingt zu erwarten, dass es die sog. „Eierlegende Wollmilchsau“ ist und beispielsweise Online-Banking<sup>14</sup> unterstützt. Auf jeden Fall muss für den Fall, dass die Notariats-EDV keine eigene FiBu bzw. Banking-Funktionalität besitzt, darauf geachtet werden, dass für in dieser Sparte auf dem EDV-Markt gängige Programme eine entsprechende Export-Schnittstelle, ggf. zusätzlich eine Import-Schnittstelle, existiert. Am besten wäre ein selbst definierbares Ausgabeformat für buchhaltungs-, steuer- bzw. für Online-Banking relevante Daten.

#### 1.7.4. Elektronisches Posteingangs- und Postausgangsregister

Immer mehr auf den Markt drängen Systeme zum elektronischen Erfassen der Post. Bei dieser Arbeitsweise werden alle eingehenden Dokumente zentral erfasst (in der Regel eingescannt, wenn nicht schon in elektronischer Form, z.B.

per Email eingegangen) und an den Empfänger in schriftlicher und elektronischer Form übergeben. Alles, was das Haus verlässt, liegt auch in elektronischer Form vor, sodass die ganze Akte mit sämtlichem Postein- und -ausgang in der EDV abrufbar und v.a. recherchierbar ist.

An Bedeutung werden solche Systeme für das Notariat gewinnen, wenn die elektronische Aktenführung im Notariat erlaubt wird, Dokumente damit selbst das Original in elektronischer Form darstellen (z.B. elektronisch signierte Genehmigungen und Bescheinigungen von Behörden, Abrufe aus dem elektronischen Grundbuch) und v.a. wenn es die elektronische notarielle Urkunde (z.B. die Unterschriftsbeglaubigung in Form einer Beglaubigung von Signaturen durch notarielle Signatur) gibt. Wichtig ist, dass die entsprechenden Gremien im Bereich der Notare sich bereits heute mit den Zukunftsthemen beschäftigen.

#### 1.7.5. Zugriff auf juristische Recherchedatenbanken (Datei oder Internet) und Textbibliotheken, Zugriff andere Software

Die Frage, ob Zugriffe auf juristische Datenbanken als Bestandteil eines Notarprogramms oder separat von der Notar-Software bedient werden, ist nicht entscheidend. Zu beachten ist, dass auch im Notariat entsprechende Zusatzsoftware, wie z.B. Formularhandbücher, eingesetzt werden und ein Zugriff auf das Internet ermöglicht werden sollte.

Vom Software-Hersteller sollte diesbezüglich ggf. anhand von Zertifizierungsverfahren sichergestellt werden, dass sich die aufzuspielende Zusatzsoftware mit dem Notarprogramm „verträgt“ und dass z.B. Vertragsmuster in irgendeiner Form in die Textsammlung der Fachanwendung integriert werden können. Beispielsweise muss es möglich sein, neben der Notaranwendung auch einen Internet-Browser auf dem Arbeitsplatz-PC zu installieren und diverse andere Standard-Software, wie z.B. eine Telefonbuch-CD oder andere Teile des eingesetzten Office-Pakets (also neben der Fachanwendung und MS Word auch beispielsweise MS Excel), zu betreiben.

#### 1.8. Aspekte der Datensicherheit

##### 1.8.1. Schutz vor Fremdzugriffen, Verschwiegenheitspflicht der Notare

Je nach Betriebsmodell ist der Schutz vor Fremdzugriffen auf eine entsprechend abweichende Art und Weise zu realisieren. Allen Modellen gemein ist die Notwendigkeit, dass der Notar die beauftragten Systemverwalter – wie Notariatsangestellte auch – nach § 18 BNotO verbindlich vertraglich verpflichtet, die Verschwiegenheitspflicht einzuhalten.

Wird kein WAN-Verkehr<sup>15</sup> betrieben, weder für die Notariatsapplikation noch für Email oder Internet, ist Schutz der Daten vor dem Zugriff durch Dritte dadurch zu realisieren, dass ein Betriebsfremder nicht ohne Weiteres während oder nach den Arbeitszeiten in das Programm vor Ort Einsicht nehmen kann. Dies kann durch Kennwortschutz auf Betriebssystemseite, Einsatz von Bildschirmschonern mit Kennwort sowie user- und kennwortabhängiger Bedienung der Notariatssoftware erreicht werden.

Schwieriger ist der Fall gelegen, wenn ein Internet-Anschluss oder sonstiger Weitverkehrsanschluss besteht, z.B. zum Zugriff auf den extern untergebrachten Notariatsserver. Hier können Techniken wie z.B. verschlüsselte Kommunikation (Verschlüsselung durch Hardware oder Software) und betriebssystemseitige Berechtigungssteuerung eingesetzt werden. Immer dann, wenn ein sog. „Remote-Zugriff“ technisch ermöglicht wird, ist nicht 100-%ig auszuschließen,

14 Online-Banking ist derzeit im Amtsnotariat nicht zugelassen.

15 siehe Fußnote 9.

dass Dritte Zugriff auf die Notariatsdaten erlangen. Die Verschaffung von unberechtigtem Zugriff ist allerdings nicht ohne erhebliches Know-How möglich:

Ein Unbefugter müsste beispielsweise das eingesetzte Betriebssystem, die Netztechnik, den Notariats-Router und die evtl. vorhandene Firewall, nicht zuletzt die (in der Regel nicht veröffentlichte) Telefonnummer der EDV kennen oder recherchieren, bevor eine Attacke möglich ist. Wenn der Zugriff tatsächlich erfolgt sein sollte, stellt sich dem Hacker die nächste Hürde in den Weg: Ziemlich wahrscheinlich kennt er weder die Fachanwendung noch die dahinterliegende Datenbankanwendung, sodass die Abfrage von relevanten Daten einen weiteren enormen Aufwand darstellen würde. Fraglich ist indes, ob ein solch ungewöhnlicher Aufwand überhaupt betrieben wird, denn der Aufwand wird nur dann sinnvoll sein, wenn die Ergebnisse finanziell verwertbar sind.

Es verbleibt noch der Hardwarebetreuer oder der Software-Hersteller selbst als „Datendieb“. Dieser Personenkreis wird, wie oben angeführt, im Rahmen einer Erklärung zur Verschwiegenheit dazu verpflichtet werden müssen, Kenntnisse, welche durch Support-Einsätze erlangt wurden, geheim zu halten. Es ist nicht möglich, völlig auszuschließen, dass sich genau diese Personen (wie die Putzfrau auch!) unbefugt Zugriff auf Daten verschaffen und diese Daten dann verwerten. Selbst wenn das ganze System vor Ort im Notariat steht oder im WAN-Betrieb nach Feierabend die Verbindungsmöglichkeit für den Support physikalisch getrennt wird, kann man durch entsprechende Sicherheitseinstellungen und Protokollierung aller Zugriffe eine unbefugte Einsicht durch diese Personen nicht ausschließen; ein Mitarbeiter könnte sich z.B. einfach ein Sicherungsband besorgen und diese Daten lesen und auswerten.

Den Sicherheitsbelangen muss im Rahmen eines für das Notariat individuell ausgearbeiteten Sicherheitskonzepts mit Verschwiegenheitsverpflichtung Rechnung getragen werden.

#### 1.8.2. Begriff der „transparenten Software“

Unter „transparenter Software“ versteht man Programme, die bezüglich des Programmcodes nicht verschlüsselt sind, d.h. für Systementwickler in der entsprechenden Umgebung lesbar sind. Von der Historie her haben Software-Entwickler früher versucht, den Programmcode und die Strukturen der Software zu verschlüsseln, damit das Programm nicht „nachgebastelt“ werden kann. Heutzutage besteht durch Patente, eingetragene Muster und Warenzeichen o.ä. und insbesondere durch die Komplexität der Systeme kein Bedarf mehr für das Verstecken des Codes.

In der Regel ist ein Software-Programm deshalb lesbar. Dadurch wird das Programm an sich nicht unsicher, da die Lesbarkeit in der Regel nur die Programmierung und evtl. das Datenmodell betrifft, jedoch nicht die Daten selbst.

#### 1.8.3. Sicherheit im elektronischen Verkehr: Notarnetz

Für den elektronischen Datenaustausch per Email ist ein Anschluss an das Notarnetz empfehlenswert. Mit der dort verwandten Technik der verschlüsselten Kommunikation und der Herkunfts- und Echtheitsüberprüfung durch die digitale Signatur mit Chipkarte kann der Notar ohne Verletzung der Verschwiegenheitspflicht Emails versenden.

Der normale Email-Verkehr ist ungefähr vergleichbar mit dem Versenden einer Postkarte: Jede bei der Beförderung involvierte Person könnte theoretisch den Text lesen. Die Email wird vom Absender verschickt und über verschiedene Email-Server zum Empfänger-Server mit der Möglichkeit zum Download durch den Empfänger versandt. Jeder Systemadministrator der Email-Server könnte diese Email

theoretisch lesen, kopieren, selbst löschen oder verändern. Die Involvierung von 10–15 Email-Servern für die Übermittlung einer Email ist dabei keine Seltenheit.

Dem beugt die Verschlüsselung und Echtheitszertifizierung des Notarnetzes vor.

#### 1.8.4. Support und Datensicherung (Backup-Anforderungen)

Der eingangs erwähnte Satz „Das moderne Notariat ist ... ohne EDV nicht mehr denkbar.“ führt bereits nach einigen Monaten Arbeit mit modernen Bürokommunikationsmitteln (Hardware, Standard-Software, Fachanwendung) dazu, dass bei Ausfall der EDV ein Arbeiten nicht mehr möglich ist. Anzumerken ist hier, dass auch im EDV-Recht z.B. bei Ansprüchen gegenüber der Hard- oder Software-Partner der Grundsatz „pacta sunt servanda“ gilt. Regelmäßig wird der Notar z.B. beim Ausfall des Servers wegen Festplattenproblemen o.ä. die Durchsetzung der Primäransprüche (nämlich idealerweise Ersatzgerät mit Datenübernahme innerhalb von x Stunden) aus dem Support-Vertrag anstreben. Mit etwaigen Schadenersatzforderungen wird der Notariatsbetrieb nicht zeitnah wieder aufgenommen werden können.

Es empfiehlt sich also, zum einen „wasserdichte“ Verträge mit definierten Reaktions- und Behebungszeiten im Fehlerfall mit dem Soft- und Hardwarepartner abzuschließen, zum anderen einen individuellen Notfallplan mit allen denkbaren Fehlerszenarien und kurz-, mittel- und langfristigen Lösungen aufzustellen.

#### 1.8.5. Virenschutz

Für einen Schutz vor Viren, welche auf Disketten oder in Emails enthalten sein können, sollte der Notar für sein System sorgen. Die einmalige Beschaffung eines sogenannten Virenschanners genügt dabei nicht: Da ständig neue Viren in Umlauf gebracht werden, sollte in regelmäßigen Abständen ein Update der Virensoftware vor Ort und am Server installiert werden. Zum Problem kann dabei der Fall werden, dass nicht nur die Daten auf dem Server bzw. Arbeitsplatz, sondern auch die Bandsicherungen bereits infiziert sein können, beispielsweise, wenn der Virus erst nach Wochen entdeckt wird. Hier sollte auf jeden Fall ein Fachmann zu Rate gezogen werden.

#### 1.9. Ausblick in die Zukunft

##### 1.9.1. Die elektronische Urkunde per Signatur des Notars – der „Online-Notar“ ?

Fraglich und an anderen Orten schon mehrfach diskutiert ist die künftige Stellung des Notars als Teil der vorsorgenden Rechtspflege im Zeitalter des Internet. Hierbei ist entscheidend, dass das Notariat nicht den Einstieg in die Online-Welt verpasst, gleichzeitig aber auch die Wertigkeit und Verlässlichkeit notarieller Tätigkeit erhalten bleibt. Auf keinen Fall verpasst werden sollte die Entwicklung im Bereich der Beglaubigung. Die Notare müssen – wie bisher mit wenigen Ausnahmen – die einzigen Personen als Träger eines öffentlichen Amtes bleiben, die eine Unterschrift und/oder elektronische Signatur mit Unterschrift oder auch Signatur mit dem nur von ihnen verwendbaren Attribut „Notar“ beglaubigen können.

##### 1.9.2. Verlesungspflicht von Urkunden

Die dem Notar ureigensten Pflichten zum Verlesen von Urkunden sowie die nach der BNotO und dem BeurkG erforderlichen Willenserforschungen und Belehrungen werden von einem EDV-System für das Notariat nicht übernommen. Nach der derzeit gültigen Rechtslage wäre die Übernahme des Beurkundungsvorgangs und der Beratungen selbst

durch ein Software-Programm nicht zulässig<sup>16</sup>. Nicht einmal das Verlesen der Urkunde vom Bildschirm durch den Notar genügt den Formerfordernissen des § 13 BeurkG, sodass derzeit auch ein Verlesen durch den Computer z.B. mittels Soundkarte, ggf. sogar unterstützt mit einem durch einen sog. Beamer an die Wand projizierten Bildschirm, ausscheidet. Es bleibt beim Gesetzgeber anzuregen, die Modalitäten der Verlesungspflicht bei der etwaigen Einführung elektronischer notarieller Urkunden, neu zu überdenken, denn dann ist die sich auf dem Bildschirm befindliche Darstellung die – in Daten – verkörperte Form der Urkunde.

### 1.9.3. Elektronisches Urkundenarchiv „Cyberdoc“ nach österreichischem Vorbild?

Das elektronische Urkundenarchiv von Notaren in Österreich soll alle Urkunden der ca. 450 Notare ab 1.1. 2000 umfassen. Mit entsprechender Berechtigung (derzeit explizite Einzel-Freigabe pro Urkunde durch den Notar, später Basisberechtigungssystem für bestimmte Gruppen wie Behörden wie z.B. Grundbuchgericht oder Firmenbuchregister) ist ein Zugriff auf die als Bild-Datei abgelegten Urkunden per Online-Zugriff möglich.

Derzeit sind ca. 100 von 450 Notaren an das System angeschlossen, die verbleibenden sollen spätestens Ende 2002 integriert werden. In der Zukunft soll das Urkundenarchiv die Übermittlung von Urkunden auf dem Postweg durch sogenannte „Freigaben“ ersetzen; damit ist die Aufbewahrung von Akten beim Grundbuchgericht oder Firmenbuch ebenfalls entbehrlich. Eine Grundbuch-Recherche kann dann die den Eintragungen zugrundeliegenden Verträge durch deren Anzeige und Druckmöglichkeit mit einschließen.

Derzeit werden Urkunden in verschiedenen Textverarbeitungssystemen produziert, ausgedruckt, gesiegelt und dann wieder eingescannt, geprüft und mit einer elektronischen Signatur des Notars versehen online zum Urkundenarchiv übersandt. Die eingescannte Bild-Datei muss allerdings „von Hand“ ohne Möglichkeit der Datenübernahme mit den wesentlichen Urkundendaten (Beteiligte, statistische Werte usw.) nacherfasst werden. Dies stellt im Hinblick auf die durchaus mögliche Vermeidung mehrfacher Datenhaltung bzw. Mehrfacheingabe von Daten und die (Volltext-) Recherchemöglichkeiten einen Nachteil und damit eine konzeptionelle Schwäche dar.

Die im Archiv befindlichen Dateien stellen noch keine elektronischen Urkunden dar, die Papier-Urkunde ist die wesentliche. Ein Grund dafür liegt auch darin, dass es in Österreich noch kein Trust-Center für elektronische Signaturen durch Notare gibt (wie beispielsweise die Bundesnotarkammer in Deutschland).

Das Urkunden-Archiv wurde nach Erstellung eines umfangreichen Sicherheits- und Berechtigungskonzepts in Österreich gesetzlich geregelt. Dabei wurde beispielsweise zu der Finanzierung des Archivs geregelt, dass ein österreichischer Notar (unabhängig von der Einführung des Systems in seinem Amt) einen Grundbetrag in Höhe von ca. 450 Schilling für das Archiv ab 1.1. 2001, zuzüglich ca. 70 Schilling für jede einzelne Urkunde, zu bezahlen hat. Diese Kosten werden auf die Klientel als „Archivierungskosten“ umgelegt.

Vorgesehen bzw. beabsichtigt ist auch der Anschluss von Rechtsanwältinnen und Behörden / Gerichten an das Archivsystem in einer zweiten Phase.

Alles in allem überzeugt das doch nicht unwesentlich beworbene „Cyberdoc“ bezüglich der technisch-praktischen Umsetzung nicht. Viele Fragen sind ungeklärt. Die Über-

nahme der Spezifikationen des österreichischen Urkundenarchivs für ein deutsches System ist derzeit nicht empfehlenswert. Die Idee des elektronischen Urkundenarchivs für alle Notare an sich ist aber auch für das deutsche Notariat eine Überlegung wert.

## 2. Teil II:

Beispielhafte Lösungen im Notariatsprogramm NOAH® (Fallstudie)

### 2.1. Allgemeine Beschreibung

NOAH ist das von der Justiz in Baden-Württemberg entwickelte umfassende Fachanwendungsprogramm für die staatlichen Notariate. Es umfasst die für alle Notare in Deutschland erforderlichen Bereiche Beurkundung, Wechselprotest, Masse- und Verwahrung mit sämtlichen Registern, Verzeichnissen und Büchern. Außerdem umfasst NOAH auch die für die staatlichen Notariate in Württemberg und Baden notwendigen Bereiche Nachlassgericht und Verwahrungsgerecht, für Württemberg zusätzlich den Bereich Vormundschaftsgericht.

NOAH wurde auf der Grundlage von Konzepten und Detailspezifikationen ab dem Jahr 1994 in Zusammenarbeit einem Softwarehaus entwickelt und in bisher 12 Pilotnotariaten eingesetzt, intensiv getestet sowie ständig aufgrund von Rechtsänderungen und Anregungen aus der Praxis fortentwickelt. In Zusammenarbeit mit Pilotnotaren wurde eine umfangreiche automatisierte Textsammlung in das Programm integriert und wiederum nach Pilotbetrieb freigegeben. Eine ganz wesentliche Vorgabe des Konzepts wurde bei der technischen Realisierung eingehalten: NOAH ist ein Baukastensystem, welches den Arbeitsablauf im Notariat individuell einstellbar macht; nicht der Notar muss sich an die Arbeitsweise von NOAH anpassen, sondern NOAH ist für die Arbeitsprozesse des jeweiligen Notars umfangreich einstell- und administrierbar, jedoch ohne auf die geforderten Einsparungseffekte verzichten zu müssen. Für den Notar ist die für ihn adäquate Lösung in der Form kalkulierbar, dass entweder die vorhandene umfangreiche automatisierte und geprüfte Textsammlung übernimmt und teilweise oder ganz mit eigenen Texten unterlegt oder insgesamt ein neues System an Texten und Automationsverknüpfungen in NOAH entwirft.

Beabsichtigt ist, die Software landesweit in allen staatlichen Notariaten in Baden-Württemberg einzusetzen. Die hierfür erforderliche Planungs- und Evaluierungsphase ist nahezu abgeschlossen.

Das EDV-Programm NOAH ist vom Hersteller<sup>17</sup> auch für Anwalts- und Nurnotare erhältlich.

### 2.2. Funktionen und Automatisierungsgrad

NOAH erfüllt die unter Teil I aufgeführten Postulate für moderne Software im Notariat sowie die Empfehlungen der Bundesnotarkammer für Hersteller von Software-Programmen in nahezu allen Punkten. Die Lösungen in NOAH für die genannten Anforderungen sind nicht eindimensional, sondern es bestehen für Teile der Anforderungen auch mehrfache Lösungswege. Im nachfolgenden soll nur beispielhaft auf die Realisierungsspezifika in NOAH eingegangen werden und keine Programmbeschreibung an sich folgen. Hierzu werden einige wenige repräsentative Punkte aufgeführt:

Unterscheidungsmerkmal zwischen den unterschiedlichen Software-Programmen im Notariatsbereich ist nicht, welche Bereiche und Funktionen geboten werden, sondern in welcher Ausprägung und Detailschärfe die Arbeit im Notariat in die Software abgebildet ist.

<sup>16</sup> Vergleiche insbesondere zur Verlesungspflicht von Urkunden nach § 13 BeurkG: Rundschreiben der BNotK 19/1997 vom 3.7.1997.

<sup>17</sup> siehe Fußnote 1.

### 2.2.1. Texterstellung und -verarbeitung

NOAH bietet nicht nur die Möglichkeit des Erstellens von Textbausteinen und Urkundenvorlagen als Bündel von vorbelegten bzw. auswählbaren Textbausteinen, sondern auch die vorbeschriebene Möglichkeit, den Textpassagen explizit die Information über die bei Benutzung des Texts auszulösenden Kosten und weiteren Aktivitäten beizuordnen. Dabei wird ein hohes Maß an Individualität geboten, denn jeder Textersteller kann mit der entsprechenden Berechtigung beliebig viele Kosten und Aktivitäten beordnen. Die Kostenbausteine und Aktivitäten sind ihrerseits wiederum beliebig änder- und erweiterbar. Auch sonstige Informationen wie z.B. die Optionen für Geschäftsübersichten usw. können verknüpft und damit vom Kontext abhängig voreingestellt werden.

Weiter besteht die Möglichkeit, im Fall selbst neue Textbausteine anzulegen und per Knopfdruck vorhandene Texte im Muster zu verbessern (entsprechende Berechtigung vorausgesetzt).

### 2.2.2. Benutzerführung

Herzstück der NOAH-Software ist die Bedienung des Programms. Realisiert wurde insbesondere die Arbeit unter einer Oberfläche, d.h. die Verfügbarkeit aller Funktionen in einem einzigen Modul. In NOAH sind viele komfortable Möglichkeiten gegeben, um die einzelnen Schritte der Fallbearbeitung intuitiv erlernen und bedienen zu können.

Beispiel: Ein Klient meldet sich per Telefon bei einem Notariatsmitarbeiter mit der Bitte um Auskunft über den Stand seines Falls. Der in NOAH an einer anderen Sache arbeitende Angestellte lässt sich über den NOAH-Express-Dienst in den vom Anrufer mittels Aktenzeichen oder sonstiger Merkmale beschriebenen Fall führen, sieht aufgrund der dortigen auf einer Übersichtsmaske aufgeführten Überwachung den Fortschritt des Falls, kann direkt in Urkunde, Kostenansatz o.ä. wechseln und kommt nach Beantwortung des Telefonats bequem per Rücksprungtaste genau an die Stelle zurück, an der er vor Eingang des Telefonats gearbeitet hatte. Diese Rücksprungtaste funktioniert auch mehrfach hintereinander.

Anhand dieses Beispiels, welches nur einen Bruchteil der NOAH-Komfortfunktionen darstellt, soll insbesondere der Grad an Perfektion in NOAH aufgezeigt werden.

### 2.2.3. Seriengeschäfte

In NOAH gibt es mehrere verschiedene Ansätze zur Erledigung von Seriengeschäften.

Es besteht die Möglichkeit der Definierung einer Urkundenvorlage für den Fall. Diese Vorlage kann sehr einfach auch aus dem aktuellen Fall erstellt und dann als Muster für künftige Fälle weiterverwendet werden.

Daneben besteht die Möglichkeit, den Vorgang an sich zu kopieren und zu vervielfältigen (x-fach), je mit oder ohne Beteiligtendaten, Vorgangsdaten, Grundstücksdaten, Dokument, Vollzugsarbeiten, Kosten etc..

Weiter gibt es eine Funktion mit Namen „Stapel UB“, mit der sich einfache Urkunden, die man selbst anlegen und für die Stapelbearbeitung freigeben kann, im Paket abarbeiten lassen. Beispielsweise Unterschriftsbeglaubigungen für Bausparkassen und Banken. Einzugeben sind lediglich die Vorgangs- (Wert usw.) und Beteiligtendaten für jede UB, die verbleibenden Arbeitsschritte (d.h. Urkundenerstellung, Eintrag in UR, Kosten und Abschriften, Namensverzeichnis und entsprechende Ausdrucke) werden vom Programm vollautomatisch erledigt.

Für andere Arten von Seriengeschäften sind in NOAH über die oben vorgestellten hinaus noch weitere Funktionen implementiert.

### 2.2.4. Import- und Export

Texte und verknüpfte Automatisierungsobjekte sind ex- und importierbar. Dies gilt auch für komplette Vorgänge. So ist ein Austausch von Mustern und Vorgängen – im Rahmen der einzuhaltenden Verschwiegenheitspflicht – zwischen verschiedenen NOAH-Notariaten möglich. Beim Export eines oder mehrerer Vorgänge werden Word-Dokumente mit versteckten NOAH-Informationen erzeugt, die beliebig verändert werden können. Beim Import in ein anderes NOAH-System werden sämtliche Daten mitübergeben (Beteiligtendaten, Grundstücksdaten, Vorgangsdaten).

Das Import- und Export-System ist so ausgeklügelt, dass sich auf Knopfdruck alle Textbausteine und/oder gesamte Musterverträge nach Word exportieren lassen, damit auch ohne Anwendungsprogramm weitergearbeitet werden kann. Bereits bei der erstmaligen Integration von „Altmustern“ aus der bisherigen Textverarbeitung bietet NOAH die Möglichkeit des Serienimports. Word-Dokumente oder Word-Autotexte werden in die richtige Kategorie, beispielsweise Zuordnung zu „Urkunde Kaufbereich“ oder „Anschreiben GmbH-Bereich“ (wobei die Bereiche und die dazugehörigen Voreinstellungen frei definierbar sind!) importiert, sodass eine vollständige Umstellung auf NOAH im Notariat in überschaubarer Zeit erreicht werden kann.

### 2.2.5. Besonderheiten, Komfort

In NOAH wurden als Ergebnis der langjährigen Praxiserprobung umfangreiche Komfort-Funktionen wie z.B. Suche und Recherche per Expressdienst, interne Email zwischen den NOAH-Usern, Lesezeichen, Notizen, anwendungsspezifischer Terminkalender, Wiedervorlage u.v.m. integriert.

### 2.2.6. Datensicherheit

Das NOAH-Server-System ist auf Grundlage des Microsoft SQL-Server realisiert und beinhaltet als professionelles Datenbanksystem individuell einstellbare Sicherungskomponenten. Die Serverdatenbank kann mit dedizierten SQL-Zugriffsberechtigungen versehen werden. Darüber hinaus besteht über frei definierbare Backup-Protokolle die Möglichkeit, im Falle eines auftretenden Hard- oder Softwarefehlers, die erfassten Daten minutengenau bis zum „Unglückszeitpunkt“ wiederherzustellen.

## 3. Zusammenfassung:

Die Einführung moderner EDV im Notariat kommt einer Revolution gleich. Nicht zu vernachlässigen ist daher der Aufwand zur Einführung einer Notariatssoftware. Dabei kommt es nicht darauf an, um welche Software oder welchen Verfeinerungsgrad des Systems es sich handelt: Zu dem einzuplanenden Aufwand für Schulung und dem hohem Betreuungsbedarf in der Einführungsphase kommt auch der individuelle Aufwand des Notariats für die Textintegration in das System hinzu.

Notariatssoftware sollte schon aufgrund des hohen Einführungsaufwands auf längere Sicht hin erworben, auf die eigenen Bedürfnisse angepasst und nicht zuletzt „gewinnbringend“ eingesetzt werden. Zu achten ist insbesondere auf ein möglichst hohes Maß an Automatisierungsfähigkeit unter Beibehaltung der Individualisierungsfähigkeit, unabhängig davon, ob die „(voll)automatische Urkunde“ schon von Anfang an oder erst nach und nach als Ziel definiert wird. Allerdings wird kein EDV-System den Notar und dessen Genauigkeit bei der Prüfung eines Falls vom ersten Gespräch bis zur fertig abgearbeiteten Urkunde mit Vollzugstätigkeit ersetzen können.

Der Einsatz moderner EDV im Notariat ist schlussendlich ein nicht zu geringer Mosaik-Stein auf dem Weg zu einer termin- und fallgerechteren individuellen Dienstleistung im Notariat.

## Digitale Signaturen als Herausforderung und Chance

von Stefan Schmittner, Württ. Notariatsassessor/Diplom-Ökonom, Stuttgart

### 1. Einleitung

Gegenstand dieses Aufsatzes sind die Entwicklungen im Bereich der digitalen Signatur\*, die einerseits eine Herausforderung für die Notare darstellen, zugleich aber eine Chance für die Weiterentwicklung der Arbeitsorganisation im Notariat bieten. Die Herausforderung zeigt sich darin, dass vielfach bei einer oberflächlichen Betrachtung der digitalen Signatur, die es ermöglicht, den Unterzeichner einer elektronischen Nachricht festzustellen, nach dem weiteren Erfordernis der öffentlichen Beglaubigung gefragt wird. Blickt man aber tiefer, so wird schnell deutlich, dass diese Schlussfolgerung nicht trifft, da sich die öffentliche Beglaubigung auf eine einzelne Unterschrift bezieht, die digitale Signatur jedoch „unbeobachtet“ vorgenommen wird und eine Identifikation des Karteninhabers nur bei der Ausgabe der Karte und nicht in jedem Einzelfall stattfindet. Es ist also vielmehr der Blick auf die digitale Signatur als Chance für eine sichere elektronische Kommunikation zu richten und daher notwendig, sich mit den Entwicklungen in diesem Bereich insgesamt vertraut zu machen, um den Einsatz dieser Technik bewusst zu gestalten.

Ausgehend von der Nutzung der elektronischen Kommunikation soll daher in der folgenden Darstellung auf Risiken elektronischer Kommunikation und die nur schleppende Verbreitung des Einsatzes sicherer technischer Lösungen am Beispiel der digitalen Signatur eingegangen werden. Anschließend daran wird auf die besonderen Anforderungen der Notare an die elektronische Kommunikation eingegangen und dies mit Grundsätzen der IT-Sicherheit verbunden. Als Schlussfolgerung ergeben sich die Anforderungen aus notarieller Sicht an sichere elektronische Kommunikation. Darauf aufbauend werden die Grundlagen der digitalen Signatur und der Gesetzgebung in Deutschland zu diesem Thema dargestellt, die eine tragfähige technische Lösung für die Anforderungen ermöglichen. Beispiele zur Erprobung der digitalen Signatur in der Praxis bilden den Abschluss der Darstellung.

### 2. Elektronische Kommunikation

In diesem Abschnitt soll ausgehend von den Vorteilen der elektronischen Kommunikation per E-Mail der Blick auf die damit verbundenen Risiken und Probleme gelenkt werden. Sicherere Alternativen für die Kommunikation werden nur in geringem Umfang genutzt. Diese Vernachlässigung der IT-Sicherheit soll anhand eines Praxisbeispiels illustriert und in einen größeren Zusammenhang der Marktfaktoren für IT-Sicherheit eingebunden werden.

Der Anteil der Internet-Nutzer in der Bevölkerung der Bundesrepublik ist von 28% im Jahr 2000 auf 36% im Jahr 2001 (Juni) gestiegen<sup>1</sup>. Dabei stellen das Senden und Empfangen privater elektronischer Nachrichten (E-Mails), die Nutzung von Suchmaschinen und Web-Katalogen sowie das Senden und Empfangen beruflicher E-Mails die drei häufigsten Nutzungsarten dar<sup>2</sup>. Es ist zu erwarten, dass die Nutzung des Internets, aber gerade auch von E-Mail in den nächsten Jahren weiter stark ansteigen wird und nicht nur im privaten

Kontakt sondern bei den Transaktionen im Geschäftsverkehr eine weiter steigende Bedeutung hat.

Diese Beliebtheit der E-Mail zur Übermittlung von Nachrichten ist aufgrund mehrerer Vorteile plausibel. Die gesendeten Texte erreichen den Adressaten persönlich und in Sekundenschnelle, somit fallen keine Verzögerungen durch Postlaufzeiten an und darüber hinaus erübrigt sich auch die Weiterleitung des Briefs bis zum Tisch des endgültigen Empfängers. Die übermittelten Texte können beim Empfänger direkt in der EDV weiterverarbeitet werden, d. h. ein erneutes Eingeben des übermittelten Textes, wie es bei Fax oder Brief erforderlich ist, entfällt. Nicht zuletzt ist es unstrittig, formfreie Willenserklärungen auf elektronischem Weg abgeben zu können, soweit deutsches Recht anwendbar ist<sup>3</sup>. Auch können sie nach herrschender Meinung im Zivilprozess im Rahmen der freien richterlichen Beweiswürdigung berücksichtigt werden<sup>4</sup>. Da ein wirksamer und durchsetzbarer Vertragsschluss per E-Mail somit möglich ist, erfreuen sich elektronische Transaktionen bereits für Geschäfte des täglichen Lebens aber auch zwischen Kaufleuten großer Beliebtheit. Gerne geraten bei allen Vorteilen jedoch die mit der Nutzung von E-Mail verbundenen Risiken aus dem Blickfeld. Die Nutzung des Internets beispielsweise zur Übermittlung von E-Mails ist unter Sicherheitsaspekten grundsätzlich kritisch zu beurteilen, da das Internet nicht mit dieser Sicherheitszielvorgabe entwickelt wurde. Der technische Grund-Standard, auf dem die verfügbaren Internetdienste aufbauen, stellt beispielsweise keine sicheren Mechanismen für Identifikation und Authentisierung zur Verfügung. Weiterhin kann unverschlüsselte E-Mail auf dem Weg durch das Internet mitgelesen werden<sup>5</sup>. Dies bedeutet, dass der Absender und Empfänger einer unverschlüsselten E-Mail nicht ausschließen können, dass der übermittelte Inhalt auf dem Transportweg von Dritten mitgelesen wird. Genauso gravierend ist jedoch die Problematik, dass Alice.Mustermann@Beispieladresse.de als Absender- oder Empfängeradresse dem jeweiligen Kommunikationspartner lediglich vorgegaukelt werden kann und darüber hinaus der Empfänger einer Nachricht von Alice Mustermann sich nicht sicher sein kann, ob die Nachricht tatsächlich von ihr stammt, oder lediglich dieser Name unter die eingetippten Zeilen gesetzt wurde.

Als vorrangiger Grund, warum Waren nicht über das Internet bestellt werden, wird die größere Sicherheit angeben, die durch den Einkauf im realen Geschäft erreicht würde<sup>6</sup>. Bei der täglichen Nutzung von E-Mail lässt die Wachsamkeit durch die ständige Gewöhnung jedoch nach und selbst wenn die Risiken bekannt sind, kommt es durch die nur im seltenen Ausnahmefall scheinende Kommunikation zu der scheinbar beruhigenden Einschätzung, dass doch bisher alles gut gegangen sei. Die gebotene Zurückhaltung sensibler Daten wie Kreditkartennummern etc. wird im eiligen und wichtigen Fall dann eventuell doch ignoriert. Lösungen, die diese Sicherheitsrisiken drastisch mindern, sind derzeit noch wenig verbreitet. Jedoch steht mit der digitalen Signatur ein System zur Verfügung, mit dem sich der Absender der Nach-

\* „Digitale Signatur“ wird in diesem Aufsatz synonym zu „Elektronische Signatur“ gebraucht.

1 <http://www.tnsfres.com/ger2001/keycontry.cfm>; zugegriffen am 6. Juli 2001.

2 GfK Online-Monitor, 7. Untersuchungswelle, Erhebungsende 28. Januar 2001; <http://www.gfk.de>; zugegriffen am 6. Juli 2001.

3 Ultsch, DZWIR 1997, 466; Härting InternetR 1999, Rdnr. 57 ff; Moritz, CR 2000, 61 f; Fringuelli/Wallhäuser, CR 1999, 93; Mehrings, MMR 1998, 30; Geis, NJW 1997, 3000; Ernst, NJW-CoR 1997, 165; Deville/Kalthegeger, NJW-CoR 1997, 168.

4 Nöcker, CR 2000, 176, 180 f; Geis, CR 1993, 653 f; Heun, CR 1995, 2, 3; anderer Ansicht ist Kilian, DuD 1993, 607, 609; Als Privaturkunde i. S. des § 416 ZPO lassen sich elektronische Nachrichten mangels dauerhafter Verkörperung nicht qualifizieren, nicht zuletzt weil eine hinreichende Unterschrift fehlt.

5 [http://www.bfd.bund.de/technik/Ori\\_int/ohint\\_2.html](http://www.bfd.bund.de/technik/Ori_int/ohint_2.html).

6 <http://www.trisofres.com/ger2001/keycontry/germany.cfm>; zugegriffen am 6. Juli 2001.

richt und deren Unverändertheit auf dem Übermittlungsweg feststellen lässt und die leicht mit einer sehr sicheren Verschlüsselung gegen unbefugtes Mitlesen kombiniert werden kann.

Im folgenden Abschnitt soll daher auf Faktoren eingegangen werden, die für die Nachfrage nach Sicherheit im elektronischen Rechtsverkehr ausschlaggebend sind. Dies soll zunächst an einem Teilaspekt eines umfangreichen Praxis-Experiments im Gesundheitswesen illustriert werden, bevor auf die Rolle staatlicher Regulierung und auf weitere Marktfaktoren eingegangen wird.

Im Herbst 1997 wurden in einer Simulationsstudie in Heidelberg Techniken zur Verbesserung der Information und Kommunikation im Gesundheitsbereich erprobt. Dadurch sollten Erfahrungen gewonnen werden, eine sichere elektronische Kommunikation zwischen den teilnehmenden Abteilungen des Universitätsklinikums, einer Arztpraxis, einem Pflegedienst und anderen zu schaffen. Insgesamt wurden 21 medizinische Fälle und 60 kleinere Kommunikationsaufgaben bearbeitet. Für die Kommunikation und die Arbeit mit den simulierten medizinischen Daten wurden den Teilnehmern mobile und über ein Funk-Netz verbundene Computer in Notizblock-Größe (PDAs) mit spezieller Softwareausstattung zur Verfügung gestellt. Die Teilnehmer konnten hiermit auch digitale Signaturen zu den übermittelten Nachrichten erzeugen und prüfen, um das bei den Papierakten ständig praktizierte Abzeichnen von Anweisungen und deren Ausführung auch elektronisch zu ermöglichen. Gleichzeitig ermöglichten die digitalen Signaturen zu den Daten, etwaige unbefugte Veränderungen zu erkennen. Während der Testphase zeigten sich bei den Teilnehmern große Unsicherheiten, was signiert werden sollte und bei welchen Mitteilungen an andere Teilnehmer auf eine Signatur verzichtet werden konnte. Zwei Faktoren hatten jedoch während der Testphase einen Einfluss auf die Testpersonen. Einerseits hatte der beständige Versand von signierten Nachrichten durch die Simulationsleitung einen „Vorbildcharakter“ wodurch die Zahl signierter Nachrichten während der Testwoche kontinuierlich anstieg. Andererseits wurden bewusst „Testfälle“ mit gefälschten und unsignierten Nachrichten an die Teilnehmer übermittelt. Nachdem diesen die Gefahr manipulierter Nachrichten bewusst geworden war, nahmen viele Testteilnehmer unsignierter Nachrichten nicht mehr an<sup>7</sup>.

Die umfangreichen Ergebnisse der Simulationsstudie zur Arbeit im Gesundheitswesen sollen hier nicht weiter vertieft werden. Wichtiger ist die – auch auf andere Bereiche übertragbare – Folgerung, dass verfügbare Techniken für die Sicherheit im elektronischen Geschäftsverkehr nicht ohne weiteres genutzt werden. Über die bloße Bereitstellung der Technik hinaus ist ein Bewusstsein bei den Kommunikationsteilnehmern über den Sinn des Technikeinsatzes erforderlich und zusätzlich fördern Vorbilder die Verbreitung der Technik.

Einen Beitrag zur Verbreitung der Nutzung digitaler Signaturen kann natürlich auch staatliche Regulierung erzeugen<sup>8</sup>. Die Schaffung eindeutiger rechtlicher Rahmenbedingungen für den Aufbau von Infrastrukturen und die Verwendbarkeit der elektronischen Kommunikation erscheint dabei als durchaus geeignet. Treffend erklärt die Regulierungsbehörde für Post und Telekommunikation<sup>9</sup>, dass bei der Einführung neuer Technologien regelmäßig drei Stufen durch-

laufen werden, wobei zunächst (überhaupt) funktionsfähige Lösungen erfolgreich sind, auf der nächsten Entwicklungsstufe der Verbreitung die bedienerfreundlichen Systeme bevorzugt werden und erst in einer dritten Stufe der Verbreitung das Sicherheitsniveau der Systeme Bedeutung hat<sup>10</sup>. Die staatliche Rahmensetzung für die geeignete Technologie ist für den Bereich der digitalen Signatur durch das Signaturgesetz 1997 frühzeitig angegangen worden.

Um weiter zu untersuchen, wie die Nutzung von Sicherheitstechnologien mehr Verbreitung erfahren kann, ist es aufschlussreich, dies unter dem Blickwinkel der Einführung digitaler Signaturen als Produkt auf dem Markt der elektronischen Kommunikation zu betrachten<sup>11</sup>.

Der Einsatz digitaler Signaturen bietet im wesentlichen drei Vorteile. Erstens können mit digital signierten Nachrichten alle Rechtsgeschäfte vorgenommen werden, zu denen eine formfreie Willenserklärung notwendig ist, wobei die Gewissheit über die Person des Absenders und die Unverändertheit des Inhalts im Vergleich zu einer „schlichten“ E-Mail um etliche Größenordnungen erhöht wird. Zweitens werden durch die im Wege der Gesetzgebung befindliche Gleichstellung der digitalen Signatur mit einer handschriftlichen Unterschrift<sup>12</sup> bestimmte Transaktionen, für die bisher Schriftform erforderlich war, auch für die elektronische Kommunikation zugänglich gemacht. Schließlich können drittens in Bereichen, die sehr hohe Anforderungen an die Unverändertheit der Nachricht und den Schutz der Vertraulichkeit stellen, mit digitalen Signaturen geeignete elektronische Kommunikationsstrukturen geschaffen werden.

Nachdem bereits 1997 rechtliche Grundlagen für den Einsatz digitaler Signaturen geschaffen wurden, deren Verbreitung aber immer noch langsam voranschreitet, ist es notwendig den Blick auf die Faktoren zu richten, die hier hemmend wirken:

- a) Der Bedarf des „durchschnittlichen Internet-Nutzer“ nach sicheren Transaktionen scheint derzeit vorrangig darin zu bestehen, geeignete Zahlungsformen zu finden<sup>13</sup>.
- b) Die Kosten für den einzelnen Anwender der digitalen Signatur, beispielsweise für Chipkarte und Chipkarten-Lesegerät und das Erlernen des Umgangs damit, scheinen aus der Sicht der meisten Internet-Nutzer im Vergleich zum damit erzielbaren Nutzen immer noch zu hoch zu sein. Dieses Hindernis für die weit verbreitete Nutzung, ist jedoch für spezialisierte Anwendungen gegebenenfalls völlig anders zu beurteilen.
- c) Allgemein ist die durchgängige Einführung elektronisch unterstützter Arbeit zeitaufwendig und bedeutet starke organisatorische Veränderungen. Insbesondere wenn nicht nur innerhalb eines Unternehmens diese Umstellung erfolgt, sondern gerade, wenn die elektronische Zusammenarbeit mit den schon vorhandenen ständigen Kommunikationspartnern verwirklicht werden soll<sup>14</sup>. Rationalisierungsgewinne sind frühestens mittelfristig zu erwarten. Dies gilt auch für den Einsatz der digitalen Signatur als zusätzliche elektronische Abwicklungsvariante.

7 Rossnagel, A., Rechtliche Aspekte mobiler Kommunikation, in: Rossnagel, A./Haax, R./Herzog, W. (Hrsg.): Mobile und sichere Kommunikation im Gesundheitswesen, 1999 (Vieweg) Braunschweig/Wiesbaden, S. 187-204 (2000).

8 Die Regulierung könnte dabei sehr weit gehen, indem von staatlicher Seite die Infrastruktur bis hin zu den für die Nutzer notwendigen Chipkarten und entsprechenden Lesegeräten bereitgestellt wird.

9 <http://www.regtp.de>, Abschnitt Technische Regulierung, Unterabschnitt FAQs, Frage (1); zugegriffen am 6. Juli 2001.

10 Wurde von einem Kraftfahrzeug zunächst nur erwartet, dass es „fährt und fährt“, so konnte die Gurt-Anlege-Quote Anfang der 90er Jahre nur unter Androhung von Bußgeldern auf ein vernünftiges Niveau gebracht werden. Inzwischen sind jedoch selbst bei Kleinwagen Seitenairbags zu wichtigen, den Absatz fördernden Ausstattungsmerkmalen geworden.

11 vgl. zum Folgenden Büllingen/Hillebrand, Erfolgsfaktoren digitaler Signaturen – Eine Analyse aus sozio-ökonomischer Sicht, in: DuD, 2000, Nr. 2, 80-84.

12 Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr, Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 8. September 2000, zuletzt: Anrufung des Vermittlungsausschusses gem. Art. 77 Abs. 2 GG durch den Bundesrat vom 11. Mai 2001, Drucksache 283/01 und Unterrichtung des Bundestages vom 15. Mai 2001, Drucksache 14/6044; vgl. <http://www.dip.bundestag.de>; zugegriffen am 6. Juli 2001.

13 Als Grund, nicht „online“ Waren und Dienstleistungen einzukaufen werden von 71% der Befragten Sicherheitsbedenken angegeben; <http://www.tnsfres.com/ger2001/keycountry/germany.cfm>.

14 Krcmar, H.: Informationsmanagement, Heidelberg (Springer) 1977, S. 322-325.

- d) Der durch das Signaturgesetz vorgeschriebene technische Standard für die Sicherheit ist sehr hoch. Dies stellt potentielle Anbieter vor die Hürde, die technischen Einrichtungen finanzieren zu müssen und erst auf lange Sicht, bei einer erheblich gewachsenen Zahl von Nutzern, diese Kosten wieder erwirtschaften zu können<sup>15</sup>. Es bleibt abzuwarten, in welchem Umfang sich Anbieter von digitalen Signaturen mit „gemäßigtem“ Sicherheitsniveau am Markt durchsetzen werden.
- e) Da die Anwendung digitaler Signaturen nicht von selbst verständlich ist, sondern die verwendete Infrastruktur und der Umgang damit dem Nutzer erst erläutert werden muss, sehen sich potentielle Anbieter vor zusätzlichen Kosten für einen erfolgversprechenden Auftritt am Markt.
- f) Auch bei Erfüllung der hohen Anforderungen durch den Anbieter und ausreichender Beratung der Anwender wird diesem mit der Technik der digitalen Signatur ein Hochsicherheitsprodukt an die Hand gegeben, das auf eine nicht unbedingt ausreichend gesicherte EDV-Infrastruktur trifft. Angriffe aus dieser Umgebung auf die Soft- und Hardware für digitale Signaturen lassen sich nicht abschließen und stellen somit den Hersteller vor die nicht einfache Herausforderung, dennoch möglichst hohe Sicherheit anzubieten.
- g) Schließlich liegt ein weiteres Hemmnis für die schnelle Verbreitung digitaler Signaturen in der noch mangelnden Interoperabilität der Systeme der unterschiedlichen Anbieter. Die Signatur mit der Karte des Anbieters A kann nicht unbedingt mit den technischen Einrichtungen von Anbieter B ausgewertet werden. Da der Nutzen der Anschaffung einer Signaturkarte um so größer ist, je mehr Kommunikationspartner damit auch tatsächlich angesprochen werden können<sup>16</sup> wird die Gesamt-Nachfrage vorerst relativ gering bleiben. Die Bemühungen, Interoperabilität zwischen den einzelnen Signatur-Infrastrukturen herzustellen, wird daher von den Anbietern bereits betrieben.

Diese Vielzahl von Faktoren und ihr Zusammenspiel steht der schon vor Verabschiedung des Signaturgesetzes 1997 erwarteten schnellen Verbreitung der digitalen Signatur entgegen. Die Bedeutung einer sicheren Kommunikationsinfrastruktur muss also sehr hoch sein, um sich diesen Widrigkeiten zu stellen. Da auf der Grundlage der Signatur-Richtlinie der EU<sup>17</sup> im Ergebnis nicht der Staat, sondern der Markt entscheiden soll, welche Signaturprodukte sich durchsetzen, ist es interessant zu betrachten, ob in spezialisierten Bereichen, in denen besondere Anforderungen an die elektronische Kommunikation gestellt werden, durch digitale Signaturen schneller ein geeignetes Ergebnis erzielt werden kann, als durch den Versuch, jedermann mit einer Signaturkarte auszustatten. In welcher Hinsicht die Notarinnen und Notare einen solchen spezialisierten Bereich bilden, soll weiter unten betrachtet werden.

Festzuhalten ist aus der obigen Darstellung, dass die elektronische Kommunikation unbestreitbar erhebliche Vorteile hat und weitreichende Vereinfachungsmöglichkeiten mit sich bringt. Die mit der Technologie verbundenen Probleme und Risiken lassen sich hinsichtlich der IT-Sicherheit durchaus bewältigen, indem geeignete Maßnahmen getroffen werden. Die Nutzung von IT-Sicherheitsprodukten ist jedoch

noch nicht weit fortgeschritten, geschweige denn selbstverständlich. Der Einsatz solcher Lösungen ist derzeit vielmehr ein „Pionierunternehmen“.

### 3. Sonderanforderungen der Notare an die elektronische Kommunikation

Die weitere Darstellung geht auf die besonderen Anforderungen der Notare an elektronische Kommunikationsformen anhand des Berufsrechts ein. Als Gegenpol werden anschließend allgemeine Prinzipien der IT-Sicherheit dargestellt, die inzwischen weite Verbreitung gefunden haben. Beide Themenkreise sollen anschließend auf ihre Überschneidungen hin betrachtet werden.

#### 3.1 Anforderungen

Gegenüber einem „durchschnittlichen“ Nutzer des Internets oder von E-Mail sehen sich die Notare in der Sondersituation, bestimmten rechtlichen Anforderungen an die Vertraulichkeit unterworfen zu sein.

Die Verschwiegenheitspflicht des Notars nach § 18 BNotO gehört zu den zentralen Anforderungen des notariellen Berufsrechts<sup>18</sup>. Sie umfasst alle Angelegenheiten, die dem Notar bei der Berufsausübung bekannt geworden sind, soweit sie nicht offenkundig sind oder ihrer Bedeutung nach keiner Geheimhaltung bedürfen oder der Beteiligte sie nicht geheim halten wollte. Sofern nicht durch Mitteilungspflichten eine Ausnahme besteht, ist gegenüber allen Personen, die nicht an der betreffenden Angelegenheit beteiligt sind, auch nach dem Ausscheiden aus dem Amt Verschwiegenheit zu wahren.

Auch die beim Notar beschäftigten Personen sind von ihm auf Verschwiegenheit zu verpflichten<sup>19</sup> und auch vorübergehend in den Büroablauf integrierte Personen sind zumindest durch privatrechtliche Vereinbarung zur Verschwiegenheit anzuhalten<sup>20</sup>.

Als Konsequenz aus dieser Verpflichtung hat der Notar gerade bei seiner Arbeitsorganisation darauf zu achten, dass einer unbefugten Kenntnisnahme vorgebeugt wird. Richtig ist daher die Ansicht, dass bei Nutzung elektronischer Informationssysteme die Verschwiegenheitspflicht zu beachten ist und Entwürfe notarieller Urkunden sowie Kopien von Urkunden nicht unverschlüsselt per E-Mail versendet werden dürfen<sup>21</sup>.

Entsprechend § 18 Abs. 2 BNotO können die Beteiligten den Notar von der Verschwiegenheitsverpflichtung befreien. Diese Souveränität der Beteiligten darüber, was geheimgehalten werden soll und was nicht, ermöglicht es, bei einer Befreiung von der Schweigepflicht, unverschlüsselte E-Mail zu verwenden<sup>22</sup>. Eine Erläuterung gegenüber den Beteiligten, dass unverschlüsselte E-Mails auf dem Weg durch das Internet mitgelesen werden können, erscheint mir dabei unverzichtbar. Ebenso ist zu berücksichtigen, dass hier der materielle Beteiligtenbegriff maßgeblich ist<sup>23</sup>.

Strafrechtlich wird die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht durch § 203 StGB sanktioniert. Dies gilt für den Notar, den Notarvertreter, Notariatsverwalter, Assessoren und Hilfskräfte des Notars. Bei diesem Personenkreis – abgesehen von den Hilfskräften des Notars – ist die Verletzung der Verschwiegenheitspflicht auch als Verletzung der Amtspflicht oder Dienstpflichten zu werten<sup>24</sup>.

15 Die Kosten für den Aufbau einer Zertifizierungsstelle, die den Anforderungen nach dem Signaturgesetz von 1997 genügt, sind mit über 5 Mio Euro zu veranschlagen, vgl. Diering, M/Schmeh, K: Zertifizierter Paragrafendschungel, in: c't, 2001, Heft 13, S. 182-184.

16 direkte Netzwerkeffekte, der Nutzen ergibt sich unmittelbar aus der Größe des Netzwerkes.

17 Richtlinie 99/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rats über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen.

18 Schippel in: Schippel, Bundesnotarordnung (7. Aufl.) § 18 Rdnr. 66; Starke in: Beck'sches Notar-Handbuch (3. Aufl.) K 1 Rdnr. 76-108 m.w.N.

19 § 26 BNotO.

20 Eyilmann/Vaasen/Starke § 26 BNotO Rdnr. 6 f., 14.

21 Sandkühler in: Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (4. Aufl.) § 18 Rdnr. 21a; Bettendorf in: Beck'sches Notar-Handbuch (3. Aufl.) L Rdnr. 124.

22 Bettendorf in: Beck'sches Notar-Handbuch (3. Aufl.) L Rdnr. 124.

23 Sandkühler in: Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung (4. Aufl.) § 18 Rdnr. 91; OLG MittBayNot 1994, 586.

24 Schippel in: Schippel, Bundesnotarordnung (7. Aufl.) § 18 Rdnr. 64.

Inwieweit auf die notarielle Tätigkeit das Bundesdatenschutzgesetz und die Landesdatenschutzgesetze anzuwenden sind, ist umstritten<sup>25</sup>. Zuzustimmen ist Mihm<sup>26</sup> und Starke<sup>27</sup>, wonach für den Notar als öffentliche Stelle grundsätzlich das Landesdatenschutzgesetz maßgeblich ist. Vorrangig sind dabei aber Regelungen der Bundesnotarordnung<sup>28</sup> oder anderer Bundesgesetze. Dabei bildet die Verschwiegenheitsverpflichtung ein Übermittlungsverbot, das über die Anforderungen des Datenschutzes weit hinausgeht. Ebenso treffen §§ 45, 51, 55 BNotO und 8 ff., 51 BeurkG hinsichtlich der Speicherung, Übermittlung und Löschung von Informationen umfassende Regelungen. Die Datenverarbeitung in Dateien ist dadurch jedoch nicht geregelt.

Aufgrund der dargestellten rechtlichen Anforderungen ergeben sich drei Lösungsansätze zum Umgang mit E-Mail:

1. Verzicht auf den Einsatz von E-Mail.
2. Befreiung des Notars von der Verschwiegenheitspflicht um E-Mail einsetzen zu können.
3. Einsatz von E-Mail unter Nutzung geeigneter technischer Möglichkeiten, um die Verschwiegenheit zu gewährleisten.

Die erste Lösung, die den Verzicht auf die Vorteile elektronischer Kommunikation bedeutet, überzeugt auf die Dauer nicht, wenn sich die anderen Lösungsansätze realisieren lassen.

Die zweite Lösung stellt die Beteiligten vor die Entscheidung, entweder auf die Geheimhaltung durch den Notar – und damit eine wesentliche Komponente des Vertrauensverhältnisses – zu verzichten, oder auf die eingangs erwähnten Vorteile der elektronischen Kommunikation zu verzichten.

Die dritte Lösung schließlich stellt, anders als die vorstehenden Alternativen, keine Umgehung des Problems, sondern eine echte Lösung dar. Da in der Tat geeignete technische Lösungen zur Verfügung stehen, ist hier die richtige Lösung für die Problematik zu finden, die Vorteile der elektronischen Kommunikation nutzen zu können und gleichzeitig die berufsrechtlichen Maßgaben zu beachten.

Um klären zu können, inwieweit technische Lösungen die Anforderungen durch das Berufsrecht der Notare gewährleisten, soll im nächsten Abschnitt auf Ansätze aus der IT-Sicherheit eingegangen werden, nach denen Sicherheit beurteilt werden kann.

### 3.2 Lösungsstrategien zur IT-Sicherheit

Sicherheit läßt sich definieren als die Abwesenheit oder das Geschütztsein vor Gefahren und Risiken<sup>29</sup>. Völlige Sicherheit kann dabei für EDV-Systeme, wie auch in allen anderen Bereichen, nicht erreicht werden. Vielmehr ist eine möglichst gute Annäherung an das geplante Sicherheitsniveau erforderlich.

Die häufig zu findende Grundeinteilung der Schutzziele der Informationstechnologie in Vertraulichkeit, Integrität und Verfügbarkeit ist bereits Anfang der 80er Jahre in der Literatur zu finden<sup>30</sup>; die hohe Abstraktion dieser Einteilung erfordert aber immer wieder Konkretisierungen der Schutzziele für das einzelne System. Derzeit werden vier übergeordnete Schutzziele verfolgt<sup>31</sup> nämlich:

- Vertraulichkeit, also der Schutz der Nachrichteninhalte vor unbefugtem Mitlesen durch Dritte,

- Integrität, d.h. die Nachricht gelangt unverändert zum Empfänger bzw. unbefugte Veränderungen können von diesem erkannt werden,
- Authentizität, dies bedeutet, den Absender zu erkennen und ihm das Absenden der Nachricht auch nachweisen zu können, sowie
- Verfügbarkeit, somit die Möglichkeit, auf die erforderlichen technischen Einrichtungen zum gewünschten Zeitpunkt zugreifen zu können.

Die Gewährleistung der IT-Sicherheit ist jedoch nicht durch eine Definition der Sicherheitsziele und die Auswahl entsprechender technischer Lösungen abgeschlossen. Vielmehr ist die Gewährleistung von IT-Sicherheit als immer wiederkehrender Ablauf der Festlegung bzw. Überprüfung der Sicherheitsziele und des für die Erreichung dieser Ziele einsetzbaren Aufwands anzusehen. Aus den Zielen läßt sich das angestrebte Sicherheitsniveau bestimmen und eine Sicherheitspolitik erarbeiten. Durch anschließende Risikoanalyse und Feststellung des Schutzbedarfs, Risikobewertung und Auswahl von Sicherheitsmaßnahmen ist ein Sicherheitskonzept zu erstellen. Dabei kann für einige Teilsysteme der EDV-Infrastruktur ein grundsätzlicher Schutz genügen, während für andere Teile eine detaillierte Risikoanalyse und spezielle Schutzmaßnahmen erforderlich werden. Die gewählten Maßnahmen müssen anschließend umgesetzt werden, wobei die Sensibilisierung und Schulung der Mitarbeiter zu Fragen der Sicherheit immer im Vordergrund steht. Der laufende Betrieb ist durch die wiederholte Kontrolle der Risiken und Maßnahmen abzusichern, da Bedrohungen und Schwachstellen sich im Zeitablauf ändern können<sup>32</sup>.

### 3.3 Schlußfolgerung

Die Notare sind durch die Vertrauensposition und das Berufsrecht vor besondere Anforderungen beim Umgang mit elektronischer Kommunikation gestellt. Aus diesen Anforderungen lassen sich klar drei Lösungsalternativen ableiten. Im Bereich der Informationstechnologie sind grundsätzliche Lösungsmodelle bereits vorhanden, um Schutzziele zu analysieren und umzusetzen. Die Anforderungen der Notare stehen nicht allein, sondern ähnliche Anforderungen existieren bereits in anderen Bereichen.

Die Anforderung der Verschwiegenheitspflicht des Notars entspricht einleuchtend dem Ziel der Vertraulichkeit, somit dem Schutz von Mitteilungen gegen unbefugtes Mitlesen. Die Verschwiegenheitspflicht als Bestandteil der Vertrauensstellung des Notars muss aber umfassend verstanden werden. Zusätzlich ist daher einerseits sicherzustellen, dass der Absender der Nachricht (Notar, Beteiligter, Behörde etc.) sicher erkannt werden und andererseits nur der gewünschte Empfänger die Nachricht entziffern kann. Als weitergehende Anforderung ist es selbstverständlich erforderlich, dass Veränderungen der Nachricht zuverlässig erkannt werden können.

Im Folgenden soll daher darauf eingegangen werden, wie diese Maßgaben durch den Einsatz digitaler Signaturen erfüllt werden können.

## 4. Digitale Signaturen als technische Lösung

Am Beispiel der digitalen Signatur soll im Folgenden die technische Realisierung der Sicherheitsanforderungen vertieft dargestellt werden. Dazu wird zunächst das Prinzip der digitalen Signatur erläutert, aus dem die erforderliche Infrastruktur für die breit gestreute Anwendung digitaler Signatu-

25 Schippel in: Schippel, Bundesnotarordnung (7. Aufl.) § 18 Rdnr. 66.

26 Mihm NJW 1998, 1591; ZNotP 2000, 62.

27 Starke in: Beck'sches Notar-Handbuch (3. Aufl.) K I Rdnr. 105-108.

28 Art. 31 GG.

29 Opplinger, R.: IT-Sicherheit, Braunschweig (Vieweg) 1997, S. 3.

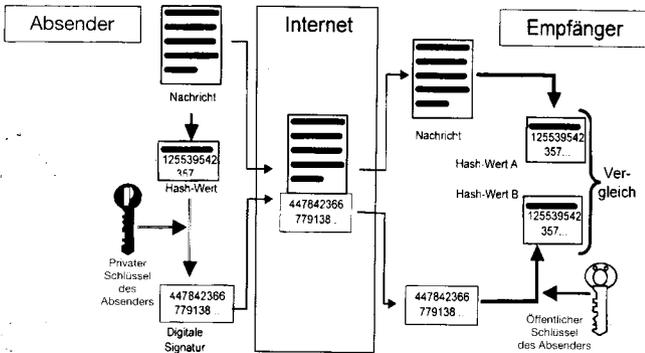
30 vgl. Voydock, V. L., Kent, S. T., Security Mechanisms in High-Level Network Protocols, in: ACM Computing Surveys, 1983, 15/2, 135-171.

31 vgl. Rannenber, K./Pfitzmann, A./Müller, G. Sicherheit, insbesondere mehrseitige IT-Sicherheit, in: Müller, G./Pfitzmann, A. (Hrsg.): Mehrseitige Sicherheit in der Kommunikationstechnik, Addison-Wesley-Longman 1997, 21-29.

32 BSI (Bundesamt für die Sicherheit in der Informationstechnik): IT-Grundschutzhandbuch, Stand: Januar 2000, Kap. 1.1.

ren erkennbar wird. Ergänzend werden hierzu die rechtlichen Rahmenbedingungen und deren intensive Entwicklung in Deutschland kurz vorgestellt. Abschließend soll auf mehrere verfügbare Produkte eingegangen werden, mit denen digitale Signaturen in der Praxis genutzt werden können.

4.1 Technisches Grundprinzip der digitalen Signatur



Die digitale Signatur ist im Grunde eine Zahlenfolge, zu der eindeutig errechnet werden kann, aus welchem Text sie entstanden ist und mit welcher Geheimzahl sie erzeugt wurde<sup>33</sup>. Die Zugehörigkeit zu einem bestimmten Text wird durch sogenannte „Hash-Funktionen“<sup>34</sup> erreicht. Es handelt sich dabei um mathematische Verfahren, die aus einem Text beliebiger Größe eine eindeutige Zahl errechnen, die quasi einen „Fingerabdruck“ des Dokuments darstellt<sup>35</sup>. Durch geeignete Konstruktion dieses Verfahrens ergeben sich auch bei minimalen Unterschieden zwischen den Texten völlig unterschiedliche „Fingerabdrücke“. Grund des Einsatzes dieser Verfahren ist es, nicht den gesamten Text digital signieren zu müssen, was sehr lange Rechenzeiten auslösen würde, sondern nur den „Fingerabdruck“. Die Unverändertheit der übermittelten Nachricht lässt sich dennoch eindeutig prüfen. Der Empfänger errechnet durch Einsatz der entsprechenden Software aus dem zusätzlich zur digitalen Signatur übermittelten Originaltext erneut den „Fingerabdruck“ und vergleicht ihn mit dem „Fingerabdruck“ der sich aus der digitalen Signatur ergibt. Stimmen beide überein, so wurde der Originaltext auf dem Übermittlungsweg nicht verändert. Viel entscheidender ist aber das Prinzip der digitalen Signatur. Eingangs wurde erwähnt, dass aus der digitalen Signatur eindeutig errechnet werden kann, mit welcher Geheimzahl sie erzeugt wurde. Die Besonderheit der hier gewählten mathematischen Verfahren liegt darin, dass die Geheimzahl dazu nicht bekannt sein muss. Diese auf den ersten Blick widersprüchliche Aussage findet ihre Erklärung in dem für die digitale Signatur gewählten Verfahren der „asymmetrischen Verschlüsselung“, d.h. die Zeichenfolge, auf die vom Absender die Geheimzahl angewendet, somit codiert wird, kann nur durch eine mit der Geheimzahl untrennbar mathematisch verbundene Decodierungszahl wieder verwertbar gemacht werden<sup>36</sup>. In der Abbildung ist die „Geheimzahl“ mit dem üblichen Begriff „privater Schlüssel“ und die „Decodierungszahl“ mit dem üblichen Begriff „öffentlicher Schlüssel“ gekennzeichnet. Auf die mathematischen Details, warum privater Schlüssel und öffentlicher Schlüssel untrennbar miteinander verbunden sind und keine Fehlzuordnungen zwischen diesen Zahlenpaaren möglich sind, soll hier nicht wei-

ter eingegangen werden. Entscheidend ist jedoch, dass sobald ein solches Zahlenpaar einer bestimmten Person zugeordnet worden ist, der öffentliche Schlüssel bekannt gegeben werden kann, ohne dass dadurch der private Schlüssel „verraten“ würde, da der Aufwand, aus dem öffentlichen Schlüssel den privaten Schlüssel zu errechnen unverhältnismäßig groß ist. Diese Zuordnung des Zahlenpaares zu einer bestimmten Person erfolgt durch eine Zertifizierungsstelle. Diese hat weiterhin die Aufgabe, ein Verzeichnis über die ausgegebenen öffentlichen Schlüssel für Anfragen bereitzuhalten, damit die Empfänger digital signierter Nachrichten prüfen können, ob der angebliche Inhaber des öffentlichen Schlüssels auch tatsächlich bei der Zertifizierungsstelle registriert ist.

Durch diesen Dienst der Zertifizierungsstelle als Auskunft, wem welcher öffentliche Schlüssel zugeordnet ist und von wem folglich eine digitale Signatur stammt, ist es nicht mehr nötig, dass Absender und Empfänger einer Nachricht miteinander in Kontakt treten, um einen besonderen Code zu vereinbaren, an dem der Absender erkannt werden kann<sup>37</sup>. Die Unverändertheit des übermittelten öffentlichen Schlüssels, und dass dieser tatsächlich von der Zertifizierungsstelle übermittelt wurde, wird ebenfalls durch eine digitale Signatur gewährleistet, nämlich die der Zertifizierungsstelle. Um die Signatur der Zertifizierungsstelle zu prüfen, wird dem Teilnehmer bei der Zuweisung des Zahlenpaares zusätzlich der öffentliche Schlüssel der Zertifizierungsstelle mitgeteilt.

Technisch lässt sich dieses Prinzip dadurch umsetzen, dass auf speziellen Signaturkarten der private Schlüssel gespeichert wird, und dieser nur dann auf einen Text angewendet wird, wenn der Inhaber der Karte dies freigibt, z.B. durch Eingabe eines Kennwortes. Als Alternative wird verfolgt, die Freigabe durch biometrische Merkmale, also beispielsweise den Fingerabdruck des Karteninhabers zu steuern. Erfolgt die Freigabe der Signaturerstellung durch ein Kennwort, so bleibt zu berücksichtigen, dass jeder der in Besitz der Karte und des Kennwortes gelangt, digitale Signaturen herstellen kann, die sich in keiner Weise von den digitalen Signaturen des berechtigten Karteninhabers unterscheiden.

Es ist aus der obigen Darstellung deutlich geworden, dass ein zuverlässiges mathematisches Verfahren verfügbar ist, das es ermöglicht, den Absender einer Nachricht festzustellen. Das Problem, prinzipiell aus dem mit steigender Rechenleistung aus einem öffentlichen Schlüssel doch den privaten Schlüssel errechnen zu können, lässt sich in der Realität durch die Wahl sehr großer Zahlen lösen, die bei steigender Rechenleistung einfach noch größer gewählt werden können. Ebenso ist deutlich geworden, dass hohe Anforderungen an die Zertifizierungsstelle zu erheben sind, was gewissenhafte Geheimhaltung des privaten Schlüssels bei der Erzeugung und Eintragung auf der Signaturkarte angeht. Praktisch lässt sich dies dadurch lösen, dass der Prozess vollständig automatisiert wird und der private Schlüssel nur auf der Signaturkarte und nirgends sonst gespeichert wird. Diese Sicherheit hat zur Konsequenz, dass bei „vergessen“ des privaten Schlüssels eine Wiederherstellung nicht möglich ist. Weiter muss die Zertifizierungsstelle einen zuverlässigen Sperrdienst für verlorengegangene Signaturkarten unterhalten, um einem Missbrauch verllorener Karten vorbeugen zu können.

Verfahren, um den Absender einer Nachricht und deren Unverändertheit durch den Transport festzustellen sind also verfügbar.

33 Gut verständliche Darstellungen der Materie finden sich unter anderem bei <http://www.sicherheit-im-internet.de>; <http://www.signtrust.de>; <http://www.telesec.de>; jeweils mit weiteren Nachweisen.

34 to hash, engl. zerkleinern.

35 sog. Hash-Wert.

36 Zur Verdeutlichung: Nachdem die Geheimzahl angewendet wurde, kann die Decodierung nur durch die Decodierungszahl erfolgen, dies ist mit der Geheimzahl selbst nicht möglich.

37 Hierin liegt der entscheidende Vorteil der asymmetrischen Verschlüsselung gegenüber der sog. symmetrischen Verschlüsselung, bei der zwischen Absender und Empfänger immer zusätzlich zur Nachricht ein Code übergeben werden muss, mit dem die Nachricht erst lesbar gemacht werden kann oder an der die Authentizität der Nachricht erkannt werden kann.

#### 4.2 Zusätzliche Nutzungsmöglichkeiten der Infrastruktur für digitale Signaturen

Die Anbieter der Systeme zur Erzeugung digitaler Signaturen verbinden die Signaturkarte regelmäßig mit zusätzlichen Funktionen, die auf der Infrastruktur aufbauen, die für die digitale Signatur erstellt wurde. Insbesondere bietet es sich an, wiederum ausgehend vom Prinzip der asymmetrischen Verschlüsselung, den Dienst anzubieten, Nachrichten gegen unbefugtes Mitlesen zu verschlüsseln. Hierzu wird jedem Teilnehmer ein weiteres Zahlenpaar zugewiesen, bei dem wieder der geheime Schlüssel geheimgehalten wird (z.B. auf der Signaturkarte) und der öffentliche Schlüssel veröffentlicht wird. Verschlüsselt man nun mit dem aus dem einsehbaren Verzeichnis erhaltenen öffentlichen Schlüssel des Empfängers die Nachricht, so kann nur dieser durch Verwendung seines privaten Schlüssels die Nachricht wieder lesbar machen.

Vorteilhafterweise ist es möglich, eine Nachricht sowohl signieren als auch gegen unbefugtes Mitlesen verschlüsseln zu können.

Die Anforderungen, die oben aufgestellt wurden, nämlich die Verschwiegenheit auf dem Übermittlungsweg sicherzustellen, die Nachricht nur an den gewünschten Empfänger gelangen zu lassen und den Absender sowie die Unverändertheit der Nachricht zuverlässig feststellen zu können, lassen sich somit durch die angebotenen Systeme zur digitalen Signatur realisieren.

#### 4.3 Rechtliche Rahmenbedingungen

Die Darstellung der rechtlichen Rahmenbedingungen soll hier auf die wesentlichen Entwicklungslinien begrenzt werden. Insbesondere sind dies das Signaturgesetz von 1997, die Signatur-Richtlinie der EU, die Neufassung des Signaturgesetzes 2001 und das anstehende Formrechtsänderungsgesetz<sup>38</sup>.

Das Signaturgesetz von 1997 (SigG) war weltweit eine der ersten Regelungen zu dieser Materie und wurde als Bestandteil des Informations- und Kommunikations-Dienste-Gesetzes verabschiedet. Es konzentrierte sich auf die Regelung der technischen Rahmenbedingungen für den Aufbau von Signaturinfrastrukturen und stellte insbesondere hohe Sicherheitsanforderungen an die Zertifizierungsstelle. Die rechtliche Qualität und Beweiswirkung der digitalen Signatur wurde bewusst nicht geregelt, wodurch sämtliche Erklärungen, die der Schriftform bedürfen, nicht durch digitale Signaturen möglich waren. Dies wurde vielfach als entscheidender Hemmschuh für die Verbreitung der Nutzung digitaler Signaturen angesehen, teilweise unter völliger Nichtbeachtung der oben dargestellten Faktoren. Für den Einsatz bei formfrei möglichen Willenserklärungen war damit jedoch bereits eine ausreichende Grundlage gelegt, wenn auch die Anerkennung als Beweismittel im Zivilprozess zunächst fraglich erschien.

Die Signatur-Richtlinie der EU<sup>39</sup> stellt demgegenüber einen entscheidenden Wendepunkt dar. Zum einen ist der Umfang, in dem technische Vorgaben zur Errichtung einer Zertifizierungsstelle und der entsprechenden Infrastruktur gegeben werden, erheblich geringer, zum anderen ist ein ganz wesentlicher Teil der Signatur-Richtlinie die Gleichstellung von digitaler Signatur und handschriftlicher Unterschrift sowie deren Zulassung als Beweismittel. Im Vorfeld der endgültigen Fassung war es aus deutscher Sicht eines

der fundamentalen Problemfelder, die hohen Sicherheitsanforderungen nach deutschem Recht überhaupt in der Signatur-Richtlinie zu verankern. Die Richtlinie sieht nunmehr verschiedene „Sicherheitsniveaus“ von digitalen Signaturen vor<sup>40</sup>, nämlich

- a) „elektronische Signaturen“, hierunter ist nach Art. 2 Abs. 1 der Richtlinie zu verstehen, eine Signatur in elektronischer Form, die Daten beigefügt wird oder logisch mit ihnen verknüpft ist und als Authentisierungsmethode genutzt wird,
- b) „fortgeschrittene elektronische Signaturen“ sind nach Art. 2 Abs. 2 der Richtlinie elektronische Signaturen, die ausschließlich dem Unterzeichner zugewiesen sind, die den Unterzeichner identifizierbar machen, die mit Mitteln erstellt wurden, die der Unterzeichner unter seiner alleinigen Kontrolle halten kann und die so mit den Daten verknüpft sind, dass eine nachträgliche Veränderung der Daten offenkundig wird. Sie sollen das Erfordernis einer eigenhändigen Unterschrift erfüllen können, wenn sie auf einem „qualifizierten“ Zertifikat basieren und auf einer Signaturerstellungseinheit erzeugt wurden, die den Anforderungen nach Anhang III der Richtlinie entspricht.
- c) Als weitere Stufe können die Mitgliedsstaaten vorsehen, freiwillige Akkreditierungssysteme einzuführen, die auf höherwertige Zertifizierungsdienste abzielen, da im Grundsatz ohne Genehmigung die Aufnahme von Zertifizierungsdiensten möglich sein soll.

Die durch die Signatur-Richtlinie ausgelöste Novellierung des Signaturgesetzes<sup>41</sup> behält weitgehend das bewährte Regelungskonzept bei. Wesentliche Neuerungen haben sich durch die Einführung einer Haftungsregelung sowie die Einführung von Qualitätsstufen digitaler Signaturen ergeben. Folglich bestehen nunmehr:

- a) „Sonstige Signaturverfahren“, die die niedrigste Stufe bilden und zu denen auch eine eingescannte Unterschrift zu zählen ist. Der Sicherheitswert ist gering.
- b) „Qualifizierte elektronische Signaturen“ nach § 2 Nr. 3 SigG sind fortgeschrittene elektronische Signaturen, die auf einem zum Zeitpunkt ihrer Erzeugung gültigen „qualifizierten Zertifikat“<sup>42</sup> beruhen und mit einer „sicheren Signaturerstellungseinheit“<sup>43</sup> erzeugt wurden.
- c) Akkreditierte Signaturverfahren bilden die höchste Sicherheitsstufe, die Zertifizierungsstelle muss einen umfassenden Nachweis ausreichender Sicherheit bieten.

Die Anerkennung der digitalen Signatur im Zivilrecht wurde nicht durch das Signaturgesetz umgesetzt, sondern wird durch das Artikelgesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr erfolgen. Wesentlich ist hierbei der vorgesehene § 126 III BGB, der als Ersatz für die Schriftform die „elektronische Form“ anerkennt. Die elektronische Form soll jedoch nicht bei §§ 623, 761, 766, 780, 781 BGB sowie § 73 HGB zum Zuge kommen. Die klare Zielsetzung, den elektronischen Rechtsverkehr zu ermöglichen, wird in weiteren Bestimmungen deutlich, die die Vornahme der Signatur regeln (§ 126 a BGB) und die Verwendung im Prozess (§ 103 a ZPO). Dies wird ebenso deutlich in den Bemühungen, die elektronische Form im öffentlichen Recht voranzutreiben, die sich auf VwVfG, VwZG, AO, SGB und eine Vielzahl von Fachgesetzen beziehen.

38 Eine aktuelle Darstellung der Entwicklung mit umfangreichen Nachweisen findet sich bei Roßnagel, A.: Das neue Recht elektronischer Signaturen, NJW 2001, S. 1817-1826.

39 Richtlinie 99/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rats über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen.

40 Digitale Signaturen werden durch die Richtlinie nunmehr als elektronische Signaturen bezeichnet.

41 Das neue Signaturgesetz ist am 22. Mai 2001 in Kraft getreten, BGBl. I. S. 876 und ersetzt das Signaturgesetz vom 22. Juli 1997.

42 § 2 Nr. 7 SigG.

43 § 2 Nr. 10 SigG.

Es ist deutlich geworden, dass von staatlicher Seite der Nutzung digitaler Signaturen nicht Steine in den Weg gelegt werden, sondern derzeit geradezu die Bahn freigeräumt wird, um in möglichst vielen Bereichen die elektronische Kommunikation zu ermöglichen. Unter diesem Blickwinkel wird das Erfordernis, sich mit der Technologie vertraut zu machen, hochaktuell.

#### 4.4 Verfügbare Systeme

Im Herbst 1998 – also ein Jahr nach Verabschiedung des Signaturgesetzes – nahm die Wurzelinstanz der „Signaturhierarchie“ bei der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post in Mainz den Betrieb auf. Die Zahl der durch sie genehmigten Zertifizierungsstellen ist seit dem erst sehr langsam gewachsen.

Das Produktzentrum TeleSec der Deutschen Telekom AG<sup>44</sup> wurde am 22. Dezember 1998 genehmigt und somit zur ersten Zertifizierungsstelle nach dem Signaturgesetz. Bis Ende Oktober 1999 waren jedoch lediglich erst 300 Nutzer registriert. Derzeit beträgt der jährliche Grundpreis für den Public Key Service 49,83 Euro für den einzelnen Nutzer.

Die Deutsche Post Signtrust<sup>45</sup> wurde am 23. Februar 2000 als zweite Zertifizierungsstelle nach dem Signaturgesetz genehmigt. Inzwischen wurde für die Deutsche Post eBusiness GmbH als Nachfolger eine neue Genehmigung am 20. Februar 2001 erteilt. Der jährliche Grundpreis für die Signtrust Signatur liegt bei 25,56 Euro; das „Starterpaket“, in dem Signaturkarte, Nutzungsgebühr für 1 Jahr und Chipkartenleser enthalten sind, schlägt mit 61,36 Euro zu Buche.

Die Bundesnotarkammer<sup>46</sup> wurde am 14. Dezember 2000 als dritte Zertifizierungsstelle genehmigt. Während die beiden vorgenannten Anbieter darauf zielen, jedermann den Weg zur digitalen Signatur zu eröffnen, konzentriert sich die Bundesnotarkammer im Rahmen des Pilotprojekts darauf, eine Infrastruktur für die elektronische Kommunikation der Notare zu schaffen, die den hohen Sicherheitsanforderungen genügt und schrittweise für die gesamte elektronische Kommunikation der Notare ausgebaut werden soll.

Die DATEV eG<sup>47</sup> als Dienstleister für Steuerberater wurde am 9. März 2001 als vierte Zertifizierungsstelle genehmigt. Sie zielt darauf, den Angehörigen der steuerberatenden Berufe, sowie deren Mandanten durch digitale Signaturen und verschlüsselte Kommunikation die sichere elektronische Kommunikation zu ermöglichen. Ein weiteres Ziel ist es, nach Zertifizierung der Wirtschaftsprüferkammer Bestätigungsvermerke in elektronischer Form möglich zu machen.

Vier weitere Zertifizierungsstellen wurden seither genehmigt<sup>48</sup>. Neben diesen Zertifizierungsstellen, die den gesetzlichen Anforderungen genügen, soll jedoch das wohl kostengünstigste Produkt für digitale Signaturen nicht unerwähnt bleiben, das dem Signaturgesetz nicht konform ist und auch nicht hierfür entwickelt wurde. PGP (Pretty good Privacy) ist kostenlos erhältlich und bietet die Möglichkeit zur digital signierten und verschlüsselten elektronischen Kommunikation. Es verfolgt jedoch kein Konzept der hierarchischen Zertifizierung mit zentralen Zertifizierungsstellen. Vielmehr ist es damit möglich, unabhängig und „auf eigene Faust“ mit einem Teilnehmerkreis nach eigener Wahl zu arbeiten, bei dem jeder Teilnehmer weitere Teilnehmer zertifizieren kann. Die dauerhafte Pflege der Teilnehmerinformationen und die Prüfung der Vertrauenswürdigkeit der Zertifikate muss daher von jedem Teilnehmer immer wieder selbst vorgenommen werden.

#### 4.5 Zwischenergebnis

Es sind nicht nur technische Grundlagen vorhanden, um die in der bisherigen Darstellung betrachteten Anforderungen zu lösen, sondern konkrete Produkte verfügbar, die diese Ansprüche befriedigen können. Diese Lösungen erfordern eine aufwändige technische Infrastruktur und die Beachtung von Regeln, werden aber nach einiger Ausreifung tragfähige Lösungen ermöglichen. Diese Technik muss aber immer noch auf den konkreten Fall angepasst werden, was nur durch praktische Versuche und Pilotprojekte erfolgen kann.

### 5. Praktische Erprobung

Nachdem die Anforderungen und verfügbare technische Lösungen dargestellt wurden, soll in den folgenden Abschnitten auf die Pilotprojekte eingegangen werden, mit denen eine Realisierung der sicheren elektronischen Kommunikation erprobt und vorangetrieben wird<sup>49</sup>.

#### 5.1 VG Sigmaringen

Ziel des Feldversuches beim VG Sigmaringen ist es, das „Virtuelle Verwaltungsgericht“ zu erproben. Hierzu findet Prozess- und Verhandlungsführung per Videokonferenz statt, unterstützt durch die Einreichung von Schriftsätzen per E-Mail. Das Projekt begann bereits Ende 1999 und dient vor allem der Erprobung des Kontakts mit Behörden und Städten als externen Partnern unter Einsatz digitaler Signaturen. Derzeit wird der Teilnehmerkreis um Rechtsanwälte erweitert. Durch klare Benennungsregeln für den (unverschlüsselten) Betreff der E-Mail ist beispielsweise eine schnelle Weiterleitung auch verschlüsselter Inhalte an den zuständigen Bearbeiter möglich<sup>50</sup>.

#### 5.2 FG Hamburg

Ein Feldversuch zur elektronischen Kommunikation zwischen Rechtsanwalt und Gericht findet seit Ende 1999 beim Finanzgericht Hamburg statt. Ziel ist dabei die elektronische Vorgangsbearbeitung im Finanzgericht mit der elektronischen Vorgangsbearbeitung beim Anwalt zu koppeln. Hierbei wurden insgesamt 27 Rechtsanwälte mit jeweils individueller Kanzleiorganisation beteiligt und insgesamt 50 Verfahren wurden elektronisch abgewickelt, wobei diese Verfahren parallel auf Papier bearbeitet wurden. [zum Vergleich: das Finanzgericht hat im Jahr 2000 insgesamt 2500 Verfahren abgewickelt]. Durch den Feldversuch konnten bereits wichtige Erfahrungen mit den Arbeitsabläufen gewonnen werden, weiterhin wurden Software-Fehler erkannt und behoben<sup>51</sup>.

#### 5.3 Pilotprojekt der BNotK

Das Pilotprojekt Notarnetz der Bundesnotarkammer zielt einerseits auf einen geschlossenen Benutzerkreis, der am VPN (Virtuellen Privaten Netzwerk) teilnehmen kann, und andererseits auf die Gewährleistung sicherer elektronischer Kommunikation durch den Einsatz digitaler Signaturen in Zusammenarbeit mit Deutsche Post eBusiness. Ziel ist es, die Kommunikation der Notare mit den Urkundsbeteiligten, Rechtsanwälten und Steuerberatern, anderen Notaren und den Berufsorganisationen sowie Gerichten auf einer verlässlichen elektronischen Basis abwickeln zu können. Dazu sollen im Rahmen des Pilotprojekts Erfahrungen gewonnen und nach und nach in die Erweiterung der Teilnehmer und der angebotenen Dienste umgesetzt werden. Beispielsweise

44 <http://www.telesec.de>.

45 <http://www.signtrust.de>.

46 <http://www.bnotk.de>.

47 <http://www.datev.de>.

48 [http://www.regtp.de/tech\\_reg\\_tele/start/in\\_06-02-04-00-00\\_m/index.html](http://www.regtp.de/tech_reg_tele/start/in_06-02-04-00-00_m/index.html);

zugriffen am 6. Juli 2001.

49 Eine Erprobung des Einsatzes erfolgt derzeit auch in Esslingen a. N. bzgl. der Nutzung im öffentlichen Bereich im Rahmen der Initiative „Medi@komm“; <http://www.esslingen.de/mediakomm/mediakomm.html>.

50 Ansprechpartner: Herr Richter am VG Josef Mliiz.

51 Ansprechpartnerin: Frau Jutta Drümel.

werden die Signaturkarten von der ausgebenden Stelle nur aufgrund einer Bestätigung der zuständigen Notarkammer das Attribut erhalten, dass der Inhaber Notar ist. Weiterhin dient der auf der Signaturkarte vorhandene Authentisierungsschlüssel als Nachweis für den Inhaber, auf bestimmte Informationen – etwa Kammerrundschreiben – zugreifen zu dürfen. Die zukunftsweisende Gestaltung des Pilotprojekts wird durch die vorgesehenen Schnittstellen deutlich, die der späteren Übergabe von Daten an elektronische Register und Behörden dienen sollen. Die Weiterbearbeitung der elektronisch dorthin übertragenen oder von dort erhaltenen Daten wird damit auf einer technisch sicheren Basis möglich<sup>52</sup>.

#### 5.4 *Schlussfolgerung*

Erst aus den Pilotprojekten als praktische Versuche zum Umgang mit der modernen Kommunikationstechnik lassen sich die Erfahrungen gewinnen, die für den flächendeckenden Einsatz unverzichtbar sind. Insbesondere geht es darum, Fehler frühzeitig zu erkennen und somit der großen Zahl der Anwender eine ausgereifte Technik verfügbar zu machen.

Es bestätigt sich jedoch bereits durch die Pilotversuche die Erkenntnis, dass mit der Nutzung der digitalen Signatur nicht ein isoliertes Produkt, sondern eine Querschnittstechnologie eingeführt wird, die weitere Nutzungsmöglichkeiten eröffnet. Dies bietet nicht nur die Möglichkeit, zusätzliche Nutzer an die Technik der digitalen Signatur „anzuschließen“ und somit die Verbreitung der gesicherten elektronischen Kommunikation zu vergrößern. Vielmehr bietet sich zusätzlich die Chance, hochwertige Dienstleistungen mit Hilfe der neu errichteten Infrastruktur auf einfache Weise realisieren zu können. Die Überlegungen der Bundesnotarkammer zu einem elektronischen Archiv von Vorsorgevollmachten stellen hier die richtigen Weichen, da die hochqualifizierte Beratung durch den Notar zusammen mit der Nutzung vertrauenswürdiger elektronischer Verfahren eine zukunftssichere Kombination bildet.

## 6. Zusammenfassung

Ausgehend von den Vorteilen der elektronischen Kommunikation wurde auf die Risiken der Ausspähung und Veränderung der Inhalte, sowie das Vortäuschen einer anderen Identität bei Absender oder Empfänger hingewiesen. Dennoch ist die Nachfrage nach IT-Sicherheit gering, wie auch Hürden für den Markteintritt von Anbietern digitaler Signaturen bestehen. Es ist daher der Blick auf spezielle Bereiche mit hohen Sicherheitsanforderungen zu richten, wie dies bei den Notaren insbesondere durch die vorgeschriebene Verschwiegenheitspflicht der Fall ist. Die Anforderungen der Verschwiegenheitspflicht erstrecken sich auf den Schutz der Vertraulichkeit, Integrität und Authentizität der Nachricht, darüber hinaus soll die Nachricht nur den gewünschten Adressaten erreichen. Diese Anforderungen entsprechen den gebräuchlichen Systematisierungen zur IT-Sicherheit und lassen sich durch existierende Verfahren realisieren. Insbesondere die digitale Signatur als praktischer Anwendungsfall asymmetrischer Verschlüsselung bietet – kombiniert mit Verschlüsselung gegen unbefugtes Mitlesen – ein geeignetes Mittel für die Umsetzung dieser Anforderungen. Digitale Signaturen sind in der Rechtsordnung anerkannt und deren Gleichstellung mit der handschriftlichen Unterschrift steht bei Einhaltung bestimmter technischer Niveaus in wichtigen Bereichen bevor. Zugleich soll im Ergebnis der Markt entscheiden, welche Signatursysteme und welche Sicherheitsniveaus sich durchsetzen. Es ist daher unabdingbar, aufgrund der bestehenden berufsrechtlichen Anforderungen, geeignete technische Lösungen zu erproben und voranzutreiben. Die bestehenden Versuche zeigen, dass es durchaus möglich ist, eine sichere elektronische Kommunikation herzustellen und auf Dauer sicherzustellen. Daher ist es richtig, auf dem eingeschlagenen Weg zu bleiben und den elektronischen Rechtsverkehr aus den Anforderungen der Notarinnen und Notare heraus aktiv zu gestalten.

<sup>52</sup> Benesch, A.: Mit Sicherheit online – Bundesnotarkammer startet Pilotprojekt Notarnetz, in: MittRhNotK, 2000, 329 f.; BNotK Intern, 2/2000, S. 3-6; BNotK Intern, 4/2000, S. 4; Die Phase des Funktionstests mit 30 Teilnehmern ist mittlerweile abgeschlossen, als nächster Schritt wird der Pilotbetrieb mit bis zu 500 Teilnehmern aufgenommen.

## Vollzugsvollmachten – ein Auslaufmodell?

(Zugleich Besprechung OLG Frankfurt/Main, Beschl. v. 7. 12. 1999 – 20 W 471/99 – S. 129 dieses Heftes)  
von Werner Dieterle, Bezirksnotar, Betriebswirt (VWA), Tübingen

### I. Sachverhalt

Die Entscheidung des OLG Frankfurt/Main vom 7. 12. 1999<sup>1</sup> bezieht sich auf einen am 28. 12. 1995 notariell beurkundeten Kaufvertrag, in welchem die Notarangestellte bevollmächtigt wurde, nach Bezahlung des Kaufpreises für die Vertragsbeteiligten die Auflassung zu erklären und entgegenzunehmen. Aufgrund Meinungsverschiedenheiten zwischen Verkäufer und Käufer die vollständige Kaufpreiszahlung betreffend, weigerte sich der den Kaufvertrag beurkundende Notar – und zwar nach Ansicht des OLG Frankfurt/Main zu Recht –, einen Beurkundungstermin anzusetzen, bei dem die Verkäuferseite durch die Vollzugsbevollmächtigte vertreten ist und eine Auflassung zu beurkunden, die auf der Verkäuferseite auf der im Kaufvertrag erteilten Vollzugsvollmacht beruht.

In diesem Zusammenhang befasst sich die Entscheidung – welche von der allgemeinen Zulässigkeit der Erteilung von Vollzugsvollmachten, welche nicht nur Verfahrenserklärungen betreffen, ausgeht – u.a. mit folgenden Themenbereichen:

1. Verhältnis der Vollzugsbevollmächtigten zum beurkundenden Notar und den Beteiligten.
2. Notarielle Betreuungstätigkeit im Rahmen vorsorgender Rechtspflege in Form der Übernahme von Überwachungspflichten des Notars.
3. Abgrenzung der notariellen Betreuung als Amtstätigkeit des Notars von anderen, vom Notar ausübenden Funktionen, welche jedoch außerhalb seiner Amtstätigkeit liegen.

Dabei geht die Entscheidungsbegründung nicht auf die Frage ein, ob Vollmachten, welche auch zur Abgabe materiell-rechtlicher Erklärungen, wie z.B. Auflassungserklärungen, Grundschuldbestellungen etc. ermächtigen – seit Inkrafttreten des § 17 Abs. 2 a BeurkG am 8. 9. 1998 (neu eingefügt durch das Dritte Gesetz zur Änderung der BNotO vom 31. 8. 1998, verkündet am 7. 9. 1999, BGBl. I S. 2585 – auch kurz „Dritte Berufsrechtsnovelle“ genannt) – in die Urkunde noch aufgenommen werden können.

### II. Verhältnis

#### Vollzugsbevollmächtigte – Notar – Beteiligte

Zur Sicherung von Leistung und Gegenleistung beim Immobilienkaufvertrag<sup>2</sup> stehen zwei Varianten zur Verfügung:

1. Vorbehalt der Eigentumsumschreibung im Grundbuch  
Erklärung der Auflassung – in der Regel auch mit den formell-rechtlichen Erfordernissen der Einigung und Bewilligung gemäß §§ 19, 20 GBO – in der Kaufvertragsurkunde mit dem Treuhandauftrag an den beurkundenden Notar, diese Urkunde – entgegen § 53 BeurkG – dem Grundbuchamt dann erst vorzulegen, wenn die Zahlung des Kaufpreises nachgewiesen ist. Ein jeder der Vertragspartner erwirbt im Treuhandverfahren öffentlich-rechtliche Ansprüche gegen den Notar, die Beteiligten begeben sich ihrer Rechtsmacht und vertrauen diese Rechtsmacht dem Notar zur Sicherung des gemeinschaftlich vereinbarten Zwecks an. Ein einseitiges Widerrufsrecht würde den Zweck dieses Verfahrens vereiteln. Deshalb sind einseitige Widerrufe grundsätzlich nicht möglich<sup>3</sup> und für den

Notar grundsätzlich unbeachtlich, weil er an die Treuhandaufweisung gebunden ist<sup>4</sup>. Eine Verfügung des Notars abweichend von der gemeinschaftlichen Treuhandaufweisung würde den Anspruch beeinträchtigen.

2. Vorbehalt der Erklärung der Auflassung  
Getrennte Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung zu verschiedenen Zeitpunkten. Sowohl die materiell als auch formell-rechtlichen Erklärungen zur Einigung über den Eigentumsübergang werden seitens der Vertragsparteien erst dann abgegeben, nachdem die vollständige Kaufpreiszahlung dem Verkäufer nachgewiesen ist. Damit den Vertragsparteien der nochmalige Gang zum Notar erspart bleibt, erteilen diese – in der Regel auch neben einer Vollmacht zur Kaufpreisfinanzierung – Vollmacht an die Mitarbeiter des Notars, die Auflassung zu erklären<sup>5</sup>.

Während bei erstgenanntem Verfahren bei der üblichen Eintragung einer Eigentumsverschaffungsvormerkung für den Käufer sofort ein Anwartschaftsrecht<sup>6</sup> entsteht, welches im Hinblick auf die weitere Vertragsabwicklung von Bedeutung sein kann (z.B. bezüglich der Formvorschriften zur Aufhebung dieses Kaufvertrags mit Auflassung), liegt bei letztgenanntem Verfahren für den Käufer „nur“ ein in der Regel durch die üblicherweise eingetragene Eigentumsverschaffungsvormerkung gesicherter Anspruch vor.

Letztgenanntes Verfahren, dessen Zulässigkeit in der obergerichtlichen Rechtsprechung und Literatur nicht unbestritten ist<sup>7</sup>, stellt zumindest dann keine unrichtige Sachbehandlung i.S. von § 16 KostO dar, wenn dem Sicherungsbedürfnis des Verkäufers eine Bedeutung zukommt, welches über dasjenige bei einem einfachen Grundstückskaufvertrag hinausgeht<sup>8</sup>.

Wie das OLG Frankfurt/Main in seiner Entscheidungsbegründung ausführt, leitet die Auflassungsbevollmächtigte beim zweiten Verfahren (Vorbehalt der Auflassungserklärung) die Vollmacht unmittelbar von den Vertragsparteien und nicht vom beurkundenden Notar ab: Sie handelt eigenverantwortlich und weisungsunabhängig vom beurkundenden Notar: Weigert sie sich zur Vornahme des Rechtsgeschäfts – wie hier zur Vornahme der Auflassungserklärung wegen der Frage, ob der Kaufpreis vollständig bezahlt sei oder z.B. weil der den Kaufvertrag beurkundende Notar zwischenzeitlich die Notarstelle wechselte und von der Bevollmächtigten verlangt, daß diese an dessen neuer Notarstelle die Auflassungserklärung zu dessen notariellem Protokoll abgibt – kann die Bevollmächtigte zur Vornahme dieser Handlung weder durch die Vertragsparteien dazu gerichtlich angehalten noch vom Notar, bei welchem sie angestellt ist oder war, hierzu angewiesen werden<sup>9</sup>. Da es sich bei der Tätigkeit der Bevollmächtigten um keine notarielle Amtstätigkeit handelt, stehen Verkäufer und Käufer weder der Beschwerdeweg gemäß § 15 BNotO offen, noch besteht seitens des den Kaufvertrag beurkundenden Notars oder des-

4 BayObLG, Beschl. v. 16. 1. 1998, DNotZ 1998, 64.

5 Dieterle, Erteilung von Vollzugsvollmachten in notariellen Urkunden, BWNNotZ 1991, 172.

6 BGH, DNotZ 1982, 619.

7 dagegen: OLG Düsseldorf DNotZ 1990, 674; DNotZ 1996, 324, OLG Frankfurt JurBüro 1989, 1132; OLG Köln JurBüro 1997, 487 = MittRheinNotK 1997, 328 = DNotI-Report 1997, 129; SchlHOLG JurBüro 1997, 435; Mümmeler, JurBüro 1997, 377/378.

8 BayObLG, Beschl. v. 27. 9. 2000, DNotI-Report S. 193 = MittBayNot 2000, 574; Kammergericht, DNotZ 1976, 434; OLG Hamm MittBayNot 1998, 275 = FG Prax 1998, 154; OLG Düsseldorf, DNotZ 1996, 324; OLG Oldenburg, JurBüro 1997, 376; Wolfsteiner, Rpfleger 1990, 505; Kanzleiter, DNotZ 1996, 242.

9 LG Traunstein, Beschluß vom 12. 4. 2000, MittBayNot 2000, 574.

1 MittBayNot 2000, 468 mit Anmerkung Reithmann.

2 BGH DNotZ 1983, 509.

3 in einzelnen Reithmann, Vors. Rechtspflege S. 227 ff.

sen Rechtsnachfolger im Amt eine entsprechende Weisungsbefugnis gegenüber der Bevollmächtigten. Dem Käufer steht der zivilrechtliche Weg der Klage auf Auflassung gegenüber dem Verkäufer offen.

### III. Notarielle Betreuungstätigkeit im Rahmen vorsorgender Rechtspflege in Form der Übernahme von Überwachungspflichten des Notars

Über die Einschaltung einer Auflassungsbevollmächtigten hinaus kann der den Kaufvertrag beurkundende Notar im Rahmen notarieller Treuhandtätigkeit gemäß § 24 BNotO es zusätzlich übernehmen, den Gebrauch der Vollzugsvollmacht zu überwachen: Der Notar prüft dabei lediglich die Voraussetzungen, ob von der Vollmacht Gebrauch gemacht werden darf.

Zur Übernahme einer derartigen Treuhandtätigkeit ist der Notar nicht verpflichtet, weil § 15 BNotO (Pflicht zur Amtsausübung) nur den Urkundsgewährungsanspruch mit Hilfstätigkeiten – wie in § 10 a Abs. 2 BNotO definiert –, nicht jedoch die weitergehenden Vollzugs- und Treuhandtätigkeiten der §§ 23 und 24 BNotO umfaßt. Die Übernahme einer derartigen Treuhandtätigkeit setzt ein Ansuchen an den Notar voraus, der – im Unterschied zu § 54 a BeurkG bei den Verwahrungsgeschäften gem. § 23 BNotO – keine schriftliche Niederlegung erfordert, zweckmäßigerweise in der Urkunde jedoch festzuhalten ist.

Das OLG Frankfurt/Main ist im vorliegenden Fall von der Übernahme einer derartigen Treuhandtätigkeit des den Kaufvertrag beurkundenden Notars ausgegangen.

Aus der Übernahme dieser Treuhandtätigkeit resultiert eine Verpflichtung des Notars gegenüber mehreren Personen, den Vertragsparteien, welche entgegengesetzte Interessen verfolgen können: Handelt es sich – wie im vorliegenden Fall – um die Verfolgung gegensätzlicher Interessen, muß die Durchführung der übernommenen Tätigkeit dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars überlassen bleiben, wenn er nur mit Sorgfalt und Rechtskunde und nach den Regeln der Praxis (soweit sich solche herausgebildet haben) vorgeht<sup>10</sup>. Dabei hat sich der Notar von den die den Notarberuf bestimmenden Merkmale der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit leiten zu lassen und hat jedes Verhalten zu vermeiden, das auch nur den Anschein eines Verstoßes gegen die ihm auferlegten Pflichten, insbesondere des Anscheins der Abhängigkeit und Parteilichkeit erweckt (§§ 14 Abs. 3, 28 BNotO).

Übernimmt der Notar eine derartige Treuhandtätigkeit, handelt es sich um eine Amtstätigkeit: Es finden die Kostenordnung sowie die Amtshaftung – nicht die Vertragshaftung – Anwendung. Der Subsidiaritätseinwand des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO ist hier ausgeschlossen. Für die Notare im Landesdienst findet die Staatshaftung mit Regreßmöglichkeit bei grober Fahrlässigkeit Anwendung (§§ 114, 115 BNotO, § 96 Abs. 3 LBG). Den Beteiligten steht gegen den Notar der Beschwerdeweg gem. § 15 BNotO offen.

Obleich gerade durch die Bevollmächtigung von Mitarbeitern des beurkundenden Notars – welche den Vertragsbeteiligten in der Regel nur flüchtig bekannt sein dürften – und der zusätzlichen Übernahme einer Treuhandtätigkeit des beurkundenden Notars bei den Vertragsbeteiligten eine hohe Erwartungshaltung im Hinblick auf den Vollzug des Vertrags erweckt wird, kann diese nicht erfüllt werden.

### IV. Abgrenzung der notariellen Betreuung als Amtstätigkeit des Notars von anderen, vom Notar ausübbar Funktionen, welche jedoch außerhalb seiner Amtstätigkeit liegen

Mit der Dritten Berufsrechtsnovelle wurde in den Kreis der in § 8 Abs. 4 BNotO genannten Tätigkeiten, für welche der Notar keiner Genehmigung der Aufsichtsbehörde bedarf (anders für die Notare im Landesdienst – § 23 LFGG), die Schiedsrichtertätigkeit des Notars neu aufgenommen. Danach kann der Notar – auch durch Benennung seitens einer der streitenden Parteien – als Schiedsrichter eine Streitschlichtung übernehmen. Diese Tätigkeit ist aufgrund der erforderlichen Unabhängigkeit und Unparteilichkeit dem Notaramt eng verwandt. Es handelt sich dabei – wie auch bei einer Berufung des Notars zum Testamentsvollstrecker – um die Bestimmung einer bestimmten Person, in deren persönliche Integrität großes Vertrauen gesetzt wird. Während die Übernahme einer Treuhandtätigkeit gemäß § 24 BNotO von jedem Notar, dessen Stellvertreter oder Notariatsverwalter weitergeführt werden kann, weil es sich hier um ein Vertrauen in die Institution des Notariats als solches handelt<sup>11</sup>, steht und fällt die Tätigkeit des Notars als Schiedsrichter wie auch als Testamentsvollstrecker mit der Person des einzelnen Notars.

Hier handelt es sich um keine Amtstätigkeit. Weder die Haftung noch die Gebühren richten sich nach Notarrecht. Den Beteiligten steht gegen den Notar deswegen auch nicht der Beschwerdeweg gem. § 15 BNotO offen.

Im vorliegenden Fall hat der Notar das Amt des Schiedsrichters nicht übernommen: „...Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe des Notars, zwischen den Vertragsparteien streitig gewordene Fragen zu entscheiden und zu klären und zu entscheiden ... Es ist insoweit nicht Aufgabe des Notars, richterliche Funktionen wahrzunehmen. ...“

### V. Ist es dem Notar seit dem Inkrafttreten des § 17 Abs. 2 a BeurkG am 8. 8. 1998 verwehrt, Vollzugsvollmachten zur Abgabe materiell-rechtlicher Erklärungen in den Urkunden noch aufzunehmen?

#### 1. Allgemeines

Die Entscheidung, obgleich mehr als ein Jahr seit Inkrafttreten des § 17 Abs. 2 a BeurkG ergangen, nimmt nicht zu der Frage Stellung, ob bei Aufnahme von Vollzugsvollmachten zur Abgabe materiell-rechtlicher Erklärungen (wie z.B. Grundpfandrechtsbestellungen, Auflassungserklärungen) ein Verstoß gegen § 17 Abs. 2 a BeurkG vorliegen könnte. Danach soll der Notar „... das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß die Einhaltung der Pflichten nach den Absätzen 1 und 2 gewährleistet ist“.

Der Bundesrat, auf dessen Vorschlag die Bestimmung eingefügt wurde, hat hierzu ausgeführt:<sup>12</sup>

„16. Zu Artikel 2 Nr. 2 a – neu –

In der notariellen Praxis sind verstärkt Beurkundungen unter Beteiligung vollmachtloser Vertreter festzustellen. Dem Vertreter wird in diesen Fällen lediglich eine vorbereitete Genehmigungserklärung übersandt, unter die dieser seine Unterschrift setzen und notariell beglaubigen lassen soll. Eine Belehrung durch den die Unterschrift beglaubigenden Notar ist nach dem Gesetz nicht vorgesehen. Durch eine solche planmäßige, mißbräuchliche Gestaltung des Urkundensverfahrens wird die in § 17 Abs. 1 und 2 geforderte ausreichende Belehrung der materiell Beteiligten eindeutig

<sup>10</sup> Reithmann in Schippel, BNotO, 7. Auflage, Rdnr. 34 zu § 24 BNotO.

<sup>11</sup> Reithmann in Schippel, BNotO, 7. Auflage, Rdnr. 12 zu § 24 BNotO.  
<sup>12</sup> BT-Drucks. 13/418 v. 21. 3. 1996 S. 47.

unterlaufen. Dem ist entgegenzuwirken indem die Verantwortung der Notare für die Gestaltung des Beurkundungsverfahrens hervorgehoben wird und sie angehalten werden, die Beurkundung in einer Weise durchzuführen, die die notwendige Belehrung der formell und materiell Beteiligten sicherstellt.“

Einigkeit besteht im Schrifttum darüber, daß es sich bei § 17 Abs. 2 a BeurkG um eine verunglückte Formulierung handelt<sup>13</sup>, welche nach Brambring<sup>14</sup> wie folgt zu lesen ist: „Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß ein materiell Beteiligter nicht vollmachtlos vertreten wird oder durch Erteilung einer Vollmacht von einer Beurkundungsverhandlung ausgeschlossen wird“.

Winkler<sup>15</sup> macht hierzu folgenden Vorschlag: „Der Notar soll grundsätzlich das Beurkundungsverfahren so gestalten, daß der erkennbar belehrungsbedürftigere Teil von der Belehrung nicht ausgeschlossen wird.“

Einigkeit besteht darüber, daß diese Bestimmung verhindern soll, daß der Notar systematisch die Beteiligten von der Beurkundung und damit auch der Belehrung ausschließt, indem er die Erteilung von Vollmachten für seine Angestellten vorsieht.

## 2. Anwendung auf Vollzugsvollmachten für Mitarbeiter des Notars zur Abgabe materiell-rechtlicher Erklärungen

Nach der überwiegenden Meinung in der Literatur<sup>15</sup> liegt im systematischen und regelmäßigen Handeln der Notar-angestellten aufgrund derartiger Vollzugsvollmachten ein schwerer Mißbrauch durch den beurkundenden Notar vor. Danach erscheint eine solche Praxis bedenklich auch im Hinblick auf die Unparteilichkeit und die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht des Notars.

## 3. Können derartige Vollzugsvollmachten in der Urkunde nicht mehr aufgenommen werden?

Während die Bundesnotarordnung als förmliches Gesetz die grundlegenden Bestimmungen des notariellen Berufsrechts (wie z.B. Bestellung, Ausübung des Amtes, Notaraufsicht etc.) und das Beurkundungsgesetz das Beurkundungsverfahrensrecht enthalten, werden die in der Bundesnotarordnung verankerten Bestimmungen in den Richtlinien der einzelnen Notarkammern (§§ 66 Abs. 1 Satz 2, 67 Abs. 2 BNotO), welche autonomes Satzungsrecht darstellen, näher konkretisiert<sup>16</sup>. Diese dürfen jedoch keine eigenständigen Berufspflichten begründen. Die einzelnen Notarkammern sind beim Erlaß ihrer jeweiligen Berufssatzung an die Richtlinienempfehlung der Bundesnotarkammer gem. § 78 Abs. 1 BNotO<sup>17</sup> nicht gebunden. Nach Kanzleiter<sup>18</sup> sind sie „aufgrund der Loyalitätspflicht gegenüber der Bundesnotarkammer allerdings gehalten, die Empfehlungen bei ihren eigenen Richtlinienbeschlüssen (und sei es durch bewußte Abweichung) zu berücksichtigen“.

Diese durch die Dritte Berufsrechtsnovelle eingeführte Kompetenzregelung greift einen Vorschlag der Bundesnotarkammer auf und trägt dem Umstand Rechnung, daß die

durch Satzung näher zu konkretisierenden Pflichtenkreise auch von einem regional bestimmten Verständnis geprägt sind.

Die Richtlinien der Notarkammer Stuttgart wurden in der außerordentlichen Mitgliederversammlung am 18. Juni 1999 beschlossen, am 4. Oktober 1999 vom Justizministerium Baden-Württemberg unter Aktenzeichen 3833/0075 gemäß §§ 67 Abs. 2 S. 2, 66 Abs. 1 BNotO genehmigt und sind zum 1. Januar 2000 in Kraft getreten<sup>19</sup>. Diese finden auch auf die Notare im Landesdienst Anwendung<sup>20</sup>.

Nach Ziffer II Nr. 1 Buchst. c der Richtlinien für die Amtspflichten der Notare vom 18. 6. 1999<sup>21</sup> sind Vollmachten, welche auch, zur Abgabe materiell-rechtlicher Erklärungen erteilt werden, ausdrücklich nicht als unzulässig im Sinne des § 14 Abs. 3 BNotO angeführt.

Soweit hier bekannt, ist eine derartige Regelung ebenfalls in den Richtlinien der Notarkammer Frankfurt/Main enthalten. Im übrigen hat das Landgericht Traunstein in seinem Beschluß vom 12. 4. 2000 festgestellt, daß es sich bei einer nicht systematisch, sondern ausnahmsweise in einem notariellen Kaufvertrag enthaltenen Finanzierungsvollmacht um keine Vollmacht im Sinne von Ziffer II. 1 der BayRichtlinien nach § 67 Abs. 2 BNotO handelt.

## 4. Formulierungsvorschlag

Eine § 17 Abs. 2 a BeurkG entsprechende Belehrung im Rahmen der Vollmachtserteilung für eine Kaufpreisfinanzierung<sup>22</sup> (wenn von den Beteiligten ausdrücklich gewünscht und sachlich geboten) könnte wie folgt lauten:

„Finanzierungsvollmacht:

Die Vollmacht auf die vorstehend genannten Mitarbeiter des beurkundenden Notars berechtigt auch zur Bestellung von Grundpfandrechten zur Kaufpreisfinanzierung bis zur Höhe von Deutsche Mark ... nebst bis zu ... Prozent Jahreszinsen und bis zu ... Prozent einmaliger Nebenleistung mit Rang vor der Eigentumsverschaffungsvormerkung, außerdem dazu, den jeweiligen Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz – über deren Bedeutung wir vom beurkundenden Notar eingehend belehrt wurden – zu unterwerfen und die entsprechenden Eintragungen zu bewilligen und zu beantragen, sowie für den Käufer Schuldanerkenntnisse abzugeben und ihn der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen zu unterwerfen. Der beurkundende Notar wies uns darauf hin, daß die Grundpfandrechtsgläubiger verlangen können, daß der Käufer zusätzlich zur Grundschuldbestellung ein notarielles Schuldanerkenntnis abgibt und sich wegen der anerkannten Forderung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der notariellen Urkunde in sein gesamtes Vermögen unterwirft. Vom beurkundenden Notar wurden wir eingehend über die sich hieraus ergebenden Rechtsfolgen belehrt. Der Käufer ermächtigt hiermit die Bevollmächtigten ausdrücklich, Schuldanerkenntnisse und die vorbezeichneten Vollstreckungsunterwerfungen für ihn zu erklären, soweit dies in den den Bevollmächtigten zur Verfügung gestellten Formularen für die Grundpfandrechtsbestellung vorgesehen ist. In Kenntnis der vom beurkundenden Notar aufgezeigten Alternativen zur Durchführung des Kaufvertrags wünschen wir ausdrücklich diese Vertragsgestaltung nebst der Erteilung der Vollmachten in vorgenanntem Umfang.“

<sup>13</sup> Brambring, DNotI-Report 1998, 184 ff.; Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. Auflage, Rdnr. 25 ff zu § 17 BeurkG; Kanzleiter, DNotZ 1999, 292, 301; Winkler, MittBayNot 2000, 1; Eymann/Vaasen/Frenz, § 17 BeurkG, Rdnr. 29; Maaß, Können in Grundstückskaufverträgen noch Vollmachten auf Notariatsangestellte zur Bestellung von Grundpfandrechten zur Kaufpreisfinanzierung vorgesehen werden, ZNotP 1999, 69.

<sup>14</sup> DAI-Skript, S. 93, Das Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung und des Beurkundungsgesetzes.

<sup>15</sup> Keidel/Winkler, Beurkundungsgesetz, 14. Auflage, Rdnr. 46 ff zu § 17 BeurkG; Frenz, Neues Berufs- und Verfahrensrecht für Notare, Rdnr. 329 ff. a.A.: Maaß, Können in Grundstückskaufverträgen noch Vollmachten auf Notariatsangestellte zur Bestellung von Grundpfandrechten zur Kaufpreisfinanzierung vorgesehen werden, ZNotP 1999, 69.

<sup>16</sup> amtliche Begründung, BT-Drucks. 13/4184, S. 31.

<sup>17</sup> DNotZ 1999, 259.

<sup>18</sup> Kanzleiter in Schippel, BNotO, 7. Auflage, Rdnr. 27 zu § 67 BNotO.

<sup>19</sup> Bek. d. JuM vom 28. November 1999, Az.: 3833/0075 – Die Justiz S. 478.

<sup>20</sup> §§ 3, 20 LFGG, § 28 BNotO; Richter/Hammel, 4. Auflage, Rdnr. 4 zu § 4 LFGG.

<sup>21</sup> aaO – siehe Nr. 19.

<sup>22</sup> wegen der Formulierung von allgemeinen Vollzugsvollmachten – siehe Nr. 5 wegen der bei Erteilung von Vollzugsvollmachten allgemein zu beachtenden Grundsätze: Schreiben des Ministeriums für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg an die Notariate Baden-Württemberg vom 21. Juli 1987 (Az.: 3831-II/83) sowie Schreiben des Justizministeriums Baden-Württemberg vom Februar 1999 (Az.: 3830/0271).

## 5. Fazit

Die Aufnahme einer Vollzugsvollmacht in die notarielle Urkunde bleibt ein in der Praxis zweckmäßiges Instrument, um in schwierig gelagerten Fällen, den Urkundenvollzug für die Urkundsbeteiligten, die Registergerichte und Grundbuchämter zu erleichtern.

Soweit es sich dabei um die Abgabe von Verfahrenserklärungen handelt (Anträge, Bewilligungen), für die materiell-rechtlich eine besondere Form nicht vorgeschrieben ist, kann der den Kaufvertrag beurkundende Notar als Vollzugsbevollmächtigter diese Vollmacht mittels notarieller Eigenurkunde<sup>23</sup> selbst ausüben und braucht auf seine Mitarbeiter nicht zurückzugreifen.

Soweit es sich um die Abgabe von materiell-rechtlichen Erklärungen handelt, können diese weiterhin durch die Mitarbeiter des Notars als Vollzugsbevollmächtigte abgegeben werden, sofern die Vollmachtgeber über den Umfang der erteilten Vollmacht im Sinne von § 17 Abs. 2 a BeurkG ausreichend belehrt wurden.

Die für die Erteilung von Vollzugsvollmachten geltenden allgemeinen Grundsätze finden daneben weiterhin Anwendung.

23 Reithmann, Allg. Urkundenrecht, S. 28 ff.; DNotZ 1975, 324/328; BGHZ 78, 36 = DNotZ 1981, 118; BayObLG Pflieger 1988, 60; DNotl-Report 1998, 169.

## Zur Bedeutung des § 14 Heimgesetz in der Rechtspraxis – Eine Bestandsaufnahme

von Franz Lingenfelder, Notar, Pforzheim

§ 14 Heimgesetz ist eine im Heimrecht außerordentlich wichtige Vorschrift. Sie birgt für den Rechtsgestalter, insbesondere den damit befassten und zur Beurkundung im Heimrecht beauftragten Notar, zahlreiche Haftungsrisiken. Dennoch ist die Vorschrift, wie gerade die in letzter Zeit ergangenen obergerichtlichen Entscheidungen zeigen, offensichtlich wenig bekannt. Sie wird entweder unbewusst nach ihrer Bedeutung und Tragweite nicht erkannt oder bewusst umgangen, um ihre Verbotswirkung zu unterlaufen. Der nachstehende Aufsatz soll § 14 Heimgesetz und seine Bedeutung unter Berücksichtigung der neuen Literatur und Rechtsprechung bewusst machen.

§ 14 HeimG lautet:

(1) Dem Träger eines Heims ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach 4 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen.

(2) Dies gilt nicht, wenn

1. andere als die in § 4 aufgeführten Leistungen des Trägers abgegolten werden,
2. geringwertige Aufmerksamkeiten versprochen oder gewährt werden,
3. Leistungen im Hinblick auf die Überlassung eines Heimplatzes zum Bau, zum Erwerb, zur Instandsetzung, zur Ausstattung oder zum Betrieb des Heims versprochen oder gewährt werden,
4. Sicherheiten für die Erfüllung der Verpflichtungen aus dem Heimvertrag geleistet werden und diese Leistungen das Doppelte des auf einen Monat entfallenden Entgelts nicht übersteigen.

(3) Leistungen im Sinne des Absatzes 2 Nr. 3 sind zurückzugewähren, soweit sie nicht mit dem Entgelt verrechnet worden sind. Sie sind vom Zeitpunkt ihrer Gewährung an mit mindestens vier von Hundert für das Jahr zu verzinsen, soweit der Vorteil der Kapitalnutzung bei der Bemessung des Entgelts nicht berücksichtigt worden ist. Die Sätze 1 und 2 gelten auch für Leistungen, die von oder zugunsten von Bewerbern erbracht worden sind.

(4) Ist nach Absatz 2 Nr. 4 als Sicherheit eine Geldsumme bereitzustellen, so ist der Bewohner zu drei gleichen monatlichen Teilleistungen berechtigt; die erste Teilleistung ist zu Beginn des Vertragsverhältnisses fällig. Der Träger hat die Geldsumme von seinem Vermögen getrennt bei einer öffentlichen Sparkasse oder einer Bank zu dem für Spareinlagen mit

gesetzlicher Kündigungsfrist üblichen Zinssatz anzulegen. Die Zinsen stehen dem Bewohner zu. Sie erhöhen die Sicherheit.

(5) Dem Leiter, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern des Heims ist es untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld- oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen. Dies gilt nicht, soweit es sich um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt.

(6) Die zuständige Behörde kann in Einzelfällen Ausnahmen von den Verboten der Absätze 1 und 5 zulassen, soweit der Schutz der Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind.

(7) Das Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend kann im Einvernehmen mit dem Bundesministerium für Wirtschaft und mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung Vorschriften über die Pflichten des Trägers im Falle der Entgegennahme von Leistungen im Sinne des Absatzes 2 Nr. 3 erlassen, insbesondere über die Pflichten

1. ausreichende Sicherheiten für die Erfüllung der Rückzahlungsansprüche zu erbringen,
2. die erhaltenen Vermögenswerte getrennt zu verwalten,
3. dem Leistenden vor Abschluss des Vertrages die für die Beurteilung des Vertrags erforderlichen Angaben, insbesondere über die Sicherung der Rückzahlungsansprüche in schriftlicher Form auszuhändigen.

In der Rechtsverordnung kann ferner die Befugnis des Trägers zur Entgegennahme und Verwendung der Leistungen im Sinne des Absatzes 2 Nr. 3 beschränkt werden sowie Art, Umfang und Zeitpunkt der Rückzahlungspflicht näher geregelt werden. Außerdem kann in der Rechtsverordnung der Träger verpflichtet werden, die Einhaltung seiner Pflichten nach Absatz 3 und der nach den Sätzen 1 und 2 erlassenen Vorschriften auf seine Kosten regelmäßig sowie aus besonderem Anlass prüfen zu lassen und den Prüfungsbericht der zuständigen Behörde vorzulegen, soweit es zu einer wirksamen Überwachung erforderlich ist; hierbei können die Einzelheiten der Prüfung, insbesondere deren Anlass, Zeitpunkt und Häufigkeit, die Auswahl, Bestellung und Abberufung der Prüfer, deren Rechte, Pflichten und Verantwortlichkeit, der Inhalt des Prüfungsberichts, die Verpflichtungen des Trägers gegenüber dem Prüfer sowie das Verfahren bei Meinungs-

verschiedenheiten zwischen dem Prüfer und dem Träger geregelt werden.

**A Einführung**

Die Zahl alter und/oder pflegebedürftiger Menschen, die in einem Heim leben (müssen), nimmt ständig zu. Dies ist einerseits darauf zurückzuführen, dass sich der Altersdurchschnitt der Bevölkerung ständig erhöht. So waren im Jahre 1950 knapp 4 % der Bevölkerung über 65 Jahre, während es im Jahre 1968 bereits etwa 16 % waren, die durchschnittliche Lebenserwartung von Menschen bei vollendetem Alter von 60 Jahren beträgt heute noch 23,1 Jahre<sup>1</sup>. Andererseits haben sich die familiären sowie die Wohnverhältnisse in den letzten Jahrzehnten durchgreifend verändert. An die Stelle der früher häufig anzutreffenden Großfamilien, die die Pflege und Betreuung alter und/oder pflegebedürftiger Menschen übernommen haben, ist in zunehmendem Maße die Kleinfamilie mit oftmals nur zwei berufstätigen Ehepartnern getreten<sup>2</sup>. Schließlich sind bei fortschreitendem Alter immer mehr alte und/oder pflegebedürftige Menschen ohne Angehörige. Der Übergang in ein Heim oder eine sonstige Betreuungseinrichtung ist unumgänglich. In der Betreuungseinrichtung bedürfen die Bewohner des Schutzes vor Beeinträchtigungen ihrer Interessen und Rechte. Es besteht die Gefahr, dass sie zahlreichen Beeinflussungen und Gefährdungen durch den Träger des Heims, durch Pflegepersonal oder durch sonstige in der Einrichtung tätige Personen ausgesetzt sind. Insbesondere können körperliche und seelische Abhängigkeiten entstehen, die zur Ausnutzung der Hilfs- und Arglosigkeit und damit einhergehender Übervorteilung im persönlichen und wirtschaftlichen Bereich führen können. Dies gilt umso mehr, als erhebliche finanzielle Interessen hinzukommen: die im Erbfall hinterlassenen Vermögen steigen zunehmend an, das jährliche Erbschaftsaufkommen beträgt im Jahr 2000 etwa 6,59 Milliarden DM, im Jahr 2004 etwa 7,51 Milliarden DM<sup>3</sup>. Diese Gefahr hat der Gesetzgeber schon seit längerer Zeit gesehen und versucht, ihr im Heimgesetz (HeimG)<sup>4</sup> zu begegnen, wobei das Gesetz in weiten Bereichen vom Misstrauen gegenüber dem Heim und den dort Tätigen geprägt ist<sup>5</sup>. Kernpunkt der Regelung ist § 14 HeimG, der als Schutzgesetz für die Bewohner der Einrichtung konzipiert ist<sup>6</sup>. Er will verhindern, dass dem Träger des Heimes bzw. den dort Tätigen über das für Pflege- und Unterhaltsleistungen vereinbarte Entgelt hinaus gehende Geld- oder geldwerte Leistungen versprochen oder gewährt werden (Verbot der Doppelleistung). Das Heimgesetz, das zum Bereich des öffentlich-rechtlichen Gewerbetrechts gehört, hat damit auch eine bedeutsame privatrechtliche Dimension<sup>7</sup>, die allerdings in der Praxis häufig noch unbekannt ist.

Über die Verfassungsmäßigkeit dieser Vorschrift ist früher viel diskutiert worden, sie steht jedoch nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts im Beschluss vom 3. 7. 1998<sup>8</sup> nunmehr außer Frage. Das Heimgesetz und damit auch dessen § 14 gelten für alle Heimverhältnisse, auch für

solche aufgrund von Verträgen, die vor Inkrafttreten des Gesetzes (1. 8. 1990) geschlossen wurden. Sie gilt desweiteren für alle Heimverhältnisse in den neuen Bundesländern, die beim Wirksamwerden des Beitritts am 3. Oktober 1990 schon bestanden haben oder danach begründet wurden<sup>9</sup>.

**B Anwendungsbereich und Schutzzweck von § 14 HeimG**

**I Grundsätzlicher Anwendungsbereich**

§ 14 HeimG ist Ausfluss des in § 2 Absatz 1 Nr. 1 HeimG umschriebenen Zweckes, dass „die Interessen und Bedürfnisse der Heimbewohner und der Bewerber für die Aufnahme in ein Heim vor Beeinträchtigungen zu schützen, insbesondere die Selbstständigkeit und Selbstverantwortung der Bewohner im Heim“ zu wahren sind. Die Vorschrift enthält zwei Annahmeverbote, die sich wenden in

- Absatz 1 an den Träger des Heimes, dem es untersagt ist, sich von oder zugunsten von Bewohnern Geld- oder geldwerte Leistungen über das in § 4 vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen, wobei Absatz 2 hiervon verschiedene Ausnahmen zulässt,
- Absatz 5 an den Leiter, die Beschäftigten und die sonstigen Mitarbeiter des Heimes, denen es untersagt ist, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld- oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen, soweit es sich nicht um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt.

Die zuständige Heimbehörde kann in Einzelfällen nach Absatz 6 Ausnahmen von den Verböten der Absätze 1 und 5 zulassen. Ein Verstoß gegen Absatz 1 und 5 kann als Ordnungswidrigkeit geahndet werden (§ 17 Abs. 1 Ziff. 3 bzw. § 17 Abs. 2 Ziff. 6 HeimG).

**II Schutzzweck als Ergänzung zum Anwendungsbereich**

Sinn und Zweck der Regelung in § 14 HeimG sind für die Auslegung dieser Vorschrift und der darin enthaltenen Annahmeverbote von wesentlicher Bedeutung. Der Schutzzweck ist dreifacher Natur und soll

- verhindern eine durch die Gewährung von finanziellen Zusatzleistungen und Zusatzversprechen unterschiedliche, bevorzugende oder benachteiligende, sachlich nicht gerechtfertigte Behandlung der Heimbewohner,
- die Heimbewohner durch Ausnutzung deren Hilfs- und Arglosigkeit vor finanzieller und wirtschaftlicher Ausnutzung und Benachteiligung schützen,
- dazu dienen, die Testierfreiheit der Heimbewohner zu sichern. Insbesondere sollen sie davor bewahrt werden, dass ihr Recht auf freie Verfügung von Todes wegen durch offenen oder versteckten Druck faktisch gefährdet wird<sup>10</sup>.

Der Bundesgerichtshof hat den Zweck der Vorschrift weitergehend dahin präzisiert<sup>11</sup>, dass

- finanziell und sozial besser gestellte Heimbewohner nicht aufgrund ihres Vermögens die Chance haben sollen, sich durch Vermögenszuwendungen jeder Art Vorteile auch immaterieller Art gegenüber anderen weniger begüterten Heimbewohnern zu verschaffen (z.B. bevorzugte Behandlung, erhöhte Zuwendung),

1 Institut der Deutschen Wirtschaft Köln, Zahlen zur wirtschaftlichen Entwicklung der Bundesrepublik Deutschland, Ausgabe 2000, 10, 12.

2 Finkelnburg, Der Betrieb von Alten- und Pflegeheimen, NJW 1976, 1477 ff., Petto, Berufserben? Beschränkungen des erbrechtlichen Erwerbs in Heim- und Dienstverhältnissen, Diss. Würzburg 1998, 4, jeweils unter Hinweis auf den Bericht des Bundestagsausschusses für Jugend, Familie und Gesundheit, BT-DR 7/2068.

3 Daniela Kühr, „Streit unter Erben lässt sich vermeiden“, Süddeutsche Zeitung Nr. 214, 26.

4 vom 7. 8. 1974 (BGBl. I, 1873), Neufassung vom 23. April 1990 (BGBl. I, 763, 1069) mit späteren Änderungen, zuletzt durch Änderung vom 21. September 1997 (BGBl. I, 2390).

5 Finkelnburg (Fn. 2), 1478.

6 z.B. Ruf/Hütten, Der Schutz der wirtschaftlichen Interessen der Heimbewohner nach dem Heimgesetz, BayVBl. 1978, 37 ff., Dahlem/Giese/Igl/Klie, Das Heimgesetz, Kommentar, Band 1, Stand Juni 1999, Einleitung, 14.

7 Rossak, Letztwillige Verfügungen von Heimbewohnern zugunsten des Heimträgers oder von Heimmitarbeitern, ZEV 1996, 41 ff.

8 NJW 1998, 2964 = Rechtspfleger 1998, 516 = BWNotZ 1999, 176.

9 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn. 6), Einleitung, 17.

10 z.B. BR DR 173/72, 14, BT DR 7/180, 12, 15, BT DR 11/5120, 17 ff., BR DR 203/89, 44 ff., Rossak (Fn. 7), 41 ff., BayOLG NJW 2000, 1875 ff = MittBayNot 2000, 453 ff = Rechtspfleger 2000, 274 ff.

11 BGHZ 110, 235, 239 = NJW 1990, 1603 ff.

- Heimaufnahme und Betreuung sowie Behandlung der Heimbewohner nicht von Sonderzuwendungen oder Sonderzahlungen abhängig sein dürfen,
- die Erhaltung eines guten Heimklimas durch möglichst weitgehende Gleichbehandlung auch der weniger begüterten Heimbewohner erreicht werden soll.

### III

#### Anwendungsbereich im Einzelnen

(Voraussetzungen des § 14 HeimG)

##### 1. Normadressaten

§ 14 Absatz 1 wendet sich an den Träger des Heimes, d.h. diejenige natürliche oder juristische Person des privaten oder öffentlichen Rechtes, die das Heim<sup>11a</sup> betreibt<sup>12</sup>. Betreiber ist derjenige, in dessen Namen und auf dessen Rechnung der Betrieb des Heimes erfolgt<sup>13</sup>, den also im Ergebnis die Verantwortung für die Unterhaltung und den Betrieb der Einrichtung trifft. Die Rechtsform ist gleichgültig, z.B. selbstständiger Verein, GmbH, GmbH & Co. KG usw., private Interessengruppen aber auch Wohlfahrtsverbände aller Art<sup>14</sup>. Normadressaten sind bei § 14 Absatz 5 der Heimleiter, die Beschäftigten sowie die sonstigen Mitarbeiter des Heimes. Der Leiter kann Angestellter, bei öffentlichen Anstalten auch Beamter und zugleich Beschäftigter des Trägers sein. Bei gewerblichen Einrichtungen ist möglich Personalunion zwischen Träger und Leiter<sup>15</sup>.

Für die Beschäftigten ist erforderlich, dass sie in einem festen Arbeitsverhältnis mit dem Träger stehen, während sonstige Mitarbeiter alle Personen sind, die aufgrund Vereinbarung mit dem Heim nebenberuflich und/oder ehrenamtlich für das Heim oder im Heim tätig sind<sup>16</sup>. Nach Sinn und Zweck der Regelung wird man, was allerdings nicht unbestritten ist, auch die gewerblich und freiberuflich für das Heim und im Heim immer wieder selbstständig Tätigen als sonstige Mitarbeiter ansehen müssen, wenn sie ihre Leistungen auf eigene Rechnung und im eigenen Namen, aber mit Erlaubnis des Heimes anbieten, und es sich um Leistungen handelt, die zu den nach dem Heimvertrag zu erbringenden Leistungen gehören oder mit ihnen zusammenhängen (z.B. Belegarzt, Friseur)<sup>17</sup>. Der Rechtsgestalter wird auch beim letztgenannten Personenkreis die Anwendung des Heimgesetzes berücksichtigen und auf seine Rechtslage hinweisen müssen.

##### 2. Geschützter Personenkreis

###### 2.1 Heimbewohner

§ 14 HeimG schützt in erster Linie die Heimbewohner, wobei der Schutz auch dann besteht, wenn für sie Leistungen durch Dritte erbracht werden. Also kann gegen § 14 HeimG auch dann verstoßen werden, wenn z.B. die Schwester der Heimbewohnerin dem Normadressaten nach Maßgabe von Ziffer 1 Vermögenszuwendungen zukommen lässt, insbesondere ihn durch Verfügung von Todes wegen zum Erben einsetzt oder ihm zu Lebzeiten Grundbesitz überschreibt. Dabei ist der Begriff des „Heimes“ zu klären, weil ja nur die Unterbringung in einem solchen die Anwendung des § 14 HeimG zur Folge hat. Der Begriff des Heimes und damit der

Anwendungsbereich des Heimgesetzes ist in § 1 HeimG geregelt. Die Neufassung dieser Vorschrift im Jahre 1990 verzichtet bewusst in Abkehr von dem früheren, mehr beschreibenden Heimbegriff (z.B. Altenheime, Altenwohnheime, Pflegeheime) auf eine Definition des Heimbegriffs im einzelnen, sie geht vielmehr von einem inhaltlich – funktionalen Begriff<sup>18</sup> des Heimes und der Schutzbedürftigkeit der Bewohner aus. Damit soll einer zu starren Festlegung auf bestimmte, im einzelnen näher bezeichnete Formen begegnet und eine bessere Einbeziehung neuer und veränderter Heimgestaltungen ermöglicht werden. Durch den Verzicht auf eine Unterscheidung der Heimarten zur Abgrenzung des Anwendungsbereichs des Heimgesetzes und durch die neue Definition des Heimbegriffs sind gleichartige Einrichtungen, auch wenn sie nicht als „Heim“ bezeichnet sind, in den Anwendungsbereich einbezogen<sup>19</sup>.

Heime im Sinne des § 1 Absatz 1 HeimG sind heute Einrichtungen, die

- alte Menschen sowie pflegebedürftige oder behinderte Volljährige,
- nicht nur vorübergehend,
- zu dem Zweck der Überlassung von Unterkunft und daneben der Gewährung oder Vorhaltung von Pflege und Betreuung,
- entgeltlich aufnehmen und in Bestand und Funktion nicht an bestimmte Bewohner gebunden sind<sup>20</sup>.

Der Rechtsgestalter wird dabei nicht umhin kommen, die jeweils für ihn zu beurteilende Einrichtung unter diesen allgemeinen Heimbegriff unterzuordnen. Als Anhaltspunkte hierfür dienen:

- der Zweck des Heimes ist auf den Personenkreis alter, pflegebedürftiger oder behinderter Volljähriger ausgerichtet, denen Unterkunft und nach dem Grad ihrer Hilfsbedürftigkeit oder der Schwere ihrer Behinderung Versorgung, Betreuung oder auch Pflege gewährt wird<sup>21</sup>. Dabei muss es sich um eine heimmäßige und entgeltliche Versorgung und Betreuung handeln, in deren Rahmen Leistungen des Heimträgers im vorgenannten Sinne erbracht werden,
- auf die Bezeichnung des Heimes kommt es nicht an, vielmehr ausschließlich darauf, ob es die oben genannten Begriffsbestimmungen erfüllt und diesen untergeordnet werden kann,
- die Zahl der Bewohner eines Heimes nach oben oder unten ist nicht begrenzt, Bestand und Funktion der Einrichtung müssen jedoch vom jeweiligen Bewohner unabhängig sein. Hiermit soll der Begriff des Heimes von der Betreuung aufgrund einer familiären oder persönlichen Bindung ebenso abgegrenzt werden, wie von der bloßen Wohngemeinschaft älterer Menschen<sup>22</sup>. Also unterfallen auch Kleinstheime mit einem oder zwei Bewohnern dem Heimbegriff, wenn sie die obigen Voraussetzungen erfüllen<sup>23</sup>, z.B. Aufnahme pflegebedürftiger Personen in Privatwohnung oder Privathaus, selbst wenn es sich dabei um das Privathaus des Heimbetreibers handelt<sup>24</sup>, aber ein enger räumlicher, organisatorischer und funktioneller Zusammenhang zwischen dem eigentlichen Heim und dem Privathaus besteht<sup>25</sup>,

11a zum Begriff des Heims unten III 2.1.

12 vgl. § 2 HeimsicherungsVO vom 24. 4. 1978 (BGBl. I, 553), Brandmüller, Einschränkung des Schenkungs- und Erbrechts durch das Heimgesetz, BayVBl. 1978, 12.

13 Rossak (Fn. 7), 42, BayObLG NJW 2000, 1875.

14 Brandmüller (Fn. 12), 12.

15 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 13 Rdn. 6.

16 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 13 Rdn. 6; Kunz/Ruf/Wiedemann, HeimG, 8. Aufl. 1998, § 13 Rdn. 6; Gitter/Schmitt, HeimG, Stand 1995, § 14 Anm. VIII 1; Gösling/Knopp, HeimG 2. Aufl. 1980, § 14 Rdn 23.

17 streitig, dafür Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 13 Rdn. 6, dagegen Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 13 Rdn. 6.

18 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 1 Rdn. 4.

19 BT DR 11/520, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 1 Rdn. 5.

20 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 1 Rdn. 5, etwa gleich Goberg, Heimgesetz 2. Aufl. 1994, § 1 Rdn. 4.

21 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 1 Rdn. 2.

22 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6) § 1 Rdn. 12.1, 12.3, BayObLG 1999 NJW-RR 1999, 1254 ff.

23 BT DR 11/5120 S. 9; Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 1 Rdn. 12.2, Rossak, Neuere zivilrechtliche Probleme zu Vorschriften des Heimgesetzes und deren erweiterte Anwendung, MittBayNot 1998, 407, 410.

24 BayObLG MittBayNot 1998, 451 ff.

25 Rossak (Fn 23), 407, 410.

- die Unterbringung ist nicht nur vorübergehend, sondern auf nicht absehbare, unbestimmte Zeit, auf Dauer angelegt. Dabei ist entscheidend der das Heim prägende Charakter als Mittelpunkt der Lebensbeziehung seiner Bewohner für eine nicht von vornherein begrenzte Zeit<sup>26</sup>. Allerdings ist zu beachten, dass nach der Neufassung des § 1 HeimG durch das zweite Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 3. 2. 1997<sup>27</sup> dessen Absatz 1 a Satz 1 bestimmt, dass auch Kurzzeitpflegeheime in den Geltungsbereich des Heimgesetzes einbezogen sind und für sie nur einzelne Vorschriften des Heimgesetzes nicht gelten. § 14 HeimG ist jedoch auf sie anwendbar<sup>28</sup>.

Als Einzelbeispiele für den Heimbegriff seien genannt,

- in denen das Heimgesetz anwendbar ist: Altenheime, Altenkrankenhäuser, Altenkrankenhäuser, Altenpflegeheime, Altenstifte, Altenwohnheime, Seniorensitze, Pflegeheime, wenn dort stets über die Unterbringung hinaus die auf Dauer angelegte notwendige Betreuung und Pflege, auch durch Dritte, gewährleistet ist<sup>29</sup>, selbstständige Teilbereiche von Krankenhäusern, die dauernde Pflege anbieten und auch sonst die Voraussetzungen des Heimbegriffes erfüllen<sup>30</sup>, Rehabilitationseinrichtungen sowie Behindertenwerkstätten mit Unterbringungsbereich, wenn die der Unterbringung dienenden Teile unter den Heimbegriff fallen<sup>31</sup>, sogenanntes betreutes Wohnen, wenn der Träger einer solchen Einrichtung Betreuungsleistungen vorhält, die auch durch einen externen Pflegedienst erbracht werden können, der im Rahmen der häuslichen Pflege auch gegenüber Dritten (ambulant) tätig wird<sup>32</sup>, Heime für psychisch Kranke und Sterbehospize<sup>33</sup>, kirchliche Heime, auch von Ordens- und Schwesterngemeinschaften, sofern dort auch andere Personen als Ordensangehörige aufgenommen sind; ansonsten gilt Art. 40 GG i.V.m. Art. 37 WV, so dass das Heimgesetz nicht für Ordensangehörige Anwendung findet<sup>34</sup>,
- in denen das Heimgesetz nicht anwendbar ist: bloße Wohngemeinschaften alter Menschen und Behinderter ohne Angebot von Pflegeleistungen<sup>35</sup>, Tageseinrichtungen, Krankenhäuser und Rehabilitationseinrichtungen ohne Dauerpflege (vgl. auch § 1 Absatz 2 HeimG)<sup>36</sup>, Unterbringung in der Familie bzw. Aufnahme und Betreuung aus sonstigen persönlichen Bezugsverhältnissen, soweit diese auf ganz bestimmte Personen bezogen sind<sup>37</sup>, Ferien- oder Kurheime und alle Einrichtungen für alte und pflegebedürftige Menschen, in denen der Aufenthalt nur vorübergehend ist<sup>38</sup> (anders jedoch Kurzzeitpflegeheime!).

## 2.2 Heimbewerber und ehemalige Heimbewohner

Für Heimbewerber gilt das Heimgesetz grundsätzlich nicht<sup>39</sup>, so dass z.B. Aufnahmegebühren für Bewohner als zulässig angesehen werden müssen. Aber es ist zu beachten, dass

sich Besonderheiten bei letztwilligen Verfügungen ergeben können, wenn der Heimbewerber letztendlich in das Heim aufgenommen wird. Diese werden unten dargestellt<sup>39a</sup>.

## 3. Verbotene Zuwendungen

### 3.1 Heimträger

#### 3.3.1 Regelverbot

Für ihn gilt § 14 Absatz 1: der Heimträger darf sich Geld- oder geldwerte Leistungen über das in § 4 vereinbarte Entgelt hinaus nicht versprechen oder gewähren lassen, sofern nicht die Ausnahmvorschriften nach § 14 Absatz 2 eingreifen. Unter den Begriff „Geld“ fällt Geld in jeder Erscheinungsform<sup>40</sup> und Währung. Dagegen sind geldwerte Leistungen alle Aufwendungen, deren Wert in Geld ausgedrückt werden kann<sup>41</sup>, also z.B. die Hingabe von Sachen sowie die Einbringung von Immobilien jeglicher Art, die Überlassung von Besitz, Erlaubnis von Vermietung und Verpachtung<sup>42</sup>, Nichtgeltendmachung von Ansprüchen, Gewährung eines zinslosen Darlehens oder eines Darlehens, das weit unter dem in der Wirtschaft üblichen Zinssatz liegt<sup>43</sup>. Allerdings müssen alle diese Leistungen über das nach § 4 vereinbarte Entgelt hinaus gehen. Das Entgelt selbst wird in § 4 Absatz 2 Satz 2 HeimG rechtsverbindlich festgelegt. Gemäss § 4 Absatz 3 darf das Entgelt nicht in einem Missverhältnis zu den Leistungen des Trägers, die im Vertrag im einzelnen zu beschreiben sind, stehen. Ein solches Missverhältnis wurde vom BGH<sup>44</sup> im Urteil vom 9. 2. 1990 angenommen. Mit dem Entgelt werden abgegolten die Hauptleistungen des Trägers, nämlich Unterbringung mit Unterkunft, Verpflegung und Betreuung. Verboten werden soll im Ergebnis eine Doppel- oder Überbezahlung von vereinbarten Leistungen oder Bezahlung eines übermäßigen Entgeltes, wobei sich dies sowohl auf künftige als auch vergangene Leistungen des Trägers beziehen kann<sup>45</sup>.

#### 3.3.2 Ausnahmen nach § 14 Absatz 2 HeimG

§ 14 Absatz 2 regelt abschließend die Fälle, in denen das grundsätzliche Annahmeverbot nach Absatz 1 nicht gilt. Insoweit handelt es sich in

- § 14 Absatz 2 Nr. 1 um Leistungen, die andere als die in § 4 aufgeführten Leistungen des Heimträgers, die im Heimvertrag<sup>46</sup> vereinbart werden, abgelten. Hierher gehören insbesondere Sonderentgelte zur Teilnahme am kulturellen und gesellschaftlichen Leben, z.B. Ausflüge, Vorträge, Film- und Theateraufführungen, Musikabende<sup>47</sup>, aber auch Sonderleistungen z.B. für heimeigene Kioske, Restaurants, Cafes, Cafeterien, Wäschereien<sup>48</sup>,
- § 14 Absatz 2 Nr. 2 um geringwertige Aufmerksamkeiten, deren Definition nicht unstrittig ist<sup>49</sup>. Jedenfalls sind geringwertige Aufmerksamkeiten anzunehmen bei Geldbeträgen bis etwa 50,00 DM<sup>50</sup>, wobei allerdings mehrfache Zuwendungen innerhalb eines Jahres zusammen gerechnet werden und damit als nicht mehr geringwertig anzusehen sein können<sup>51</sup>. Schließlich fallen darunter auch

26 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 1 Rdn. 8.1.

27 BGBl I 1997, 158.

28 Fußer, Regulierung und Deregulierung im Heimrecht: Das Zweite Gesetz zur Änderung des Heimgesetzes vom 3. 2. 1997, NJW 1997, 1957 ff., Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 1 Rdn. 8.1.

29 Finkelnburg (Fn 2), 1477 ff., Ostlinning, Das Testament des Heimbewohners, Diss. Bielefeld 1994, 48, Stein, Schutz der Testierfreiheit von Pflegeempfängern, Diss. Potsdam 1997, 48, 49.

30 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 1 Rdn. 15, mit Rechtsprechungsnaehweis.

31 Stein (Fn 29), 48, 49.

32 OVG Frankfurt/Oder NJW 2000, 1435 ff., Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 1 Rdn. 8.

33 Goberg (Fn 20), § 1 Rdn. 15, 16.

34 Goberg (Fn 20), § 1 Rdn. 18, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 1 Rdn. 18.

35 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 1 Rdn. 12.3, Wiedemann, Die Novellierung des Heimgesetzes, NJW 1990, 2237/2238.

36 Gösslin/Knopp (Fn 16), § 1 V 24/25.

37 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 12.1.

38 Gitter/Schmitt (Fn 16), § 1 V, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 1 Rdn. 6.

39 für Heimbewerber Rossak (Fn 7), 42, Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 8, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 4, OLG Frankfurt NJW-RR 1994, 314, 313, a.M. für Schenkungen unter Anwendung von § 14 Abs. 1 HeimG a.F. BGH NJW-RR 1995, 1120, für ehemalige Heimbewohner Gösslin/Knopp (Fn 16), § 14 Rdn. 2.

39a unten 3, 3.3.

40 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 7.

41 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 7.

42 Gitter/Schmitt (Fn 16), § 14 IV Abs. 1.

43 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 7.

44 BGHZ 110, 235, 238 = NJW 1990, 1603, 1604.

45 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 6, Gitter/Schmitt (Fn 16), § 14 IV 3,

Gösslin/Knopp (Fn 16), § 14 Rdn. 12, Rossak (Fn 7), 42.

46 zur Rechtsnatur des Heimvertrages als gemischter Vertrag mit Elementen von Miet- und Dienstvertrag sowie zur Auslegung typischer Vertragsklauseln vgl. Gaiser, Fallstricke bei der Altenheim-Vertragsgestaltung, NJW 1999, 2311 ff.

47 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 11, Rossak (Fn 7), 42.

48 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 11; Ostlinning (Fn 29), 25.

49 vgl. einerseits Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 12, und andererseits Gitter/Schmitt (Fn 16), § 14 Rdn. 13.

50 z.B. Gitter/Schmitt (Fn 16), § 14 V 2, Petto (Fn 2), 52.

51 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 12.

geringwertige Aufmerksamkeiten, die nicht in einer Geldleistung bestehen, z.B. Sachleistungen, Mithilfe<sup>52</sup>,

- § 14 Absatz 2 Nr. 3 um Leistungen im Hinblick auf die Überlassung eines Heimplatzes, zum Bau, zum Erwerb, zur Instandsetzung, zur Ausstattung oder zum Betrieb des Heimes. Vorwiegend fallen auch hierunter wieder Geldleistungen wie z.B. Darlehen, Vorauszahlungen, Kauttionen, Einkaufssummen, Folgebelegungsbeiträge<sup>53</sup>, aber auch die Überlassung von Sachleistungen, also z.B. die Einbringung und Übertragung von Grundstücken<sup>54</sup>, die in notarieller Form erfolgen muss. Dabei muss der beurkundende Notar § 14 Absatz 3 beachten, der eine Rückgewährpflicht bezüglich dieser Leistungen statuiert, sofern die Leistungen nicht mit dem Entgelt verrechnet worden sind. Insoweit müssen klare Vereinbarungen bezüglich der Sicherstellung der Rückgewährpflicht, z.B. Begründung einer Rückübertragungsverpflichtung, gesichert durch Auflassungsvormerkung, getroffen werden. Zu beachten ist dabei die Heimsicherungsverordnung vom 24. 4. 1978<sup>55</sup>, die detaillierte und zwingende (§ 4) Regelungen z.B. hinsichtlich des Verwendungszweckes (§ 6), Beschränkungen hinsichtlich der Höhe der Leistungen (§ 7), zur getrennten Verwaltung der entgegen genommenen Mittel (§ 8), zur Verrechnung (§ 10), zur Sicherheitsleistung (§ 11) sowie insbesondere auch zu den Formen der Sicherheit (§ 12) enthält. Bei Bestellung von Sicherheiten in Form von Grundpfandrechten darf die Beleihungsgrenze von 60 v.H. des Verkehrswertes des belasteten Grundbesitzes in der Regel nicht überschritten werden. Wer mit solchen vertraglichen Regelungen befasst ist, wird nicht umhin kommen, die Heimsicherungsverordnung und ihre Einzelbestimmungen näher zu prüfen.
- § 14 Absatz 3 statuiert weiterhin Verzinsungspflichten, in § 14 Absatz 2 Nr. 4 Sicherheiten für die Erfüllung von Verpflichtungen aus dem Heimvertrag, sofern diese das Doppelte des auf einen Monat entfallenden Entgelts nicht übersteigen. Insoweit handelt es sich vornehmlich um Kauttionen<sup>56</sup>, für die in § 14 Absatz 4 weitere Regelungen, die hier im einzelnen nicht näher dargelegt werden sollen, gelten.

### 3.2 Heimmitarbeiter

Für sie gilt § 14 Absatz 5: Heimmitarbeiter dürfen sich von oder zugunsten von Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld- oder geldwerte Leistungen nicht für die Erfüllung der ihnen nach dem Heimvertrag obliegenden Verpflichtungen versprechen oder gewähren lassen, sofern es sich nicht um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt. Das Verbot gilt generell und richtet sich gegen die Annahme jeglicher Vermögensvorteile, soweit diese im Zusammenhang mit der Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag bestehen.

### 3.3. Letztwillige Verfügungen von Heimbewohnern

Es ist nunmehr nahezu ausschließlich herrschende Meinung, dass unter den Begriff der Vorteilszuwendung nach Maß-

gabe von §§ 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG auch einseitige Verfügungen von Todes wegen fallen<sup>57</sup>. Dies folgt aus dem oben unter II dargestellten Schutzzweck des § 14 HeimG, insbesondere aus dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung im Heim, Schutz der Heimbewohner vor finanzieller und wirtschaftlicher Ausnutzung, sowie der Testierfreiheit der Heimbewohner. Allerdings ist Voraussetzung, dass sie, worauf unten noch näher einzugehen sein wird, im Einvernehmen bzw. mit Wissen des Bedachten erfolgen<sup>58</sup>. Weiterhin fallen unter den Begriff der Vorteilszuwendung auch alle Erbverträge, in denen ein Verbotsadressat bedacht wird, sei es dass er als Alleinerbe oder Miterbe eingesetzt wird oder dass ihm eine vermächtnisweise Zuwendung zugesprochen wird<sup>59</sup>. Zu weit geht allerdings die in diesem Zusammenhang auch vertretene Meinung<sup>60</sup>, dass jede testamentarische Verfügung zugunsten des Heimträgers bzw. von Heimmitarbeitern wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG unwirksam sei, weil die Verbotsadressaten dem Heimbewohner gegenüber stets relativ erbenfähig seien. Zum einen ist es dogmatisch nicht haltbar, in den Fällen des Heimgesetzes Erbenfähigkeit anzunehmen<sup>61</sup>, zum anderen bestehen Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit dieser Einschränkung. Schließlich ließe sich diese Ansicht auch nicht damit vereinbaren, dass gemäss § 14 Abs. 6 HeimG Ausnahmen vom Annahmeverbot möglich sind.

Unter den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt nach ihrem Schutzzweck auch ein Testament zugunsten der Verbotsadressaten, das der Testierer bereits vor seinem Einzug in das Heim errichtet hat, das er aber nach dem Einzug in das Heim aufrecht erhält und von dem entweder der Heimträger oder die Mitarbeiter während des Heimaufenthaltes Kenntnis erlangen<sup>62</sup>, wovon der Heimbewohner seinerseits wiederum weiß.

Verbotene Zuwendungen sind hauptsächlich die Einsetzung zum Alleinerben oder Miterben sowie die Zuwendung von Vermächtnissen mit Vermögenswert. Selbst die Bestellung des Verbotsadressaten zum Testamentsvollstrecker kann hierunter fallen, wenn dieser für seine Tätigkeit eine nicht nur geringfügige Vergütung erhält. Denn auch darin liegt die Zuwendung eines Vermögensvorteils, die gegen den Schutzzweck des § 14 verstößt<sup>63</sup>.

### 3.4. Beweisfragen

Die Vermögenszuwendungen verstoßen nur dann gegen die einschlägigen Vorschriften des Heimgesetzes, wenn ein Zusammenhang zwischen der Vorteilszuwendung einerseits und dem Heimvertrag andererseits besteht, wobei dieser Zusammenhang kausaler, finaler oder konditionaler Art sein kann<sup>64</sup>. Das Verbot greift also nicht ein, wenn kein solcher Zusammenhang festgestellt werden kann, insbesondere wenn die Zuwendung z.B. ausschließlich aufgrund familiärer Verbundenheit erfolgt<sup>65</sup>. Es ist in vielen Fällen sehr schwierig, wenn nicht gar unmöglich, diesen Zusammenhang nachzuweisen, so dass sich häufig ein „non liquet“ ergeben wird<sup>66</sup> mit der Folge, dass die Verbote weitgehend ohne Wirkung blieben. Um dem zu begegnen, nehmen Literatur und Rechtsprechung unter Hinweis auf den Verbotszweck der Annahmeverbote an, dass sowohl für vertragliche Verfügungen als

52 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 13.

53 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 7.

54 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 14.

55 BGBl. 1978 I, 553.

56 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 14.

57 BVerwGE 78, 357, 363, BGHZ 110, 235 ff. = NJW 1990, 1603 ff., BayObLG NJW 1998, 2369, BayObLG NJW, 2000, 1875, BayObLG NJW 2000, 1859 ff., OLG Düsseldorf ZEV 1997, 459 ff., OLG Düsseldorf MittBayNot 1998, 264 ff., LG Flensburg NJW 1993, 29 ff., Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10, Dubischar, Die untersagte „Vorteilsannahme“ nach § 14 HeimG, DNotZ 1993, 419, 426, Gitter-Schmitt (Fn 16), § 14 Anm. VIII 1, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 3, Nieder, Handbuch der Testamentsgestaltung, Aufl. 1992, Rdn. 326, Ostlinning (Fn 29), 23 ff.; Palandt/Edenhofer Bürgerl. Gesetzbuch, § 1937, Anm. 19, Petto (Fn 2), 15 ff., Rossak (Fn 7), 41, 43, Rossak (Fn 23), 407, Ruf/Hütten (Fn 6), 37, 41, Soergel/Stein, BGB, 12. Aufl. 1992, § 1923, Rdn. 11, Staudinger/Otte, Kommentar zum BGB, Stand 1996, Vorbemerkung zu §§ 2064 ff., Rdn. 145, a.M. ersichtlich heute wohl nur noch Brandmüller (Fn 12), 364, 365, Stein (Fn 29), 51 ff.

58 besonders Rossak (Fn 23), 407, mit Hinweis auf Literatur und Rechtsprechung sowie abweichende Meinungen in Fußnote 6.

59 BVerwG NJW 1990 2268, Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 8, Nieder (Fn 57), Rdn. 326; Ostlinning (Fn 29), 39; Rossak (Fn 7), 43, Staudinger/Otte (Fn 57), Rdn. 145, Stein (Fn 29), 63.

60 Soergel/Stein (Fn 57), § 1923 Rdn. 11.

61 vgl. z.B. Dubischar (Fn 57), 422, 423, Lange/Kuchinke Erbrecht 3. Aufl. 1989, 166, KG FamRZ 1998, 1542, Palandt/Edenhofer (Fn 57), § 1937 Rdn. 19, Rossak (Fn 7), 46.

63 Rossak (Fn 23), 403.

64 Rossak (Fn 7), 43.

65 BGHZ 110, 235, 239 = NJW 1990, 1603; Gitter-Schmitt (Fn 16), § 14 VIII 2.

66 vgl. hierzu besonders Dubischar (Fn 57), 427 ff., Stein (Fn 29), 73 ff.

auch für einseitige testamentarische Verfügungen ein Zusammenhang zwischen der Vorteilszuwendung und dem Heimvertrag so lange zu vermuten ist, bis der Beweis des Gegenteils geführt ist<sup>67</sup>. Den Beweis des Gegenteils hat derjenige zu führen, der sich auf das Nichtvorhandensein des Zusammenhangs beruft, in aller Regel also der bedachte Verbotsadressat. Insbesondere in den „non liquet“-Fällen verbleibt es bei der Vermutung, wenn der Gegenbeweis nicht vollumfänglich geführt werden kann. Nicht unproblematisch ist diese Beweisvermutung im Hinblick auf die verfassungsrechtlich garantierte Testierfreiheit des Heimbewohners. Ein Verfassungsverstoß kann jedoch nicht angenommen werden, weil der Heimbewohner stets die Möglichkeit hat, entweder die Verfügung zugunsten des Heimträgers geheim zuhalten oder die Ausnahmegenehmigung der zuständigen Behörde einzuholen<sup>68</sup>. Um diese Beweisproblematik bei einseitigen letztwilligen Verfügungen des Heimbewohners zu vermeiden, fordert Ostlinning für deren Wirksamkeit die Errichtung in notarieller Form<sup>69</sup>. Dem kann nicht gefolgt werden: einerseits lassen sich dadurch entgegen der Meinung von Ostlinning Beweisschwierigkeiten ebenfalls nicht vollständig vermeiden, zum anderen bedeutet das Verlangen notarieller Form einen nicht mehr verhältnismäßigen Eingriff in die Testierfreiheit des Heimbewohners und lässt damit Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit dieser Einschränkung aufkommen.

#### 4. Verbotshandlungen

Verboten nach § 14 Absatz 1 und § 14 Absatz 5 sind „sich versprechen“ und „sich gewähren lassen“ von Vermögensvorteilen. Diese Formulierungen lehnen sich an § 138 Abs. 2 BGB an<sup>70</sup>. Allerdings fallen unter die vorgenannten Begriffe auch Sachverhalte, die von § 138 Absatz 2 BGB nicht erfasst sind.

##### 4.1 Sich versprechen lassen

Es bedeutet die Annahme eines auf die zukünftige Hingabe eines Vermögensvorteils gerichteten Angebots<sup>71</sup>. Also fallen darunter alle zweiseitigen Zuwendungsverträge unter Lebenden, z.B. Schenkungen nach § 516 BGB<sup>72</sup>, Schenkungsversprechen nach § 518 BGB, Schenkung eines Bezugsrechtes aus § 537, 531 BGB<sup>73</sup>, gemischte Schenkungsversprechen<sup>74</sup>, Schenkungsversprechen von Todes wegen nach § 2301 BGB sowie alle Erbverträge nach Maßgabe der §§ 1941, 2274 ff BGB<sup>75</sup>. Auf die zivilrechtliche Wirksamkeit bzw. auf die Rechtsgültigkeit des Versprechens kommt es nicht an, weil der Bewohner sich trotz Ungültigkeit des Versprechens an dieses gebunden fühlen kann und damit der Schutzbereich des § 14 HeimG genauso betroffen ist, wie wenn das Versprechen rechtsgültig wäre<sup>76</sup>. Also greift das Verbot auch dann ein, wenn sich der Heimbewohner vertraglich zur Errichtung einer Verfügung von Todes wegen verpflichtet, diese Vereinbarung aber nach § 2302 BGB unwirksam ist<sup>77</sup>, oder eine gesetzlich vorgeschriebene Form nicht eingehalten wurde bzw. dem Zuwender die Geschäftsfähigkeit fehlt<sup>78</sup>.

##### 4.2 Sich gewähren lassen

Sich gewähren lassen bedeutet das Annehmen eines Vorteils mit dem Willen, ihn im eigenen Interesse auszunutzen<sup>79</sup>. Schon begrifflich liegt ein „sich gewähren lassen“ nur dann vor, wenn letztendlich zwischen dem Empfänger der Zuwendung und dem Zuwendenden „Einvernehmen“ über die Zuwendung besteht, mindestens jedoch die Zuwendung mit Wissen des Bedachten erfolgt. Das bedeutet für einseitige testamentarische Anordnungen, dass deren Wirksamkeit von § 14 HeimG nicht berührt wird, wenn der Bedachte zu Lebzeiten des Heimbewohners hiervon nichts erfährt, also keine irgendwie geartete Kenntnis vom Testament hat<sup>80</sup>.

Wie die Kenntnis dogmatisch einzuordnen ist, ist streitig. Die Bandbreite der Meinungen reicht von der Annahme einer Willenserklärung im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Erklärung des Bedachten<sup>81</sup> bis zu rechtlich nicht näher qualifizierten Begriffen wie „Einvernehmen, Einverständnis, Wissen, Kenntnis“ durch die Rechtsprechung<sup>82</sup>. Teilweise wird von „Kenntnis“ selbst dann ausgegangen, wenn ein „Willenszusammenwirken“ zwischen Bedachtem und Heimbewohner nicht vorliegt, der Heimbewohner aber Kenntnis von der Kenntnis des Bedachten erhält (Wissen vom Wissen, Doppelwissen)<sup>83</sup>. Ohne dass dieser Streit abschließend geklärt werden müsste, ist der rechtlichen Einordnung der Vorzug zu geben, die sich im Rahmen einer engen verfassungskonformen Auslegung des § 14 HeimG hält. Danach wird die Willensübereinstimmung zwischen Bedachtem und Zuwendendem dahin verstanden werden müssen, dass die Kenntnisnahme des Bedachten eine wenn auch empfangsbédürftige, so doch keine echte rechtsgeschäftliche Willenserklärung ist. Vielmehr wird die Kenntnisnahme hergestellt durch eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, die selbstverständlich auch konkludent, stillschweigend, erklärt werden kann<sup>84</sup>. Rossak spricht insoweit zutreffend von einer „Wissenserklärung“<sup>85</sup>.

Keine Probleme hinsichtlich des Wissens ergeben sich, wenn der Heimträger eine natürliche Person ist und selbst Kenntnis von der ihn begünstigenden Verfügung hat. Keine Probleme ergeben sich weiter dann, wenn durch die Verfügung begünstigt wird der in § 14 Abs. 5 betroffene Personenkreis und dieser selbst von der Verfügung weiß. Dagegen ist die Wissenskomponente problematisch in den Fällen, in denen der begünstigte Betroffene (Heimträger bzw. Personenkreis nach § 14 Abs. 5) nicht selbst und persönlich Kenntnis erlangt, sondern Dritte von der Begünstigung erfahren und dies dem Bedachten mitteilen.

Soweit die Anwendung des § 14 Abs. 1 HeimG in Betracht kommt und sich das Verbot gegen den Träger richtet, ist heute nahezu allgemeine Meinung, dass nicht unbedingt der Träger selbst Kenntnis von dem ihn begünstigenden Testament haben muss, dass vielmehr eine „Vertretung im Wissen“ möglich ist<sup>86</sup>. Dies ergibt sich daraus, dass auch bei rechtsgeschäftsähnlichen Willenserklärungen § 166 BGB entsprechende Anwendung findet<sup>87</sup> mit der Folge, dass die

67 hierzu grundlegend BGHZ 110, 235 ff = NJW 1990, 1603 ff, weiter Rossak (Fn 7), 43, mit weiteren Nachweisen für Literatur und Rechtsprechung.

68 Rossak (Fn 7), 43 ff.

69 Ostlinning (Fn 29), 86 ff.

70 BT DR 7/180, 15.

71 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10.

72 BVerwGE 78, 357 ff.

73 OLG Karlsruhe ZEV 1996, 145 ff., Nichtannahmebeschluss des BGH zur Entscheidung des OLG Karlsruhe in BGH ZEV 199, 145 ff., die auch die Notarhaftung wegen Verstoßes gegen die Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 2 im Rahmen des Heimgesetzes betrifft.

74 BGHZ 110, 235 ff = NJW 1990, 1603 ff.

75 BVerwG NJW 1990, 2268, Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10; Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 8; Nieder (Fn 57), Rdn. 326, Rossak (Fn 7), 43, Staudinger/Otte (Fn 57), Rdn. 145, Stein (Fn 29), 63.

76 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10.

77 Ostlinning (Fn 29), 27.

78 Rossak (Fn 7), 43.

79 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 8.

80 BVerwG NJW 1990 2268; BayObLG NJW 1992, 55 ff, BayObLG FamRZ 1992, 975, BayObLG NJW 1993, 1143 ff., KG FamRZ 1998, 1542, BayObLG NJW-RR 1999, 1455, BayObLG NJW 2000, 1875 ff., Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10, Dubischar (Fn 57), 423, Gitter/Schmitt (Fn 16), § 14 Anm. 8.2, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 24, Stach, Nichtigkeit letztwilliger Verfügungen zugunsten Bediensteter staatlicher Altenpflegeeinrichtungen NJW 1988, 15 ff.

81 so wohl Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14, Rdn. 10, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 8.

82 BVerwG NJW 1990, 2268, BayObLG NJW 1992, 53 ff, BayObLG FamRZ 1992, 975, BayObLG NJW 1993, 1143 ff., KG FamRZ 1998, 1542, BayObLG NJW-RR 1999, 1455, BayObLG NJW 2000, 1875 ff.

83 z.B. BayObLGZ 1992, 344, 349, Rossak (Fn 7), 43 ff.

84 BVerwG NJW 1990, 2268, Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 10.

85 (Fn 7), 45.

86 Rossak (Fn 7), 45 mit Nachweisen zu Literatur und Rechtsprechung.

87 Palandt/Heinrichs (Fn 57), § 166 Rdn. 6.

Wissenszurechnung nicht nur vermittelt wird durch rechtsgeschäftlich bestellte Vertreter, sondern auch durch andere „Wissensvertreter“. Dies ist rechtlich geboten durch den Schutzzweck des § 14 HeimG und dadurch, dass es sich bei den Heimen häufig um große und in ihrer Struktur mitunter nicht genau durchschaubare Organisationen handelt, bei denen der Träger vor Ort nicht präsent ist, sondern durch den Heimleiter oder sonstige verantwortliche Personen repräsentiert wird. Das Problem liegt heute darin, den Kreis dieser Wissensvertreter sachgerecht einzugrenzen:

- wenn der Heimträger eine juristische Person ist, muss er sich das Wissen des im Heim tätigen gesetzlichen Vertreters (z.B. Vorstand, Geschäftsführer) sowie solcher Personen zurechnen lassen, die ihn aufgrund der Organisation im Heim repräsentieren und mit verantwortlichen Aufgaben und Befugnissen ausgestattet sind, was insbesondere für den Heimleiter zutrifft<sup>88</sup>
- desweiteren muss sich der Heimträger zurechnen lassen das Wissen eines Mitarbeiters im Heim, den er als Ansprechpartner für die Heimbewohner in den wesentlichen Heimangelegenheiten bestellt hat, und der aus der Sicht des Heimbewohners wegen seiner Stellung im Heim wesentlichen Einfluss auf dessen Lebenssituation ausüben kann<sup>89</sup>. Auch hierunter fallen wieder der Heimleiter, aber auch sonstige Personen, die eine verantwortliche Stellung im Heim haben, was z.B. für den Pflegedienstleiter, in großen Heimen auch für verantwortliches Stationspersonal, zutreffen kann. Vom OLG Karlsruhe wurde dies für die Schwester Oberin eines Ordensheimes bejaht, der BGH hat die Revision hiergegen nicht angenommen<sup>90</sup>. Dagegen sind Schwestern bzw. Pflegepersonal, denen keine Leitungsfunktion obliegt, keine Wissenspersonen in diesem Sinne<sup>91</sup>, wobei allerdings fraglich erscheint, ob nicht in der weiteren Rechtsentwicklung auch noch eine Einbeziehung dieses Personenkreises als Wissensvertreter vorgenommen wird<sup>92</sup>. Es muss also in jedem Einzelfall geprüft werden, ob die vorgenannten Kriterien vorliegen und dementsprechend eine Wissenszurechnung in Betracht kommt. Unwägbarkeiten lassen sich insoweit nicht ausschließen. Jedenfalls wird ein Notar einen Heimbewohner, dessen Verfügung von Todes wegen er beurkundet, auf die vorgenannte Rechtslage im Rahmen der Belehrungspflicht gemäss § 17 Beurkundungsgesetz hinweisen müssen. Soweit bei der Beurkundung eine Person anwesend ist, die nach den vorgenannten Kriterien als „Wissensvertreter“ in Betracht kommt, wird es zur Sicherstellung der Wirksamkeit der Verfügung unumgänglich sein, auf die Einholung einer Ausnahmegenehmigung hinzuwirken, mindestens aber auf deren Notwendigkeit hinzuweisen und im Weigerungsfalle einen Bedenklichkeitsvermerk gemäß § 17 Abs. 2 Beurkundungsgesetz in die Urkunde aufzunehmen<sup>93</sup>.

Soweit Heimmitarbeiter nach § 14 Absatz 5 betroffen sind, reicht es aus, dass sie die Kenntnis nicht vom Bedachten selbst, sondern über eine dritte Person, wer auch immer dies sein mag, insbesondere durch einen anderen Heimmitarbeiter oder Heimbewohner, erhalten. Allerdings muss auch der Heimbewohner selbst wiederum Kenntnis von dieser Kenntnis haben (Wissen vom Wissen), weil ansonsten der Schutzzweck des § 14 HeimG nicht betroffen wäre.

In allen Fällen ist erforderlich, dass das „Einvernehmen“ noch zu Lebzeiten des Erblassers hergestellt wird. Kenntnis der Verbotsadressaten erst nach dem Tod des Heimbewohners schadet nicht mehr<sup>94</sup>, weil der Schutzzweck von § 14 nicht mehr eingreift.

Verlässt der Heimbewohner, der ein gegen § 14 HeimG verstoßendes Testament errichtet oder aber mit dem Verbotsadressaten einen verbotenen Erbvertrag errichtet hat, später das Heim, stellt sich die Frage, ob damit der Verbotsverstoß praktisch „geheilt“ wird. Dies wird zu verneinen sein, weil der Verstoß gegen § 14 HeimG als solcher missbilligt wird, woran die spätere Änderung der Verhältnisse nichts mehr ändern kann: die Situation entspricht der, dass das Verbot selbst nachträglich entfällt. Hier wird allgemein angenommen, dass das Rechtsgeschäft nur dann wirksam ist, wenn es gemäss § 141 BGB durch Neuvernahme bestätigt wird<sup>95</sup>. Der ehemalige Heimbewohner muss also ein neues Testament errichten<sup>96</sup> oder es muss ein neuer Erbvertrag abgeschlossen werden.

### 5. Ausnahme vom Annahmeverbot gemäß § 14 Abs. 6 HeimG

Die in § 14 Abs. 1 und 5 enthaltenen Annahmeverbote sind nicht absolut, vielmehr lässt § 14 Abs. 6 HeimG Ausnahmen durch die zuständige Heimbehörde<sup>97</sup> zu, wenn der Schutz der Bewohner die Aufrechterhaltung der Annahmeverbote nicht erfordert und die Leistungen des Bewohners oder Bewerbers noch nicht versprochen oder gewährt worden sind<sup>98</sup>. Ausnahmen sind also nach inzwischen eindeutiger höchstrichterlicher Rechtsprechung nur möglich, wenn sie vor der Zuwendung erteilt worden sind<sup>99</sup>. Das bedeutet für vertragliche Zuwendungen, dass die Genehmigung eingeholt werden muss vor Vertragsschluss, bei testamentarischen Zuwendungen spätestens bevor der Begünstigte hiervon Kenntnis im Sinne der vorstehenden Ausführungen erhält. Setzt also ein Heimbewohner den Heimträger durch ein in notarieller Form unter Hinzuziehung eines Heimangestellten als Zeugen errichtetes Testament zum Erben ein und wird dieses Testament offen zu den Heimakten genommen, kann die Ausnahmegenehmigung nicht mehr nachträglich erteilt werden. Beide Voraussetzungen des § 14 Abs. 6 müssen kumulativ vorliegen<sup>100</sup>, sie können allenfalls in einer Einzelfallentscheidung berücksichtigt werden, generelle Ausnahmen sind nicht möglich<sup>101</sup>.

Bei der Entscheidung sind zu berücksichtigen der Schutz des versprechenden oder gewährenden Bewohners, nicht aber seiner Erben<sup>102</sup>, außerdem unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung und des Friedens im Heim der Schutz der Bewohnerschaft insgesamt. Der Sachverhalt ist von Amts wegen zu ermitteln, in der Regel durch ein Gespräch mit dem betreffenden Bewohner zur Ermittlung seiner freien und unbeeinflussten Willensentschließung sowie seiner Schutzbelange, gegebenenfalls durch Anhörung des Heimbeirates. An die Ermittlungspflicht der Behörde sind hohe Anforderungen zu stellen, wobei die Behörde aber ungeachtet des tendenziellen Misstrauens des Heimgesetzes gegenüber dem Heim und seiner Mitarbeiter auch berücksichtigen muss, dass in zahlreichen Fällen die Heimmitarbeiter die einzige Bezugsperson des Zuwendenden sind, die sich um ihn küm-

88 BayObLGZ 1991, 251, 255 ff., BayObLG NJW 1993 1143 ff., Rossak (Fn 7), 45.

89 BayObLG NJW 1993, 1143 ff.

90 OLG Karlsruhe ZEV, 146/147, BGH ZEV 1996, 145, 146.

91 BayObLG NJW 1992, 55, 57.

92 in der Tendenz so OLG Karlsruhe ZEV 1996, 146, 147.

93 Nieder (Fn. 57), Rdn. 326.

94 Staudinger/Otte (Fn 57), Rdn. 145.

95 Palandt/Heinrichs (Fn 57), § 134 Rdn. 13, mit weiteren Nachweisen zur Rechtsprechung.

96 so auch Rossak (Fn 7), 46.

97 Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 18 Rdn. 2.

98 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 19, Kunz/Ruf/Wiedemann (Fn 16), § 14 Rdn. 26.

99 BVerwG NJW 1988, 985.

100 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 19.

101 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 20.

102 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 21.

mern und ihn betreuen. Die Entscheidung ergeht durch Verwaltungsakt<sup>103</sup>. Umstritten ist, ob bei Vorliegen der Sachverhaltsvoraussetzungen ein Anspruch auf Erteilung der Genehmigung besteht<sup>104</sup>. Dies wird heute mit Rücksicht auf die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts<sup>105</sup> und die dort getroffenen Feststellungen anzunehmen sein.

### 6. Rechtsfolgen des Verstoßes gegen § 14 HeimG

Hierzu bestehen unterschiedliche Auffassungen. Eine Meinung<sup>106</sup> geht davon aus, dass § 14 HeimG nur ein gewerbe-rechtliches Sondergesetz mit sozialrechtlichem Einschlag sei, und Verstöße hiergegen allenfalls mit Geldbußen geahndet werden können, was aber Sinn und Zweck dieser Vorschrift nicht gerecht wird. Diese Meinung ist dementsprechend isoliert geblieben. Eine andere Mindermeinung<sup>107</sup> geht davon aus, dass § 14 HeimG die Verfügung von Todes wegen nicht unwirksam mache, verboten sei lediglich die Annahme der Erbschaft durch den Begünstigten. Diese Auffassung begegnet durchgreifenden dogmatischen Bedenken, weil sie die Bedeutung von § 1943 BGB verkennt<sup>108</sup>. Schließlich ist auch der Meinung nicht zu folgen, dass § 14 HeimG nur eine Verpflichtung zur Ausschlagung begründet<sup>109</sup>; sie ist systemwidrig und hat im Gesetz keinen Anhaltspunkt. Nach weitaus herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung<sup>110</sup> ist § 14 HeimG ein gesetzliches Verbot, die dagegen nach Maßgabe der vorstehenden Darstellungen verstoßenden Rechtsgeschäfte unter Lebenden oder von Todes wegen einschließlich Erbvertrag sowie die untersagten Zuwendungen in Testamenten sind nach § 134 BGB unwirksam.

Sind in Testamenten oder Erbverträgen neben untersagten Verfügungen noch andere, nicht untersagte Verfügungen enthalten, stellt sich die Frage, welche Auswirkungen die teilweise Unwirksamkeit auf die Wirksamkeit des Gesamttestamentes bzw. Vertrages hat. Für Gesamtnichtigkeit spricht § 139 BGB, für Teilwirksamkeit spricht § 2085 BGB<sup>111</sup>. Rossak ist darin recht zu geben<sup>112</sup>, dass § 14 HeimG eine Schutzvorschrift zugunsten des Heimbewohners ist und es deshalb in aller Regel in seinem Interesse liegt, die restlichen Verfügungen aufrecht zu erhalten. Ermittlungen im Einzelfall können zu einem anderen Ergebnis führen. Jedenfalls wird die Gesamtnichtigkeit die Ausnahme sein.

### 7. Ausdehnung des Anwendungsbereichs von § 14 HeimG

Verbote beinhalten stets die Gefahr ihrer Umgehung. Dies gilt besonders, wenn Heimbewohner über erhebliches Vermögen verfügen, das sich entweder der Heimträger oder die Heimitarbeiter „sichern“ wollen. Die vorliegende Rechtsprechung zeigt, dass die Umgehungsgefahr ernst zunehmen ist, zumal die bekannten Fälle sicherlich nur die „Spitze des Eisberges“ sind. Dazu, wie die Umgehungsproblematik dogmatisch richtig einzuordnen ist, gibt es verschiedene Ansichten<sup>113</sup>, die hier aber im Einzelnen nicht dargestellt werden können. Jedoch soll ein Überblick über die Umgehungsproblematik anhand der vorliegenden Rechtsprechung gegeben werden. Umgehung bzw. entsprechende Anwendung mit der Folge der Nichtigkeit der Verfügung nach § 14 HeimG wurde angenommen bei:

- Einsetzung eines Heimbediensteten durch die Eltern des Heimbewohners<sup>114</sup>
- Einsetzung der Kinder des Heimleiters in einer letztwilligen Verfügung zu Nacherben<sup>115</sup>
- testamentarischer Erbeinsetzung des geschäftsführenden Alleingeschafters einer GmbH, wenn das Pflegeheim in der Rechtsform der GmbH betrieben wurde<sup>116</sup>, des weiteren bei Ersatzerbeinsetzung der Ehefrau des Alleingeschafters.

Alle Fälle beruhen im Ergebnis darauf, dass durch sie der Zweck des Heimgesetzes, den Heimbewohner unter Ausnutzung der besonderen Heimsituation zu benachteiligen, unterlaufen wurde. Dies ist aber auch der Fall bei sogenannten nur mittelbaren bzw. indirekten Zuwendungen. Eine Umgehung wird also auch dann vorliegen, wenn die Zuwendung nicht an den Verbotsadressaten selbst erfolgt, sondern an ihm nahestehende oder sonst mit ihm verbundene natürliche Personen oder juristische Organisationen, der Vorteil aber wieder an ihn zurückfließt, gleichsam als Umweg über den Empfänger<sup>117</sup>. Diese Gefahr besteht besonders dann, wenn Heimträger in der Rechtsform juristischer Personen mit anderen Gesellschaften und/oder Vereinen rechtlich oder tatsächlich verbunden sind und durch Personen- bzw. Gesellschafteridentität die Verwendung für das Heim sichergestellt wird. Allerdings sind die Grenzen und Konturen dieses Umgehungstatbestandes noch im Unklaren, Maßstab muss auch hier sein, dass bei verfassungskonformer Auslegung des § 14 HeimG enge Grenzen gezogen werden müssen. Jedoch wird es in solchen Fällen im Rahmen der Belehrungspflicht des Notars besonderer Hinweise bedürfen, wenn ein notarielles Testament oder ein Erbvertrag beurkundet wird. Es kann mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass die Umgehungsproblematik auch in der Rechtsprechung noch weitere Beachtung und aller Voraussicht nach auch Ausdehnung im Rahmen einer verfassungskonformen engen Auslegung des § 14 HeimG finden wird. Dagegen wurde bisher das Heimgesetz in folgenden Fällen nicht, auch nicht entsprechend angewandt

- Betreuung des Erblässers in seiner Wohnung durch ambulantes Pflegepersonal<sup>118</sup>. Hierzu wird in der Literatur<sup>119</sup> allerdings die Auffassung vertreten, dass eine vergleichbare Situation zum Heimgesetz vorliegen könne und damit § 14 HeimG entsprechend anwendbar sei. Dies ist jedoch weder mit Sinn und Zweck des § 14 HeimG noch mit dessen verfassungskonformer Auslegung zu vereinbaren; auch bestehen gravierende Unterschiede in der Pflegesituation, die die entsprechende Anwendung verbieten,
- auf das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem<sup>120</sup>, wenn also der Betreute seinen Betreuer testamentarisch oder erbvertraglich zum Erben eingesetzt oder sonst bedacht hat. Allerdings kann in diesen Fällen unter Umständen Sittenwidrigkeit der Zuwendung nach Maßgabe von § 138 Abs. 2 BGB vorliegen<sup>121</sup>,
- wenn die Zuwendung des Heimbewohners an dritte Personen geht, das Heim aber durch die Auflage mittelbar begünstigt werden kann<sup>122</sup>. Allerdings bestand hier die

103 Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), § 14 Rdn. 19 ff.

104 vgl. auch hierzu Dahlem/Giese/Igl/Klie (Fn 6), Rdn. 19 ff.

105 BVerfGE NJW 1998, 2964 = Rechtspfleger 1998, 566 ff = BWNNotZ 1999, 176.

106 Brandmüller (Fn 12), 365, 366.

107 Ruf/Hütten (Fn 6), 37, 41, Stach (Fn 80), 943 ff.

108 hierzu Staudinger/Otte (Fn 57), Rdn. 146, § 1945 Rdn. 29.

109 Münchener Kommentar/Leipold, Kommentar zum BGB, Bd. 9, Erbrecht, 3. Aufl. 1997, § 1943 Rdn. 12.

110 vgl. hierzu Rossak (Fn 7), 44, 45, und die dort angeführte Übersicht über einschlägige Literatur und Rechtsprechung, ergänzend BayObLG NJW-RR 1999, 1455, NJW 2000, 1961, jeweils auch mit weiteren Nachweisen.

111 Palandt/Edenhofer (Fn 57), § 2085 Rdn. 5.

112 Rossak (Fn 7), 45.

113 vgl. hierzu besonders Rossak (Fn 23), 407 ff.

114 LG Flensburg NJW 1993, 1866, 1867.

115 OLG Düsseldorf ZEV 1997, 459 ff., vgl. hierzu auch Anmerkung Rossak in ZEV 1998, 34/35.

116 BayObLG NJW 2000, 1875 ff., Petersen, Die eingeschränkte Testierfreiheit beim Pflegeheimbetrieb durch eine GmbH, DNotZ 2000, 739 ff.

117 BayObLG NJW 2000, 1875, BayObLG NJW 2000, 1959, 1961; OLG Düsseldorf FamRZ 1998, 192, so auch Rossak Mitt.BayNot 2000, 452.

118 LG Bonn NJW 1999, 40 ff.

119 Niemann, Testierverbot in Pflegefällen, ZEV 1998, 421, 422.

120 BayObLG MittBayNot 1998, 263, 264, LG Hamburg, DNotI-Report 10/2000, 86, Müller, Zur Wirksamkeit lebzeitiger und letztwilliger Zuwendungen des Betreuten an seinen Betreuer, ZEV 1998, 221 ff.

121 Rossak (Fn 23), 410.

122 BayObLG NJW 2000, 1959, 1961.

Besonderheit, dass es im Ermessen des Empfängers stand, ob er im Rahmen der Auflage auch dem Heim, in dem der Erblasser lebte, Zuwendungen zukommen lassen wollte. Anders könnte demnach zu entscheiden sein, wenn die Auflage ausschließlich zweckgebunden für das Heim ausgesprochen wurde. Dies grenzt an die oben dargestellten Umgehungsfälle mittelbarer Zuwendungen.

### 8. Auslandsberührung

Das Oberlandesgericht Oldenburg<sup>123</sup> hat entschieden, dass § 14 HeimG auf letztwillige Verfügungen einer deutschen Staatsangehörigen zugunsten eines Trägers eines nicht in der Bundesrepublik Deutschland belegenen Heimes keine Anwendung finde. Dies ist wohl in erster Linie kein Problem des deutschen Rechtsgestalters, weil dieser mit solchen Beurkundungen naturgemäß kaum befasst sein wird, jedoch kann es zum Problem für ein deutsches Nachlassgericht werden. Nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Dies ist bei einer deutschen Staatsangehörigen, auch wenn sie im Ausland in einem Heim lebte, deutsches Recht, so dass das zuständige Nachlassgericht insoweit auch über die Wirksamkeit eines im Ausland errichteten Testamentes, das gegen § 14 HeimG verstößt, entscheiden muss. Die vom Oberlandesgericht Oldenburg entschiedene Rechtsfrage wird in der Literatur streitig beurteilt. Eine Ansicht<sup>124</sup> erklärt § 14 HeimG unter Hinweis auf Art. 25 Abs. 1 EGBGB bei diesem Sachverhalt für anwendbar, weil § 14 HeimG in erster Linie den Schutz des Erblassers und nicht den des Heimwesens betreffe. Eine andere Auffassung<sup>125</sup> geht davon aus, dass § 14 HeimG nicht erbrechtlich zu qualifizieren sei; er erfasse demnach lediglich Heime in Deutschland, allerdings auch deren ausländische Bewohner. Das Oberlandesgericht Oldenburg hat sich der zweiten Auffassung mit der Begründung angeschlossen, § 14 HeimG habe primär keinen erbrechtlichen, sondern einen öffentlichrechtlichen Regelungszusammenhang. Die Staatsangehörigkeit des Erblassers sei demnach ein ungeeignetes Prüfungskriterium für die Anwendbarkeit des § 14 HeimG. Letztlich ordnet das OLG Oldenburg § 14 dem Bereich des internationalen öffentlichen Rechts zu. Gerade dies steht aber in Frage. Die Zuordnung zum Bereich des öffentlichen Rechtes mag für einen Großteil der Vorschriften des Heimgesetzes gelten, jedoch nicht für § 14 HeimG. Dieser ist seiner Rechtsnatur nach, wie nicht zuletzt seine gesetzgeberische Entwicklung sowie die Entwicklung in Literatur und Rechtsprechung, außerdem der Schutzzweck der Norm zeigen, inhaltlich dem Privatrecht zuzuordnen, da er gerade im Bereich des Erbrechts seine ganz konkrete Bedeutung und Wirkung entfaltet: es ist eine Kernfrage des Erbrechtes, wen der Erblasser zum Erben berufen oder wem er sonstige Zuwendungen machen kann<sup>126</sup>. Das bedeutet bei sachgerechter Betrachtung, dass § 14 HeimG entgegen der Auffassung des OLG Oldenburg auch dann gilt, wenn eine deutsche Staatsangehörige zugunsten des Trägers eines ausländischen Heimes eine verbotene Verfügung errichtet<sup>127</sup>. Legt man die derzeit vertretenen Auffassungen zugrunde, gilt § 14 HeimG

- für den Träger eines ausländischen Heimes, wenn eine deutsche Staatsangehörige zu dessen Gunsten letztwillig verfügt,
- für ausländische Bewohner eines deutschen Heimes<sup>128</sup>.

Diese, im Ergebnis noch ungeklärte Rechtslage muss, wenn er damit befasst werden sollte, auch der sorgfältige Rechtsgestalter beachten und in seine Belehrungen einbeziehen. Nachlassgerichte werden nicht umhinkommen, die anstehenden Rechtsfragen im Beschlusswege zu klären, was wiederum zu weiteren obergerichtlichen Entscheidungen führen wird.

## IV

### § 14 HeimG und seine Auswirkungen auf Erbnachweise

Erbnachweise werden erteilt vom Nachlassgericht<sup>129</sup>. Was aber hat das Nachlassgericht zu tun, wenn es feststellt, dass eine letztwillige Verfügung (Testament oder Erbvertrag) wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG unwirksam ist? Dies wird darauf ankommen, in welcher Form der Erbnachweis beantragt ist. Grundsätzlicher Erbnachweis für den privaten Rechtsverkehr ist der Erbschein (§ 2353 BGB). Dies gilt auch gegenüber Banken, wobei diese allerdings beim Tod eines Kunden sich nach ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit der Vorlage einer beglaubigten Testamentsablichtung mit Eröffnungsprotokoll begnügen können<sup>130</sup>, was insbesondere bei öffentlichen (notariellen) Testamenten oder Erbverträgen in Betracht kommt. Der Vorrang des Erbscheins gilt auch im Grundbuchverfahren. Lediglich wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es nach § 35 GBO, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung in beglaubigter Abschrift vorgelegt werden.

#### 1. Erbscheinsverfahren

Das Nachlassgericht hat nach § 2260 BGB zunächst die ihm vorgelegten Verfügungen, gleich ob dies Testamente oder Erbverträge sind, zu eröffnen, wobei zu eröffnen ist jedes Schriftstück, das auch nur angeblich vom Erblasser stammt und sich äußerlich und inhaltlich als Testament oder Erbvertrag darstellt. Die materielle oder formelle Gültigkeit wird zu diesem Zeitpunkt vom Nachlassgericht noch nicht geprüft, weshalb selbst aufgehobene oder nichtige oder durch Vorversterben des Bedachten unwirksame Testamente oder Erbverträge zu eröffnen sind<sup>131</sup>. Die eigentliche Wirksamkeitsprüfung erfolgt im nachfolgenden Erbscheinsverfahren. Hier muss § 14 HeimG vom Nachlassgericht im Rahmen der Amtsermittlungspflicht (§ 2358 BGB, § 12 FGG) von Amts wegen beachtet werden, wenn entsprechende Anhaltspunkte vorliegen. Dabei kann es, wenn Angehörige des Erblassers nicht vorhanden sind, praktisch vorkommen, dass das Nachlassgericht überhaupt nicht weiß, dass die eingesetzte Person in den Bereich des Heimgesetzes fällt, mithin die Verfügung wegen Verstoßes gegen § 14 HeimG unwirksam sein kann; der Verstoß gegen § 14 HeimG wird ungeahndet bleiben. Dies wird allerdings dann nicht der Fall sein, wenn bedacht ist ein Heim oder eine damit verbundene Organisation, weil das Nachlassgericht die entsprechenden Schlüsse ziehen kann und muss.

Wenn das Nachlassgericht feststellt, dass ein Verstoß gegen § 14 HeimG vorliegen kann, wird es im Rahmen der Aufklärungspflicht den Sachverhalt nach allen Richtungen unter Beachtung der Grundsätze des § 2358 BGB ermitteln. Es muss alle möglichen Beweismittel ausschöpfen, z.B. durch Befragung mit dem Verstorbenen verbundener Heimbewohner, eines Heimbeirates, etwa vorhandener Testaments-

123 NJW 1999, 2448.

124 Münchener Kommentar/Birk, Erbrecht, 3. Aufl. 1977, Art. 25, Rdn. 208.

125 Staudinger/Dörner, BGB, 13. Bearbeitung, Art. 25 EGBGB, Rdn. 127.

126 Münchener Kommentar/Birk, (Fn 123), Rdn. 208.

127 so auch Rossak, MittBayNot 1999, 487, 488.

128 Staudinger/Dörner (Fn 124), Rdn. 208.

129 Palandt/Edenhofer (Fn 57), Überblick vor § 2353, Rdn. 1.

130 Palandt/Edenhofer (Fn 128), Rdn. 5.

131 Münchener Kommentar/Burkart, (Fn 109), § 2260 Rdn. 9, Palandt/Edenhofer (Fn 128), § 2260 Rdn. 1-3, etwas anders Staudinger/Baumann (Fn 57), § 2260 Rdn. 8 ff.

zeugen oder Urkundspersonen sowie der mit dem Erblasser befassten und verbundenen Heimbewohner. Wenn sich daraus keine klaren Schlüsse ziehen lassen, ist das Nachlassgericht an die oben III 3.4 dargestellte Beweisvermutung gebunden mit der Folge, dass der letztwilligen Verfügung die Anerkennung zu versagen und ein darauf gestützter Erbscheinsantrag zurückzuweisen ist. Häufig wird es aber keine anderen Beweismittel geben als die Aussage des eingesetzten Verbotsadressaten bzw. seiner gesetzlichen Vertreter oder der sonstigen Wissensvertreter. Frage ist dann, ob der allgemein zugelassene Gegenbeweis dadurch geführt werden kann, dass deren Aussagen in der nach § 156 StGB strafbewehrten Form der vor einem Notar aufgenommenen eidesstattlichen Versicherung abgegeben werden. Das BayObLG<sup>132</sup> hat festgestellt, dass eine eidesstattliche Versicherung mindestens im Grundbuchantragsverfahren zum Nachweis erfolgebester negativer Tatsachen als zulässiges und zu berücksichtigendes Beweismittel dann in Betracht kommt, wenn keine Anhaltspunkte vorliegen, die zu einer abweichenden Beurteilung führen können. In gleicher Weise hat das Oberlandesgericht Schleswig<sup>133</sup> entschieden. Die Sach- und Rechtslage ist mit der vorstehend dargestellten, das Heimgesetz betreffenden vergleichbar. Man wird also auch im Rahmen des § 14 HeimG annehmen müssen, dass eidesstattliche Versicherungen der Verbotsadressaten, ihrer gesetzlichen Vertreter oder ihrer sonstigen Wissensvertreter ausreichen können, um die grundsätzliche Vermutung eines Verbotes zu entkräften, wenn keine sonstigen Beweismittel dagegen sprechen. Sicherlich lässt sich damit nicht ausschließen, dass Verbotsadressaten auch die strafrechtlichen Folgen in Kauf nehmen, um in den Besitz einer nicht unerheblichen Zuwendung zu kommen. Jedoch muss dies im Interesse einer verfassungskonformen engen Auslegung des § 14 HeimG<sup>134</sup> hingenommen werden.

## 2. Grundbuchverfahren

Nach § 35 Abs. 1 GBO genügt hier als Erbnachweis die beglaubigte Abschrift einer öffentlichen Verfügung mit Eröffnungsprotokoll. Das Grundbuchamt ist in eigener Zuständigkeit verpflichtet, die Verfügung auf Formgültigkeit und sodann auf ihren Inhalt zu prüfen<sup>135</sup>, wobei es auch § 14 HeimG und dessen Verbotswirkungen beachten muss, wenn hierfür Anhaltspunkte bestehen. Kommt das Grundbuchamt zum Ergebnis, dass ein Verstoß gegen § 14 HeimG in Betracht kommt, darf es dazu keine eigenen Ermittlungen anstellen<sup>136</sup>. Es muss vielmehr die Vorlage eines Erbscheins des zuständigen Nachlassgerichtes verlangen. Es gelten dann die Grundsätze unter 1. entsprechend.

## C

### Exkurs auf andere Verbotsnormen

Hierauf soll nur kurz und der Vollständigkeit halber eingegangen werden. Nach § 43 BRRG dürfen Beamte auch nach Beendigung des Beamtenverhältnisses Belohnungen und Geschenke im Bezug auf ihr Amt nur mit Genehmigung ihres gegenwärtigen oder letzten Dienstherrn annehmen. § 70 BBG begründet ein fast wortgleiches Verbot mit Ausnahmemöglichkeit, entsprechende Bestimmungen sind in die Landesbeamtengesetze übernommen worden<sup>137</sup>. § 10 BAT verbietet Angestellten ebenfalls die Annahme von Belohnungen und Geschenken in Bezug auf ihre dienstliche Tätigkeit

ohne Zustimmung des Arbeitgebers. § 10 BAT betrifft zwar in erster Linie Angestellte des öffentlichen Dienstes, seine Anwendung wird aber häufig auch in Anstellungsverträgen privater Heimträger vereinbart<sup>138</sup>. Schließlich gilt Entsprechendes für Zivildienstleistende nach § 78 Abs. 2 des Zivildienstgesetzes in Verbindung mit § 19 Soldatengesetz<sup>139</sup>. Unter den Schutzbereich dieser Vorschriften fallen nach herrschender Meinung<sup>140</sup> auch Testamente und Erbverträge. Voraussetzung ist aber in allen Fällen, dass die Zuwendung dienstbezogen und nicht ausschließlich in der privaten Sphäre begründet ist. Hierfür besteht nach der Rechtsprechung<sup>141</sup> wiederum eine Vermutung, die über § 14 HeimG hinaus schon dann begründet ist, wenn auch nur der Anschein eines unzulässigen Vermögensvorteils besteht; nicht erforderlich ist ein „Zusammenwirken“ zwischen Geber und Belohntem, so dass in nahezu allen Fällen eine letztwillige Zuwendung gegen die genannten Vorschriften verstößt. Dies gilt selbst nach Ausscheiden des Zuwendungsempfängers aus dem Dienst, weil die Vermutung auch über diesen Zeitpunkt hinaus nachwirkt. Wie lange dies gilt, muss in jedem Einzelfall<sup>142</sup> anhand der jeweils gegebenen Umstände entschieden werden. Das Bundesverwaltungsgericht<sup>143</sup> hat einen Zeitraum von zwei Monaten im konkret entschiedenen Fall für zu kurz erachtet und damit keine ausschließlich private Motivation angenommen.

Die vorgenannten Vorschriften stehen nicht im Spezialitätsverhältnis zu § 14 HeimG, da sie nach Voraussetzungen und Rechtsfolgen unterschiedlich strukturiert sind. Beide Regelungsbereiche sind, wenn es sich um staatliche oder kommunale Einrichtungen handelt, und Heimleiter bzw. Heimmitarbeiter Beamte oder Angestellte nach § 10 BAT sind, nebeneinander anzuwenden<sup>144</sup>. Alle Zuwendungen müssen dann sowohl unter dem Gesichtspunkt des § 14 HeimG als auch anhand der anderen Verbotsvorschriften geprüft werden. Wenn eine Genehmigung für Ausnahmetatbestände erfolgen soll, muss diese für beide Regelungsbereiche getrennt und nach eigenen Zuständigkeiten eingeholt werden. Welche Folgen ein Verstoß gegen die öffentlich rechtlichen Vorschriften hat, ist umstritten. Im Ergebnis wird man jedoch auch hier ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB annehmen müssen<sup>145</sup>, mit der Folge, dass die verbotswidrige Zuwendung unwirksam ist.

## D

### Zusammenfassung

§ 14 HeimG verbietet die Zuwendung von Vermögensvorteilen unter Lebenden oder von Todes wegen an die in dieser Vorschrift genannten Verbotsadressaten mit der Wirkung eines Verbotsgesetzes dahin, dass alle dagegen verstößenden Verfügungen gem. § 134 BGB unwirksam sind. Bei der Beurteilung des Anwendungsbereichs des § 14 HeimG und insbesondere bei der Frage, wann Verfügungen im Rahmen des § 14 HeimG wirksam sein können, bestehen gerade für denjenigen, der mit dieser Vorschrift, z.B. auch als beurkundender Notar, befasst ist, zahlreiche Unwägbarkeiten. Letztendlich wird man nur empfehlen können, den sicheren Weg einzuschlagen und die Ausnahmegenehmigung der zuständigen Behörde einzuholen. Nur dann

138 Stein (Fn 29), 87 ff.

139 BVerwG NJW 1996, 2319, 2320.

140 BAG NVwZ 1985, 142, 143 (für § 10 BAT), BayObLG Rechtspfleger 1990, 56, BayObLG NJW 1995, 3260, beide zu § 10 BAT, Dubischar (Fn 57), 419, 430, Nieder (Fn 57), Rdn. 226, a.M. Stach (Fn 80), 1943 ff.

141 BVerwG NJW 1996, 35/36, BauObLG NJW 1995, 3260.

142 Ebenroth/Koos ZEV 1996, 344, 345.

143 NJW 1996, 2319, 2320.

144 so Dubischar (Fn 57), 429, Rossak (Fn 7), 46.

145 BayObLG Rechtspfleger 1990, 56, BayObLG NJW 1995, 49, Dubischar (Fn 57), 430 ff., Palandt/Edenhofer (Fn 128), § 1937 Anm. 19, Koos ZEV 1997, 435 ff., Nieder (Fn 57), Rdn. 326, Stach (Fn 80), 945 ff., a.M. z.B. Ostling (Fn 29), 75 ff.

132 Beschluss vom 8. 6. 2000, Rechtspfleger 2000, 51 ff., mit weiteren Nachweisen.

133 BayMittNot 2000, 114, 115.

134 Rossak (Fn 23), 408.

135 Demharter, Grundbuchordnung, 21. Aufl. 1995, § 35 Rdn. 42.

136 Demharter (Fn 134), Rdn. 40.

137 vgl. die Nachweise bei Ostling (Fn 29), 75.

besteht Gewissheit, dass Haftpflichtsituationen abgeschlossen sind.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass bereits der Entwurf eines dritten Gesetzes zur Änderung des Heimgesetzes vorliegt, der auch eine Neufassung von § 1 HeimG für den Anwendungsbereich sowie von § 14 HeimG hinsicht-

lich Leistungen an Träger und Beschäftigte vorsieht. Wesentliche Änderungen ergeben sich dabei im Rahmen des § 1, im Rahmen des § 14 Abs. 1 und 5 handelt es sich mehr um redaktionelle Änderungen. Im Wesentlichen wird es also bei den dargestellten Problemen bleiben.

## Gewusst wo

– Gesetze, Verordnungen, Erlasse in Bund und Ländern –  
2000

von Notar a.D. **Dr. Trutz Linde**, Müllheim/Baden

### I. Internationales/Europäisches Recht

Gesetz zur Durchführung der Richtlinie des Rates der Europäischen Union zur Änderung der Bilanz- und der Konzernbilanzrichtlinie hinsichtlich ihres Anwendungsbereiches (90/605/EWG), zur Verbesserung der Offenlegung von Jahresabschlüssen und zur Änderung anderer handelsrechtlicher Bestimmungen (Kapitalgesellschaften- und Co-Richtlinie-Gesetz-KapCoRiLiG)

vom 24. 2. 2000 – BGBl I 2000, 154.

Bekanntmachung über den Geltungsbereich des Haager Übereinkommens zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation

vom 6. 10. 2000 – BGBl II 2000, 1362.

Gesamtverzeichnis der Dolmetscher und Übersetzer in Baden-Württemberg (Stand: 1. 1. 2000) – Die Justiz 2000, 164.

### II. Bundesrecht

#### A. Zivilrecht

Gesetz zur Beschleunigung fälliger Zahlungen vom 30. 3. 2000 – BGBl I 2000, 330 (ändert/ergänzt im BGB §§ 284, 288, 632 a, 640, 641, 641 a, 648 a; im EGBGB Art. 229; im AGB-Gesetz § 27 a; in der ZPO §§ 301, 302)

Neufassung des Wohngeldgesetzes vom 11. 4. 2000 – BGBl I 2000, 450

Neufassung des AGB-Gesetzes vom 29. 6. 2000 – BGBl I 2000, 946

Neufassung des Teilzeit-Wohnrechtgesetzes vom 29. 6. 2000 – BGBl I 2000, 957

Gesetz zur Änderung und Ergänzung vermögensrechtlicher und anderer Vorschriften (Vermögensrechtsergänzungsgesetz-VermRErgG)

vom 15. 9. 2000 – BGBl I 2000, 1382

Gesetz zur Änderung des Rechts an Grundstücken in den neuen Ländern (Grundstücksrechtsänderungsgesetz – GrundRÄndG)

vom 2. 11. 2000 – BGBl I 2000, 1481

Gesetz über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge und zur Änderung und Aufhebung arbeitsrechtlicher Bestimmungen

vom 21. 12. 2000 – BGBl I 2000, 1966

#### B. Freiwillige Gerichtsbarkeit

Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 18. 1. 2000 – 1 BvR 321/96, Veröffentlichung vom 29. 3. 2000 – BGBl I 2000, 444 (§§ 62 und 55 FG sind mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen).

### C. Berufsrecht

Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte vom 9. 3. 2000 – BGBl I 2000, 182

Gesetz zur Änderung von Vorschriften über die Tätigkeit der Steuerberater (7. StBÄndG) vom 24. 6. 2000 – BGBl I 2000, 874 (§ 56 behandelt auch Sozietäten mit Rechtsanwälten, die zugleich Notare sind)

### D. Steuerrecht

Neufassung der Einkommensteuer-Durchführungsverordnung vom 10. 5. 2000 – BGBl I 2000, 717

Gesetz zur weiteren steuerlichen Förderung von Stiftungen vom 14. 7. 2000 – BGBl I 2000, 1034

Gesetz zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz – StSenkG) vom 23. 10. 2000 – BGBl I 2000, 1433

Gesetz zur Umrechnung und Glättung steuerlicher Euro-Beträge (Steuer-Euroglättungsgesetz – StEuglG) vom 19. 12. 2000 – BGBl I 2000, 1790

Gesetz zur Ergänzung des Steuersenkungsgesetzes (Steuersenkungsergänzungsgesetz – StSenkErgG) vom 19. 12. 2000 – BGBl I 2000, 1812

Gesetz zur Einführung einer Entfernungspauschale vom 21. 12. 2000 – BGBl I 2000, 1918

### III. Landesrecht

#### A. Freiwillige Gerichtsbarkeit

Verordnung des Justizministeriums über das maschinell geführte Grundbuch (EGB-VO) vom 23. 2. 2000 – GBl 2000, 182

Verordnung der Landesregierung zur Erhöhung der Entschädigung der Gemeinden für Leistungen im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit vom 20. 6. 2000 – GBl 2000, 477

Führung des Handelsregisters, des Genossenschaftsregisters und des Vereinsregisters AV d.JuM vom 6. 12. 1999 (3820/0018) – Die Justiz 2000, 33

Änderung der Zweiten Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (2.VV LFGG) VwV d.JuM vom 16. 5. 2000 (3800 a/0011) – Die Justiz 2000, 134

Anordnungen über die Geschäftsstellen der Notariate und Grundbuchämter VwV d.JuM vom 1. 8. 2000 (2510/0613) – Die Justiz 2000, 326

Änderung der Ersten Verwaltungsvorschrift zur Ausführung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (1.VV LFGG) VwV d.JuM vom 7. 9. 2000 (3800a-II/10) – Die Justiz 2000, 394 (§ 4: Auskunftersuchen über internationales und ausländisches Privatrecht künftig an die Württembergische Notarakademie Stuttgart richten)

## B. Öffentliches Recht

Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes über die Fachhochschulen im Lande Baden-Württemberg (Fachhochschulgesetz-FHG) vom 1. 2. 2000 – GBI 2000, 125

(§ 5 Rechtsnatur: Rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts; § 13 Abs. 1: Der Rektor vertritt die Fachhochschule; § 88 Abs. 4: Abschluss der Ausbildung an der Notarakademie – Laufbahnprüfung für das Amt des Bezirksnotars)

Bekanntmachung des Gesetzes über die Berufsakademien im Lande Baden-Württemberg (Berufsakademiegesetz-BAG) vom 1. 2. 2000 – GBI 2000, 197 (§ 1 Abs. 5: Die Studienakademien sind nichtrechtsfähige Anstalten des Landes).

Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes über die Universitäten im Lande Baden-Württemberg (Universitätsgesetz-UG) vom 1. 2. 2000 – GBI 2000, 208 (§ 5 Rechtsnatur: Rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts; § 13 Abs. 1: Der Rektor vertritt die Universität; gegebenenfalls der Präsident, § 15).

Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes über die Pädagogischen Hochschulen im Lande Baden-Württemberg (PHG) vom 1. 2. 2000 – GBI 2000, 269 (§ 5 Rechtsnatur: Rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts; § 13 Abs. 1: Der Rektor vertritt die PH)

Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes über die Kunsthochschulen im Lande Baden-Württemberg (Kunsthochschulgesetz-KHG) vom 1. 2. 2000 – GBI 2000, 313 (§ 5: Rechtsnatur: Rechtsfähige Körperschaften des öffentlichen Rechts; § 13 a: Der Rektor vertritt die KH).

Gesetz zur obligatorischen außergerichtlichen Streitschlichtung und zur Änderung anderer Gesetze vom 28. 6. 2000 – GBI 2000, 470 (Gütestellen beim Amtsgericht; § 13: Aus der vor der Schlichtungsperson geschlossenen Vereinbarung findet die Zwangsvollstreckung nach § 794 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statt).

Bekanntmachung der Neufassung der Gemeindeordnung vom 24. 7. 2000 – GBI 2000, 581 (§ 42: Der Bürgermeister vertritt die Gemeinde)

Gesetz zur Änderung der Landesbauordnung für Baden-Württemberg vom 19. 12. 2000 – GBI 2000, 760 (Insbes.: § 8 Teilung von Grundstücken wird aufgehoben)

Verwaltungsvorschrift über den Erlass von Gerichtskosten und anderen Justizverwaltungsabgaben  
VwV d.JuM vom 11. 4. 2000 (5602/0161) – Die Justiz 2000, 121

## C. Berufsrecht

Bekanntmachung der Neufassung des Landesbesoldungsgesetzes vom 12. 12. 1999 – GBI 2000, 1

Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der Verordnung über die Ausbildung und Prüfung der Rechtspfleger vom 16. 12. 1999 – GBI 2000, 28

Bekanntmachung der Neufassung des Landesrichtergesetzes vom 22. 5. 2000 – GBI 2000, 503 (§§ 95 ff: In Disziplinarverfahren gegen Notare mit Richteramtbefähigung im Landesdienst, auch gegen Notare im Ruhestand, entscheiden die Richterdienstgerichte. Als nichtständige Beisitzer wirken in den Richterdienstgerichten Notare mit Richteramtbefähigung mit)

Gesetz zur Änderung des Landesreisekostengesetzes vom 10. 10. 2000 – GBI 2000, 645

Verordnung des Justizministeriums zur Änderung der Juristenausbildungs- und Prüfungsordnung vom 25. 9. 2000 – GBI 2000, 665

Gesetz zur Änderung des Landesbeamtengesetzes und anderer Gesetze vom 19. 12. 2000 – GBI 2000, 750

Geschäftsordnung der Bezirksrevisoren

AV d.JuM vom 1. 2. 2000 (2332/0043) – Die Justiz 2000, 57

Informationen zur Krankenversicherung für beihilfeberechtigte Richter, Beamte und Versorgungsempfänger

Bek.d.JuM vom 8. 9. 2000 (2151/0237) – Die Justiz 2000, 394

Vorschlagswesen in der Landesverwaltung

VwV d.JuM vom 5. 10. 2000 (1284/0004) – Die Justiz 2000, 414

Verkehr der Justizbehörden untereinander und mit den obersten Bundes- und Landesbehörden

VwV d.JuM vom 17. 10. 2000 (1412/0007) – Die Justiz 2000, 439

Verwaltungsvorschrift über die Ausbildung der Rechtsreferendare

VwV d.JuM vom 13. 11. 2000 (2220 I-PA/142) – Die Justiz, 455

**Ann.:** Diese Zusammenstellung schließt mit dem 31. 12. 2000 ab. Sie setzt die alljährlichen Übersichten in der BWNNotZ, zuletzt 2000, 108, fort.

## Rechtsprechung

## BNotO §§ 15, 20

**Hat der Notar in einem Kaufvertrag übernommen, die Auflassung nach Zahlung des Kaufpreises zu beurkunden und haben die Vertragsparteien den namentlich benannten Notariatsangestellten zur Abgabe der erforderlichen Erklärungen Vollmacht erteilt, so besteht beim Streit der Parteien über die Höhe des Kaufpreises keine Amtspflicht des Notars, die Angestellten zur Abgabe der Erklärungen anzuhalten.**

OLG Frankfurt/Main, Beschluss vom 7. 12. 1999, 20 W 471/99

Aus den Gründen:

Die Beteiligte zu 1) und deren zwischenzeitlich verstorbener Ehemann, der Vater der Beteiligten zu 2) – 3), haben als Käufer und die Beteiligte zu 4) als Verkäuferin in dem notariellen Kaufvertrag vom 28. 12. 1995 über den Kauf eines Grundstücks nebst einem noch zu erstellenden Wohngebäude vereinbart, daß die Auflassung erteilt wird, sobald der Kaufpreis entrichtet ist (§ 11 des Vertrages). Hinsichtlich der Auflassung haben die damaligen Vertragsparteien

namentlich benannte Angestellte des Notars bevollmächtigt, die Auflassung zu erklären und entgegenzunehmen (§ 13 des Vertrages).

Der Kaufpreis ist mit 541.257 DM beziffert und als Festpreis bezeichnet (§ 3 Abs. 1 des Vertrages). Die Zahlung hat nach bestimmten Prozentsätzen nach Bautenstand zu erfolgen (§ 3 Abs. 2 des Vertrages). Zusätzlich sind Bestimmungen bezüglich der Sonderwünsche getroffen. § 3 Abs. 3 des Vertrages sieht vor, daß Sonderwünsche des Käufers erst nach schriftlicher Festlegung der zusätzlichen Kostenhöhe und Anerkenntnis durchgeführt werden und daß die sich hieraus ergebenden Beträge nach Ausführung der Leistung zu zahlen sind.

Die Verkäuferin ist der Ansicht, daß zu dem in § 11 des Vertrages genannten Kaufpreis, von dessen Entrichtung die Auflassungserklärung abhängig ist, auch die Bezahlung der Sonderwünsche gehört. Die Verkäuferin verweigert deswegen die Auflassung. Der Notar hat diese Weigerung als Widerruf der Vollmacht zur Beurkundung der Auflassung gesehen, weswegen es entgegen dem Begehren der Beteiligten zu 1) – 3) noch nicht zur Beurkundung der Auflassung gekommen ist.

Die Beteiligten zu 1) – 3) haben mit ihrer erhobenen Beschwerde beantragt, den Notar anzuweisen, daß dieser unter Ausnutzung der Vollmachten gemäß § 13 des notariellen Vertrags die Auflassung erklären läßt und beurkundet.

Das Landgericht hat durch Beschluß vom 26. 8. 1999 die Beschwerde zurückgewiesen. Das Landgericht ist dabei davon ausgegangen, daß die Verkäuferin die Vollmacht habe wirksam widerrufen können.

Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) – 3). Sie meinen, der Widerruf der Vollmacht sei vertraglich ausgeschlossen, weil ansonsten die eigentliche Durchführung des Vertrags vereitelt werden könnte.

Sie beantragen, den angefochtenen Beschluß aufzuheben und anzuordnen, daß der Notar durch eine der in § 13 Abs. 2 des genannten Vertrags bevollmächtigten Angestellten für die Verkäuferin die Auflassung des Kaufobjekts in Anwesenheit der Antragsteller erklären läßt, die die Auflassung entgegennehmen und daß der Notar diesen Auflassungsvertrag beurkundet.

Die an keine Frist gebundene weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1) – 3) gegen den Beschluß des Landgerichts ist als Rechtsbeschwerde statthaft (§ 15 Abs. 1 Satz 3 BNotO i.V.m. § 27 Abs. 1 FGG). Sie ist formgerecht angebracht worden (§ 29 FGG) und auch sonst zulässig, weil die Erstbeschwerde zurückgewiesen worden ist (§ 20 FGG).

Das Landgericht hat zwar zu Unrecht angenommen, es handele sich vorliegend um eine Beschwerde nach § 54 BeurkG. Dies trifft indessen nicht zu, weil die Antragsteller nicht die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nach § 52 BeurkG oder eine sonst in § 54 BeurkG genannte Amtshandlung (Aushändigung einer Urschrift) beantragt haben, sondern die Anordnung, daß der Notar unter Ausnutzung der in § 13 des Kaufvertrags vom 28. 12. 1995 erteilten Vollmachten die Auflassung erklären läßt und dieses auch beurkundet. Dieser Ausgangspunkt des Landgerichts ist aber unschädlich, weil § 15 BNotO den Beschwerderechtzug in gleicher Weise eröffnet, wenn behauptet wird, der Notar verweigere seine Amtstätigkeit ohne ausreichenden Grund.

Die weitere Beschwerde ist aber im Ergebnis nicht begründet.

Da die Auflassung erst noch erklärt werden, die notarielle Urkunde als Grundlage weiterer Vollzugstätigkeit des Notars erst noch erstellt werden muß, liegt kein Fall des § 53 BeurkG vor, wonach der Notar von der Einreichung der Urkunde nur absehen kann, wenn alle Beteiligten gemeinsam etwas verlangen.

Es geht hier auch nicht um eine Verweigerung der Urkundstätigkeit i.S.v. §§ 2 – 22 a BNotO. Der Notar hat es nicht abgelehnt, dem Wunsch der Vertragsparteien nach Beurkundung der Auflassung nachzukommen. Er hat es nur abgelehnt, einen Beurkundungstermin anzusetzen, bei dem die Verkäuferseite durch eine seiner Angestellten vertreten ist und eine Auflassung zu beurkunden, die auf der Verkäuferseite auf der in dem notariellen Vertrag vom 28. 12. 1995 erteilten Vollmacht beruht. Den Beteiligten zu 1) – 3) geht es also im Kern darum, daß der Notar eine seiner in § 13 des Vertrags bevollmächtigten Angestellten anweist, die Auflassung zu erklären, weil die Verkäuferin dazu nicht bereit ist.

Übernimmt ein Notar – wie hier – über die in §§ 20 – 20 a BNotO genannten Tätigkeiten hinaus Betreuungstätigkeiten i.S.v. § 24 BNotO (vgl. Seybold/Schippel/Reithmann, Bundesnotarordnung, 6. Aufl. 1995, § 24 Rn 33), so hat er sie ordnungsgemäß abzuwickeln. Die Erfüllung dieser Pflicht kann auch nach wohl herrschender Rechtsprechung im Beschwerdeweg nach § 15 I 2 BNotO eingefordert werden (Arndt/Lerch/Sandkühler, Bundesnotarordnung, 3. Aufl. 1996, § 15 Rn 76 und 77 Seybold/Schippel, Reithmann, Bundesnotarordnung, 6. Aufl. 1995, § 24 Rn. 9).

Eine Amtspflichtverletzung des Notars liegt jedoch nicht vor. Der Notar ist nicht verpflichtet, den Streit der Beteiligten zu 1) – 3) mit der Verkäuferin dadurch zu beenden, daß er eine seiner von den damaligen Vertragsbeteiligten bevollmächtigten Angestellten zur Abgabe der Auflassungserklärung bestimmt.

Zunächst ist es bereits zweifelhaft, ob der Notar hier eine solche Weisungsverpflichtung übernommen hat. Die Angestellten sind zwar auf-

grund ihres Dienstverhältnisses mit dem Notar von den Vertragsbeteiligten bevollmächtigt worden. Deswegen leitet sich ihre Vollmacht aber nicht vom beurkundenden Notar, sondern von den Parteien ab. Das bedeutet, daß die Angestellten insoweit eigenverantwortlich und unabhängig vom Notar handeln (Haug, Die Amtshaftung des Notars, 2. Aufl. 1997, S. 59 Rn 157). Würde man nämlich die Vollzugsvollmacht der Notariatsangestellten von dem mit dem Notar vereinbarten Dienstvertrag ableiten, dann würde eine solche Beurkundung gegen das Beurkundungsverbot des § 6 BeurkG verstoßen (vgl. auch Wörner, Zur Vollzugsvollmacht der Notariatsangestellten, JurBüro 1980, 1465 ff).

Letztlich kann es aber auch dahinstehen, ob und in welcher Form der Notar bei dieser Vertragsgestaltung noch eine Weisungsverpflichtung gegenüber seinen Angestellten hat. Selbst wenn man von einer solchen ausgehen wollte, so müßte die Durchführung der übernommenen Tätigkeit gleichwohl dem pflichtgemäßen Ermessen des Notars überlassen bleiben (Seybold/Schippel/Reithmann, Bundesnotarordnung, 6. Aufl. 1995, § 24 Rn 35).

Im Rahmen des pflichtgemäßen Ermessens hat sich die Entscheidung des Notars aber gehalten. Im einzelnen gilt hierzu folgendes:

Grundsätzlich werden Kaufvertrag und Auflassung in einer Urkunde zusammengefaßt, davon kann jedoch auch abgewichen werden. Vorliegend ist eine getrennte Beurkundung gewählt worden. Häufig wollen die Vertragsteile dann sich das nochmalige Erscheinen vor dem Notar ersparen. In diesem Fall können sie einer Partei des beiderseitigen Vertrauens Vollmacht erteilen, wobei die Ansicht vertreten wird, daß die Vollmacht zweckmäßigerweise unwiderruflich erteilt wird (Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, BT Rn 346 ff).

Ob eine unwiderrufliche Vollmachterteilung hier vorliegt, erscheint zweifelhaft. Der notarielle Vertrag enthält insoweit keine ausdrückliche Vereinbarung. Dies bedeutet aber nicht, daß schon deswegen von der Widerruflichkeit der Vollmacht auszugehen wäre, denn für die Frage der Widerruflichkeit kommt es auf das zugrundeliegende Rechtsverhältnis und den Zweck der Bevollmächtigung an (Palandt-Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch, 58. Aufl. 1999, § 168 Rn 5 u. 6; Reithmann/Albrecht/Basty, Handbuch der notariellen Vertragsgestaltung, 7. Aufl. 1995, BT Rn 346 ff). Es scheint hier möglich, daß die damaligen Vertragsparteien die Bevollmächtigungen nur aus Gründen der Bequemlichkeit gewählt haben, um also den Vertragsbeteiligten einen nochmaligen Gang zum Notar zu ersparen und nicht aus Sicherheitsgründen bzw. um dem Notar eine wie auch immer geartete Schiedsrichterrolle zu übertragen (vgl. Wolfsteiner, DNotl-Rp 1997, 112).

Es braucht hier nicht abschließend erörtert zu werden, ob und welche Punkte hier für oder gegen eine Widerrufsmöglichkeit sprechen. Selbst wenn die Vollmachterteilung nicht widerrufen wäre, so hätte das nicht zur Folge, daß der Notar bzw. dessen Angestellte gegen den Willen der Vollmachtengeberin von seiner Vollmacht Gebrauch machen müßte. Der Notar müßte vielmehr aufgrund seiner Verpflichtung zur Unparteilichkeit darauf bedacht sein, daß sowohl die Käufer- als auch die Verkäuferinteressen gewahrt bleiben.

Auch die vertragliche Regelung bezüglich der Abgabe der Auflassungserklärung ist hier auslegungsbedürftig. Es ist fraglich, ob hier die Auflassung nur von der Entrichtung des Festpreises abhängig sein sollte oder auch von der Bezahlung des Werklohns für die Sonderwünsche. Entgegen der Meinung der Beteiligten zu 1) – 3) ist die Bezeichnung des Festpreises als „Kaufpreis“ hier kein zwingendes Abgrenzungskriterium zu den Zusatzkosten für Sonderwünsche, denn auch der Festpreis ist – jedenfalls bezüglich der Herstellungskosten – im eigentlichen Sinn Werklohn.

Würde der Notar wie von den Beteiligten zu 1) – 3) beantragt, tätig werden, hätte er im Ergebnis den Streit um die Sonderwünsche und deren Bezahlung – jedenfalls vorläufig – zugunsten der Beteiligten zu 1) – 3) entschieden. Dazu ist er nicht verpflichtet. Die Grenzen des pflichtgemäßen Ermessens überschreitet der Notar nicht, wenn er den zwischen den Vertragsbeteiligten aufgekommenen Streit über die Vertragserfüllung nicht entscheidet. Grundsätzlich ist es nicht Aufgabe des Notars, zwischen den Vertragsparteien streitig gewordene Fragen zu klären und zu entscheiden (OLG Köln, 2 Wx 18/99,

Beschluß vom 19. 5. 1999, Juris-Dok.). Es ist insoweit nicht Aufgabe des Notars richterliche Funktionen wahrzunehmen. Entschließt sich der Notar in einem solchen Fall mit der weiteren Beurkundung innewahalten, was letztlich bedeutet, daß die Vertragsparteien den Streit notfalls im Prozeßweg klären müssen, so handelt er nicht pflichtwidrig (so beim Prätendentenstreit OLG Hamm, DNotZ 1994, 121 ff und OLG Frankfurt am Main, FGPrax 1998, 79 ff = MDR 1998, 44 = OLG-Rp 1998, 135 = DNotI-Rp 1998, 80).

**GG Art. 19 Abs. 4; 103**

**1. In Verfahren vor dem Rechtspfleger bestimmt sich die Pflicht zur Anhörung der in ihren Rechten Betroffenen nach dem rechtsstaatlichen Grundsatz eines fairen Verfahrens und nicht nach Art. 103 Abs. 1 GG.**

**2. Die §§ 62 und 55 FGg sind mit Art. 19 Abs. 4 GG unvereinbar, soweit sie den in ihren Rechten Betroffenen jede Möglichkeit verwehren, Entscheidungen des Rechtspflegers der Prüfung durch den Richter zu unterziehen.**

BVerfG, Beschl. v. 18. 1. 2000, 1 BvR 321/96, BWNotZ 2000, 91 mit Anm. Kraiß bzw. BWNotZ 2001, 17 mit Anm. v. Bühler.

Anmerkung

1. Eine Betroffenheit des Notars im Landesdienst von der genannten Entscheidung wäre nur dann gegeben, wenn im Ergebnis seine statusmäßige Einordnung nicht der des Richters entspräche. Ursächlich für die Problematisierung der genannten Entscheidung ist die unkonkrete Definition des Status des Notars im Landesdienst bei seiner Tätigkeit im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit durch das BWLFGG. Bei näherem Hinsehen ist die Entscheidung des Verfassungsgerichtes insoweit durchaus richtungsweisend.

2. Ausgehend vom Grundsatz der Gewaltenteilung des Art. 20 Abs. 2 GG ist das Rechtsprechungsmonopol durch Art. 92 GG verfassungsrechtlich garantiert. Art. 92 GG ist unter anderem auch Organisationsnorm, hat aber vor allem materielle Bedeutung in dem Sinne, dass damit bereits eine Zuweisung bestimmter Aufgaben an die rechtsprechende Gewalt vollzogen ist. Nach der Auffassung des BVerfG zum materiellen Begriff der rechtsprechenden Gewalt wird auch die freiwillige Gerichtsbarkeit durch Gerichte i.S. des Grundgesetzes ausgeübt (BVerfGE 21, 144; 27, 312 ff.; 76, 100 ff). Die rechtsprechende Gewalt ist den Richtern anvertraut. Die Richter sind weisungsfrei und haben institutionell gesicherte persönliche Unabhängigkeit, Art. 97 GG. Dieses gilt vorbehaltlos auch für die Gerichts- und Notariatsorganisation des Landes Baden-Württemberg, denn sonst wäre dem Gewaltenteilungsgrundsatz hier nicht verfassungsmäßig Rechnung getragen. Der Vorbehalt des Art. 138 GG ändert hieran nichts: Es handelt sich hierbei lediglich um eine grundgesetzliche Garantie von Reservatrechten, durch welche die in Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG vorgesehene konkurrierende Gesetzgebungskompetenz des Bundes bei Änderung der Einrichtung des bestehenden Notariats beschränkt wird (Schmidt-Bleibtreu Klein – Kommentar zum Grundgesetz, 9. Aufl. Art. 139 GG), keineswegs wird hierdurch aber eine Einschränkung des Rechtsprechungsmonopoles des Art. 92 GG und damit des Grundsatzes der Gewaltenteilung gem. Art. 20 Abs. 2 GG in seinem Verständnis als Garantie bürgerlicher Freiheitsrechte im Land Baden-Württemberg für zulässig erklärt. Art. 138 GG beinhaltet damit keine Ermächtigung des Landes zur Herausnahme der dem Richter i.S. von Art. 92 GG vorbehaltenen Aufgaben im Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und zur Überleitung auf einen Amtsträger, dem eine gegenüber dem richterlichen Status des Art. 97 GG mindere Unabhängigkeit gewährleistet wird. Damit erübrigt sich die Frage, inwieweit das Notariat als „andere Behörde“ Gericht ist oder nicht: Der Reservatvorbehalt lässt zwar zu, dass gerichtliche Aufgaben in Baden-Württemberg durch das Notariat wahrgenommen werden, verfassungsmäßig unzulässig ist es jedoch, den nach dem Grundgesetz den Richtern übertragenen Aufgaben auf eine andere Funktionsträger zu übertragen, die nicht den durch Art. 20 Abs. 2 i. V. mit Art. 92, 97 GG gesetzten Maßstäben entsprechen.

3. Das BVerfG stellt in seiner Begründung zur betroffenen Entscheidung ausdrücklich fest, „die Stellung der Richter ist durch ihre Unab-

hängigkeit gekennzeichnet (Art. 97 GG)“. Den Ausführungen von Bühler (a.a.O.), der den Status des Richters an die Definition des Richtergesetzes bindet, ist nicht zu folgen. Es entspricht der Besonderheit des Reservatvorbehaltes Art. 138 GG, dass der Notar i.L., abweichend von der Definition des Richtergesetzes, in dem ihm zugewiesenen Bereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit die Stellung des Richters des Rechtszuges wahrnimmt. Da hier die landesrechtliche Abweichung des Gerichtsverfassungsrechtes statt des Richters den Notar im Landesdienst zur Wahrnehmung der in diesem Rechtszug bundesrechtlich ausschließlich Richtern vorbehaltenen Tätigkeiten bestimmt, tritt anstelle des Gerichts i.S. des § 92 GG und des Richters i.S. des § 97 GG insoweit das Notariat und der Notar. Nur so sind die verfassungsmäßigen Voraussetzungen des Art. 98 Abs. 3 GG durch das BWLFGG erfüllt. Die Funktion bestimmt den Status. Bei anderer Auffassung ist eine im Verhältnis zu Art. 20 Abs. 3 GG unzulässige geringere Rechtsstaatlichkeit des Landesrechtes zu besorgen.

4. Demgemäß ist die von den Gerichten i.S. des Art. 92 GG auszuübende rechtsprechende Gewalt Funktionsträgern vorbehalten, deren Status der Unabhängigkeitsvoraussetzung des Art. 97 GG entspricht. Die in Bezug genommene Entscheidung des BVerfG setzt für die Funktion des Richters einen sachlich und persönlich unabhängigen Amtsträger voraus. Der Notar im Landesdienst ist bereits in seiner Funktion als Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes definiert, was sowohl seine persönliche wie auch seine sachliche Unabhängigkeit postuliert, § 3 Abs. 1 Satz 2 BWLFGG. Er erfüllt damit die verfassungsrechtlichen Voraussetzungen für die Wahrnehmung der Richterfunktion. Die damit verbundene persönliche Unabhängigkeit ist uneingeschränkt und zwangsläufig auch dann gegeben, wenn der Notar im Landesdienst richterliche Aufgaben wahrnimmt. Es ist hierbei ohne Bedeutung, inwieweit der Richterbegriff des Richtergesetzes verwirklicht ist, maßgeblich ist lediglich der Umstand, daß der Notar im Landesdienst Richterfunktionen, und zwar auch solche die nach dem Rechtspflegergesetz nicht dem Rechtspfleger übertragen werden können, wahrnimmt.

5. Am richtergleichen Status ändert auch nichts die missverständliche Formulierung des § 2 BWLFGG, wonach der Notar im Landesdienst bei der Wahrnehmung von Aufgaben der Rechtspflege „sachlich unabhängig und nur dem Gesetz“ unterworfen sei. Wäre der Notar bei der Wahrnehmung ausschließlich dem Richter vorbehaltenen Aufgaben ledig sachlich, nicht auch persönlich unabhängig, wäre dies nach Maßgabe des durch Art. 97 GG gesetzten Unabhängigkeitsstandards nicht mehr verfassungskonform. Klarstellung erfolgt unmittelbar durch § 3 Abs. 2 BWLFGG für die Beurkundungszuständigkeit, wonach der Notar im Landesdienst diese Funktion als „unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes“ ausübt. Die Unabhängigkeit des Notars ist eine notwendige Folge des im Grundgesetz verankerten Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit. Sie muß gewährleistet sein, um dem Notar die Verwirklichung des Rechts in der vorsorgenden Rechtspflege in vollem Umfang zu ermöglichen. Der Notar soll in seiner rechtlichen Entscheidung frei und allein dem Gesetz unterworfen sein (Seybold-Schippel, 6. Auflage, Anm. 16 zu § 1 BNotO). Ausser der im Gesetz geregelten allgemeinen Dienstaufsicht ist er daher seitens des Staates keiner persönlichen Weisung unterworfen (Seybold-Schippel a.a.O., Rnr. 18). Zu der in Art. 97 GG und § 25 RichterG gewährleisteten Unabhängigkeit des Richters bestehen im Prinzip keine Unterschiede (Seybold-Schippel a.a.O. Rnr. 16). Demgemäß ist dem Notar im Landesdienst auch bei der richterlichen Funktionsausübung persönliche und sachliche Unabhängigkeit gewährleistet.

6. Ein Vergleich des Rechtspflegers mit dem des Notars im Landesdienst ist unangebracht. Der Rechtspfleger sind innerhalb des Rechtszuges richterliche Aufgaben übertragen ohne dass ihm die erforderliche Unabhängigkeit i.S. des Art. 97 GG verbürgt ist. Hieraus ergeben sich, schon um dem Grundsatz der richterlichen Unabhängigkeit i.S. Art. 92, 97 GG gerecht zu werden, Grenzen: Richter vorbehalt gem. § 14 und 16 RpfFG, Ausschluss bei der Abnahme von Eiden, § 4 Abs. 1 RpfFG, Ausschluss der Vorlage i.S. des Art. 100 GG gem. § 5 RPFg, richterliche Kontrolle der Rechtspflegerentscheidung im Rahmen der Erinnerung gem. § 11 Abs. 2 RpfFG. Damit führt der Rechtspfleger in dem ihm zugewiesenen Schranken das Verfahren

subordinant gegenüber dem Richter. Nur so wird Verfassungskonformität i.S. des Art. 20 Abs. 2 GG i.V. mit Art. 97 GG erreicht. Eine solche Beschränkung oder Kontrolle der Entscheidung des Notars im Landesdienst durch den Richter desselben Gerichtes ist der Organisationsstruktur des Notariats fremd. Der Notar nimmt in dem ihm durch BWLFGG zugewiesenen Tätigkeitsbereich der Freiwilligen Gerichtsbarkeit seine Aufgaben als Richter wahr, ein Richter vorbehalt ist insofern nicht gegeben, er ist vorlageberechtigt i.S. des Art. 100 GG, eine Erinnerung gegen seine Entscheidung findet nicht statt.

7. Im Ergebnis bestimmt sich im gerichtlichen Verfahren vor dem Notar im Landesdienst die Pflicht zur Anhörung der in ihren Rechten Betroffenen nach Art. 103 Abs. 1 GG. Es ist damit der Auffassung von Kraiß (a.a.O) zu folgen, wonach bei der Entscheidung des Notars im Landesdienst ein Vorbescheid im Anwendungsbereich der §§ 55, 62 FGG nicht in Frage kommt. Der Notar im Landesdienst führt das Verfahren als Richter und nicht an dessen Stelle. Für das von ihm zu beachtende Verfahren sind damit die vom Richter zu beachtenden Anhörungsmaxime einschlägig.

Notar Walter Hochmann, Plochingen

#### EGBGB Art. 15, GBO §§ 20, 47

**Die Eintragung von Ehegatten als Bruchteilseigentümer darf das Grundbuchamt nur dann ablehnen, wenn es sichere Kenntnis davon hat, dass das Grundbuch dadurch wegen des maßgeblichen Güterrechts unrichtig würde; die bloße Möglichkeit, dass dies geschieht genügt nicht. Das Grundbuchamt darf eine Auffassung an Ehegatten jugoslawischer Nationalität in Bruchteilseigentum nicht zurückweisen. Nach dem maßgeblichen Güterrecht Serbiens, Montenegros und des Kosovo können die Ehegatten einvernehmlich die Teilung des gemeinsamen Vermögens vornehmen. Die Eintragung der Ehegatten als Mit-eigentümer zu bestimmten Teilen im Grundbuch gilt danach als Teilung des gemeinsamen Vermögens.**

BayObLG, Beschl. vom 6. 12. 2000 2 Z BR 5/00

Aus den Gründen:

#### I.

Zu notarieller Urkunde verkaufte die Beteiligte zu 3 an die Beteiligten zu 1 und 2 in Miteigentum zu gleichen Teilen einen Miteigentumsanteil zu 22, 24/1000, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung und einem Kellerabteil.

Die Beteiligten zu 1 und 2 wiesen sich durch jugoslawische Reisepässe aus und erklärten, verheiratet zu sein und im gesetzlichen Güterstand zu leben; beide haben ihren Wohnsitz in Deutschland.

Die Anträge der Beteiligten, die Auffassung der Eigentumswohnung einzutragen und im Gegenzug die Auflassungsvormerkung zu löschen, hat das Grundbuchamt abgewiesen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten.

#### II.

Das Rechtsmittel hat Erfolg; es führt zur Aufhebung der Entscheidungen des Landgerichts und des Grundbuchamts und zur Anweisung an das Grundbuchamt, die beantragten Eintragungen vorzunehmen.

1. Das Landgericht hat ausgeführt: Die Beschwerdekammer sei in Übereinstimmung mit dem Grundbuchamt zur Überzeugung gelangt, daß durch die beantragte Eintragung der Beteiligten zu 1 und 2 als Miteigentümer zu je 1/2 das Grundbuch unrichtig würde. Zwar bestünden keine Zweifel an der Wirksamkeit der Auflassung, doch habe das Grundbuchamt trotz Vorliegens der Eintragungsvoraussetzungen die Eintragung zu Recht abgelehnt, da feststehe, daß das Grundbuch durch die beantragte Eintragung inhaltlich unrichtig werde. Aufgrund der von den Beteiligten zu 1 und 2 vorgelegten Reisepässe sei die Kammer überzeugt, daß sie jugoslawische Staatsangehörige seien. Nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB in Verbindung mit Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB gelte für die güterrechtlichen Wirkungen

der Ehe zwischen den Beteiligten zu 1 und 2 jugoslawisches Recht, da angesichts des Geburtsjahrgangs der Beteiligten zu 2 eine Eheschließung vor dem 1. 9. 1986 ausscheide. Das jugoslawische Kollisionsrecht nehme die Verweisung an, eine Rück- oder Weiterverweisung sei bei Ehegatten gleicher Staatsangehörigkeit nicht vorgesehen. Eine anderweitige Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 EGBGB sei nach den vorliegenden Umständen auszuschließen. Das eheliche Güterrecht in Jugoslawien sei jeweils in den Gesetzen der Teilrepubliken geregelt. Nach dem Recht der interlokalen Kollisionen in Jugoslawien komme es bei einem Wohnsitz außerhalb der jugoslawischen Republik auf die Staatsangehörigkeit der Ehegatten an. In den Teilstaaten der sozialistischen Republik Jugoslawien (Serbien, Montenegro, Kosovo) gelte übereinstimmend als gesetzlicher Güterstand die sogenannte Errungenschaftsgemeinschaft. Das bedeute, daß während der Ehe durch Arbeit erworbenes Vermögen zwingend gemeinsames Vermögen werde. Auch in den unabhängig gewordenen früheren Teilrepubliken Jugoslawiens (Kroatien, Mazedonien, Bosnien-Herzegowina und Slowenien) gelte dieser Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft. Demnach sei eine Eintragung der Beteiligten zu 1 und 2 als Bruchteilseigentümer mit dem maßgeblichen Ehegüterrecht nicht vereinbar. Daß die Eigentumswohnung mit vorehelichem Vermögen eines der Ehegatten erworben werde, scheidet angesichts der überwiegenden Fremdfinanzierung aus.

2. Die Entscheidung hält im Ergebnis der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

a) Die Beteiligten zu 1 und 2 sollen als Miteigentümer zu gleichen Teilen eingetragen werden. Das Vorliegen der erforderlichen Eintragungsvoraussetzungen, insbesondere einer Auflassung an sie (§ 20 GBO), steht nicht in Frage; Anhaltspunkte für Zweifel sind insoweit nicht gegeben. Dennoch müßte das Grundbuchamt die beantragte Eintragung ablehnen, wenn feststünde, daß durch die Eintragung das Grundbuch inhaltlich unrichtig würde (BayObLGZ 1992, 85 m.w.N.). Dies wäre dann der Fall, wenn die Beteiligten zu 1 und 2 nach dem für sie maßgeblichen Ehegüterrecht eine Eigentumswohnung nicht als Bruchteilseigentümer, sondern nur als Eigentümer in Gütergemeinschaft erwerben könnten. Die beantragte Eintragung der Ehegatten als Bruchteilseigentümer darf freilich nur dann abgelehnt werden, wenn das Grundbuchamt sichere Kenntnis davon hat, daß das Grundbuch dadurch wegen des maßgeblichen Güterrechts unrichtig würde; die bloße Möglichkeit, daß dies geschieht, genügt nicht (BayObLGZ 1992, 85/87 m.w.N.).

b) Nach diesen Grundsätzen haben die Vorinstanzen die beantragten Eintragungen zu Unrecht abgelehnt.

(1) Zutreffend sind die Vorinstanzen davon ausgegangen, daß im vorliegenden Fall aufgrund der jugoslawischen Reisepässe der Beteiligten zu 1 und 2 deren gemeinsame jugoslawische Staatsangehörigkeit feststeht. Dafür besteht ein allgemeiner Erfahrungssatz, gegen dessen Geltung im vorliegenden Fall die Rechtsbeschwerde nur allgemeine Mutmaßungen ohne konkrete Zweifel vorbringt. Dasselbe gilt für einen Zeitpunkt der Eheschließung nach dem 1. 9. 1986. Angesichts des Geburtsdatums der Beteiligten zu 2 (9. 4. 1971) ist ein Heiratsdatum vor dem 1. 9. 1986, dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, eine bloß theoretische Möglichkeit, die auszuschließen hat (vgl. hierzu Demharter GBO 23. Aufl. § 29 Rn. 63). Demgemäß sind die Vorinstanzen auch zu Recht davon ausgegangen, daß nach Art. 15 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB für das Ehegüterrecht der Beteiligten jugoslawisches Recht gilt, das nach dem in Frage kommenden Recht der Teilrepubliken Serbien und Montenegro als gesetzlichen Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft vorsieht (Art. 321 des Gesetzes über die Ehe und die Familienbeziehungen vom 22. 4. 1980, Fassung vom 30. 5. 1994, für Serbien und Art. 281 des Familiengesetzes vom 23. 3. 1989 für Montenegro, zitiert jeweils und im Folgenden nach Bergmann/Ferid, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, 136. Lieferung). Auch das Gesetz über die Ehe und die verwandtschaftlichen Beziehungen von 1984 für Kosovo sah in Art. 307 die Errungenschaftsgemeinschaft als gesetzlichen Güterstand vor. Ob dieses Gesetz seit 1993 nicht mehr gilt (vgl. Bergmann/Ferid aaO 136. Lieferung S. 3), kann unentschieden bleiben, weil es sich in den für den vorliegenden Fall maßgeblichen Punkten

inhaltlich nicht von den Gesetzen für Serbien und Montenegro unterscheidet.

Zu Recht hat das Landgericht auch entschieden, daß ausreichende Anhaltspunkte für eine abweichende Rechtswahl der Beteiligten zu 1 und 2 hinsichtlich ihres Güterstandes, die durch Art. 15 Abs. 2 EGBGB unter besonderen Umständen zugelassen wird, fehlen.

(2) Die Vorinstanzen haben aber übersehen, daß die maßgeblichen Gesetze für Serbien in Art. 327, 330 und für Montenegro in Art. 286, 288 (für Kosovo Art. 313, 316) das Recht der Ehegatten begründen, jederzeit, also auch während des Bestehens der Ehe, einvernehmlich die Teilung des gemeinsamen Vermögens in schriftlicher Form vorzunehmen. Die Gesetze enthalten außerdem eine Vorschrift (Art. 322 Abs. 3 für Serbien, Art. 282 Abs. 3 für Montenegro, Art. 310 Abs. 3 für Kosovo), wonach die Eintragung der Ehegatten als Miteigentümer zu bestimmten Teilen im Grundbuch als Teilung des gemeinsamen Vermögens erachtet wird bzw. gilt. Das bedeutet, daß im Erwerb der Eigentumswohnung zu gleichen Miteigentumsanteilen durch die Beteiligten zu 1 und 2 stillschweigend eine Teilung des gemeinsamen Ehevermögens vereinbart wurde. Hinzukommt, daß spätestens durch die Eintragung der Beteiligten zu 1 und 2 als Bruchteilseigentümer eine Teilung des gemeinsamen Ehevermögens bewirkt wird. Ob diese Teilung das gesamte Ehevermögen ergreift oder sich nur auf die neu erworbene Eigentumswohnung erstreckt, kann für das Grundbuchverfahren offen bleiben. Denn in jedem Fall führt die Eintragung als Bruchteilseigentümer nicht zu einer inhaltlichen Unrichtigkeit des Grundbuchs.

Mitgeteilt von Notar Dr. Wolfram Eckhardt, München

#### Anmerkung

Der Entscheidung des Gerichts ist zuzustimmen. Die Entscheidung ist für die Anwendung des IPR und des ausländischen Rechts im Grundbuchverfahren fundamental. Sie ist die dritte Entscheidung des BayObLG zu diesem Problemkreis und setzt die Rechtsprechung des BayObLG aus den Jahren 1986 und 1992 (BayObLGZ 1986, 81 = DNotZ 1987, 98 = Rpfleger 1986, 369 = BWNNotZ 1987, 15 m. Anm. Böhringer; BayObLGZ 1992, 85 = DNotZ 1992, 575 = Rpfleger 1992, 341) konsequent fort. Der Beschluss vom 6. 12. 2000 bringt für die notarielle Praxis einige Erleichterungen und hat Auswirkungen auf das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Grundbuchamts. Das BayObLG schärft den Blick dafür, dass man sich in einem Grundbuchfall nicht zufrieden geben darf, endlich die ausländische Rechtsordnung gefunden zu haben, die anwendbar ist. Vielmehr muss man die Rechtsordnung dann auch anwenden und prüfen, ob in dieser Rechtsordnung ein Erwerb der Ehegatten zu je hälftigem Miteigentum überhaupt möglich ist. Das BayObLG bejaht bei einem jugoslawischen Ehepaar einen solchen Erwerb, ohne dass eine Rechtswahl nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB vorzuliegen hat. Die Entscheidung hat vor allem für alle Ehegatten Bedeutung, die in einem ausländischen Güterstand der Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft (z.B. Niederlande, osteuropäische Länder) leben.

Die Beteiligung ausländischer Staatsbürger am deutschen Grundstücksverkehr nimmt immer mehr zu. Durch ausländisches Ehegüterrecht können sich sachenrechtliche Auswirkungen beim Erwerb von Grundbesitz ergeben, insbesondere, wenn die Ehegatten in einem der deutschen Gütergemeinschaft vergleichbaren Güterstand leben, so z.B. bei Errungenschaftsgemeinschaft. Erwerben Ausländer inländischen Grundbesitz, ist der ausländische Güterstand nach § 47 GBO im Grundbuch zu verlautbaren. Der ausländische Güterstand muss dann möglichst hinreichend bestimmt oder bestimmbar bezeichnet werden.

Für das GBA geht es bei ausländischen Beteiligten (vor allem bei Ehegatten) um die Frage von Verfügungsbeeinträchtigungen und bei Erwerbsfällen durch Ausländer um die richtige Angabe des Anteils- bzw. Gemeinschaftsverhältnisses (ausführlich zum Grundstückserwerb durch Ausländer Böhringer BWNNotZ 1988, 49). Für das GBA ist bei der Eintragung des Eigentums ausländischer oder gemischt-nationaler Ehegatten entscheidend, ob die Ehegatten in Bruchteilsgemeinschaft nach deutschem Recht oder in Errungenschaftsgemeinschaft nach ausländischem Ehegüterrecht eingetragen wer-

den. Erwerben solche Ehegatten in Bruchteilsgemeinschaft, so darf das GBA die Eigentumsänderung nur dann versagen, wenn es auf Grund feststehender Tatsachen (präsenster Beweismittel) die sichere Überzeugung hat, der Erwerb sei ausgeschlossen. Sollte das ausländische Recht grundsätzlich einen gemeinsamen Erwerb zum Gesamtgut der Errungenschaftsgemeinschaft vorsehen, so muss der Ehegatte, der eine Eintragung als Alleineigentümer oder Miteigentümer (Bruchteilseigentümer) begehrt, eine Rechtsnorm für sich reklamieren können, dass dies im konkreten Einzelfall möglich ist. Grundbuchverfahrensrechtlich darf die Eintragung nur dann abgelehnt werden, wenn für das GBA auf Grund von Tatsachen mit Sicherheit feststeht, dass das Grundbuch unrichtig wird. Bloße Zweifel genügen nicht. Die Beteiligung von Ausländern am Grundbuchverfahren erweitert die Prüfungsrechte und Prüfungspflichten des Grundbuchamts nicht.

Schon 1986 und 1992 hat das BayObLG diese Grundsätze aufgestellt, die dann von Amann (MittBayNot 1986, 222), Böhringer (BWNNotZ 1987, 17 und 1988, 49) und Lichtenberger (DNotZ 1987, 82) näher untersucht wurden. Diese Grundsätze sind heute herrschende Meinung geworden. Gleichwohl kommt es in der Grundbuchpraxis immer wieder vor, dass sich die Grundbuchämter bei der Umsetzung dieser Grundsätze schwer tun. Oftmals wird das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Grundbuchamts verkannt. Bloße Zweifel erlauben nicht den Erlass einer Zwischenverfügung, um IPR-Aufklärung zu betreiben.

Nach der Entscheidung des BayObLG vom 6. 12. 2000 genügt es nicht, wenn das GBA nur die Geltung des ausländischen Güterrechts für den Erwerbsfall feststellt. Das GBA hat vielmehr auch zu prüfen, ob in dem gefundenen ausländischen Güterstand auch ein Alleinerwerb bzw. Miteigentum eines Ehegatten – abstrakt betrachtet – möglich ist. Wird dies bejaht, hat das GBA einen solchen Erwerb einzutragen. Im entschiedenen Fall war es nach dem Güterrecht der Ehegatten möglich, auch während des Bestehens der Ehe einvernehmlich die Teilung des Vermögens in schriftlicher Form vorzunehmen; als Teilung des gemeinsamen Vermögens wird nach den maßgeblichen Güterstandsbestimmungen der Erwerb zu gleichen Miteigentumsanteilen erachtet. Der Vollzug eines solchen Erwerbs macht dann das Grundbuch nicht unrichtig. Da grundbuchverfahrensrechtlich die Eintragung aber nur abgelehnt werden darf, wenn für das GBA auf Grund von Tatsachen mit Sicherheit feststeht, dass das Grundbuch unrichtig wird, hat das GBA einzutragen, denn abstrakt betrachtet war in dem maßgeblichen Güterstand Alleinerwerb bzw. Bruchteilseigentum möglich.

Das BayObLG brauchte bei dieser Rechtslage nicht mehr weiter untersuchen, ob in dem notariell beurkundeten Kausalgeschäft oder in der Auflassungsurkunde auch ein Ehevertrag nach Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB gesehen werden kann in der Weise, dass für den erworbenen Grundbesitz das Recht des Lageortes, also deutsches Recht, gelten soll. Allerdings stellt sich hierbei die Frage, ob die Rechtswahl ausdrücklich erklärt werden muss oder ob sie auch stillschweigend erfolgen kann. Auch wenn sich freilich im Interesse der Rechtsklarheit immer eine ausdrückliche Rechtswahl empfiehlt, muss eine schlüssig beurkundete Rechtswahl i.S. von Art. 15 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB für zulässig erachtet werden; bei der Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB ist dies zwischenzeitlich anerkannt. Bis auf wenige Ausnahmen (z.B. im Wechsel- und Scheckrecht) sind nämlich im deutschen Zivilrecht Rechtsgeschäfte nicht formulierungsgebunden. Urkunden (auch notarielle) sind einer Auslegung zugänglich; auch das GBA hat die ihm eingereichten Eintragungunterlagen auszulegen (Meikel/Böhringer, Grundbuchrecht, Einl. G 17).

Überlegungen zur Anwendbarkeit von Art. 16 EGBGB hat das BayObLG nicht angestellt. Diese Vorschrift schützt das Vertrauen eines gutgläubigen Dritten in die Geltung des inländischen Güterrechts und damit den inländischen Rechtsverkehr vor Gefahren, die sich aus der Anwendung eines ausländischen Güterrechts ergeben können. Amann (MittBayNot 1986, 222) hat eingehend untersucht, wie Art. 16 EGBGB in Verbindung mit § 1412 BGB den gutgläubigen Veräußerer unter bestimmten Voraussetzungen vor Einwendungen schützt, welche dem ausländischen Güterrecht unterliegende Erwerber-Ehegatten dem Veräußerer gegenüber herleiten möchten. Diese Einwendungen können beim Vorliegen der Tatbestandsmerkmale

des Art. 16 EGBGB nur hergeleitet werden, wenn der ausländische Güterstand im Güterrechtsregister eingetragen oder dem Veräußerer bekannt war. Nach richtiger Erkenntnis von Amann bedeutet dies, dass kein Erwerber-Ehegatte die Wirksamkeit der Auflassung zu Fall bringen kann mit der Einwendung, ihm oder seinem Ehegatten habe kraft ausländischen Güterrechts die Erwerbsfähigkeit gefehlt. Hat der Veräußerer auf seinen Schutz aus Art. 16 EGBGB in Verbindung mit § 1412 BGB nicht verzichtet bzw. einen solchen Verzicht nicht nach außen verdeutlicht, so zeitigt Art. 16 EGBGB i.V. mit § 1412 BGB Tatbestandswirkung gegenüber dem GBA. Das GBA wird aber wohl in den seltensten Fällen feststellen können, ob alle Voraussetzungen des Art. 16 EGBGB erfüllt sind. Das GBA hat – ähnlich wie bei § 892 BGB – von der Gutgläubigkeit (des Veräußerers) auszugehen. Der Veräußerer hat ein berechtigtes Interesse daran, dass die Wirksamkeit der Auflassung und die Eigentumsumschreibung im Grundbuch nicht an ausländischem Güterrecht scheitern.

Zusammenfassend kann festgestellt werden: Bei Erwerbsfällen mit Auslandsbeziehung sollte man sich stets merken, dass nach den meisten Rechtsordnungen eine Ehe die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Ehegatten nicht unberührt lässt. Nur selten werden die vermögensrechtlichen Verhältnisse so behandelt, wie wenn diese Personen nicht verheiratet wären. Häufig findet eine Verschiebung in der Eigentumszuordnung statt. Nach der gefestigten Rechtsprechung des BayObLG hat das GBA beim Vollzug der Auflassung die gleichen Prüfungsmaßstäbe für In- und Ausländer anzulegen. Das GBA darf bei bejahter Anwendbarkeit ausländischen Güterrechts einen Alleinerwerb oder Miteigentum in Bruchteilsgemeinschaft nur dann ablehnen, wenn ihm bekannt ist, dass der Erwerb kraft Güterrechts nur und ausschließlich zum Gesamthandseigentum beider Ehegatten führt. Lässt das ausländische Güterrecht allerdings Sondervermögen eines Ehegatten zu, so darf das GBA einen Erwerb zum Sondervermögen nicht beanstanden und braucht nicht in eine Prüfung eintreten, ob im konkreten Fall wirklich die Voraussetzungen für einen solchen Erwerb vorliegen; die abstrakte Möglichkeit eines Erwerbs zum Sondervermögen rechtfertigt eine entsprechende Grundbucheintragung. Über das maßgebliche ausländische Recht hat sich das GBA selbst zu informieren; die Beibringung eines Rechtsgutachtens kann es den Beteiligten durch Zwischenverfügung nicht aufgeben. Gegen die Gefahr einer Unrichtigkeit des Grundbuchs auf Grund ausländischen Güterrechts braucht und darf das GBA keine schärferen Vorkehrungen treffen als gegen die Gefahr einer Unrichtigkeit des Grundbuchs in Folge deutschen Güterrechts. Das GBA darf bei einem Erwerbsfall mit Auslandsberührung den Eintragungsantrag nur zurückweisen, wenn ihm präsenste Beweismittel für die vermeintlich eintretende Grundbuchunrichtigkeit vorliegen.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

### BGB § 2247

**Der Abschlussfunktion der Unterschrift auf einem eigenhändigen Testament nach § 2247 BGB wird auch dann genügt, wenn die Vorderseite der Testamentsurkunde vollständig vom Erblasser beschrieben wurde und sich seine Unterschrift nebst Ort der Errichtung und Datum auf der Rückseite des Blattes befindet.**

LG Konstanz, Beschluss vom 19. 3. 2001, 6 T 192/00 B

Aus den Gründen:

Der verwitwete Erblasser Josef Franz Xaver H. ist zwischen dem 11. 3. und 12. 3. 2000 in Vöhrenbach verstorben. Die fünf Beteiligten sind seine ehelichen Abkömmlinge aus der Ehe mit seiner am 4. 5. 1993 vorverstorbenen Ehefrau Elsa Maria H. geb. R. Der Nachlass besteht aus einem Hausgrundstück in Vöhrenbach mit einem Verkehrswert von ca. 400.000,00 DM sowie Bankguthaben im Wert von rund 60.000,00 DM.

Zwischen den Beteiligten besteht Streit über die Erbfolge am Nachlass ihres Vaters.

Der Erblasser hatte mit seiner Ehefrau am 10. 8. 1976 vor dem Notariat Leonberg einen Erbvertrag errichtet, in dem sie sich gegen-

seitig zu Alleinerben einsetzten und auf den Tod des Zuletztversterbenden ihre fünf Kinder zu je 1/5 Erbteil. In § 6 des Erbvertrages wurde dem überlebenden Ehepartner das Recht eingeräumt, „ganz beliebig unter Lebenden oder von Todes wegen über das Gesamtvermögen zu verfügen“.

Der Erblasser errichtete sodann sowohl unter dem 25. 9. 1995 wie auch unter dem 16. 7. 1999 jeweils ein eigenhändiges Testament mit unterschiedlichem Inhalt.

Das Testament vom 16. 7. 1999, überschrieben mit „Mein letzter Wille“ befindet sich auf einem linierten DIN A 4 Blatt, das auf der Vorderseite vollständig vom Erblasser mit seinen letztwilligen Anordnungen beschrieben ist, wobei die beiden letzten Zeilen unterhalb der linierten Einteilung liegen. Auf der Vorderseite befindet sich keine Unterschrift. Auf der insoweit leeren Rückseite des DIN A 4 Blattes befindet sich folgender unstreitig vom Erblasser stammender handschriftlicher Vermerk: „Vöhrenbach, den 16. July 1999“ und darunter „Joseph H“.

Nach Anhörung der Beteiligten hat das Nachlassgericht mit Vorbescheid vom 4. 10. 2000 angekündigt, den vom Beteiligten Anselm H. am 18. 9. 2000 (AS 133) beantragten gemeinschaftlichen Erbschein auf der Grundlage des von den Beteiligten Ziff. 1 bis 4 als wirksam angesehenen eigenhändigen Testaments des Erblassers vom 16. 7. 1999 des Inhalts zu erteilen, dass Anselm H. und Hermann H. zu je 1/2 Erbteil Erben ihres Vaters geworden sind. Das Nachlassgericht ging von der Errichtung eines wirksamen Testaments durch den Erblasser am 16. 7. 1999 aus und wertete die darin getroffenen Zuwendungen als Erbeinsetzung zu gleichen Teilen der beiden Söhne Anselm und Hermann H.

Hiergegen hat die Beteiligte Elisabeth S. Beschwerde eingelegt, mit der der Rechtsauffassung des Nachlassgerichts widersprochen wird. Die Beschwerdeführerin hält das erwähnte Testament vom 16. 7. 1999 für unwirksam, da der Erblasser es nicht unterschrieben habe. Die Unterschrift auf der Rückseite des DIN A 4 Blatts könne nicht als Unterschrift im Sinne des § 2247 BGB gewertet werden.

Die übrigen Beteiligten sind, soweit sie sich geäußert haben, der Beschwerde entgegen getreten. Sie halten die vom Nachlassgericht vertretene Rechtsauffassung für zutreffend.

Im einzelnen wird Bezug genommen auf dem Inhalt des angefochtenen Beschlusses sowie auf die von den Verfahrensbeteiligten eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen.

Die gem. §§ 19, 20 FGZ zulässige Beschwerde der Beteiligten Ziff. 5 ist nicht begründet.

Die Erbfolge beurteilt sich vorliegend nach dem auch von der Kammer als wirksam angesehen eigenhändigen Testament des Erblassers vom 16. 7. 1999.

Das eigenhändige Testament vom 16. 7. 1999 ist als vom Erblasser unterschrieben anzusehen, mit der Folge, dass der Vorschrift des § 2247 Abs. 1 BGB genügt ist. An der Urheberschaft des Erblassers hinsichtlich der mit „Mein letzter Wille“ überschriebenen Urkunde vom 16. 7. 1999 bestehen keine Zweifel.

Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift sieht die Kammer aus nachfolgenden Erwägungen für gegeben:

Als Abschluss der Urkunde muss die Unterschrift am Schluss des Textes stehen, um diesen auch räumlich abzudecken (vgl. Palandt, BGB, 60. Auflage, § 2247, Rdnr. 13). Allerdings ist heute allgemein anerkannt, dass die Unterschrift ihrer Abschlussfunktion auch dann genügen kann, wenn sie auf dem Testamentsumschlag angebracht ist (vgl. BayObLG, NJW-RR 1991, 1222; Staudinger, BGB, 13. Auflage, § 2247, Rdnr. 97). Das Erfordernis der eigenhändigen Unterschrift kann aber auch dann gewahrt sein, wenn diese auf einem Begleitschreiben oder neben dem Text angebracht ist, etwa aus Platzmangel oder auf der Rückseite, die durch einen Hinweis auf der Vorderseite mit dem Text verbunden ist (vgl. Burkart in Münchner Kommentar, 3. Auflage, § 2247, Rdnr. 25; Erman, BGB, 9. Auflage, § 2247, Rdnr. 7; Palandt, BGB a. a. O.), ferner auf der Lasche des Testamentsumschlags (BayObLG ZEV 1994, 40-41). Von der Rechtsprechung (vgl. BayObLG a. a. O.) wird insoweit lediglich gefordert, dass der Unterschrift insoweit keine selbstständige Bedeutung zukommen darf, sie vielmehr mit dem Text in einem so engen

Zusammenhang steht, dass sie sich – nach dem Willen des Erblassers und der Verkehrsauffassung – als äußere Fortsetzung und Abschluss der in der Testamentsurkunde verkörperten Erklärung darstellt. Dies ist nach Auffassung der Kammer vorliegend der Fall. Vorderseite und Rückseite der Urkunde vom 16. 7. 1999 sind als vom Erblasser gewollte Einheit aufzufassen. Mit der Datierung und seiner Unterschrift auf der Rückseite des DIN A 4 Blatts wollte der Erblasser ersichtlich die von ihm getroffenen letztwilligen Verfügungen abschließen, wie sich auch aus den unwidersprochen gebliebenen Angaben der Beteiligten Bernhard und Franz Xaver H. vom 22. 8. 2000 (AS 105 ff.) ergibt. Insoweit erscheint der Kammer durchaus der Sachverhalt vergleichbar mit dem mit der Rechtsprechung wiederholt entschiedenen Fall der Errichtung des Testaments auf mehreren unverbundenen Blättern, von denen nur das letzte die Unterschrift des Erblassers trägt. Auch in diesen Fällen wurde ein wirksames Testament angenommen (vgl. die Nachweise bei Staudinger, BGB, 13. Auflage, § 2247, Rdnr. 97). Vorliegend gibt es nicht mehrere unverbundene Blätter, sondern nur eines. Mit der Unterschrift auf der Rückseite des DIN A 4 Blatts ist für die Kammer von der Rechtsprechung geforderte enge Zusammenhang gegeben. Hierbei wird nicht verkannt, dass nach der räumlichen Textanordnung auf der Vorderseite des DIN A 4 Blatts durchaus die Möglichkeit bestanden hätte, am unteren Rand oder auf der linken Seite die Unterschrift anzubringen. Diese vom Erblasser aus nicht mehr aufklärbaren Gründen nicht genutzte Möglichkeit steht nach Auffassung der Kammer jedoch der Wirksamkeit des Testaments nicht entgegen, da in der Unterschrift auf der Rückseite die Abschlussfunktion gesehen wird.

In der Auslegung des somit als wirksam anzusehenden Testaments folgt die Kammer der rechtlichen Beurteilung des Nachlassgerichts, wie im angefochtenen Beschluss unter Ziff. II, 2 ausgeführt. Sie macht sich diese Ausführungen insoweit zu eigen.

Da der Vorbescheid somit die Rechtslage zutreffend beurteilt, war die hiergegen eingelegte Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

Mitgeteilt vom Pressereferenten Dr. Sieß des LG Konstanz

**KostO §§ 44 Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 26 Abs. 4 Nr. 4, 145 Abs. 1 S. 1; EG-Gesellschaftssteuerrihtlinie vom 17. 7. 1969 69/335/EWG Art. 3 und 10**

1. Unabhängig von der Frage, ob die Erhebung von Gebühren durch Notare im Landesdienst überhaupt der Richtlinie des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG – Gesellschaftssteuerrihtlinie) unterfallen kann, ist diese jedenfalls
  - a) auf die Erhebung von Gebühren nach der Kostenordnung von einem Einzelkaufmann nicht anwendbar und hat auf diese auch keinen Einfluß;
  - b) auch nach dem Urteil des EuGH vom 29. 9. 1999 (Rs. C-56/98 – „Modelo“) auf die Erhebung von Gebühren für Entwürfe schon deshalb nicht anwendbar, weil es bei deren Fertigung am obligatorischen Charakter der notariellen Tätigkeit fehlt.
2. Jedenfalls bei einem Einzelkaufmann haben die Anmeldung des Ausscheidens eines Prokuristen und die der Neubestellung eines anderen Prokuristen niemals denselben Gegenstand i.S.v. § 44 Abs. 1 S. 1 KostO.

LG Stuttgart, Bschl. v. 16. 1. 2001, 2 T 325/99

Aus den Gründen:

I.

Der Bezirksnotar fertigte im Auftrag des Kostenschuldners die Handelsregisteranmeldung für eine Firmenänderung, das Ausscheiden einer Prokuristin durch Tod, das Ausscheiden einer weiteren Prokuristin und die Neubestellung eines Prokuristen und beglaubigte die Unterschriften.

Hierfür stellte er dem Kostenschuldner aus einem Geschäftswert von 150.000,00 DM eine halbe Gebühr nach §§ 145 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 2 Hr. 7 KostO in Rechnung, wobei er von drei gegenstands-

verschiedenen Anmeldungen im Wert von jeweils 50.000,00 DM ausging. Einschließlich 6,00 DM Schreibauslagen und 15 % Mehrwertsteuer ergab sich daraus eine Kostenrechnung in Höhe von 208,15 DM.

Der Bezirksnotar war dabei der Auffassung, daß das Ausscheiden der Prokuristin (Ziff. 3 der Anmeldung) und die Neubestellung des Prokuristen (Ziff. 4 der Anmeldung) denselben Gegenstand i.S.v. § 44 Abs. 1 S. 1 KostO haben.

Dies beanstandete der Bezirksrevisor am 23. 11.1998 mit der Begründung, zwar stellten nach der Rechtsprechung des OLG Stuttgart (Die Justiz 1977, S. 312 und 1979, S. 383) die Abberufung und die Neubestellung eines Geschäftsführers den gleichen Gegenstand dar; dies gelte jedoch nicht für die An- bzw. Abmeldung von Prokuristen, bei denen anders als bei Geschäftsführern einer GmbH zwischen Abberufung und Neubestellung kein innerer Zusammenhang bestehe.

II.

Die Anrufung des Landgerichts ist nach § 156 Abs. 5 S. 1 i.V.m. § 156 Abs. 1 KostO statthaft und auch im übrigen zulässig. Dies ergibt sich aus § 143 Abs. 1 KostO i.V.m. § 3 Abs. 1 LFGG, §§ 12 Abs. 1 S. 2, 13 Abs. 1, 14 Abs. 2 Nr. 2 LJKG.

Die Anweisung an den Bezirksnotar, die Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen, führt dabei zu einer Erhöhung der Kostenrechnung. Der Bezirksrevisor hat zu Recht beanstandet, daß der Bezirksnotar hinsichtlich der Anmeldung des Erlöschens einer Prokura und der Anmeldung der Bestellung eines neuen Prokuristen denselben Gegenstand i.S.v. § 44 Abs. 1 S. 1 KostO gesehen hat.

1. Zu Recht gehen der Bezirksnotar und die vorgesetzte Dienstbehörde davon aus, daß die Richtlinie des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG) in der Fassung der Richtlinie des Rates vom 10. 6. 1985 (85/303/EWG) der Erhebung der von der Kostenordnung hier vorgesehenen Gebühren nicht entgegensteht.

Diese Richtlinie ist auch nach der neueren Rechtsprechung des EuGH, insbesondere des „Modelo“-Urteils vom 29. 9. 1999 (Rs. C-56/98), jedenfalls auf den vorliegenden Sachverhalt und auf die hier in Frage stehenden Gebührentatbestände nicht anwendbar.

- a) Entgegen der vom Bezirksnotar vertretenen Ansicht ergibt sich das aber nicht ohne weiteres bereits daraus, daß er und nicht die Staatskasse im vorliegenden Fall nach § 12 Abs. 1 S. 2 LJKG Gebührengläubiger ist. In Ziff. 1 des Tenors stellt der EuGH nämlich für die Qualifizierung einer Notargebühr als Steuer u.a. darauf ab, daß ein Teil dieser Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner (allgemeinen) Aufgaben zufließt. Entscheidend ist danach nicht wer im Außenverhältnis gegenüber dem Bürger Gebührengläubiger ist, sondern, ob der Notar Beamter ist und ein Teil der Gebühr dem Staat (hier dem Land Baden-Württemberg) zur Finanzierung seiner (allgemeinen) Aufgaben zufließt. Unter diesem Gesichtspunkt läßt sich die Anwendung des Urteils auf die von Bezirksnotaren erhobenen Gebühren somit nicht verneinen (so auch Görk, DNotZ 1999, S. 851, 859 f.), da die nach § 14 LJKG abzuführenden Gebührenanteile dem Land zur allgemeinen Verwendung für staatliche Zwecke zufließen. Damit ist aber noch nicht gesagt, daß die Richtlinie auf die von den Bezirksnotaren für ihre Tätigkeit nach § 3 Abs. 1 LFGG erhobenen Gebühren überhaupt anwendbar ist – so liegt es etwa nahe, die Übertragbarkeit des „Modelo“-Urteils aus dem Grunde zu verneinen, weil anders als in Portugal in Deutschland (mit Ausnahme des badischen Rechtsgebietes und gerade auch im württembergischen Rechtsgebiet – vgl. § 3 Abs. 2 LFGG und § 114 Abs. 3 sowie § 116 Abs. 1 BNotO) freiberufliche Notare tätig sind, denen die Gebühren zufließen, so daß es aufgrund der Möglichkeit, diese in Anspruch zu nehmen, an einem wesentlichen Merkmal des Begriffs „Steuer“ im Sinne der Richtlinie, nämlich der obligatorischen Erhebung durch den Staat, fehlt (so zu Recht Görk, a.a.O., S. 860 f.). Diese Frage kann aber dahingestellt bleiben,

da die im vorliegenden Fall in Frage stehenden Gebührenatbestände auch dann nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen, wenn man von einer prinzipiellen Übertragbarkeit des „Modelo“-Urteils auf die Beamten und Notare in Baden-Württemberg ausgeht, wie sich aus folgendem ergibt:

- b) Nach dem eindeutigen Wortlaut der Richtlinie beschränkt sich deren Anwendungsbereich in personeller Hinsicht auf Kapitalgesellschaften (Art. 3 Abs. 1), denen in Abs. 2 „zur Anwendung dieser Richtlinie“ alle anderen „Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen gleichgestellt“ werden, sofern sie einen Erwerbszweck verfolgen. Damit unterfallen Einzelkaufleute wie der Kostenschuldner im vorliegenden Verfahren der Richtlinie eindeutig nicht, da diese nur Angelegenheiten betreffen kann, die eine Gesellschaft betreffen (so auch BayObLG, ZIP 2000, S. 186, 187). Die Entscheidungen des EuGH vom 29. 9. 1999 und vom 2. 12. 1997 (Rs. C-188/95 – „Fantask“ –) stellen an die Erhebung von Gebühren durch die Mitgliedsstaaten außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie keine Anforderungen und können dies aufgrund der hierfür fehlenden Kompetenz der EG auch nicht tun. Demgemäß ist das „Modelo“-Urteil auf von der Richtlinie nicht erfaßte Sachverhalte nicht anzuwenden und hat damit keinen Einfluß auf die Erhebung von Gebühren, bei denen ein Einzelkaufmann Kostenschuldner ist.
- c) Darüber hinaus kann die Erhebung von Entwurfsgebühren nach § 145 KostO, wie sie hier in Frage steht, von vornherein nicht in den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie, insbesondere nicht des Verbotstatbestandes des Art. 10 c („sonstige Formalität“) fallen. Eine „Formalität“ kann nämlich nur insoweit vorliegen, als gesetzlich eine bestimmte Form vorgeschrieben ist (so zu Recht Görk, a.a.O., S. 870). Dies läßt sich aus Rz. 26 des „Modelo“-Urteils („zwingend vorschreibt“) zweifellos entnehmen. Werden, wie bei den hier in Frage stehenden Registeranmeldungen, vom Notar auf Wunsch Entwürfe gefertigt, die eine erhöhte Gebühr nach § 145 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO auslösen – nämlich die Entwurfsgebühr in Höhe der Beurkundungsgebühr –, obwohl vom Gesetz lediglich die Beglaubigung der Unterschrift des Kostenschuldners unter von diesem selbst verfaßte Erklärungen vorgeschrieben ist (§ 12 Abs. 1 HGB) und diese eine niedrigere, zudem nach oben begrenzte Gebühr auslösen würde (§ 45 Abs. 1 S. 1 KostO: eine Viertelgebühr, höchstens 250,00 DM statt der halben Gebühr nach § 145 Abs. 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 Nr. 7), so fehlt es an dem obligatorischen, nämlich vom Staat vorgeschriebenen Charakter der Gegenleistung für die Errichtung der Gebühr, also an dem nach der Rechtsprechung des EuGH erforderlichen obligatorischen Charakter der „Formalität“. Vielmehr erbringt auch der beamtete Notar dann freiwillig in Anspruch genommene Leistungen, so daß die anfallende Gebühr schon aus diesem Grunde auch beim beamteten Notar keine „von dem Mitgliedsstaat erhobene Steuer oder Abgabe“ darstellen kann (so zu Recht Görk, a.a.O.).
- d) Im übrigen kann hier schon deshalb keine Steuer im Sinne der Richtlinie vorliegen, weil diese nur solche Steuern oder Abgaben verbieten will, die die gleichen Merkmale wie die Gesellschaftssteuer aufweist („Fantask“-Urteil, Rz. 2i i.V.m. Rz. 17 und „Modelo“-Urteil, Rz. 27). Ein entscheidendes Merkmal für den EuGH war dabei die Bemessung der Abgabe „auf der Grundlage des Kapitals“. Dies scheidet hier schon deshalb aus, weil der für die in Frage stehenden Anmeldungen eines Einzelkaufmannes maßgebliche Geschäftswert nach § 26 Abs. 4 Nr. 4 KostO immer 50.000,00 DM beträgt und sich daher die Viertelgebühr für die ja lediglich vorgeschriebene Beglaubigung der Anmeldung auf lediglich 40,00 DM bemißt und nicht wie die Gesellschaftssteuer (vgl. Art. 7 Abs. 2 n.F. der Richtlinie) nach einem auf der Grundlage des Kapitals bemessenen Prozentsatz ohne Obergrenze erhoben wird. Im übrigen kann wegen § 39 Abs. 4 KostO auch bei mehreren Eintragungen schon der Höhe nach (402,50 DM als Viertelgebühr bei einem Geschäftswert von 1 Mio.) keine Steuer vorliegen (so zu Recht Görk a.a.O. S. 873).

2. Zu Recht ist die vorgesetzte Dienstbehörde der Auffassung, daß hier die Anmeldung des Ausscheidens eines Prokuristen und die Anmeldung der Neubestellung eines anderen Prokuristen nicht denselben Gegenstand haben, so daß beim Entwurf der Anmeldung sowohl des einen wie des anderen in einer Urkunde die Gebühr des § 145 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO nicht lediglich gemäß § 44 Abs. 1 S. 1 KostO einmal aus dem sich aus § 26 Abs. 4 Nr. 4 KostO ergebenden Geschäftswert von 50.000,00 DM, sondern vielmehr nach § 44 Abs. 2 a KostO aus den zusammengerechneten Werten (hier 2 x 50.000,00 DM zuzüglich 2 x 50.000,00 DM für die Firmenänderung und die Abmeldung der verstorbenen Prokuristin, insgesamt also aus einem Geschäftswert von 200.000,00 DM) zu bestimmen ist.

- a) Auszugehen ist dabei von dem allgemein anerkannten Grundsatz, daß „derselbe Gegenstand“ dann vorliegt, wenn die Erklärungen dasselbe Rechtsverhältnis betreffen (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 14. Auflage, § 44, Rn. 16).

Dabei wird teilweise (etwa Rohs/Wedewer, KostO, 68. Ergänzungslieferung, § 44, Rn. 10 und Rohs, RpfL 1963, S. 41 f.) die Ansicht vertreten, vom maßgeblichen Standpunkt des Unternehmens aus gesehen handele es sich bei gleichzeitiger Anmeldung des Erlöschens und der Neubestellung um dasselbe Rechtsverhältnis (denselben Rechtsvorgang), während die herrschende Lehre dies verneint (etwa Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, a.a.O., Rn. 163; Göttlich/Mümmeler, KostO, 14. Auflage 2000, Stichwort „Anmeldung“ Ziff. 3.7.2. Hartmann, KostG, 30. Auflage, § 44 KostO, Rn. 44 für die gleichgelagerte Problematik der Anmeldung der Bestellung mehrerer Prokuristen).

In der obergerichtlichen Rechtsprechung findet sich, soweit ersichtlich, keine Entscheidung, die sich ausdrücklich mit der Problematik der gleichzeitigen Anmeldung des Ausscheidens und der Neubestellung eines Prokuristen befaßt. Lediglich die in RpfL 1963, S. 56 abgedruckte Entscheidung des OLG Karlsruhe befaßt sich mit der vergleichbaren Problematik der Anmeldung mehrerer Prokurenbestellungen und bejaht für jede Prokurenbestellung ein gesondertes Rechtsverhältnis. Das OLG Köln ist offenbar ebenfalls der Auffassung, es habe eine Zusammenrechnung der Geschäftswerte zu erfolgen hat; ein entsprechender Beschluß vom 21. 9. 1998 – Az.: 2 Wx 5/98 – ist in der in FGPrax 2000, S. 80 abgedruckten Entscheidung des OLG Köln vom 6. 12. 1999 erwähnt, ohne daß allerdings die hierfür maßgeblichen Gründe mitgeteilt werden.

Die übrigen, auch in der Literatur immer wieder zitierten obergerichtlichen Entscheidungen betreffen durchweg die gleichzeitige Anmeldung des Ausscheidens und der Neubestellung eines GmbH-Geschäftsführers (dabei denselben Gegenstand bejahend OLG Celle, DNotZ 1967, S. 333; OLG Düsseldorf, JurBüro 1988, Spalte 1371 sowie die vom Bezirksnotar zitierte Entscheidung des OLG Stuttgart in: Die Justiz 1979, S. 383; verneinend OLG Frankfurt, DNotZ 1967, S. 332; OLG Hamm, DNotZ 1971, S. 750 und neuerdings KG, FGPrax 2000, S. 163 und OLG Zweibrücken, FGPrax 2000, S. 252), die gleichzeitige Anmeldung des Ausscheidens und der Neuwahl eines Vorstandsmitglieds eines Vereins (vgl. OLG Köln, JurBüro 1987, Spalte 88) oder die Beurkundung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung einer GmbH zur Abberufung und zur Neubestellung eines Geschäftsführers in derselben Gesellschafterversammlung (vgl. OLG Stuttgart, Die Justiz 1977, S. 312 und OLG Frankfurt, DNotZ 1971, S. 609, dabei jeweils dieselbe Angelegenheit bejahend), so daß sich die Frage stellt, ob diese Rechtsprechung auf die Prokura überhaupt uneingeschränkt übertragbar ist, insbesondere, soweit es sich um von Einzelkaufleuten erteilte Prokuren handelt.

- b) Geht es wie hier um Anmeldungen zu Registern, so muß bei der Prüfung der Frage, ob bei mehreren Anmeldungen dasselbe Rechtsverhältnis vorliegt, entscheidend auf den Inhalt der Registereintragung, die Folge der Anmeldung sein soll, und deren Sinn und Zweck abgestellt werden.

Gegenstand der Anmeldung sind aber nicht allgemein „die Vertretungsverhältnisse des Unternehmens“, wie Rohs, a.a.O. und OLG Düsseldorf, a.a.O. – letzteres zur Vertretung der GmbH durch den Geschäftsführer – zu Unrecht meinen. Wie sich aus § 53 Abs. 1 und Abs. 3 HGB ergibt, sind Gegenstand der Anmeldung jeweils die Erteilung oder das Erlöschen der konkreten Prokura und nicht die Vertretungsverhältnisse des Kaufmannes allgemein (so zum GmbH-Geschäftsführer auch OLG Frankfurt, DNotZ 1967, S. 332, 333: Es gehe um zwei Rechtsverhältnisse, nämlich die Beendigung der Vertretungsbefugnis des einen und die Begründung der Vertretungsbefugnis des anderen). Für die Annahme verschiedener Gegenstände spricht (entgegen Rohs, a.a.O.) auch § 15 HGB. Da die Abberufung und die Neubestellung eines Prokuristen auch ohne Eintragung im Handelsregister wirksam sind, diese vielmehr nur deklaratorischen Charakter hat, die insbesondere über die Publizität des Handelsregisters nach § 15 HGB Bedeutung gewinnt, kommt dem Begriff der „einzutragenden Tatsache“ i.S.v. § 15 HGB auch für die Frage, ob derselbe Gegenstand vorliegt, maßgebliche Bedeutung zu. Einzutragende Tatsache ist aber z.B. das Erlöschen der Prokura als solche, unabhängig davon, ob ein neuer Prokurist bestellt ist oder nicht; allein die Eintragung des Erlöschens der Prokura beseitigt die Wirkungen der negativen Publizität des § 15 Abs. 1 HGB, reicht aber hierfür auch aus. Gegenstand der Anmeldung kann daher nur die konkrete, auf die Person bezogene Veränderung und nicht der Wechsel in der Vertretung des Kaufmannes allgemein sein (so zu Recht KG, a.a.O. und OLG Zweibrücken, a.a.O., S. 253).

c) Jedenfalls bei Prokuren eines Einzelkaufmannes sind keine Gesichtspunkte ersichtlich, die eine von dem in b) gefundenen, Gegenstand sowie Sinn und Zweck der Anmeldung berücksichtigenden Ergebnis abweichende Beurteilung rechtfertigen würden.

aa) Soweit Rohs/Wedewer, a.a.O. meinen, die Anwendung von § 44 Abs. 2 KostO würde zu „unhaltbaren Ergebnissen“ führen, weil der Wert für die Anmeldung bei einer Mehrzahl von Prokuren ganz unangemessen hoch sei, handelt es sich um eine Billigkeitserwägung, die an dem gefundenen dogmatisch korrekten Ergebnis nichts ändern kann und darf (insoweit zu Recht OLG Hamm, DNotZ 1971, S. 750, 751). Im übrigen ist durch § 39 Abs. 4 KostO – wie bereits oben ausgeführt – sichergestellt, daß die Viertelgebühr für die Beglaubigung niemals über 402,50 DM und die halbe Gebühr für die Beurkundung oder den Entwurf nie über 805,00 DM ansteigen kann, unabhängig davon, wieviele Anmeldungen vorliegen.

bb) Auch das im Zusammenhang mit der Anmeldung des Ausscheidens und der Neubestellung von GmbH-Geschäftsführern oder Vereinsvorständen in verschiedenen obergerichtlichen Entscheidungen gebrauchte Argument, der „innere Zusammenhang“ zwischen Ausscheiden und Neubestellung rechtfertige die Annahme desselben Gegenstandes (vgl. OLG Stuttgart, Die Justiz 1977, S. 312; Die Justiz 1979, S. 383; OLG Köln, JurBüro 1987, Spalte 88, 89 und DNotZ 1971, S. 609, 610) läßt sich auf Prokuren nicht übertragen. Der in den zitierten Entscheidungen angenommene innere Zusammenhang wurde nämlich jeweils damit begründet, daß sich die Abberufung und die Neubestellung auf das als Einheit zu beurteilende Vertretungsorgan der Gesellschaft (die Geschäftsführer) beziehe, wobei auf §§ 6 Abs. 1, 35 Abs. 2 GmbHG bzw. § 26 BGB verwiesen wird (vgl. OLG Stuttgart, Die Justiz 1977, S. 312; OLG Frankfurt, a.a.O. und OLG Köln, a.a.O.). Diese Argumentation beruft sich letztlich auf die Besonderheiten der organschaftlichen Vertretung einer juristischen Person und ist schon deshalb auf die Prokura nicht übertragbar. Letztere betrifft nicht die organschaftliche Vertretung, und eine Gesellschaft, geschweige denn ein Einzelkaufmann, bedarf auch nicht der Bestellung eines oder mehrerer Prokuristen, um handlungsfähig zu

sein. Gerade der Einzelkaufmann mag gar keinen Prokuristen bestellt haben. Es ist auch nicht nur eine theoretische oder selten auftretende Möglichkeit, daß Prokuristen ausscheiden (wie hier 1989 durch Tod), ohne daß neue bestellt werden oder daß umgekehrt neue Prokuristen (zusätzlich) bestellt werden, ohne bisherige abzurufen. Ein „innerer Zusammenhang“ zwischen Abberufung und Neubestellung eines Prokuristen bei deren gleichzeitiger Anmeldung, der die Annahme „desselben Gegenstandes“ rechtfertigen würde, ist damit nicht gegeben. Jedenfalls hier trifft auch das Argument des KG zu, die Tätigkeit des Notars bei der Anmeldung erfolge ohne Ansehung der Ursachen für die angemeldeten Veränderungen, womit ein einheitlicher Gegenstand nicht angenommen werden könne.

cc) Offen bleiben kann, ob die Vorschrift des § 27 Abs. 3 S. 3 KostO (früher § 27 Abs. 2 S. 3 KostO) es rechtfertigen kann, mehrere Anmeldungen deshalb als denselben Gegenstand betreffend anzusehen, weil diese auf mehreren „Wahlen“ in einer Gesellschafterversammlung beruhen und die Anmeldung nicht ohne zwingenden Grund anders als die Beschlußfassung behandelt werden dürfe, auf der sie beruhe (so OLG Stuttgart, Die Justiz 1979, S. 383 und OLG Celle, a.a.O.). Denn auch wenn die beiden Oberlandesgerichte § 27 Abs. 3 S. 3 KostO nicht unmittelbar anwenden, so ziehen sie ihn doch als Auslegungshilfe für die Frage, ob derselbe Gegenstand i.S.v. § 44 Abs. 1 S. 1 KostO vorliegt, heran (ebenso OLG Köln, JurBüro 1987, Spalte 88, 90). Die Annahme desselben Gegenstandes beruht demgemäß, wie diese Argumentation und insbesondere die Bezugnahme auf § 27 Abs. 3 S. 3 KostO zeigen, darauf, daß in derselben Gesellschafter- oder Mitgliederversammlung die Abberufung des einen und die Neubestellung eines anderen organschaftlichen Vertreters beschlossen worden ist. Ob an dieser Rechtsprechung angesichts der beachtlichen Argumente des KG (a.a.O.) und des OLG Zweibrücken (a.a.O.) festzuhalten ist, kann ebenso dahinstehen, wie die Frage, ob der Rechtsgedanke des § 27 Abs. 2 S. 3 auch für die Prokura gilt (was wohl zu bejahen sein dürfte, vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 27 KostO, Rn. 97). Jedenfalls läßt sich diese Rechtsprechung allenfalls auf die Abberufung eines Prokuristen und die Neubestellung eines anderen in einer Gesellschafterversammlung übertragen und nicht auf den Einzelkaufmann, nachdem § 27 KostO nur auf Gesellschaften oder Personenvereinigungen, bei denen eine Willensbildung durch Beschluß möglich ist (vgl. Korintenberg, a.a.O., Rn. 12 f) und damit nicht auf den Einzelkaufmann – schon mangels Vergleichbarkeit der Struktur und der Willensbildung auch nicht entsprechend – angewendet werden kann.

3. Ist aufgrund dessen jedenfalls im vorliegenden Falle eine Zusammenrechnung der Geschäftswerte für das Ausscheiden und die Neubestellung eines Prokuristen vorzunehmen, so ist die halbe Gebühr nach §§ 145 Abs. 1 S. 1, 38 Abs. 2 Nr. 7 KostO hier aus einem nach § 26 Abs. 4 Nr. 4, 44 Abs. 2 a KostO ermittelten Geschäftswert von 200.000,00 DM (Ziff. 1 bis 4 jeweils 50.000,00 DM) zu bemessen und beträgt damit 205,00 DM statt der vom Bezirksnotar angesetzten 175,00 DM. Einschließlich 6,00 DM Schreibauflagen und 15% Mehrwertsteuer ist die Kostenrechnung demgemäß um den aus Ziff. 1 des Tenors ersichtlichen Betrag zu erhöhen.

Mitgeteilt von Ri. a. LG Klier, Ebersbach

#### **UmwG §§ 190 ff; KostO §§ 30, 39 Abs. 4, 41 Abs. 4; EG-Gesellschaftssteuerlinie 69/335/EWG Art. 4 und 10**

1. Der Geschäftswert für die Beurkundung von Verzichtserklärungen der Gesellschafter im Zusammenhang mit einem Formwechsel nach §§ 190 ff UmwG ist nach § 30 Abs. 1 und nicht nach § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen.

2. Auf den Geschäftswert der Beurkundung von Zustimmungserklärungen im Zusammenhang mit einem Formwechsel ist weder die Obergrenze von 10 Millionen DM aus § 39 Abs. 4 KostO noch die von 1 Million DM aus § 41 Abs. 4 KostO anwendbar.

3. Die Richtlinie des Rates vom 17. 7. 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (69/335/EWG – Gesellschaftssteuerrichtlinie) ist auf die von Notaren im Landesdienst vorgenommenen Beurkundungen – auch soweit die Beurkundung gesetzlich vorgeschrieben ist – nicht anwendbar.

Diese stellen – jedenfalls soweit § 17 BeurkG anwendbar ist – keine „Formalität“ i.S.v. Art. 10 c) der Richtlinie dar.

Das deutsche und auch das baden-württembergische Notariats- und Kostenrecht begründen kein Rechtssystem, in dem im Sinne des Urteils des EuGH vom 29. 9. 1999 (Rs. C-56/98 – „Modelo“) „der Notar Beamter ist und ein Teil dieser Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgaben zufließt“.

Auch Sinn und Zweck der Richtlinie gebieten nicht deren Anwendung.

LG Stuttgart, Bschl. v. 17. 1. 2001, 2 T 447/99

Aus den Gründen:

I.

Der Bezirksnotar beurkundete am 28. 7. 1997 in ein und derselben Urkunde den Beschluß der Gesellschafterversammlung zur formwechselnden Umwandlung, in die nach § 193 Abs. 2 UmwG erforderlichen Zustimmungserklärungen aller Gesellschafter sowie Erklärungen aller Gesellschafter, in denen diese auf das Klagerecht (§ 195 UmwG) und den Umwandlungsbericht verzichteten (§ 192 Abs. 3 UmwG).

Das Aktivvermögen der Gesellschaft betrug dabei 36 812 449,02 DM.

Der Bezirksnotar erhob für die Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses aus einem Wert von 36 812 440,02 DM die Höchstgebühr von 10 000,- DM nach § 47 KostO. Entsprechend der Stellungnahme des Bezirksrevisors setzte er aber darüber hinaus für die Beurkundung der Zustimmungserklärungen aus demselben Wert eine halbe Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO in Höhe von 16 415,50 DM und für die Beurkundung der Verzichtserklärungen aus einem Geschäftswert von 3 681 244,- DM (10 % des Aktivvermögens) eine volle Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO in Höhe von 5 660,- DM, jeweils zuzüglich Mehrwertsteuer, an.

Gegen diese Kostenrechnung hat die Kostenschuldnerin Beschwerde eingelegt.

II.

Die Beschwerde ist nach § 156 Abs. 1 Satz 1 KostO statthaft. Dies ergibt sich aus § 143 Abs. 1 KostO i.V.m. § 3 Abs. 1 LFGG, §§ 12 Abs. 1 Satz 2, 14 Abs. 2 Nr. 2 LJKG, da dem Bezirksnotar bei den hier in Frage stehenden Beurkundungen ein Gebührenanteil verbleibt und er damit auch Gebührengläubiger ist (Storz/Veit, Kostenordnung und Baden-Württembergisches Landesjustizkostengesetz, 7. Aufl. 1993, Anm. zu § 12 LJKG), weshalb die Erinnerung nach §§ 142, 14 Abs. 2 KostO hier als Rechtsmittel ausscheidet.

Die auch im übrigen zulässige Beschwerde ist jedoch nicht begründet.

Dabei ist die Erhebung der Gebühr nach § 47 KostO von der Kammer nicht zu überprüfen. Die Kostenerhebung ist lediglich insoweit Gegenstand des Verfahrens nach § 156 KostO, als sie vom Beschwerdeführer beanstandet wird (Rohs/Wedewer, KostO Stand Dezember 2000, § 156 Rdnr. 11 und 38 sowie Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann KostO, 14. Aufl., § 156 Rdnr. 58). Hier hat die Beschwerdeführerin ihr Rechtsmittel zwar nicht ausdrücklich auf die für die Zustimmungs- und Verzichtserklärungen erhobenen Gebühren beschränkt, doch wie sich aus den Ausführungen zur Begründung der Beschwerde ergibt (insbesondere Ziff. 2 f und Ziff. 3 des Schriftsatzes vom 29. 10. 1999, Bl. 5 und 6 d. A., sowie Ziff. 3 und 4 des Schriftsatzes vom 27. 6. 2000, Bl. 39 und 40 d. A.) wendet sie sich nicht gegen die Erhebung der Gebühr nach § 47 KostO für die Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses, sondern lediglich gegen die darüber hinaus erhobenen Gebühren nach § 36 Abs. 1 und § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO.

Die Erhebung dieser Gebühren ist aber nicht zu beanstanden.

1. Die Gebühren sind vom Bezirksnotar in Einklang mit der Kostenordnung erhoben worden.

a) Zu Recht hat er in der berechtigten Kostenrechnung neben der Gebühr nach § 47 KostO für die Beurkundung der Verzichtserklärungen auch eine solche nach § 36 Abs. 1 KostO angesetzt, nachdem § 44 KostO auf die gleichzeitige Beurkundung von „gewöhnlichen“ rechtsgeschäftlichen Erklärungen unter Lebenden und anderen Geschäften, wozu auch Beschlüsse einer Gesellschafterversammlung gehören, nicht anzuwenden ist (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 44 Rdnr. 6).

Der Gebührensatz bestimmt sich dabei nach § 36 Abs. 1 KostO (Streifzug durch die Kostenordnung, 4. Aufl., Rdnr. 574 und Reimann, MittBayNot 1995, S. 1, 4).

Der hier angenommene Geschäftswert von 3 681 244,90 DM (entsprechend 10 % des Aktivvermögens der umgewandelten Gesellschaft) ist ebenfalls nicht zu beanstanden. Mit dem Bezirksnotar ist davon auszugehen, daß der Geschäftswert für die Verzichtserklärungen nach § 30 Abs. 1 KostO (ebenso Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 575 und Tiedtke, MittBayNot 1997, S. 209, 215) und nicht nach § 30 Abs. 2 KostO zu bestimmen ist (so Rohs/Wedewer, § 30 Rdnr. 39 a). Beim Verzicht auf Rechte kommt die Anwendung von § 30 Abs. 1 KostO durchaus in Betracht (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 30 Rdnr. 85). Nachdem an das Vorliegen „genügender tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Schätzung“ keine strengen Anforderungen gestellt werden dürfen, da im Zweifel § 30 Abs. 1 KostO den Vorrang vor Abs. 2 hat (Hartmann, § 30 Rdnr. 49) und die Anwendung des Abs. 2 in vermögensrechtlichen Angelegenheiten die Ausnahme bleiben soll (so Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 30 Rdnr. 4), reicht es deshalb aus, wenn ein Beziehungswert festgestellt werden kann, von dem dann ein gewisser Prozentsatz als Wert festzusetzen ist (vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 30 Rdnr. 8 f). Ein solcher Beziehungswert kann hier in der Beteiligung des Verzichtenden am Vermögen des formwechselnden Rechtsträgers gesehen werden. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, wenn der Bezirksnotar wie hier den Geschäftswert mit einem Prozentsatz des Beteiligungswerts bemißt. Er hat sein Ermessen dahingehend ausgeübt, daß er von einem Prozentsatz von 10 % ausgegangen ist. Diese Ermessensausübung ist von der Kostenschuldnerin nicht beanstandet worden, auch nicht offensichtlich fehlerhaft und kann infolgedessen bestehenbleiben. Da hier Verzichtserklärungen aller Gesellschafter beurkundet wurden und deshalb eine Zusammenrechnung nach § 44 Abs. 2 a KostO vorzunehmen ist, hat der Bezirksnotar auch zu Recht die 10 % aus dem Aktivvermögen der Gesellschaft (§ 18 Abs. 3 KostO) bestimmt.

b) Sind neben dem Umwandlungsbeschluß gesonderte Zustimmungserklärungen der Gesellschafter erforderlich – was hier von der Kostenschuldnerin nicht in Frage gestellt wurde und demgemäß von der Kammer nicht weiter zu überprüfen ist –, die dann nach § 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG notariell zu beurkunden sind, so sind diese durch die Beurkundung des Umwandlungsbeschlusses nicht abgegolten, da es sich um neben diesen tretende rechtsgeschäftliche Erklärungen handelt und § 44 KostO für das Verhältnis zwischen dem Umwandlungsbeschluß und den übrigen beurkundeten Erklärungen aus diesem Grunde nicht gilt (anders wohl – ohne nähere Begründung – Reimann a.a.O. S. 4), doch liegt Gegenstandsgleichheit der Zustimmungs- mit den Verzichtserklärungen vor (Streifzug durch die Kostenordnung, Rdnr. 574, Reimann a.a.O. S. 4 f). Demgemäß wäre nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO an sich für die Zustimmungs- und Verzichtserklärungen insgesamt nur eine Gebühr aus dem höchsten in Betracht kommenden Gebührensatz zu berechnen. Eine Abänderung der Kostenrechnung, in der eine Gebühr für die Zustimmungserklärungen und eine weitere für die Verzichtserklärungen erhoben wird, hat dennoch nicht zu erfolgen, wie sich aus folgenden Erwägungen ergibt:

aa) Zu Recht ist für die Beurkundung der Zustimmungserklärungen ein Geschäftswert von 36 812 449,02 DM angenommen worden, da nach § 40 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. Satz 1 KostO der Geschäftswert der einzelnen Zustimmungserklärungen nach dem Bruchteil der Beteiligung des Gesellschafters am Vermögen der formwechselnden GmbH (und dieser wiederum nach dem Aktivvermögen, § 18 Abs. 3 KostO) zu bemessen ist, bei Zustimmungserklärungen mehrerer Gesellschafter eine Zusammenrechnung nach § 44 Abs. 2 a KostO zu erfolgen hat (vgl. Tiedtke, MittBayNot 1997, S. 209, 215 am Ende) und bei Zustimmungserklärungen aller Gesellschafter der Geschäftswert somit dem gesamten Aktivvermögen entspricht und die Obergrenze von 10 Mio. DM nach § 39 Abs. 4 KostO nicht anzuwenden ist (anders Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 40 Rdnr. 8). Letzteres ergibt sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 39 Abs. 4 KostO, der die Anwendung der Geschäftswertbegrenzung nicht für alle, sondern nur für bestimmte Rechtsgeschäfte und Erklärungen im Zusammenhang mit einer Umwandlung, (Gesellschaftsverträge u. a.) vorsieht, zu der die (einseitigen) Zustimmungserklärungen (ebenso wie die Verzichtserklärungen) bei der formwechselnden Umwandlung nicht zählen. Sie gehören insbesondere nicht zu den dort erwähnten „Verträgen und Plänen nach dem Umwandlungsgesetz“; derartige Erklärungen kommen lediglich bei der Verschmelzung, der Spaltung und der Übernahme, nicht aber beim Formwechsel, vor (vgl. die Aufzählung bei Rohs/Wedewer, § 39 KostO Rdnr. 53 am Ende; siehe auch die bei Hornung, Rpfleger 1997, S. 516, 517 rechte Spalte wiedergegebenen Erwägungen im Ausschußbericht zum Anwendungsbereich), so daß § 39 Abs. 4 KostO im Fall des Formwechsels gar keinen Anwendungsbereich hat (so zu Recht Hornung a.a.O. S. 518 linke Spalte).

Eine entsprechende Anwendung der Obergrenze nach § 41 Abs. 4 KostO kommt dabei entgegen Tiedtke a.a.O. S. 215 in keiner Konstellation in Betracht, da die Zustimmung einer Bevollmächtigung nicht gleichgestellt werden kann.

bb) Streitig ist, ob der Gebührensatz für derartige Zustimmungserklärungen § 36 Abs. 1 KostO oder – jedenfalls in bestimmten Fällen – § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO zu entnehmen ist (hierzu Hornung a.a.O. S. 519 m.w.N.; Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 27 KostO Rdnr. 27, § 38 Rdnr. 23 f. m.w.N. und Rohs/Wedewer, § 38 KostO Rdnr. 13). Dies kann aber hier offen bleiben, da die Anwendung des Gebührensatzes nach § 36 Abs. 1 KostO statt des vom Bezirksnotar angewendeten § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO zu einer Erhöhung der erhobenen Gebühr und damit zu einem Verstoß gegen den auch im Verfahren nach § 156 KostO geltenden Grundsatz des Verbots der reformatio in peius führen würde, nachdem hier der Kostenschuldner mit dem Ziel der Herabsetzung der Zahlungspflicht Beschwerde eingelegt hat (vgl. Rohs/Wedewer, § 156 Rdnr. 38 und Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 156 Rdnr. 58): Wendete man § 36 Abs. 1 KostO an, so wäre bei der dann vorliegenden Konstellation des gleichen Gebührensatzes und der Gegenstandsgleichheit bei verschiedenen Geschäftswerten (die durchaus nicht unüblich ist, vgl. Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 44 Rdnr. 271) nach § 44 Abs. 1 Satz 1 KostO eine volle Gebühr aus einem Gegenstandswert von 36 812 449,02 DM für die Zustimmungserklärungen einschließlich der Verzichtserklärungen anzusetzen, was zu einer Gebühr von 32 831,- DM führen würde.

Bei Anwendung von § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO auf die Zustimmungserklärungen ergäbe sich zunächst kein anderes Ergebnis, da bei verschiedenen Gebührensätzen der höchste Satz anzuwenden ist (Korintenberg a.a.O. Rdnr. 272). Jedoch kommt in § 44 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 KostO der der gesamten Regelung des § 44 KostO zugrundeliegende Rechtsgedanke zum Ausdruck, daß bei

Zusammenbeurkundung mehrerer Erklärungen keine höhere Gebühr anfallen darf als bei getrennter Beurkundung; es kommt also letztlich für die Anwendung des § 44 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 KostO nicht darauf an, ob die mehreren Erklärungen den ganzen Gegenstand oder nur einen Teil davon betreffen (Korintenberg a.a.O. Rdnr. 269). Bei getrennter Berechnung einer halben Gebühr aus § 38 Abs. 2 Nr. 1 KostO für die Beurkundung der Zustimmungserklärungen aus einem Geschäftswert von 36 812 449,02 DM und einer vollen Gebühr gem. § 36 Abs. 1 KostO für die Beurkundung der Verzichtserklärungen aus einem Geschäftswert von 36 813 344,90 DM ergeben sich aber zusammengerechnet geringere Gebühren von nur 22 075,50 DM, wie der Bezirksrevisor in seiner Stellungnahme vom 8. 9. 1999 (Bl. 7 d. A.) zu Recht ausgeführt hat.

Daraus ergibt sich zum einen, daß der Ansatz beider Gebühren trotz Gegenstandsgleichheit gerechtfertigt ist und zum anderen, daß die Anwendung des § 36 Abs. 1 KostO auf die Zustimmungserklärungen hier zu einer höheren Gebühr führen würde und damit wegen des oben dargestellten Verschlechterungsverbots unzulässig wäre.

c) Insgesamt ist aufgrund dessen festzustellen, daß – was die Beschwerdeführerin auch nicht in Frage stellt – die Kostenrechnung den Regelungen der Kostenordnung entspricht.

3. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin ist diese Kostenerhebung auch europarechtlich nicht zu beanstanden. Ein Verstoß gegen die Gesellschaftssteuerrichtlinie vom 17. 7. 1969 liegt trotz der fehlenden Obergrenze hinsichtlich der Höhe der jeweiligen Gebühren nicht vor, da die Richtlinie auf die hier erhobenen Gebühren überhaupt nicht anwendbar ist, weil diese unter keinen der in Art. 10 der Richtlinie genannten Verbotstatbestände fallen.

Der Verbotstatbestand des Art. 10 a scheidet dabei schon deshalb aus, weil die Notargebühren nicht für die Umwandlung als solche, sondern für deren notarielle Beurkundung erhoben werden, die notarielle Amtstätigkeit also keinen „in Art. 4 genannten Vorgang“ darstellt, sondern in dessen Vorfeld liegt (so zu Recht Görk, DNotZ 1999, S. 851, 867). Auch Art. 10 b der Richtlinie paßt nicht, wie in der Stellungnahme des Justizministeriums Baden-Württemberg zu Recht ausgeführt wird. In Betracht kommt damit von vornherein nur ein Verstoß gegen Art. 10 c der Richtlinie. Dieser Ansicht ist offenbar auch der EuGH, nachdem er im „Modelo-Urteil“ die von den portugiesischen beamteten Notaren erhobenen Gebühren für die Beurkundung einer Kapitalerhöhung ausschließlich an dieser Bestimmung gemessen hat (Rz. 24 der Urteilsgründe). Hierzu müßte die Beurkundung eine „der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende... sonstige Formalität“ sein, der die Gesellschaft „aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann.“ Dies ist aber nicht der Fall:

a) Hinsichtlich der Gebühr für die Beurkundung der Verzichtserklärungen kommt die Anwendung von Art. 10 c schon deshalb nicht in Betracht, weil derartige Verzichtserklärungen für die formwechselnde Umwandlung nicht zwingend vorgeschrieben sind. Trotz des Wortlauts von Ziff. 1 des Urteilsausspruchs ist die Entscheidung des EuGH nicht dahingehend zu verstehen, daß alle Gebühren für die notarielle Beurkundung eines beamteten Notars, die zum Teil in die Staatskasse fließen, eine Steuer im Sinne der Richtlinie darstellen. Wie sich aus Rz 26 der Urteilsgründe ergibt („da das portugiesische Recht für die Erhöhung des Kapitals einer Kapitalgesellschaft eine notarielle Beurkundung zwingend vorschreibt...“), kann auch nach Ansicht des EuGH eine „Formalität“ im Sinne des Art. 10 c nur vorliegen, wenn die notarielle Beurkundung zwingende Voraussetzung für den entsprechenden „Vorgang“ (hier die formwechselnde Umwandlung) ist. Daran fehlt es bei den Verzichtserklärungen: Zwar schreibt § 192 Abs. 3 Satz 2 UmwG für den Verzicht auf den Umwandlungsbericht eine notarielle Beurkundung vor, doch sind die Verzichtserklärungen nicht zwingende Voraussetzungen für eine Umwandlung. Vielmehr kann der umwandelnde Rechtsträger insoweit der Formvorschrift und

der durch diese ausgelösten Gebühren entgehen, indem er den Umwandlungsbericht erstellen läßt, wovon der Gesetzgeber ja als Regelfall ausgeht.

Damit fehlt der für die Beurkundung der Verzichtserklärungen erhobenen Gebühr ein wesentliches Merkmal der „Steuer oder Abgabe“, nämlich das der obligatorischen Erhebung durch den Staat und für den Staat (vgl. Görk a.a.O. S. 856 mit Fußnote 19 und S. 860 f mit Fußnote 30). Deren Erforderlichkeit ergibt sich auch aus der Formulierung des Art. 10 c, wo von einer Formalität die Rede ist, der die Gesellschaft „unterworfen“ werden kann. Demgemäß hat der EuGH auch ausgesprochen, daß eine „Formalität“ nur „wesentliche Förmlichkeiten sein können, die durch die Rechtsform der betreffenden Gesellschaft bedingt sind“ und „Bedingung für die Ausübung und Fortführung“ ihrer Tätigkeit sind (Urteil vom 2. 12. 1997, Rs C 188/95 – „Fantask“, Rz. 22 der Urteilsgründe, abgedruckt in ZIP 1998, S. 206). Deshalb ist mit dem Bayr. Obersten Landesgericht (FGPrax 2000, S. 129) davon auszugehen, daß solche „wesentlichen Förmlichkeiten“ nur gegeben sind, wenn sie zwingend vorgeschrieben sind und die Gesellschaft ohne ihre Einhaltung nicht tätig sein kann. Bei Verzichtserklärungen ist dies gerade nicht der Fall, vielmehr braucht die Gesellschaft nur den ohnehin vom Gesetz vorgesehenen Umwandlungsbericht zu erstellen.

- b) Hinsichtlich der Zustimmungserklärungen gilt dies allerdings nicht. Diese sind – soweit sie tatsächlich nach dem Umwandlungsgesetz vorgesehen sind – zwingend erforderlich; man kann aufgrund dessen durch andere Gestaltung der Beurkundungspflicht und der hierdurch entstehenden Gebühr nicht entgehen.

aa) Zweifelhaft ist dabei, ob – wie das Justizministerium meint – die Umwandlung einer GmbH in eine GmbH & Co. KG schon deshalb nicht unter den Verbotstatbestand des Art. 10 fallen könne, weil die Richtlinie zwar Personengesellschaften den Kapitalgesellschaften gleichstelle (Art. 3 Abs. 2) und damit im Sinne der Richtlinie die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Art vorliege, auf diese aber nach Art. 4 Abs. 3 a keine Gesellschaftsteuer erhoben werden dürfe und Art. 10 nur das Ziel habe, Abgaben zu untersagen, die die gleichen Merkmale aufweisen wie die europaweit harmonisierte Gesellschaftsteuer, die auf in Art. 4 Abs. 1 und 2 genannten Vorgänge erhoben werden könne.

Wie Görk a.a.O. S. 874 mit Fußnote 72 sowie S. 869 mit Fußnote 55 zu Recht ausführt, sprechen zwar der Sinn und Zweck der Richtlinie sowie deren Entstehungsgeschichte (siehe den letzten Erwägungsgrund) und Systematik dafür, daß sich das in Art. 10 c verankerte Verbot auf die in Art. 4 Abs. 1 und 2 der Richtlinie genannten Vorgänge beschränkt, da nur diese der harmonisierten Gesellschaftsteuer unterworfen werden können und deshalb auch nur insoweit Raum für die Umgehung der Harmonisierung durch Erhebung „verdeckter“ Gesellschaftsteuer und ein diese verhinderndes Verbot bleibt, daß aber die Rechtsprechung des EuGH insoweit nicht eindeutig ist, da zwar das Urteil vom 27. 10. 1998 (Rs C 152/97 – „Abruzzi Gas“, Rz 21 der Urteilsgründe, abgedruckt in WPM 1999 S. 343 ff) in diesem Sinne verstanden werden kann, das „Modelo-Urteil“ wegen der Einbeziehung der Firmenänderung und der Sitzverlegung in Ziff. 2 des Urteilsentwerfers aber anders verstanden werden könnte (jedoch nicht muß, vgl. Rz 22 „Vorgänge, die unter die Richtlinie fallen“ und Rz 26, wo nur von der Kapitalerhöhung die Rede ist).

- b) Diese Frage braucht aber nicht abschließend beantwortet zu werden, wenn die Richtlinie auf die von den Baden-Württembergischen Notaren im Landesdienst erhobenen Beurkundungsgebühren überhaupt nicht angewandt werden kann. Davon ist auch für die ohne Obergrenze aufsteigenden und auf der Grundlage des Kapitals (Aktivvermögen) der Gesellschaft berechneten Gebühren aus 2 Gründen auszugehen:

- aa) Zum einen ist jedenfalls bei der Beurkundung von Willenserklärungen im Sinne des zweiten Abschnittes des Beurkundungsgesetzes aufgrund der weitgehenden Prüfungs- und Belehrungspflichten des Notars, insbesondere nach § 17 des Beurkundungsgesetzes, wie sie auch von der Rechtsprechung im Sinne von Beratungspflichten weiter ausgebaut worden sind, eine notarielle Beurkundung nicht als „Formalität“ im Sinne von Art. 10 c der Richtlinie anzusehen.

Etwas anderes ergibt sich auch aus dem „Modelo“-Urteil trotz der weitgehenden Formulierung in Ziff. 1 des Urteilsausspruchs und Rz 22 und 23 der Gründe nicht ohne weiteres:

In verschiedenen Anmerkungen zu diesem Urteil ist zu Recht darauf hingewiesen worden, daß der EuGH in seiner Begründung nicht näher problematisiert, welche Pflichten die portugiesischen Staatsnotare bei der Beurkundung treffen (Vollrath, MittBayNot 1999, S. 499, 500; Fabis, ZIP, S. 1683, 1684 und Görk a.a.O. S. 856, 861), weshalb auch unklar bleibt, warum der EuGH in Rz 22 und 23 der Gründe die Gebühren als „Steuer“ angesehen hat, also als eine – in den bei Görk (a.a.O. S. 856 Fußnote 19 – Rz 57 der Schlußanträge –) wiedergegebenen Worten des Generalanwalts „obligatorische Zahlung einer Privatperson an den Staat ohne spezifische Gegenleistung zur Erfüllung staatlicher Aufgaben“ und nicht als „im wesentlichen auf der Dienstleistung des Notars an seinen Klienten im Zusammenhang mit der Beurkundung der Kapitalerhöhung, nicht jedoch auf letzterem Vorgang als solchen“ beruhend (so Rz 74 der Schlußanträge, wiedergegeben bei Vollrath a.a.O.). Da auch abstrakte Urteilsformulierungen des EuGH sehr stark am konkret entschiedenen Fall orientiert sind (Görk a.a.O. S. 853 und v. d. Groeben, Thiesing, Ehlermann-Krück, 5. Aufl., Art. 177 EGV Rdnr. 90 f), kann das „Modelo“-Urteil nur dann für die von der Kammer vorzunehmende Auslegung maßgeblich sein, wenn in den wesentlichen Punkten ein vergleichbarer Sachverhalt vorliegt. Entsprechend wird in der europarechtlichen Literatur angenommen, daß die Präjudizwirkung der Auslegungsurteile des EuGH derjenigen höchstgerichtlicher Entscheidungen im nationalen Recht ähnelt (Lenz-Burchardt, EG-Vertrag, 2. Aufl. 1999, Art. 234 Rdnr. 55 und v. d. Groeben/Thiesing/Ehlermann, a.a.O. Rdnr. 92); eine solche Präjudizwirkung setzt aber die Vergleichbarkeit der Sachverhalte voraus.

An dieser fehlt es, weil Aufgaben- und Pflichtenstellung des Notars im Landesdienst bei der Beurkundung verglichen mit denen des portugiesischen Staatsnotars nicht vergleichbar sind.

Das Justizministerium hat in seiner Stellungnahme – ohne daß die Kostenschuldnerin dies bestritten hätte – ausgeführt, der portugiesische Staatsnotar unterliege Weisungen zur Urkundengestaltung, von denen er nicht abweichen dürfe, er schulde keine rechtliche Aufklärung, und die Rechtswirkungen der Beurkundung beschränkten sich in erster Linie auf die Feststellung der Tatsache, daß eine bestimmte Person eine bestimmte Erklärung zu einer bestimmten Zeit vor dem Notar abgegeben habe. Dies alles trifft auf den Notar im Landesdienst wie auf alle deutschen Notare nicht zu. Diese entwerfen vielmehr im Regelfall den Text der Urkunde selbst und unterliegen überdies den Prüfungs- und Belehrungspflichten nach §§ 17 ff BeurkG und den darüber hinaus durch die Rechtsprechung entwickelten Belehrungs-, Betreuungs- und Gestaltungspflichten. Aus diesen Gründen sind die von den deutschen Notaren vorgenommenen Beurkundungen keine abgabenpflichtige „Formalität“, sondern in den oben wiedergegebenen Worten des Generalanwalts eine – wenn auch in hoheitlicher Form vorgenommene – „Dienstleistung an den Klienten“ (so zu Recht Vollrath a.a.O.) und damit auch keine Steuern und Abgaben im Sinne des Art. 10 c der Richtlinie.

Erst recht muß das für Beurkundungen gelten, die wie hier im Rahmen von Umwandlungsvorgängen vorgenommen werden, nachdem das Europarecht dort selbst die öffentliche Beurkundung als vorsorgende rechtliche Kontrolle vorsieht (so zu Recht Vollrath a.a.O. und Görk S. 861 mit Fußnote 33).

- bb) Überdies ist das deutsche Rechtssystem nicht im Sinne von Ziff. 1 des Urteilsausspruchs des „Modelo“-Urteils als „Rechtssystem, in dem der Notar Beamter ist und ein Teil dieser Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgabe zufließt“ anzusehen.

Mit Ausnahme Baden-Württembergs existieren in Deutschland lediglich freiberuflich tätige Notare, denen die Gebühren zufließen, an denen der Staat (also die 15 anderen Bundesländer) nicht beteiligt ist. Wie sich aus Ziff. 1 des Urteilsausspruchs sowie den Gründen des „Modelo“-Urteils (Rz. 21, 22 und 23) ergibt, ist die Richtlinie auf selbstständige Notare, die keinen Gebührenanteil an den Staat für allgemeine staatliche Zwecke abzuführen haben, von vornherein nicht anwendbar (allgemeine Meinung, Rohs/Wedewer, § 26 Rdnr. 2 e und Görk a.a.O. S. 858 m.w.N. Fußnote 26).

Damit können die Gebühren, die von den selbstständig tätigen Notaren erhoben werden, keine unzulässigen Steuern und Abgaben im Sinne der Richtlinie darstellen. Da die Befugnis zur Beurkundung nicht an bestimmte örtliche Zuständigkeitsgrenzen gebunden ist, hat auch der Rechtssuchende in Baden-Württemberg jederzeit die Möglichkeit, einen selbstständig tätigen Notar aufzusuchen und damit die Einnahme von Gebühren durch die Landeskasse zu verhindern.

Dies gilt auch dann, wenn man die übrigen Bundesländer ausblendet und lediglich das Notariatssystem des Landes Baden-Württemberg betrachtet, da im Württembergischen Rechtsgebiet nach §§ 3 Abs. 2 LF GG, 116 Abs. 1 BNotO in zwar zahlenmäßig beschränktem, aber nicht unbedeutendem Umfang selbstständig tätige Notare sowohl in Form des Nur- als auch des Anwaltsnotars bestellt werden können und bestellt werden, so daß jedenfalls im Württembergischen Rechtsgebiet jeder Rechtssuchende auch innerhalb dieses Gebiets auf Notare ausweichen kann, von deren Gebühreneinnahmen der Landeskasse nichts zufließt.

Im Badischen Rechtsbereich sind zwar nur staatliche Notare tätig, doch haben auch diese Rechtssuchenden jederzeit die Möglichkeit, in den angrenzenden anderen Bundesländern oder im Württembergischen Rechtsgebiet Beurkundungen vornehmen zu lassen.

Hat es aber demnach (auch innerhalb Baden-Württembergs) der Rechtssuchende durch die Auswahl des Notars in der Hand, ob die Notargebühren (zumindest teilweise) der Landeskasse zufließen oder nicht, so fehlt es an einem wesentlichen Element des Begriffs „Steuer“ (auch im Sinne des Gemeinschaftsrechts, vgl. die oben wiedergegebene Rz. 57 der Schlußanträge des Generalanwalts), nämlich an der obligatorischen Erhebung durch den Staat und für den Staat (so zu Recht Görk a.a.O. S. 860 f). Unerheblich ist demgegenüber, daß auch die selbstständig tätigen Notare der Staatsaufsicht unterliegen, ihre Zahl durch das Land festgelegt und bestimmt wird und sie die Gebühren in derselben Höhe wie die beamteten Notare zu erheben haben. Dies stellt keine Besonderheit der im Württembergischen Rechtsgebiet bestellten selbstständig tätigen Notare dar, sondern entspricht der Rechtsstellung aller in den übrigen Bundesländern tätigen (Nur-)Notare.

Auch nach Sinn und Zweck der Richtlinie kann das deutsche Notariatssystem mit der dazu gehörenden Gebührenregelung in der Kostenordnung für die Beurkundungen kein Rechtssystem im Sinne der Ziff. 1 des Tenors des „Modelo“-Urteils sein. Die Richtlinie will durch den Ver-

botstatbestand des Art. 10, wie der letzte Erwägungsgrund zeigt, verhindern, daß die Mitgliedsstaaten andere indirekte Steuern mit den gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftssteuer erheben. Bei der Regelung des Art. 10 c (und auch der des Art. 12 Abs. 1 e) geht es demnach darum zu verhindern, daß die Mitgliedsstaaten die Harmonisierung der Gesellschaftssteuer durch Erhebung anderer gleichartiger Abgaben unter dem Deckmantel einer „Gebühr“ unterlaufen. Wie Rz 27 Satz 2 der Gründe deutlich zeigt, beruht auch das „Modelo“-Urteil auf dem Bestreben des EuGH, eine Umgehung dieses Zwecks der Richtlinie durch die Erhebung von Notargebühren zu verhindern. Eine solche Umgehung mag für das portugiesische Rechtssystem nicht fernliegen, nachdem dieser Mitgliedsstaat ausschließlich beamtete Notare kennt, diese für zwingend vorgeschriebene Beurkundungen, die „Vorgängen“ im Sinne der Richtlinie vorausgehen, Gebühren erhebt, die die konkreten Aufwendungen für diesen Verwaltungsbereich übersteigen, die zudem eine erhebliche Höhe haben und generell ohne Obergrenze und überdies auch in der obersten Gebührenstufe mit dem (so der EuGH in Rz 31 der Gründe) „nicht unerheblichen Satz von 0,3%“ ansteigen (verglichen mit dem Satz der Gesellschaftssteuer von max. 1%, während die Kostenordnung vielfach Obergrenzen kennt und überdies in der obersten Gebührenstufe nach § 32 KostO im Verhältnis zum Geschäftswert nur noch um 0,0015% ansteigt) – mit anderen Worten, es könnte sich in der Tat die Frage stellen, ob sich der portugiesische Staat über diese „Hintertür“ ihm für allgemeine Staatsausgaben zufließende „quasi-Gesellschaftssteuern“ verschafft.

Dagegen hat der bundesdeutsche Gesetzgeber den Regelfall der Beurkundung durch einen selbstständig tätigen Notar im Auge, und zwar auch bei der Festlegung der Gebührenhöhe, da ja der selbstständig tätige Notar keine Besoldung erhält, sondern ausschließlich von seinen Gebühreneinnahmen leben muß. Mit der Anordnung der Pflicht zur notariellen Beurkundung und der Zahlung von Gebühren hierfür in staatlich festgesetzter Höhe hat der Bundesgesetzgeber damit (im Gegensatz zum portugiesischen Staat) gerade nicht angeordnet, daß im Rahmen einer solchen Beurkundung in Form von Gebührenanteilen „Abgaben“ für allgemeine Staatszwecke an den Staat fließen sollen. Der Umstand, daß das Land Baden-Württemberg aufgrund seiner durch Art. 138 GG geschützten besonderen Notariatsverfassung mit beamteten Notaren Einnahmen in Form von Gebührenanteilen erzielt, die auch insgesamt die Aufwendungen für die staatlichen Notariate übersteigen, weil aus Gleichheitsgründen eine einheitliche Gebührenstruktur gelten soll (vgl. OLG Karlsruhe NJW-RR 1996, S. 704 und Vollrath, a.a.O. S. 502) stellt gewissermaßen einen vom Bundesgesetzgeber nicht beabsichtigten „Nebeneffekt“ der Baden-Württembergischen Besonderheiten dar.

Das Argument der Kostenschuldnerin, die Verbote der Richtlinie könnten nicht dadurch unterlaufen werden, daß der Staat neben den beamteten Notaren eine (kleine) Anzahl freiberuflicher Notare zuläßt, geht damit für das deutsche und das Baden-Württembergische Notariatssystem fehl. Ein solches „Unterlaufen“ könnte etwa dann angenommen werden, wenn Portugal durch die Zulassung weniger selbstständig tätiger Notare die Konsequenzen des „Modelo“-Urteils umgehen wollte. Mit einem solchen Vorgehen sind aber die soeben beschriebenen Auswirkungen landesrechtlicher Besonderheiten in einem primär seit jeher auf selbstständig tätige Notare und damit nicht auf Einnahmeerzielung durch den Staat ausgerichteten Gebührenrecht eines Mitgliedstaates wie hier der Bundesrepublik Deutschland nicht vergleichbar.

- c) Ist aufgrund dessen die Erhebung der beanstandeten Gebühr nicht durch Art. 10 der Richtlinie verboten, stellt sich die Frage,

ob trotz fehlender Obergrenze eine „Abgabe mit Gebührencharakter“ im Sinne von Art. 12 Abs. 1 e der Richtlinie vorliegt nicht mehr, da Art. 12 Abs. 1 als Auflistung von Ausnahmen von den Besteuerungsverboten der Art. 10 und 11 nur zu prüfen ist, wenn überhaupt ein Verbotstatbestand eingreift.

## III.

Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der hier zur Entscheidung stehenden Fragen läßt die Kammer gem. § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO die weitere Beschwerde zu.

Von einer Vorlage an den EuGH nach Art. 234 Abs. 1 b EGV sieht die Kammer hingegen ab, nachdem aufgrund der oben unter II. 2. b cc genannten Gründe nach der bisherigen Rechtsprechung des EuGH nicht von einem Verstoß gegen die Richtlinie ausgegangen werden kann und überdies nach Art. 234 Abs. 2, Abs. 3 EGV keine Vorlagepflicht gegeben ist, da die Kammer aufgrund der Zulassung der weiteren Beschwerde nicht als letztinstanzliches Gericht entscheidet und es nicht um eine Gültigkeitsfrage, sondern um eine Auslegungsfrage geht (vgl. Geiger, EUV/EGV, 3. Aufl., Art. 234 EGV Rdnr. 17).

Mitgeteilt vom Ri. a. LG Klier, Ebersbach

## Buchbesprechungen

**Bergmann/Schumacher (Hrsg.), Handbuch der kommunalen Vertragsgestaltung.** Band III Privatisierung von Dienstleistungen. Bearbeitet von Hans-Josef Dahlen und Heinz Köhler. Carl Heymanns Verlag, XXVI 278 Seiten. Buch und CD-Rom-2000, ISBN 3-452-23593-9. DM 116,-.

Verträge gewinnen in der kommunalen Praxis zunehmend an Bedeutung. Kommunale Vertragsgestaltung wird immer stärker zu einem eigenen Aufgabenfeld. Das als Band III des Handbuchs der kommunalen Vertragsgestaltung erschienene Werk hat die Privatisierung von Dienstleistungen zum Gegenstand, allerdings nicht die vordergründig organisatorische Privatisierung (gesellschaftsrechtliche Organisationsformen), die Gegenstand des Band II des Handbuchs ist, sondern die Ausgliederung von Einzelleistungen der öffentlichen Verwaltung. Die Verfasser unternehmen den Versuch, zur Vermögensprivatisierung, zur Ausgliederung von Einrichtungen und Funktionen durch privatrechtliche Einzelverträge den Städten und Gemeinden Beispiele und Anregungen zu geben. Der Schwerpunkt liegt im Kapitel II, welches mit „Übertragungsverträge“ beschrieben ist. Die Bereiche, für welche privatrechtliche Einzelverträge zur Ausgliederung vorgestellt und erläutert werden, sind nach Sachkomplexen der kommunalen Praxis zusammengestellt:

1. Versorgung/technische Infrastruktur/Nahverkehr
2. Wirtschaftsförderung und Strukturentwicklung
3. Technisches Gebäudemanagement/betriebliche Hilfsdienste
4. Stadtwerbung/kommunale Öffentlichkeitsarbeit/Sponsoring
5. Übertragung von Unterhaltungs- und Pflegeaufgaben an soziale Einrichtungen und Sportvereine
6. Betriebs- und Finanzierungsvereinbarungen mit freien Trägern der Jugend- und Sozialhilfe
7. Umwidmung öffentlicher Gebäude
8. Kommunale Entsorgung
9. Einzelbeispiele

Einer knappen Einführung vor jedem Sachkomplex folgen dann sogleich die einzelnen Vertragsmuster. Alle Vertragsmuster werden von den Bearbeitern, die Spitzenpositionen der Kommunalverwaltung begleiten (Köhler) oder innehaben und inzwischen als Anwalt arbeiten (Dahlen) und daher auch die praktische Seite des Themas kennen kurz und prägnant erläutert. Sie sind auch auf der jedem Band beigefügten C-ROM enthalten und können so – auf die jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalls zugeschnitten – in die Vertragsentwürfe schnell übernommen werden.

Ein umfangreiches Stichwortverzeichnis erleichtert das Auffinden einzelner Fragestellungen.

Den mit Fragen der Privatisierung kommunaler Aufgaben betrauten Mitarbeitern der Kommunalverwaltungen und ihren externen Beratern kann die Anschaffung des Buchs nachhaltig empfohlen werden.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

**Hartmann, Kostengesetze.** 30. Aufl. 2001. Beck XXXII, 1943 Seiten. In Leinen ISBN 3-406-46847-0. DM 192,-.

Ein Kommentar für die Praxis muß aktuell sein. So nimmt es nicht wunder, daß der Voraufgabe bereits nach einem Jahr eine Neuaufgabe folgt, um dem Benutzer den neuesten Sach- und Streitstand zu bieten. Aus dem Werk ist ein Jahrbuch geworden. Gegenüber der Voraufgabe ist der Umfang zwar um knapp 300 Seiten geringer. Der Grund dafür ist aber vor allem in der Einführung eines neuen (größeren) Buchformats zu finden, welches helfen soll, das Buch trotz erheblicher inhaltlicher Vertiefungen handlich zu halten.

In der 30. Auflage, die den Rechtsstand von Anfang Oktober 2000, teilweise bereits darüber hinaus enthält, wurden namentlich berücksichtigt:

- Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung vom 15. 12. 99
- Gesetz zur strafverfahrensrechtlichen Verankerung des Täter-Opfer-Ausgleichs und zur Änderung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 20. 12. 1999
- Haushaltssanierungsgesetz vom 22. 12. 1999
- Kapitalgesellschaft- und Co-Richtlinie-Gesetz vom 24. 2. 2000
- Gesetz zur Umsetzung von Richtlinien der EG auf dem Gebiet des Berufsrechts der Rechtsanwälte vom 9. 3. 2000
- Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens vom 30. 3. 2000
- Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27. 6. 2000.
- EG-VO 1348/2000 über die Zustellung gerichtlicher und außergerichtlicher Schriftstücke in Zivil- und Handelsachen in den Mitgliedstaaten vom 30. 6. 2000.

Lobenswert sind wiederum die zahlreichen neuen, ergänzten und präzisierten Eingangsanmerkungen zur Systematik und zum Regelungszweck der Normen, welche die dogmatischen Grundlagen und Zusammenhänge erhellen sollen.

Auch die 30. Auflage des *Hartmann* untermauert die herausragende Stellung des Kommentars in der kostenrechtlichen Praxis. Für Richter, Anwälte, Notare, Rechtspfleger, Bezirksrevisoren, Assessoren, Kostenbeamte, Gerichtsvollzieher und Bürovorsteher bleibt er ein unverzichtbarer Ratgeber.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Heidelberg

### Impressum:

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). Mit der Annahme des Beitrags geht das alleinige Veröffentlichungsrecht auf die Herausgeber über. Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen 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. Bezugspreis ab 01. 01. 2001 im Abonnement € 45,- einschließlich MWST und Versandkosten; Einzelhefte € 6,- einschließlich MWST zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur noch von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Anzeigenverwaltung und Gesamterstellung: Walcher & Rees GmbH, Druckerei und Verlag, 89520 Heidenheim, In den Seewiesen 16-18 (Tel. 0 73 21/35 00-0, Fax 0 73 21/35 00 15).