

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar Achim Falk,
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,
Titisee-Neustadt

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

5-6/2007

September/Oktober
Seiten 97-128

Inhalt

Abhandlungen

Offenloch

Freie Notare in Baden – erste Entscheidungen
des Bundesgerichtshofs 97

Miras

Auswirkungen der geplanten GmbH-Reform
nach dem MoMiG auf die notarielle Praxis . . 101

Gehweiler/Reith

Steuerrechtsecke (XX) 106

Böttcher

Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch
einen Vertreter 109

Rechtsprechung 114

Buchbesprechungen 123

Freie Notare in Baden – erste Entscheidungen des Bundesgerichtshofs

(von Richter am Landgericht Thomas Offenloch, Karlsruhe*)

Das freie Notariat in Baden hat den Bundesgerichtshof erreicht. Am 23. Juli 2007 hat sich der dortige Notarsenat insgesamt 11 Entscheidungen – erstmals in der Sache¹ – mit der Neuregelung des § 115 BNotO und der dort vorgesehenen Möglichkeit befasst, künftig auch im badischen Rechtsgebiet Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung i. S. von § 3 Abs. 1 BNotO zu bestellen.

Nach der auf eine entsprechende Bundesratsinitiative der baden-württembergischen Landesregierung² – freilich mit Modifikationen³ – erfolgten Neufassung des § 115 BNotO durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 22. Juli 2005 (BGBl. I S. 2188) schrieb das baden-württembergische Justizministerium 25 Stellen für freie Notare an 15 Amtssitzen im badischen Rechtsgebiet aus. Auf diese Stellenausschreibungen gingen bis zum Ablauf der Bewerbungsfrist 655 Bewerbungen von insgesamt 102 Bewerbern ein. Das äußerst inhomogene Bewerberfeld bestand dabei zu knapp der Hälfte aus im badischen Rechtsgebiet bestellten Notaren und Notarvertretern. Im Übrigen bewarben sich Notare und Notarassessoren aus anderen Ländern, Rechtsanwälte, sonstige Personen mit Befähigung zum Richteramt, württembergische Bezirksnotare ohne Befähigung zum Richteramt sowie württembergische Notariatsassessoren außerhalb des Landesdienstes⁴ auf die ausgeschriebenen Stellen. Mit Bescheiden vom 1. Juni 2006 teilte das Justizministerium den Bewerbern die getroffenen Auswahlentscheidungen mit.

Gegenstand der Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 23. Juli 2007 sind Beschwerden gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts Stuttgart. Der Notarsenat des Oberlandesgerichts hatte in diesen Entscheidungen Anträge auf gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO zurückgewiesen, die sich zum Teil gegen die Bestellung von Notaren zur hauptberuflichen Amtsausübung im badischen Rechtsgebiet überhaupt (1.), zum Teil auch nur gegen konkret ergangene Besetzungsentscheidungen richteten (2.). Alle am 23. Juli 2007 beschiedenen Beschwerden blieben im Ergebnis erfolglos.

* Der Verfasser ist derzeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter beim Bundesgerichtshof tätig.

¹ Die insoweit zuvor ergangenen Beschlüsse vom 24. Juli 2006 – NotZ 9/06, NJW-RR 2007, 276 f. und NotZ 10/06, DNotZ 2007, 69 ff. – betrafen mit der Zulässigkeit des beschrittenen Rechtswegs allein verfahrensrechtliche Vorfragen.

² BR-Drucks. 226/04.

³ Vgl. zu den Abweichungen des nunmehrigen Gesetzestextes von der Gesetzesinitiative des Landes und dem gleich lautenden Gesetzentwurf des Bundesrates (BT-Drucks. 15/3147) die Stellungnahme der Bundesregierung und den Bericht des Rechtsausschusses zu diesem Gesetzentwurf (BT-Drucks. 15/3147 bzw. BT-Drucks. 15/3471).

⁴ Vgl. die entsprechende Darstellung des Bewerberfelds in den Beschlüssen des Bundesgerichtshofs vom 23. Juli 2007 – NotZ 50/06, NotZ 51/06, NotZ 52/06, NotZ 1/07, NotZ 2/07, NotZ 3/07, NotZ 4/07, juris.

1. In zwei Verfahren⁵ hatte sich der Bundesgerichtshof mit Anträgen zu befassen, es dem baden-württembergischen Justizministerium insgesamt zu untersagen, die ausgeschriebenen 25 Notarstellen zu besetzen, und ihm aufzugeben, die Stellenausschreibung abzubrechen. Die Antragsteller, badische Notare im Landesdienst, sahen sich insbesondere in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 GG und Art. 33 Abs. 5 GG verletzt. Sie befürchteten, die ihnen durch freie Notare erwachsende Konkurrenz wirke sich nachteilig auf ihre berufliche Tätigkeit aus. Sie führe nämlich dazu, dass sich das Schwergewicht ihrer Tätigkeit weg von der eigentlichen notariellen Tätigkeit hin zu den grundbuchamtlichen und nachlassrichterlichen Aufgaben verlagere, deren Erledigung infolge des dann zunehmenden Vollzugs von durch andere Notare errichteten „Fremd“urkunden einen erheblich höheren Zeitaufwand erfordere. Dies bedeute nicht nur eine grundrechtlich bedeutsame Berufsbildverschiebung, sondern führe zudem zu einem Rückgang der ihnen aus der eigentlichen notariellen Tätigkeit zufließenden Gebührenanteile. Die Grundrechtseingriffe seien verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt.

Anders als das Oberlandesgericht, das die Anträge für zulässig aber unbegründet erachtete⁶, geht der Bundesgerichtshof bereits von deren Unzulässigkeit aus. Den Antragstellern fehle die Antragsbefugnis, denn sie hätten keine Tatsachen vorzutragen vermocht, die es möglich erscheinen ließen, dass sie die beabsichtigte Bestellung der freien Notare in ihren Rechten verletzt.⁷ Im Einzelnen setzt sich der Notarsenat dabei mit Art. 33 Abs. 5 GG, Art. 12 Abs. 1 GG sowie § 4 BNotO auseinander.

Zunächst hält er eine Verletzung von Art. 33 Abs. 5 GG für offensichtlich ausgeschlossen.⁸ Zwar sei der persönlichen Schutzbereich des grundrechtsgleichen Rechts eröffnet. Als statusrechtliche Beamte seien die badischen Notare im Landesdienst hinsichtlich ihres gesamten Tätigkeitsfeldes aus Art. 33 Abs. 5 GG grundrechtsberechtigt. Der sachliche Schutzbereich des Art. 33 Abs. 5 GG sei aber durch die beabsichtigten Notarbestellungen offensichtlich nicht berührt. Dabei wird – unter Bezugnahme auf die einschlägige Rechtsprechung insbesondere des Bundesverfassungs- und Bundesverwaltungsgerichtshofs – dargelegt, dass der Bestand der den badischen Notaren im Landesdienst nach § 10 Abs. 3 und § 12 LJKG zufließenden Gebührenanteile von Art. 33 Abs. 5 GG nicht garantiert⁹ und durch die befürchtete

⁵ NotZ 41/07 und NotZ 42/07 (vorgesehen für BGHZ), juris.

⁶ OLG Stuttgart, Beschl. v. 16. Februar 2007 – Not 2/05, NJW-RR 2007, 715 ff. und – im Wesentlichen gleich lautend – NotZ 7/05, nicht veröffentlicht.

⁷ BGH, Beschlüsse vom 23. Juli 2007 – NotZ 41/07 und NotZ 42/07, jeweils Rn. 5 ff., juris.

⁸ BGH a. a. O. (Fn. 7), jeweils Rn. 9 ff.

⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23. Dezember 2005 – 2 BvR 1779/05, Rn. 6, juris.

„Berufsbildverschiebung“ allein das – von Art. 33 Abs. 5 GG gerade nicht geschützte¹⁰ – Amt im konkret-funktionellen Sinn betroffen ist.

Auch verletzen die vorgesehenen Notarbestellungen Art. 12 Abs. 1 GG offensichtlich nicht.¹¹ Von Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG – Freiheit der Berufswahl – geschützte Rechtspositionen würden durch die Bestellung neuer Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung bei Fortbestehen der herkömmlichen Amtsnotariate von vornherein nicht betroffen. Ein Eingriff in die von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG geschützte Freiheit der Berufsausübung komme offenkundig nicht in Betracht, weil Art. 33 Abs. 5 GG die verfassungsrechtlichen Garantien zur inhaltlichen Ausgestaltung der Dienstverhältnisse von Beamten abschließend regelt, jedenfalls aus Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG insoweit kein weitergehender Schutz hergeleitet werden könne.

Zu keiner Aussage veranlasst sieht sich der Bundesgerichtshof hinsichtlich der letztlich von den Antragstellern aufgeworfenen Frage, ob die verfassungsrechtliche Beurteilung dann anders ausfallen könne, wenn der zu erwartende Rückgang des Urkundsaufkommens besonders groß ist. So führt er aus, es bedürfe keiner Erörterung, ob die Verletzung verfassungsrechtlich geschützter Rechtspositionen dann denkbar sei, wenn das Urkundsaufkommen der Amtsnotare in einem Maße zurückgehe, wie ihn die Beschwerdeführer für Teile des württembergischen Rechtsgebiets mit einem bei den dortigen Bezirksnotaren verbliebenen Anteil von 6,56% beschrieben hätten.¹² Einen durch die Bestellung der freien Notare verursachten Rückgang des Beurkundungsvolumens eines Notars im Landesdienst um die Hälfte hält der Notarsenat des Bundesgerichtshofs jedenfalls für verfassungsrechtlich (offensichtlich) unbedenklich.¹³

Zuletzt wird in den genannten Beschlüssen die Frage verneint, ob die Antragsbefugnis bereits ernannter Notare im Landesdienst aus § 4 BNotO hergeleitet werden kann.¹⁴ Die Bedarfsermittlung und Besetzung von Notarstellen gemäß § 4 BNotO geschehe nach ständiger Rechtspre-

chung¹⁵ ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit. Zwar habe der Notarsenat in der Vergangenheit von diesem Grundsatz Ausnahmen zugelassen, insbesondere für den Fall, dass durch die Bestellung eines Notars das Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit selbständiger Amtsinhaber gefährdet wird.¹⁶ Angesichts der ihre wirtschaftliche Unabhängigkeit ausreichend sichernden Amtsbesoldung könne sich diese Rechtsprechung von vornherein aber nicht auf badische Notare im Landesdienst beziehen.

Zum Schluss findet sich in den genannten Beschlüssen noch ein obiter dictum: § 115 Abs. 1 BNotO¹⁷ sei formell und materiell verfassungsgemäß und gebe eine wirksame Grundlage für die in Aussicht genommenen Notarbestellungen. Die von den Antragstellern angenommenen¹⁸ Verstöße der Vorschrift in der Fassung des Vierten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 22. Juli 2005 (BGBl. I S. 2188) gegen Art. 72 Abs. 2 GG, den Bestimmtheitsgrundsatz sowie das Gebot der Normenklarheit und –wahrheit sind damit – vorbehaltlich einer möglichen Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht – vom Tisch. Gleiches gilt für den Einwand, aufgrund der bislang unterbliebenen Beteiligung des Landesparlaments sowie angesichts der notwendig werden- den Neuordnung der Notariatsverfassung dürfe zumindest derzeit von der Neuregelung kein Gebrauch gemacht werden.

2. Bei den übrigen Verfahren¹⁹ handelte es sich um auf konkrete Stellenbesetzungen bezogene Konkurrentenstreitverfahren, die insbesondere Fragen nach den persönlichen Voraussetzungen für eine Bestellung zum Notar im badischen Rechtsgebiet (b), nach den an die Auswahlentscheidung selbst zu stellenden Anforderungen (c) sowie – für eine Konkurrentenstreitigkeit eher überraschend – nach der Rechtmäßigkeit der Beschränkung der freien Notarstellen auf zunächst 25 (a) aufwarfen.

a) In zwei Verfahren²⁰ vertraten die Antragsteller, badische Notare im Landesdienst, die Auffassung, die von ihnen angefochtenen Besetzungsentscheidungen seien bereits deshalb aufzuheben, weil sich das Justizministerium nicht auf 25 Notarstellen hätte beschränken dürfen. Vielmehr hätte es – nicht zuletzt aus Fürsorgegründen – 75 Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung ausschreiben müssen.

Auch hier konnte der Bundesgerichtshof darauf verweisen, dass aus § 4 BNotO grundsätzlich keine subjektiven Rechte hergeleitet werden können, die Ermittlung des Bedarfs an Notarstellen deshalb ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit geschieht und der Pflicht des Justizministeriums, die Zahl der Notarstellen gemäß § 4 BNotO festzulegen, kein Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG korrespondiert.²¹ Ebenso liege es allein im (objektiven) Organisationsermessen des Justizministeriums, in welchem Umfang es von der Änderung

¹⁰ Vgl. BVerfGE 47, 327, 411; 52, 303, 354; 56, 146, 162; BVerwGE 89, 199, 201; 122, 53, 56.

¹¹ BGH a. a. O. (Fn. 7), jeweils Rn. 18 ff..

¹² BGH a. a. O. (Fn. 7), jeweils Rn. 21.

¹³ Geht man mit dem Bundesgerichtshof davon aus, dass ein Rückgang des Beurkundungsaufkommens und eine gleichzeitige Zunahme der grundbuchamtlichen und nachlassgerichtlichen Tätigkeiten die badischen Amtsnotare nur in ihrem Amt im konkret-funktionellen Sinne trifft, erscheint es m. E. allerdings kaum denkbar, dass im Falle einer besonders starken Verschiebung des Gewichts dieser Tätigkeitsfelder anderes gelten könnte. Denn auch dann bleibt allein das – von Art. 33 Abs. 5 GG gerade nicht geschützte – Amt im konkret-funktionellen Sinn betroffen. Insbesondere dürfte sich aus einer solchen Verschiebung kaum ableiten lassen, dass die Beschäftigung der Justizräte, Oberjustizräte und Notariatsdirektoren nicht mehr amtsangemessen ist. Denn die grundbuchamtlichen und nachlassgerichtlichen Tätigkeiten gehören gerade zum – gesetzlich bestimmten – klassischen Tätigkeitsfeld der Justizräte, Oberjustizräte und Notariatsdirektoren. Sie entsprechen damit gerade ihrem statusrechtlichen Amt und sind nicht etwa „minderwertige“ Tätigkeiten, die durch ein bestimmtes Maß an „höherwertiger“ Beurkundungstätigkeit wieder ausgeglichen werden müssten, um insgesamt zu einer amtsangemessenen Beschäftigung zu kommen. Die Garantie eines bestimmten (Mindest-) Mischverhältnisses von nach der BNotO den freien Notaren zugewiesener Tätigkeit einerseits und nachlassgerichtlicher sowie grundbuchamtlicher Tätigkeit andererseits dürfte sich – auf der Grundlage der Ausführungen des Bundesgerichtshofs – aus Art. 33 Abs. 5 GG in Verbindung mit dem statusrechtlichen Amt der Justizräte, Oberjustizräte und Notariatsdirektoren damit kaum herleiten lassen.

¹⁴ BGH a. a. O. (Fn. 7), Rn. 22 ff. (NotZ 42/07) bzw. Rn. 23 ff. (NotZ 41/07).

¹⁵ BVerfGE 73, 280, 292, 294; BGH, ZNotP 2003, 355 f.; BGH, DNotZ 1999, 239, 240; BGH, DNotZ 1996, 902, 903 f..

¹⁶ BGH, DNotZ 2005, 947, 949; BGH, DNotZ 2004, 887 f.; BGH, DNotZ 2002, 70 f..

¹⁷ BGH, a. a. O. (Fn. 7), jeweils Rn. 27.

¹⁸ Vgl. BGH a. a. O. (Fn. 7), jeweils Rn. 3.

¹⁹ NotZ 50/06, NotZ 51/06, NotZ 52/06, NotZ 53/06, NotZ 54/06, NotZ 1/07, NotZ 2/07, NotZ 3/07, NotZ 4/07, juris.

²⁰ Vgl. BGH, Beschlüsse vom 23. Juli 2007, NotZ 50/06 und NotZ 2/07, jeweils Rn. 8 und 11, juris.

²¹ BGH a. a. O. (Fn. 20), jeweils Rn. 12 ff..

des § 115 BNotO Gebrauch mache und in das hauptberufliche Notariat unter – „gegebenenfalls nur vorläufiger“ – Beibehaltung des Notariats im Landesdienst einsteige.²² Aus dem Aspekt der Fürsorgepflicht folge nichts anderes, habe der Gesetzgeber Notare im Landesdienst doch in § 115 Abs. 2 Satz 2 BNotO (nur) im Hinblick auf die Auswahlentscheidung besonders bedacht.²³ Eine solche Auswahlentscheidung kann aber nur getroffen werden, wenn entsprechende – (noch) ausgeschriebene – Stellen zu vergeben sind.²⁴

Obwohl damit die Frage nach einem objektiven Verstoß gegen § 4 BNotO durch die Einrichtung von nur 25 Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung nicht mehr entscheidungserheblich war, stellt der Bundesgerichtshof klar, es sei im Übrigen nicht ersichtlich, dass ohne die Schaffung weiterer Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung das notwendige notarielle Leistungsangebot gefährdet und damit die Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege nicht mehr gesichert wäre.²⁵

b) In zwei weiteren Verfahren²⁶ hatte sich der Notarsenat des Bundesgerichtshofs mit der Frage zu befassen, ob die Regelung des § 5 BNotO auch auf Notarbestellungen im badischen Rechtsgebiet Anwendung findet. Die Antragsteller – württembergische Bezirksnotare – hatten sich gegen die auf das Fehlen der Befähigung zum Richteramt gestützte Nichtberücksichtigung ihrer Bewerbungen mit der Begründung gewandt, § 115 Abs. 2 Satz 1 BNotO sehe auch die Bestellung von württembergischen Bezirksnotaren zu Notaren zur hauptberuflichen Amtsausübung im badischen Rechtsgebiet vor.

Wie die Vorinstanz²⁷ hat auch der Bundesgerichtshof die Anträge für unbegründet erachtet. § 115 Abs. 2 Satz 1 BNotO verstehe – anders als §§ 2, 3 und 17 LF GG – den Begriff des „Notars im Landesdienst“ nicht als Oberbegriff für Amtsnotare im württembergischen und badischen Rechtsgebiet, sondern beziehe sich nur auf die badischen Amtsnotare.²⁸ Der Bundesgesetzgeber habe den Begriff bislang in diesem Sinne verstanden. Anhaltspunkte für ein verändertes Verständnis des Begriffs im Vierten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 22. Juli 2005 (BGBl. I S. 2188) gebe es nicht.

Verworfen wird dabei auch die von den Beschwerdeführern vertretene Auffassung, § 115 Abs. 2 Satz 1 BNotO fingiere die von § 5 BNotO vorausgesetzte Befähigung zum Richteramt für die Notare im Landesdienst i. S. des § 2 LF GG.²⁹ Der Bundesgerichtshof verweist insoweit insbesondere auf die Begründung für den der jetzigen Fassung des § 115 Abs. 2 Satz 1 BNotO zugrunde liegenden Formulierungsvorschlag der Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Gesetzent-

wurf des Bundesrates³⁰, wonach auch in Baden für die Bestellung von Notaren im Hauptberuf grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 5 ff. BNotO gelten und § 115 Abs. 2 Satz 1 BNotO lediglich § 7 Abs. 1 BNotO ergänzen soll.

Die gegen eine solche Auslegung erhobenen verfassungsrechtlichen Einwände weist der Bundesgerichtshof zurück. Die Verfassungsmäßigkeit des § 5 BNotO sei – wie das Bundesverfassungsgericht bereits entschieden habe³¹ – nicht zweifelhaft. Unterschiede in den Zulassungsvoraussetzungen für die Bestellung zum Notar zwischen den in Art. 138 GG genannten Ländern und Landesteilen nehme das Grundgesetz selbst hin.³²

c) Weiter sind den Beschlüssen vom 23. Juli 2007 im Wesentlichen Aussagen zu den Anforderungen an die Auswahlentscheidungen der Justizverwaltung bei der Besetzung der Notarstellen zu entnehmen.

aa) Dabei wird zunächst das grundsätzliche Vorgehen des baden-württembergischen Justizministeriums gebilligt.

Dieses hatte sich angesichts der Inhomogenität des Bewerberfelds gegen die vorherige Aufstellung eines abstrakten Bewertungs- und Auswahlschemas etwa in Form eines Punktesystems und für eine alle Bewerber vergleichende individuelle Eignungsprognose entschieden. In einem ersten Schritt wurde hierfür unter Auswertung der für jeden Bewerber erstellten Einzelprofile das gesamte Bewerberfeld unabhängig von einem bestimmten Amtssitz in eine Reihenfolge gebracht, in einem zweiten Schritt auf der Grundlage des Regelvorrangs des § 115 Abs. 2 Satz 1 i. V. mit § 7 Abs. 1 BNotO aus dem Kreis der besten Bewerber der im badischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst qualifikationsabstufend die ersten 18 Plätze festgelegt und die weiteren 15 Plätze, die für die Besetzung aller Stellen erforderlich wurden, durch Vergleich der übrigen Bewerber ermittelt. Die sich daraus ergebende Qualifikationsreihenfolge auf den ersten 33 Plätzen stellte die Grundlage der einzelnen Besetzungsentscheidungen dar. Die Bewerber um die jeweilige Stelle wurden aber – in einem dritten Schritt – auch noch unmittelbar vergleichend gegenüber gestellt.

Der Bundesgerichtshof hat dabei erneut klargestellt, die Justizverwaltung sei bei der Bewerberauswahl nicht gehindert, sich – anstelle einer Auswahl aufgrund eines abstrakten Bewertungs- und Auswahlschemas, etwa im Sinne eines **Punktesystems** – für einen individuellen Eignungsvergleich sämtlicher Bewerber zu entscheiden. Weder verfassungs- noch einfachrechtliche Gründe sprächen zwingend für die eine oder andere Auswahlmethode.³³ Unter Bezugnahme auf seine bisherige Rechtsprechung³⁴ legt der Notarsenat des Bundesgerichtshofs dabei dar, die Bewertung könne auch bloß anhand der gesetzlichen Maßstäbe der § 6 Abs. 3, § 6b

²² BGH a. a. O. (Fn. 20), jeweils Rn. 19.

²³ BGH a. a. O. (Fn. 20), jeweils Rn. 17.

²⁴ BGH a. a. O. (Fn. 20), jeweils Rn. 18; BGH, ZNotP 2007, 70, 71.

²⁵ BGH, a. a. O. (Fn. 20), jeweils Rn. 20.

²⁶ Vgl. BGH, Beschlüsse vom 23. Juli 2007, NotZ 53/06 und NotZ 54/06 (vorgelesen für BGHZ), juris.

²⁷ OLG Stuttgart, Beschlüsse v. 17. November 2006 – Not 115/06, BWNNotZ 2007, 61 ff. und Not 130/06, nicht veröffentlicht.

²⁸ BGH, a. a. O. (Fn. 26), jeweils Rn. 6.

²⁹ BGH a. a. O. (Fn. 26), jeweils Rn. 12 ff.

³⁰ BT-Drucks. 15/3147, S. 9.

³¹ BVerfG, ZNotP 2001, 436, 438.

³² BGH a. a. O. (Fn. 26), jeweils Rn. 16.

³³ BGH, Beschlüsse v. 23. Juli 2007 – NotZ 50/06, Rn. 21 ff., NotZ 51/06, Rn. 10 ff., NotZ 52/06, Rn. 11 ff., NotZ 1/07, Rn. 10 ff., NotZ 2/07, Rn. 21 ff., NotZ 3/07, Rn. 10 ff., NotZ 4/07, Rn. 10 ff., juris.

³⁴ Vgl. BGH, ZNotP 2001, 403, 404*

Abs. 4 BNotO erfolgen. Für unverzichtbar hält er lediglich eine Prüfung aller Umstände des Einzelfalles, die in einen umfassenden Eignungsvergleich mündet. Diesen Anforderungen genüge das vom baden-württembergischen Justizministerium entwickelte Auswahlssystem.

Gebilligt wird auch die Anwendung des sich aus § 115 Abs. 2 Satz 1 BNotO i. V. mit § 7 Abs. 1 BNotO ergebenden **Regelvorzugs für badische Amtsnotare** durch die Justizverwaltung. Entsprechend seiner Rechtsprechung zum württembergischen Rechtsgebiet³⁵ verlangt der Bundesgerichtshof zwar auch hier, die Justizverwaltung dürfe sich vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG nicht schematisch auf die Vorrangregelung berufen, sondern müsse zunächst in einem ersten Schritt prüfen, ob das Gemeinwohlziel einer geordneten Rechtspflege die Bevorzugung der badischen Amtsnotare im Einzelfall rechtfertige. Indem es vom Regelvorrang nur bei den Bewerbern mit einem hervorstechenden breiten Bewährungsprofil Gebrauch gemacht habe, habe sich das baden-württembergische Justizministerium bei der Festlegung der Rangliste hieran aber gehalten.³⁶

bb) Im Übrigen finden sich Ausführungen zu den bei den Eignungsvergleichen anzulegenden Kriterien, insbesondere zum Aspekt der fachlichen Eignung.

Danach spielen beim zu berücksichtigenden Werdegang des jeweiligen Bewerbers³⁷ sowohl erreichte **Beförderungsmänter** als auch der Inhalt **dienstlicher Beurteilungen** eine Rolle. Dass „externe“ Bewerber über entsprechende Qualifikationsmerkmale regelmäßig nicht verfügen, ist unerheblich.³⁸ Die Relevanz einer dienstlichen Beurteilung eines badischen Amtsnotars, die auch durch bloße Bezugnahme auf eine zeitnah in anderem Zusammenhang erstellte Beurteilung erfolgen kann³⁹, hängt dabei nicht davon ab, ob und inwieweit sie sich auch auf nicht zum Aufgabenbereich eines „freien“ Notars gehörende nachlassgerichtliche und grundbuchamtliche Tätigkeiten bezieht.⁴⁰

Ständiger Rechtsprechung entsprechend⁴¹ kommt auch den **Ergebnissen der Staatsexamina**, insbesondere des zweiten Staatsexamens, wichtige Bedeutung zu.⁴² Unerheblich ist dagegen die im Examen erreichte **Platznummer**.⁴³

Bei der **Berufspraxis**⁴⁴ und den gezeigten **quantitativen Leistungen**⁴⁵ der Bewerber handelt es sich um weitere relevante

Kriterien. Angesichts des zahlenmäßigen Einflusses von reinen Unterschriftsbeglaubigungen und der fehlenden qualitativen Bewertung von Niederschriften lassen sich aus den rein statistischen Beurkundungszahlen allerdings nur bedingt Rückschlüsse auf die quantitativen Leistungen ziehen.⁴⁶ Hinsichtlich des Kriteriums der Berufspraxis ist zu beachten, dass mit zunehmender Dauer der Tätigkeit keine entsprechende Steigerung der fachlichen Leistung und damit Verbesserung der Eignungsprognose verbunden ist, da der Qualifizierungseffekt mit steigender Zahl von Urkundengeschäften nicht zuletzt infolge von zwangsläufig auftretenden Wiederholungen der Art der Beurkundungsvorgänge abnimmt.⁴⁷ Berücksichtigt werden darf insoweit indes die Tätigkeit eines Bewerbers in einer landgerichtlichen FGG-Beschwerdekammer.⁴⁸ **Notarspezifische Fortbildungsveranstaltungen** sind ebenfalls zu berücksichtigen.⁴⁹ Hat ein badischer Notar im Landesdienst vor seiner Ernennung einen **Anwärterdienst in einem anderen Bundesland** absolviert, kommt dem aber neben der Stellung als Notar im Landesdienst keine eigenständige Bedeutung zu.⁵⁰ Ein **mehrwöchiger Vorbereitungskurs** für das Notaramt ist einem absolvierten Notarassessorat nicht gleichzusetzen.⁵¹

Anmerkung der Schriftleitung:

In zwei Verfahren der Stellenbesetzungen in Baden sind inzwischen Verfassungsbeschwerden beim Bundesverfassungsgericht anhängig (1 BvR 2177/07 und 1 BvR 2203/07). Das Bundesverfassungsgericht hat dem Justizministerium Baden-Württemberg vorläufig untersagt, die am 2. November 2005 ausgeschriebenen Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung zu besetzen.

³⁵ BGH, ZNotP 2006, 37, 38.

³⁶ BGH, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 34 f. (NotZ 50/06; NotZ 2/07), Rn. 23 f. (NotZ 51/06; NotZ 1/07; NotZ 3/07; NotZ 4/07) bzw. Rn. 24 f. (NotZ 52/06).

³⁷ BGH a. a. O. (Fn. 33), Rn. 42 (NotZ 50/06; NotZ 2/07), Rn. 30 (NotZ 51/06; NotZ 1/07; NotZ 3/07; NotZ 4/07) bzw. Rn. 31 (NotZ 52/06).

³⁸ BGH a. a. O. (Fn. 33), Rn. 45 (NotZ 50/06; NotZ 2/07), Rn. 33 (NotZ 51/06; NotZ 1/07; NotZ 3/07; NotZ 4/07) bzw. Rn. 34 (NotZ 52/06).

³⁹ NotZ 50/06, Rn. 48 und NotZ 2/07, jeweils Rn. 49, juris.

⁴⁰ BGH a. a. O. (Fn. 39).

⁴¹ BGH, Beschl. v. 20. November 2006 – NotZ 16/06, Rn. 10, juris; BGH, ZNotP 2005, 434, 435; BGH, NJW-RR 2002, 705 f..

⁴² BGH, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 44 (NotZ 50/06; NotZ 2/07), Rn. 32 (NotZ 51/06; NotZ 1/07; NotZ 3/07; NotZ 4/07) bzw. Rn. 33 (NotZ 52/06).

⁴³ BGH, Beschlüsse vom 23. Juli 2007 – NotZ 50/06, Rn. 44, NotZ 51/06, Rn. 32, NotZ 2/07, Rn. 44 und NotZ 4/07, Rn. 32, juris.

⁴⁴ BGH, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 49 (NotZ 50/06), Rn. 37 (NotZ 51/06; NotZ 3/07; NotZ 4/07), Rn. 40 (NotZ 52/06), Rn. 38 (NotZ 1/07) bzw. Rn. 51 (NotZ 2/07).

⁴⁵ BGH, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 50 (NotZ 50/06, NotZ 2/07), Rn. 38 (NotZ 51/06; NotZ 3/07), Rn. 41 (NotZ 52/06), Rn. 39 (NotZ 1/07 bzw. Rn. 37 (NotZ 4/07)).

⁴⁶ BGH, a. a. O. (Fn. 33), Rn. 50 (NotZ 50/06; NotZ 2/07), Rn. 38 (NotZ 51/06; NotZ 3/07), Rn. 41 (NotZ 52/06), Rn. 39 (NotZ 1/07) bzw. Rn. 37 (NotZ 4/07).

⁴⁷ NotZ 1/07, Rn. 38 und NotZ 3/07, Rn. 37, juris; vgl. auch BGH, ZNotP 2007, 70, 73.

⁴⁸ NotZ 4/07, Rn. 37, juris.

⁴⁹ BGH a. a. O. (Fn. 33), Rn. 42 (NotZ 50/06 und NotZ 2/07), Rn. 30 (NotZ 51/06, NotZ 1/07, NotZ 3/07 und NotZ 4/07) bzw. Rn. 31 (NotZ 52/06).

⁵⁰ NotZ 51/06, Rn. 40 und NotZ 4/07, Rn. 38, juris.

⁵¹ NotZ 1/07, Rn. 38, juris.

Auswirkungen der geplanten GmbH-Reform nach dem MoMiG auf die notarielle Praxis

(von Prof. Dr. Antonio Miras, Pforzheim)

Seit 23.5.2007 liegt der Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)¹ vor. Gegenüber dem Referentenentwurf vom 29.5.2006, der in der Literatur zwar im Grundsatz positiv aufgenommen aber punktuell auch stark kritisiert worden war², wurden einige, teilweise substantielle Änderungen, vorgenommen. In diesem Beitrag werden vor allem diejenigen geplanten Reformen beleuchtet, die für die notarielle Beurkundungs- und Beratungspraxis im GmbH-Recht von Bedeutung sein werden.

I. Wegfall des Beurkundungserfordernisses bei Verwendung des „Mustervertrages“

Generell bleibt es zwar bei dem Erfordernis der notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrags gemäß § 2 I S. 1 GmbHG, doch wird mit § 2 Ia GmbHG-RegE die Möglichkeit eingeführt, eine GmbH ohne notarielle Beurkundung zu gründen, soweit die Gründer das Vertragsmuster verwenden, das als „Anlage 1“ dem GmbHG-RegE angefügt ist. In diesem Fall reicht es aus, dass die Gründungsgesellschafter den Vertrag schriftlich abschließen und die Unterschriften öffentlich beglaubigen lassen.

Was vom Gesetzgeber als *Erleichterung der Gründung in unkomplizierten Standardfällen zur Stärkung der Wettbewerbsfähigkeit der GmbH* beabsichtigt ist³, erscheint bei näherer Betrachtung allerdings als kontraproduktiv und teilweise sogar gefährlich. Zwar gehen die Verfasser des Regierungsentwurfes davon aus, *die Regelungen in dem Mustergesellschaftsvertrag [seien] einfach und selbsterklärend, so dass hier keine Beratung und Belehrung durch einen Notar mehr erforderlich*⁴ sei, doch wird die nachfolgende Untersuchung des Mustervertrages zeigen, dass hierin einige Gefahren auf den juristisch nicht beratenen GmbH-Gründer lauern.

1. Inhalt des Mustervertrages

Der Mustervertrag besteht aus sieben kurz und bündig formulierten Paragraphen. §§ 1 - 5 beschränken sich auf den in § 3 I GmbHG angegebenen Mindestinhalt (Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand, Höhe des Stammkapitals und Geschäftsanteile der einzelnen Gesellschafter). § 6 enthält eine einfache Vertretungsregelung, wonach die Gesellschaft einen Geschäftsführer hat, der stets einzelvertretungsbefugt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. § 7

enthält eine übliche Klausel zum Gründungsaufwand, wonach bis zu 400 Euro von der Gesellschaft, ein etwaiger Mehrbetrag von den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer Anteile zu tragen ist.

Das notarielle Beurkundungserfordernis entfällt nur, wenn das Formular ohne jegliche Veränderung übernommen wird.⁵

2. Einschränkungen des Mustervertrages

Der Mustervertrag ist mit 18 amtlichen Hinweisen in Fußnotenform versehen, die das angeblich selbsterklärende Muster näher erläutern. Gesetzgebungstechnisch wenig gelungen ist vor allem der Umstand, dass sich aus den kleingedruckten Fußnoten des Mustervertrages Einschränkungen für den Vertragsinhalt ergeben, die sich aus dem Gesetzestext des § 2 Ia GmbHG-RegE selbst nicht erahnen lassen.

a) Unternehmensgegenstand

So enthält die Fußnote 4 eine bedeutsame Beschränkung hinsichtlich des Unternehmensgegenstandes, wonach aus den Tätigkeitsfeldern „Handel mit Waren“, „Produktion von Waren“ und „Dienstleistungen“ genau ein Unternehmensgegenstand ausgewählt werden kann. Weder eine Ergänzung des Unternehmensgegenstandes noch eine Kumulierung der vorgegebenen Möglichkeiten ist erlaubt. Soll der Unternehmensgegenstand anders lauten, kann das Muster nicht verwendet werden, so dass damit auch die Möglichkeit des Vertragsschlusses durch öffentlich beglaubigte Unterschriften wegfällt.

b) Keine Sachgründung

Der Mustervertrag lässt nur Bargründungen zu. Sacheinlagen sind bei Verwendung des Musters nicht möglich.

c) Anzahl der Gesellschafter

Das Muster lässt in § 5 a) bis c) bereits erahnen, was Fußnote 12 Satz 2 bestätigt: Der Mustervertrag kann nur verwendet werden, wenn höchstens drei Gesellschafter an der GmbH beteiligt sind. Gründe, die für eine Beschränkung auf drei Gesellschafter sprechen, werden in der amtlichen Begründung nicht genannt⁶ und sind auch aus fachlicher Sicht nicht erkennbar. Der Übergang vom „einfachen“ zum „komplizierteren“ Sachverhalt (der im ersten Fall die bloße Beglaubigung und im zweiten Fall die Beurkundung rechtfertigt) liegt nicht zwischen dem dritten und dem vierten Gesellschafter, sondern bereits zwischen dem ersten und dem zweiten. Während bei einer Einpersonen-GmbH fakultative Regelungen zum Innenverhältnis getrost weggelassen werden können, beginnen bereits bei der Zweipersonen-GmbH dringende Fragen zum Innenverhältnis relevant zu werden⁷, so dass hier ein Gesellschaftsvertrag mit dem bloßen gesetzlichen Mindestinhalt gemäß § 3 I GmbHG nicht mehr angezeigt erscheint.

* Der Autor ist Professor für Wirtschaftsprivatrecht an der Hochschule Pforzheim. Er war von 1996 bis 2000 Notar in Meersburg und Überlingen am Bodensee.

¹ <http://www.bmj.bund.de/files/-/2109/RegE%20MoMiG.pdf>

² Haas/Oechsle, Missbrauch, Cash Pool und gutgläubiger Erwerb nach dem MoMiG, NZG 2006, 806; Leuring, Der Referentenentwurf zur GmbH-Reform, NJW-Spezial 2006, 315; Poertzgen, Die künftige Insolvenzverschleppungshaftung nach dem MoMiG, NZI 2007, 15; Schäfer, Reform des GmbHG durch das MoMiG - viel Lärm um nichts? DStR 2006, 2085; Schmidt, H., Die Reform des GmbH-Rechts - Auswirkungen auf das Bankgeschäft, BKR 2007, 1; Thiessen, Johann Buddenbrook und die Reform des GmbH-Rechts (Teil I), DStR 2007, 202 und Teil II, DStR 2007, 260

³ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 60

⁴ Pressemitteilung der Bundesregierung zum MoMiG vom 23.05.2007, 1 b; http://www.bmj.bund.de/enid/32aab3bfc0caafc555d7a20653039517_cb3711706d635f6964092d0934343139093a0979656172092d0932303037093a096d6f6e7468092d093035093a095f7472636964092d0934343139/Pressemitteilungen_und_Reden/Pressemitteilungen_58.html

⁵ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 61

⁶ Hierzu heißt es nur, dass bei Gründung der Gesellschaft durch mehr als drei Personen eine Beurkundung erforderlich ist; Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 61

⁷ vgl. unten, Kapitel I.3a und 3b

d) Geschäftsführer

Ebenfalls problematisch ist die zwingende Vorgabe, dass die Gesellschaft nur einen stets einzelvertretungsberechtigten, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer haben kann. Gerade bei Gesellschaften mit zwei oder drei Gesellschaftern besteht häufig ein hoher Personalisierungsgrad. Das heißt, dass die Gesellschafter in der Regel nicht nur Anteilsinhaber sind, sondern sich ähnlich wie Gesellschafter einer Personengesellschaft mit der Gesellschaft identifizieren, ihre Arbeitskraft einbringen und am täglichen operativen Geschäft mitwirken⁸. Dies spiegelt sich in der Regel darin wieder, dass in solchen Fällen nahezu immer alle Gesellschafter auch Geschäftsführer sind. Bei Verwendung der Mustersatzung müssen die Gesellschafter nun in den sauren Apfel beißen, dass ein oder zwei Gesellschafter sozusagen „außen vor“ bleiben, während einer von ihnen - mit den juristischen Weihen des § 37 II GmbHG versehen - im Außenverhältnis frei schalten und walten kann.

3. Fehlende Elemente

Noch kritischer als das, was im Mustervertrag geregelt ist, ist das, was nicht geregelt ist und wegen des abschließenden Charakters des Mustervertrages auch nicht geregelt werden kann, soweit das Ziel der Kosteneinsparung durch Wegfall des Beurkundungserfordernisses nicht verfehlt werden soll.

a) Wettbewerbsverbot

Bei Zwei- oder Drei-Personen-GmbHs, bei denen das personalistische Element häufig im Vordergrund steht, werden die Gesellschafter im Regelfall davon ausgehen, dass sämtliche Gesellschafter ihre gesamte Arbeitskraft in die Gesellschaft einbringen und vor allem keine Konkurrenzaktivität gegenüber der gemeinsam betriebenen GmbH aufnehmen. Da ein gesetzliches Wettbewerbsverbot der GmbH-Gesellschafter gegenüber der GmbH nicht existiert bzw. nur in Sonderfällen aus der Treuepflicht hergeleitet wird⁹, wird der Mustervertrag dem regelmäßig vorhandenen Wunsch der Gesellschafter nach Schutz vor „Konkurrenz aus dem eigenen Stall“ nicht gerecht.

b) Übertragbarkeit der Anteile

Gerade bei personalistischen GmbHs ist es den Gesellschaftern nicht egal, wer Mitgesellschafter ist. Wie die Beratungserfahrung zeigt, wünschen in die Beteiligten in diesen Fällen häufig eine Vertragsgestaltung, die im Innenverhältnis zu einer starken Annäherung an die Personengesellschaften führt, beispielsweise die Beschränkung der freien Veräußerung durch Vinkulierung gemäß § 15 V GmbHG oder die Vereinbarung von Vorkaufsrechten. Was bei einer notariellen Beurkundung des Gesellschaftsvertrages ohne Weiteres machbar ist, ist bei der Musterverwendung unmöglich.

c) Fehlende Beratung, Steuerberater als Notarersatz

Das zentrale Problem der Musterverwendung ist allerdings die fehlende fachkundige Beratung durch den Notar. Da der Notar die Unterschriften nur gemäß § 40 BeurkG zu beglaubigen hat, trifft ihn keinerlei Prüfungs- oder Belehrungspflicht hinsichtlich des von den Beteiligten vorgelegten, von ihnen selbst ausgefüllten Vertragsmusters¹⁰. Das bedeutet, dass die ganzen oben angeführten Mängel des Vertragsmusters

möglicherweise gar nicht zur Sprache kommen und die rechtlich nicht beratenen GmbH-Gründer sich aufgrund der Verwendung eines gesetzlichen Musters auf der sicheren Seite wähnen, weil sie meinen, der Gesetzgeber hätte für sie schon an alles gedacht.

Darüber hinaus findet keine Belehrung hinsichtlich der sehr tückischen Vorbelastungshaftung statt, die zu einer der Höhe nach unbeschränkten Haftung führen kann¹¹, wenn die GmbH-Gründer schon vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister mit der Geschäftstätigkeit beginnen. Die Eintragung der GmbH mag zwar nach MoMiG künftig schneller von Statten gehen¹², dennoch wird für eilige Unternehmensgründer nach wie vor genug Zeit bleiben, sich in die missliche Lage einer persönlichen Haftung zu bringen.

In vielen kleinen Unternehmen findet Rechtsberatung - wenn überhaupt - durch einen rechtlich hierzu nicht ausgebildeten Steuerberater statt¹³. Selbst wenn dieser aufgrund seiner Annexkompetenz gemäß § 5 Nr. 2 RBERG im Gesellschaftsrecht zur Rechtsberatung befugt sein mag, fehlt es ihm doch häufig am nicht-steuerrelevanten zivilrechtlichen Fachwissen. Da die Gründung einer GmbH für Kleinunternehmer stets auch steuerliche Fragen aufwirft, wird der Steuerberater häufig die erste Anlaufstelle der Gründer sein. Die Erfahrung zeigt, dass Steuerberater häufig wenig Zurückhaltung kennen, wenn es um juristische Beratung im Gesellschaftsrecht geht, selbst dann, wenn das zivilrechtliche Hintergrundwissen eher bescheiden ist. Wenn nun das notarielle Beurkundungserfordernis für die GmbH-Gründung wegfällt, besteht die Gefahr, dass diese erste auch die einzige Anlaufstelle bleibt und eine fundierte juristische Beratung für diese Unternehmensgründer gar nicht mehr stattfindet.

4. Belehrungsvermerk in der Musteranmeldung

Gemäß § 7 II S. 3 GmbHG-RegE kann bei Verwendung des Mustervertrags das als „Anlage 2“ zum GmbHG-RegE vorgesehene Muster einer Handelsregisteranmeldung eingesetzt werden.¹⁴ In der Rubrik „Ich versichere was folgt“ heißt es unter „4.“ in Bezug auf die Offenbarungspflichten des Geschäftsführers hinsichtlich eventueller Konkursstraftaten bzw. Berufsverbote:

Ich bin über meine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht belehrt worden, ebenso darüber, dass falsche Versicherungen strafbar sind.

Als Belehrungsperson ist gemäß § 8 III S. 2 GmbHG-RegE unter anderem der Notar vorgesehen. Insoweit stellt sich die Frage, ob den Notar überhaupt eine entsprechende Belehrungspflicht trifft. Für die Handelsregisteranmeldung ist gemäß § 12 HGB nur die Unterschriftsbeglaubigung bzw. Beglaubigung der Unterschriftszeichnung erforderlich. Eine Belehrung ist bei solchen Vorgängen gesetzlich nicht vorgesehen.¹⁵ Üblicherweise findet sich bei Handelsregisteranmeldungen zwar ein entsprechender Belehrungsvermerk¹⁶,

¹¹ BGH WM 1982, 40; BGHZ 105, 300, 303; Baumbach/Hueck-Fastrich, GmbH-Gesetz (o. Fußn. 9), § 11 Rdnr. 64

¹² vgl. unten, Kapitel III.1.

¹³ Pfarr, REGAM-Studie: Die Einschätzung der Geltung des Kündigungsschutzgesetzes in den Kleinbetrieben, BB 2003, 2062

¹⁴ In der amtlichen Begründung wird der Mustervertrag in Kombination mit dem Muster zur Anmeldung „Gründungs-Set“ genannt, das den GmbH-Gründern die Möglichkeit eröffnen soll, „sämtliche Schritte, die bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister erforderlich sind, ohne die Inanspruchnahme rechtlicher Beratung zu bewältigen.“ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 76

¹⁵ Bernhard, in: Brambring, Beck'sches Notarhandbuch (o. Fußn. 10), G Rdnr. 291

¹⁶ vgl. Münchener Vertragshandbuch I, 6. Aufl. 2005, Form. IV 3

⁸ Langenfeld, GmbH-Vertragspraktikum, 3. Aufl. (1999), Rdnr. 9

⁹ Baumbach/Hueck, GmbH-Gesetz, 18. Aufl. (2006), § 13 Rdnr. 34 (mwN)

¹⁰ Bernhard, in: Brambring (Hrsg.), Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl. (2006), G Rdnr. 296

was jedoch daher rührt, dass bisher im Regelfall die Handelsregisteranmeldungserklärung vom Notar entworfen worden war. Im Falle des Entwurfs einer nur zu beglaubigenden Erklärung treffen den Notar nach allgemeiner Ansicht die gleichen Pflichten wie bei der Beurkundung¹⁷. Wird die Anmeldung vom Klienten jedoch vorformuliert mitgebracht, hat der Notar keinerlei Belehrungspflichten hinsichtlich des Inhalts der Erklärung.

Bei der Belehrung des Geschäftsführers über seine unbeschränkte Auskunftspflicht nach § 53 II BZRG handelt es sich um eine sonstige notarielle Betreuungstätigkeit im Sinne des § 24 I BNotO, für die kein Amtsgewähranspruch besteht.¹⁸ Eine gesetzliche Belehrungspflicht des Notars kann hier auch nicht über die Hintertür eines Hinweises innerhalb einer Anlage zum GmbHG konstituiert werden.

Wer die Musteranmeldung verwendet, kann vom Notar also keine Belehrung verlangen und muss auf Verlangen des Handelsregisters eine andere geeignete Form einer erfolgten Belehrung nachweisen. Die Belehrung ist nach § 8 III S. 2 GmbHG-RegE auch in schriftlicher Form oder *durch einen Vertreter eines vergleichbaren rechtsberatenden Berufs* möglich.

5. Fazit zum Mustervertrag

Der Umstand, dass der Mustervertrag vom Gesetzgeber vorformuliert ist und aufgrund des Wegfalls des Beurkundungserfordernisses kostengünstiger abgeschlossen werden kann, wird viele Gründungswillige dazu verleiten, diese Variante zu wählen, obwohl sie nicht ihren wahren Interessen entspricht.

Allein im Fall einer Ein-Personen-GmbH ist der Inhalt der Mustervertrags vertretbar. Ansonsten *sollte* der Notar die Beteiligten darauf hinweisen, dass sich die GmbH-Gründer mit der Verwendung des Mustervertrages keinen Gefallen tun und die wenigen Euro Mehraufwand an Beurkundungskosten für einen auf fachmännischer Beratung basierenden Gesellschaftsvertrag gut angelegtes Geld sind. Der Mustervertrag hat - genauso wie das handgeschriebene Testament - schließlich nur einen einzigen Vorteil: Er kostet nichts. Wohl jeder baden-württembergische Notar hat im Zusammenhang mit seiner nachlassgerichtlichen Tätigkeit beim Umgang mit handschriftlichen Testamenten oft genug erleben müssen, dass sich eine Kostenersparnis zu Lasten einer juristisch fundierten Beratung auf das Bitterste rächen kann und die zunächst gesparten Notarkosten später erhebliche Mehrkosten an Rechtsanwalts- und Gerichtsgebühren verursachen können.

Der Notar ist allerdings nicht zu einer entsprechenden Beratung verpflichtet. Wenn der Gesetzgeber meint, ein *einfaches und selbsterklärendes* Vertragsmuster geschaffen zu haben, das standardmäßig passt, kann einem Notar, der stillschweigend die Unterschriften der Gründungswilligen beglaubigt, kein Vorwurf daraus gemacht werden, insbesondere nicht in haftungsrelevanter Hinsicht. Ihn treffen hier nur die in § 40 BeurkG bezeichneten Verpflichtungen. Danach ist er nicht einmal dazu verpflichtet, die Beteiligten auf eventuelle Fehler beim Ausfüllen des Mustervertrags hinzuweisen, da ein entsprechender Fehler keinen nach § 40 II BeurkG relevanten Grund darstellt, die Amtstätigkeit zu versagen¹⁹. Ein Notar, dem das Gelingen der Geschäfte, an denen er in seiner Amts-

funktion mitgewirkt hat, am Herzen liegt, wird in solchen Fällen allerdings beratend eingreifen und damit den Gründern anhand seiner Fachkompetenz beweisen, dass sich die Notartätigkeit nicht auf das Verwalten eines Amtssiegels beschränkt, sondern zu einem spürbaren Gewinn an Rechtssicherheit führen kann.

Aus standespolitischer Hinsicht erscheint es geradezu zwingend, dass Notare in Fällen, in denen die Verwendung des Mustervertrags unpassend erscheint, eingreifen. Ansonsten steht zu befürchten, dass § 2 la GmbHG-RegE zum Einfallstor zur mittelfristigen Abschaffung des Beurkundungserfordernisses gemäß § 2 I GmbHG wird. Und das sowohl dann, wenn sich das Muster in der Praxis als funktionstauglich erweisen sollte (was bei Mehrpersonen-GmbHs zu bezweifeln ist) als auch im Falle dessen Scheiterns. Im ersteren Fall wird es heißen, dass die GmbH-Gründung auch gut ohne Beratung, Entwurfstätigkeit und Beurkundung durch den Notar funktioniert. Im zweiten (wahrscheinlicheren) Fall, steht zu befürchten, dass man den Notaren vorwerfen wird, bei der Beglaubigung der Unterschriften unter dem Vertragsmuster nicht beratend eingegriffen und somit Schlimmeres verhindert zu haben. Dies könnte dann die Frage aufwerfen, wozu die notarielle Mitwirkung bei der Gründung einer GmbH überhaupt noch nötig ist. Dass die Notare hier gemäß § 40 BeurkG keine Beratungspflicht haben und dieses Argument somit der rechtlichen Grundlage entbehrt, wird in einer politisch geführten Diskussion, in der schillernde Schlagworte wie „Deregulierung“, „Bürokratieabbau“, „Internationalisierung“ und dergleichen den Ton angeben, kaum ins Gewicht fallen.

Für die notarielle Praxis empfiehlt sich daher, zumindest ein Merkblatt im Wartezimmer auszulegen, in dem GmbH-Gründer auf die vorgenannten Gefahren der Musterverwendung hingewiesen werden. Ein Hinweis auf die moderaten Mehrkosten der Beurkundung gegenüber der bloßen Beglaubigung²⁰ wird hier eher beruhigend als abschreckend wirken²¹. Dies wird sicherlich dazu führen, dass die Gründer der meisten Mehrpersonen-GmbHs auf den Mustervertrag, der in leichtfertiger Weise Ein- und Mehrpersonen-GmbHs über einen Kamm schert, verzichten und einen für sie notariell maßgeschneiderten GmbH-Vertrag wählen.

II. Stammkapital und Geschäftsanteile

1. Begriffliches

Der Begriff *Stammeinlage* wird aus dem GmbHG verdrängt. Er kommt nur noch als Klammerdefinition in § 3 I Nr. 4 vor. Im übrigen wird *Stammeinlage* durch *Nennbetrag des Geschäftsanteils* ersetzt (§§ 5 II und III, 7 II S. 2, 9a I und IV, 14 S. 2 GmbHG-RegE). Durch die Neuformulierung soll die Unterscheidung zwischen Einlageverpflichtung bei Gründung der Gesellschaft und der mitgliedschaftlichen Beteiligung des Gesellschafters an der GmbH sprachlich deutlicher zum Ausdruck kommen. Der Begriff *Stammeinlage* soll nur noch für eine Übergangsphase beibehalten werden²². In der amtlichen Begründung wird daher empfohlen, künftig den Begriff *Stammeinlage* nicht mehr zu verwenden und stattdessen auf die einfacheren Ausdrücke *Einlage bzw. Einlageverpflichtung* umzustellen.

¹⁷ BGH DNotZ 1955, 396; BGH DNotZ 1997, 51; Bernhard, in: Brambring, Beck'sches Notarhandbuch (o. Fußn. 10), G Rdnr. 291

¹⁸ Rundschreiben Nr. 39/98 der Bundesnotarkammer an alle Notarkammern: Notarielle Belehrung eines im Ausland weilenden GmbH-Geschäftsführers, DNotZ 1998, 925

¹⁹ Bernhard, in: Brambring, Beck'sches Notarhandbuch (o. Fußn. 10), G Rdnr. 296

²⁰ vgl. hierzu die Kostenaufstellung in „Wieviel kostet die GmbH wirklich? - Typische Notarkosten bei der Neugründung einer GmbH“, notar 2006, 59

²¹ Davon ausgehend, dass die Klientel, die aus Kostengründen zur Verwendung des gesetzlichen Musters neigt, ein Stammkapital nicht weit über dem zulässigen Mindestkapitals vorsehen wird.

²² Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 64

2. Herabsetzung des Stammkapitals

a) 10 000 Euro bei regulärer GmbH

Eine der zentralen Änderungen des GmbH-Rechts besteht in der Herabsetzung des Stammkapitals von derzeit 25 000 Euro auf künftig 10 000 Euro (§ 5 I GmbHG-RegE). Damit soll die GmbH vor allem gegenüber den Kapitalgesellschaften aus dem EU-Ausland, die mit sehr geringem Eigenkapital im EU-Ausland gegründet, dann jedoch effektiv in Deutschland betrieben werden können²³, an Attraktivität gewinnen.²⁴

Das Erfordernis der besonderen Sicherung gemäß § 7 II S. 3 GmbHG bei Einpersonengründungen, bei denen das Stammkapital nicht sofort vollständig einbezahlt wird, entfällt künftig, so dass gemäß § 7 II GmbHG-RegE eine Anmeldung zum Handelsregister ohne weitere Voraussetzungen möglich sein wird, wenn lediglich ein Viertel (§ 7 II S. 1 GmbHG) bzw. die Hälfte (§ 7 II S. 2 GmbHG) der Einlagen einbezahlt ist, und zwar unabhängig von der Zahl der Gesellschafter.

Für die notarielle Praxis ändert die Herabsetzung des Stammkapitals kaum etwas, zumal § 39 IV und § 41a I Nr. 1 KostO dergestalt geändert werden, dass die Notargebühren für GmbH-Gründungen aus einem Geschäftswert von mindestens 25 000 Euro zu berechnen sind (Art. 15 MoMiG-RegE).

b) Einführung der Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

§ 5a I GmbHG-RegE lässt es zu, eine GmbH zu gründen, die das gesetzliche Mindestkapital von nunmehr 10 000 Euro unterschreitet. Eine solche GmbH muss in ihrer Firma den Zusatz *Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)* oder *UG (haftungsbeschränkt)* führen. Für eine solche Unternehmergesellschaft gibt es kein Mindestkapital, so dass theoretisch eine GmbH mit einem Stammkapital von *einem Euro* gegründet werden kann (null Euro sind nicht möglich, da gemäß § 5 II S. 1 GmbHG-RegE der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf *volle Euro* lauten muss).

Die nach § 7 II GmbHG grundsätzlich mögliche Halbeinzahlung der Einlagen ist gemäß § 5a II GmbHG-RegE nicht zulässig; auch die Erbringung von Sacheinlagen ist hier ausgeschlossen.

Gemäß § 5a III S. 1 GmbHG-RegE hat die Gesellschaft in ihrer Jahresbilanz eine gesetzliche Rücklage zu bilden, in die jeweils ein Viertel des Jahresüberschusses einzustellen ist. Diese Rücklage darf gemäß § 5a III S. 2 GmbHG-RegE nur zum Zwecke einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln verwendet werden. Diese Thesaurierungsverpflichtung gilt gemäß § 5a V GmbHG-RegE solange, bis die *Gesellschaft für Unternehmensgründer*²⁵ durch entsprechende Satzungsänderung das gesetzliche Mindeststammkapital von 10 000 Euro erreicht hat.

Im übrigen ist die *Gesellschaft für Unternehmensgründer* eine gewöhnliche GmbH, auf die sämtliche Vorschriften des GmbHG ohne Einschränkungen anzuwenden sind.²⁶

Soweit die Gründer einer Unternehmergesellschaft nicht den Mustervertrag verwenden und daher eine notarielle Beurkun-

dung des Vertrags erforderlich ist, muss der Notar neben den üblichen Belehrungen auch auf § 5 III GmbHG-RegE hinweisen, wonach ein Viertel der Jahresüberschüsse zwingend zu thesaurieren ist.

Was die Gebühren für die notarielle Beurkundung anbelangt, ist auch hier der Mindestgeschäftswert von 25 000 Euro anzusetzen (Art. 15 MoMiG-RegE).

3. Höhe der Geschäftsanteile

Künftig müssen die Nennbeträge der Geschäftsanteile nur noch auf volle Euro lauten (§ 5 II S. 1 GmbHG-RegE). Die bisherige Mindestbeteiligung von 100 Euro und die Teilbarkeit einer höheren Einlage durch 50 entfällt, so dass künftig ein GmbH-Geschäftsanteil von einem Euro möglich sein wird. Insofern findet durch diese Änderung eine Angleichung an das Aktienrecht statt (§ 8 AktG)²⁷.

4. Geschäftsanteilsübertragung

a) Notarielles Beurkundungserfordernis bleibt

§ 15 GmbHG bleibt vollständig unverändert (freie Veräußerbar- und Vererblichkeit, Möglichkeit der Vinkulierung). Trotz einiger Kritik an der Beurkundungspflicht der Geschäftsanteilsübertragung wurde im RegE an der Notwendigkeit der notariellen Beurkundung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft gemäß § 15 III, IV GmbHG festgehalten. Dass in diesem Zusammenhang teilweise ein stundelanges Verlesen von Unterlagen erforderlich ist, was von vielen Beteiligten oftmals als leere Förmerei wahrgenommen wird, wird in der amtlichen Begründung ausdrücklich in Kauf genommen, allerdings wird gleichzeitig angekündigt, dass in diesem Zusammenhang Reformen vorgesehen sind, die „in nächster Zeit in einem ohnehin geplanten Gesetz zur Erleichterung von beurkundungsrechtlichen Vorschriften“ vorgenommen werden sollen.²⁸

b) Gutgläubiger Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen

aa) Allgemeines

Neu ist die in § 16 III S. 1 GmbHG-RegE geschaffene Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Anteilen²⁹. Der RegE knüpft hierbei an einen Vorschlag der Notare Vossius und Wachter an³⁰, wonach eine - widerlegbare - Vermutung für die Richtigkeit der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste streitet. Der gutgläubige Erwerber darf sich auf die Rechtsinhaberschaft des in der Gesellschafterliste eingetragenen Veräußerers verlassen, soweit die fehlerhafte Eintragung seit mindestens drei Jahren besteht und kein Widerspruch hiergegen eingetragen ist (§ 16 III S. 2 GmbHG-RegE). In der amtlichen Begründung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass sich die Vorschrift an § 892 BGB anlehne³¹, allerdings geht die Gutglaubenswirkung der Gesellschafterliste nicht so weit wie die des Grundbuchs. Eine Übereinstimmung zwischen § 892 BGB und § 16 III S. 2 GmbHG-RegE besteht zwar darin, dass zugunsten des Erwerbers dessen guter Glaube in die Rechtsinhaberschaft des Veräußerers vermutet wird. Doch reicht die widerspruchsfreie Eintragung des Veräußerers in der Gesellschafterliste für einen gutgläubigen Erwerb vom Nichtberechtigten noch nicht aus, da zusätzlich die Dreijahresfrist als zeitliche Kom-

²³ Als Folgen der berühmten Centros- und Überseering-Entscheidungen des EuGH (Centros: EuGH Rs. C-212/97, Slg. 1999, I-1459 = NJW 1999, 2027; Überseering: EuGH Rs. C-208/00, Slg. I-2002, 9919 = NJW 2002, 3614).

²⁴ Schmidt, H. (o. Fußn. 2), BKR 2007, 2

²⁵ So die Alternativbezeichnung in der Amtlichen Begründung zum MoMiG-RegE, S. 71

²⁶ So dass der Übergang einer Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) in eine GmbH keine Umwandlung im Sinne des UmwG darstellt, da sie von vornherein eine GmbH ist.

²⁷ Leuering (o. Fußn. 2), NJW-Spezial 2006, 315

²⁸ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 57

²⁹ Diese Vorschrift wurde gegenüber dem Referentenentwurf vom 29.5.2006, worin der gutgläubige Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen erstmals vorgesehen war, neu gefasst.

³⁰ Vossius/Wachter, Gesetz zur Reform des Rechts der Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Reformgesetz - GmbHRG), <http://www.gmbhr.de/volltext.htm> (unter „Volltext Begründung“), 11 ff.

³¹ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 87.

ponente hinzukommen muss. Die Gesellschafterliste wird damit zu Recht als „hinkender Rechtsscheinträger“ mit „Ersetzungskomponente“³² bezeichnet.

Eine dem § 21 BeurkG entsprechende gesetzliche Verpflichtung des Notars zur Einsichtnahme in die Gesellschafterliste vor Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung ist nach dem RegE zum MoMiG nicht vorgesehen. Aufgrund der besonderen Stellung des Notars im Beurkundungsprozess wird man jedoch davon ausgehen müssen, dass es zur allgemeinen Sachverhaltsklärungspflicht des Notars gemäß § 17 I S. 1 BeurkG gehört, im Zusammenhang mit der Geschäftsanteilsübertragung die Gesellschafterliste der betroffenen GmbH im Hinblick auf den zu übertragenden Geschäftsanteil auf Eintragungen bzw. Widersprüche zu überprüfen.

bb) Weiter bestehende Risiken beim GmbH-Anteils-erwerb

Die geplante Einführung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen wird die Veräußerbarkeit von GmbH-Anteilen in Zukunft zwar wesentlich erleichtern, doch bleiben weiterhin mögliche Risiken bestehen, auf die der Notar aufgrund seiner Beratungspflicht hinweisen muss:

(1) Gegenstand des Gutgläubensschutzes

Durch § 16 III GmbHG-RegE wird nur der gute Glaube an die Verfügungsbefugnis des Veräußerers³³ geschützt, nicht jedoch an dem (lastenfreien) Bestand des Mitgliedschaftsrechts als solchem³⁴. So scheidet auch künftig ein gutgläubiger Erwerb aus, wenn der Geschäftsanteil rechtlich nicht existiert³⁵ (weil er beispielsweise auf einem nichtigen Kapitalerhöhungsbeschluss basiert). Ebenso wenig ist der gute Glaube an die Lastenfreiheit (hierzu gehören sowohl auf dem Geschäftsanteil lastende Pfandrechte als auch Rückstände auf die Einlageverpflichtung gemäß § 16 II GmbHG) des Anteils geschützt³⁶.

Der Notar wird daher auch künftig über dieses nach wie vor bestehende Risiko des Erwerbers belehren müssen.

(2) Weiterveräußerung von Geschäftsanteilen vor Ablauf der Dreijahresfrist

Eine Weiterveräußerung eines GmbH-Geschäftsanteils vor Ablauf der Dreijahresfrist stellt für den Erwerber mangels Gutgläubenswirkung ein Risikogeschäft dar³⁷. Aus notarieller Sicht bedeutet dies, dass der Notar bei einer beabsichtigten Veräußerung eines Geschäftsanteils, dessen Erwerb selbst noch keine drei Jahre zurückliegt, die Beteiligten darauf hinweisen sollte, dass der geplante Erwerb den Gutgläubenschutz des § 16 III GmbHG-RegE nur dann genießt, wenn mit der Veräußerung bis zum Ablauf der Dreijahresfrist gewartet wird. Entscheiden sich die Beteiligten trotz entsprechenden Hinweises auf einen früheren Vertragsschluss, so haftet der Notar im Falle, dass der Veräußerer nicht Inhaber des veräußerten Anteils war und die Übertragung deswegen scheiterte, nicht.

III. Weitere Änderungen des GmbHG

1. Beschleunigung der Gründung

Der Zeitraum zwischen notarieller Beurkundung (bzw. Beglaubigung) des Gesellschaftsvertrags und Eintragung der GmbH in das Handelsregister wird bei genehmigungspflichtigen Unternehmensgegenständen spürbar verkürzt, denn die bisherige Eintragungsvoraussetzung des § 8 I Nr. 6 GmbHG entfällt ersatzlos. Dieses bisherige Erfordernis erschwert und verzögert die GmbH-Gründung erheblich³⁸, so dass der Wegfall zu einer deutlichen Beschleunigung der Gründung führen wird³⁹. Die nach dem Referentenentwurf vom 29.5.2006 vorgesehene Versicherung, die Genehmigung sei bei der zuständigen Stelle beantragt, ist nach dem RegE nicht mehr erforderlich. Ebenso wurde die im Referentenentwurf noch vorgesehene Amtslöschung für den Fall, dass die beantragte Genehmigung nicht innerhalb von drei Monaten nachgereicht wird, gestrichen. Die nach dem Referentenentwurf vorgesehene Rechtslage hätte dazu geführt, dass eine GmbH mit genehmigungspflichtigem Unternehmensgegenstand zwar reibungslos hätte eingetragen, aber genauso zügig von Amts wegen wieder hätte gelöscht werden können. Dies hätte in der Praxis zu einem unerträglichen Schwebestand geführt, der die Geschäftstätigkeit der GmbH in den ersten drei Monaten stark beeinträchtigt hätte⁴⁰. Nach dem jetzigen RegE findet eine vollständige Entkoppelung zwischen der zivilrechtlichen Wirksamkeit der Gesellschaftsgründung und der behördlichen Genehmigung der Unternehmertätigkeit statt.

2. Abschaffung der verdeckten Sacheinlage

§ 19 IV S. 1 GmbHG-RegE definiert erstmals die *verdeckte Sacheinlage* gesetzlich, ordnet jedoch im Gegensatz zur bisherigen herrschenden Rechtsprechung an, dass eine verdeckte Sacheinlage der Erfüllung der Einlageschuld nicht entgegensteht. Gemäß § 19 IV S. 2 GmbHG-RegE gilt lediglich, dass im Falle, dass der Wert der (an sich unzulässigen) Sacheinlage den Wert der übernommenen Einlage im Zeitpunkt der Handelsregisteranmeldung (bzw. der Überlassung an die Gesellschaft) nicht erreicht, die Differenz gemäß § 9 GmbHG in Geld zu leisten ist.

Dies führt de facto zur Abschaffung der von der Rechtsprechung entwickelten Figur der verdeckten Sacheinlage, wonach der verdeckten Sacheinlage jede Erfüllungswirkung versagt wird⁴¹. Die (trotz der zwischenzeitlich anerkannten Heilungsmöglichkeiten⁴²) *ganz und gar katastrophalen*⁴³ Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage werden künftig durch die eher moderate Differenzhaftung des § 9 GmbHG ersetzt. Der Notar wird sich daher nach Inkrafttreten des MoMiG mit der Frage konfrontiert sehen, warum sich ein Gesellschafter, der eine Sacheinlage einbringen will, mit den Formalitäten des weiter geltenden § 5 Abs. 4 GmbHG abplagen sollte (die in der Regel eine Verteuerung und Verlangsamung der Gründung verursachen), wenn die Konsequenzen der vertragswidrigen Sacheinlage lediglich darin bestehen, die Wertdifferenz im Zeitpunkt der vertragswidrigen Sacheinlage zu ersetzen. Im schlimmsten Fall⁴⁴ wird der Gesellschafter, der in satzungswidriger Weise eine Sacheinlage erbringt,

³² Rau, Der Erwerb einer GmbH nach In-Kraft-Treten des MoMiG - Höhere Transparenz des Gesellschafterkreises, gutgläubiger Erwerb und vereinfaachte Stückelung, DStR 2006, 1897

³³ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 888

³⁴ Haas/Oechsle (o. Fußn. 2), NZG 2006, 812

³⁵ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 88

³⁶ Haas/Oechsle (o. Fußn. 2), NZG 2006, 812

³⁷ Haas/Oechsle (o. Fußn. 2), NZG 2006, 813

³⁸ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 76 f

³⁹ Schäfer (o. Fußn. 2), DStR 2006, 2086

⁴⁰ Schmidt, H. (o. Fußn. 2), BKR 2007, 2

⁴¹ ständige Rechtsprechung des BGH: BGHZ 28, 317; 113, 345; BGH NJW 1998, 1953; BGH NJW 2003, 825

⁴² BGH NJW 2003, 3127

⁴³ Lutter, FS Stiefel, 1987, 517

⁴⁴ Nämlich bei Aufdeckung der verdeckten Sacheinlage.

so gestellt, wie er nach § 9 Abs. 1 GmbHG bei satzungsgemäßer Sacheinlage ohnehin gestanden hätte. Die Rechtsfigur der verdeckten Sacheinlage sollte den Gesellschafter über die harsche Rechtsfolge im Grunde zur korrekten Erfüllung der vertraglich eingegangenen Bareinlageverpflichtung zwingen. Durch den Wegfall der von der Rechtsprechung entwickelten Rechtsfolgen besteht künftig kein Anreiz zur korrekten aber kosten- und zeitaufwendigen Sachgründung mehr.

In der Praxis wird sich dieser Umstand schnellstens herumsprechen, so dass die korrekte Erbringung der geschuldeten Geldeinlagen künftig nur von der Seriosität der Gesellschafter (und deren Berater) abhängt. § 19 IV S. 1 GmbHG-RegE stellt daher in der Tat eine „Einladung zum Sachgründungsschwindel“⁴⁵ dar, zumal in der amtlichen Begründung zum RegE ausdrücklich betont wird, dass auch im Falle einer vorsätzlichen verdeckten Sacheinlage keine Ausnahme von der grundsätzlichen Erfüllungswirkung vorgesehen sei⁴⁶.

§ 19 IV S. 1 GmbHG-RegE sollte den Notar dennoch nicht davon abhalten, auf eine korrekte Beurkundung einer von den Beteiligten real gewünschten Sacheinlage zu bestehen. Wenn der Gesetzgeber den in der Praxis ohnehin sehr häufig vorkommenden⁴⁷ Sachgründungsschwindel erleichtern will, so ist dies hinzunehmen; der Notar, dessen Rolle im Beurkundungsprozess sich gerade durch die korrekte und penible Einhaltung der geltenden Vorschriften rechtfertigt, sollte sich hier jedoch keinesfalls zum Komplizen machen lassen.

IV. Fazit

Die geplante GmbH-Reform nach MoMiG birgt die Chance, die in letzter Zeit stark kritisierte GmbH neu zu beleben und im Wettbewerb - vor allem gegen die Gesellschaftsformen aus dem EU-Ausland - konkurrenzfähig zu halten.

Für die notarielle Praxis erscheinen folgende Punkte der geplanten GmbH-Reform nach dem MoMiG-RegE vom 23.5.2007 besonders erwähnenswert:

- GmbH-Gründer sollten vor der Verwendung des gesetzlich vorgesehenen Mustervertrages gewarnt werden, da dieser mit der bloßen Wiedergabe des gesetzlichen Mindestinhalts allenfalls für die Einpersonen-GmbH angemessen erscheint. Der Notar sollte im Zusammenhang mit der beabsichtigten öffentlichen Beglaubigung des Mustervertrages bei Mehrpersonen-GmbHs von der Verwendung des Modells abraten und statt dessen einen dem tatsächlichen Parteiwillen entsprechenden Gesellschaftsvertrag formulieren und beurkunden.
- Bei der Geschäftsanteilsübertragung ist trotz Einführung der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen weiterhin das Risiko gegeben, dass der zur Übertragung beabsichtigte Geschäftsanteil nicht bzw. nicht lastenfrei übergeht. Darüber muss der Notar künftig nach wie vor belehren.
- Im Falle einer raschen Weiterveräußerung eines GmbH-Anteils kann es aufgrund von § 16 III S. 2 GmbHG-RegE erforderlich sein, dass der Notar den Beteiligten ein Zuarbeiten mit der geplanten Veräußerung bis zum Ablauf der Dreijahresfrist empfiehlt.
- Obwohl die bisherigen harten Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage künftig entfallen und durch eine leicht zu verschmerzende Differenzhaftung ersetzt werden, sollte der Notar im Falle einer beabsichtigten Sachgründung (bzw. Kapitalerhöhung mit Sacheinlagen) auch in Zukunft auf eine korrekte Beurkundung und Einhaltung der Sacheinlagevorschriften dringen.

⁴⁵ Thiessen (o. Fußn. 2), DStR 2007, 205

⁴⁶ Amtliche Begründung zum MoMiG-RegE, S. 91

⁴⁷ Hierzu Langenfeld, GmbHR 1981, 55, der feststellt, dass in vielen Fällen der Gründung oder Kapitalerhöhung bei hinreichend genauer Prüfung eine verdeckte Sacheinlage festzustellen sein wird.

Steuerrechtsecke (XX)

(von Wolfgang Gehweiler (-1-) und Prof. Dr. Thomas Reith (-2-), Stuttgart)

Einkommensteuer

1. Realteilung

Zur Realteilung im Sinne des § 16 Abs. 3 Sätze 3 und 4 Einkommensteuergesetz (EStG) verlautbarte das Bundesfinanzministerium einen Erlaß, datierend vom 28. Februar 2006 (-3-); Anmerkungen zum vorgenannten Erlaß verfaßte Dr. Schell, München (-4-)

2. Fahrtenbuch

Ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch muß zeitnah in geschlossener Form geführt werden und die zu erfassenden Fahrten einschließlich des an ihrem Ende erreichten Gesamtkilometerstandes vollständig und in fortlaufendem Zusammenhang wiedergeben. Dies entschied der Bundesfinanzhof (BFH) mit Urteil vom 09. November 2005 (-5-)

3. Elektronisches Fahrtenbuch

Der BFH entschied mit Urteil vom 16. Dezember 2005 (-6-), daß eine mit Hilfe eines Computerprogramms erzeugte Datei den Anforderungen an ein ordnungsgemäßes Fahrtenbuch nur dann genügt, wenn nachträgliche Veränderungen an den zu einem früheren Zeitpunkt eingegebenen Daten nach der Funktionsweise des verwendeten Programmes technisch ausgeschlossen sind oder in der Datei selbst dokumentiert und offen gelegt werden.

4. Realteilung

Das Bundesfinanzministerium hat mit Schreiben vom 28. Februar 2006 (-7-) entschieden, daß für die Realteilung § 16 Abs. 3 Sätze 2 bis 4 anwendbar sind.

Erbschaftsteuer

1. Zugewinnsgemeinschaft

Mit Urteil vom 18. Januar 2006 entschied der BFH (-8-), daß die rückwirkende Vereinbarung der Zugewinnsgemeinschaft auf den Zeitpunkt der Eheschließung zwar zivilrechtlich wirksam, aber in seiner steuerrechtlichen Anerkennung nur im Rahmen des § 5 Abs. 1 Satz 4 ErbStG verfassungsgemäß ist.

2. Erbschaftsteuerreform

Die Finanzministerkonferenz beschloss am 28. September 2006, den Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes zur Erbschaftsteuer abzuwarten und die geplanten Entlastungen der Bürger bei der Erbschaftsteuer aus diesem Grunde zu verschieben. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes wird für Februar/März 2007 erwartet. Eigentlich sollte die Reform Anfang 2007 in Kraft treten. Dies führt in den Länderetats (die Erbschaftsteuer fließt allein den Ländern zu) zu Einnahmeausfällen von etwa € 500.000.000,00. Die meisten Länderminister waren nicht bereit, diese Entlastung schon jetzt zu beschließen, die Gegenfinanzierung aber unter dem Vorbehalt des Beschlusses zu stellen (-9-), (-9a-).

3. Steuerbescheid

Ein „Erbschaftsteuerbescheid“ ist wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 ErbStG rechtswidrig, soweit die Steuerfestsetzung auf einer Zusammenrechnung des Werts des Erwerbs von Todes wegen mit dem Wert der Vorschenkung beruht und kein Steuerabzug für die früheren Erwerbe (Vorschenkungen) vorgenommen wurde (-10-).

Grundsteuer

Beim Bundesverfassungsgericht ist unter dem Aktenzeichen 1 BvR 1644/05 eine Verfassungsbeschwerde anhängig, die sich gegen die Grundsteuer auf selbst genutztes Wohneigentum richtet. (-11-)

Grunderwerbsteuer

1. Verwertungsbefugnis

Der BFH entschied mit Urteil vom 15. März 2006, daß ein Leasingvertrag keine Verwertungsbefugnis im Sinne von § 1 Abs. 2 GrEStG begründet, wenn dem Leasingnehmer lediglich das Recht eingeräumt wird, zum Ablauf des Leasingvertrages den Abschluß eines Kaufvertrages über das Leasingobjekt mit dem Leasinggeber zu einem feststehenden Kaufpreis herbeizuführen (-12-)

2. Anteilsvereinigung

Mit Urteil vom 20. Juli 2005 entschied der BFH (-13-), daß die Verschmelzung einer Organträgerin, die 87,5 % der Anteile an einer Organgesellschaft hält, die wiederum zu 100 % Anteilseignerin an grundstücksbesitzenden Gesellschaften ist, auf eine bislang außerhalb des Organkreises stehenden Neuorganträgern unter Fortsetzung des Organisationsverhältnisses, nicht zu einer Vereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG und auch nicht zu einem Anteilsübertragungsvertrag im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG führt.

Die K-Holding AG wurde am 13. Juni 1996 auf die neue Organträgerin verschmolzen. Die K-Holding AG war zu 87,5 % an der K-Warenhaus AG beteiligt. Ein Minderhei-

ten-Aktionär mit einer Beteiligung von 12,5 % war eine Bank. Die K-Warenhaus AG hielt 100 % der Anteile an verschiedenen grundstücksbesitzenden GmbH's. Die K-Warenhaus AG war finanziell, organisatorisch und wirtschaftlich in die K-Holding AG eingegliedert. Die Verschmelzung erfolgte unter Fortsetzung des Organisationsverhältnisses zur K-Warenhaus AG, die mit der Verschmelzung zu einem abhängigen Unternehmen wurde. Das Finanzamt sah in der Verschmelzung einen Grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgang und stellte mit Bescheid vom 21. Dezember 2000 die Besteuerungsgrundlage für die Verschmelzung fest.

Das Finanzamt sah in der Verschmelzung einen Grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgang; es ging hierbei davon aus, daß mit der K-Holding AG ein neuer Organkreis entstanden sei und alle Anteile an den grundstücksbesitzenden GmbHs sich Grunderwerbsteuerrechtlich zu-rechenbar bei der Organträgerin vereinigt hätten (§ 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG) bzw. auf sie übergegangen seien (§ 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG).

Hiergegen legte die K-Holding AG Einspruch ein, blieb jedoch im Rechtsbehelfsverfahren ohne Erfolg. Das Finanzgericht jedoch half dem Einspruch ab, hiergegen wandte sich das Finanzamt mit seiner Revision.

Der BFH wies die Revision als unbegründet zurück mit der Begründung, daß die Verschmelzung der K-Holding AG auf die bislang außerhalb des Organkreises bestehende Organgesellschaft unter Fortbestand des Organisationsverhältnisses weder als Vereinigung noch als Übertragung aller Anteile der jeweils grundstücksbesitzenden GmbHs der Grunderwerbsteuer unterliege.

3. Rückgängigmachung eines Ausscheidens

Der BFH entschied mit Urteil vom 29. September 2005 (-14-), daß, wenn ein Grundstück von mehreren Miteigentümern auf eine Gesamthand übergeht und einer der bisherigen Miteigentümer aus der Gesamthand ausscheidet mit der Folge, daß zur Übertragung seines Miteigentumsanteils auf die Gesamthand nicht nach § 5 Abs. 1 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist, die Festsetzung von Grunderwerbsteuer für diesen Erwerbsvorgang nicht in entsprechender Anwendung des § 16 GrEStG aufzuheben ist, wenn später die Rückgängigmachung des Ausscheidens vereinbart wird.

Hintergrund des Falles war, daß die Miteigentümer je zu 1/3 am 26. März 2003 ihre Anteile auf eine BGB-Gesellschaft übertragen, wobei der dritte Gesellschafter aus der BGB-Gesellschaft ausschied. Mit Bescheid vom 10. Juni 2003 setzte das Finanzamt die Grunderwerbsteuer fest in Höhe von € 40.833,00 unter Berücksichtigung der Steuerfreiheit von 2/3 der Bemessungsgrundlage nach § 5 GrEStG. Mit Vertrag vom 26. Juni 2003, also nach Erlass des Grunderwerbsteuerbescheides, hoben die Beteiligten das Ausscheiden des dritten Gesellschafters auf und „intronisierten“ ihn wieder in alle Rechten und Pflichten als Mitgesellschafter der BGB-Gesellschaft. Gleichzeitig beantragten sie gem. § 16 GrEStG die Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheides.

Der BFH hat nunmehr dargelegt, daß eine analoge Anwendung des § 16 GrEStG auf die Rückgängigmachung von Gesellschaftsbestandsveränderungen nicht auszu-dehnen sei / nicht anzuwenden sei.

Investitionszulagengesetz 2007

Im Betriebsberater 2006 Seite 1415 wird der Entwurf des Investitionszulagengesetzes 2007 vorgestellt.

Schenkungssteuer

Zugewinnsgemeinschaft

Der BFH entschied mit Urteil vom 12. Juli 2005 (-15-), daß eine Ausgleichsforderung, die Kraft Gesetzes entsteht, durch ehevertragliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft nicht als freigebige Zuwendung schenkungsteuerbar ist, so es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung der Zugewinnsgemeinschaft kommt. Die Schenkungssteuerfreiheit bleibt erhalten, auch wenn der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft im Anschluß an die Beendigung neu begründet wird.

Was war passiert:

Die Eheleute schlossen am 20. Dezember 1991 einen Ehevertrag, in dem sie die Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft mit Ablauf des Tages des Vertragsabschlusses vereinbarten. Zugleich begründeten sie mit Beginn des auf den Vertragsabschlusses folgenden Tages erneut den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Den während der Dauer des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft bis zum Abschluß des Ehevertrages vom 20. Dezember 1991 entstandenen und auszugleichenden Zugewinn berechneten die Ehegatten im Einzelnen und setzten einvernehmlich die Zugewinnausgleichsforderung der Ehefrau gegenüber ihrem Ehemann auf DM „X“ fest. Zugleich wurde bestimmt, daß die Ausgleichsforderung nicht abgetreten werden darf, eine vollständige oder teilweise Abtretung an die gemeinschaftlichen Abkömmlinge war jedoch gestattet. Die Ausgleichsforderung wurde bis zum Tod des Ehemannes durch die Ehefrau gestundet. Die Ausgleichsforderung war nach dem Ehevertrag vom Zeitpunkt ihrer Entstehung mit 1,5 % per anno zu verzinsen. Das jeweilige Anfangsvermögen für den neuerlich vereinbarten Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft sollte sich unter Berücksichtigung des für den beendeten Güterstand durchgeführten Zugewinnausgleiches ergeben.

Das Finanzamt war der Ansicht, daß die Ehefrau durch Ehevertrag vom 20. Dezember 1991 der Betrag DM „X“ freigebig zugewendet worden sei, und setzte gegen sie mit Bescheid vom 30. August 1996 Schenkungssteuer fest. Das Finanzgericht gab der Ehefrau Recht mit der Begründung, daß die Ehegatten durch Ehevertrag vom 20. Dezember 1991 den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft beendet hätten und die dadurch begründeten Zugewinnausgleichsforderung mangels Vorliegen einer freigebigen Zuwendung nicht schenkungsteuerbar sei (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes). Der Beendigung stehe nicht entgegen, daß die Ehegatten im unmittelbaren Anschluß den Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft erneut begründet hätten. Dies sei zivilrechtlich zulässig und daher schenkungssteuerrechtlich zu beachten. Die dem gegenüber vertretene Auffassung des Finanzamtes, die Nichtsteuerbarkeit nach § 5 Abs. 2 ErbStG erfordere eine Totalbeendigung des gesetzlichen Güterstandes, finde weder im Text noch in der Begründung des Gesetzes eine Stütze. Außerdem liege weder ein Scheingeschäft im Sinne von § 117 Abs. 1 BGB, noch eine rechtsmißbräuchliche Gestaltung im Sinne von § 42 Abgabenordnung vor.

Das Finanzamt legte gegen das finanzgerichtliche Urteil Revision ein mit der Begründung der Verletzung materiellen Rechts, da das Finanzgericht die Voraussetzungen des § 5 Abs. 2 ErbStG verkannt hätte.

Der BFH wies die Revision als unbegründet zurück und führte aus, daß das Finanzgericht zutreffend davon ausgegangen wäre, daß die Begründung einer Ausgleichsforderung durch ehevertragliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft i. S. v. § 1378 BGB nicht als freigebige Zuwendung i. S. v. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG schenkungsteuerbar ist, wenn es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung der Zugewinnsgemeinschaft durch Berechnung der Ausgleichsforderung kommt, und zwar auch dann nicht, wenn der Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft im Anschluß an die Beendigung neu begründet wird. Der BFH führte auch aus, daß der Schenkungssteuer nur Schenkungen unter Lebenden i. S. v. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG unterliegen, demnach jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Die vom Finanzamt der Besteuerung unterworfenene Begründung einer Ausgleichsforderung durch ehevertragliche Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft i. S. v. § 1378 BGB ist jedoch keine freigebige Zuwendung. Dem ausgleichsberechtigten Ehegatten wird die Ausgleichsforderung nicht rechtsgeschäftlich zugewendet, sie entsteht vielmehr von Gesetzes wegen mit der Beendigung des gesetzlichen Güterstandes gem. § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB. Die Begründung der Ausgleichsforderung ist somit nicht schenkungsteuerbar, wie § 5 Abs. 2 ErbStG klarstellend regelt. Insoweit wird auch auf das BFH-Urteil vom 10. März 1993 Teil II Seiten 510 ff. hingewiesen. Desweiteren verweist der BFH auf bereits früher ergangene Urteile sowie auf die Erbschaftsteuerrichtlinien 2003, aus denen wohl aus Abschnitt 12 Abs. 3 zu entnehmen sei, daß der gesetzliche Güterstand in seiner Beendigung nur steuerlich dann anzuerkennen wäre, wenn die Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft endgültig sei; der BFH stellt jedoch eindeutig klar, daß aus § 5 Abs. 2 ErbStG sich keine Einschränkung erkennen lässt, wonach die Beendigung des Güterstandes der Zugewinnsgemeinschaft endgültig sein müsste. Der BFH verweist insofern auch auf die Begründung zum Entwurf eines zweiten Steuerreformgesetzes, vgl. BT Druck VI / 3418, 63.

Zivilrecht

1. Wettbewerbsverstoß führt zur Kaufpreisherabsetzung bei Share-Deal

Mit Urteil vom 08. Februar 2006 (-16-) entschied der Bundesgerichtshof (BGH), daß ein Gesellschafter einer GmbH, der bei einem Konkurrenzunternehmen anwirbt, die bisherigen Gesellschafter, die den Geschäftsanteil entgeltlich erworben haben, zur Herabsetzung des Kaufpreises berechtigen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn auf Nachfrage eine anders lautende Bekundung des ausscheidenden Gesellschafters vorhanden ist. Der BGH entschied weiter, daß eine weitere Herabsetzung des Kaufpreises angemessen ist, wenn der Verkäufer des Geschäftsanteils den Wechsel eines Kunden zu dem Konkurrenzunternehmen, in das er wechselt, maßgeblich beeinflusst.

2. Ergebnisabführungsvertrag

Der BGH entschied mit Urteil vom 13. Februar 2006, daß die Festsetzung eines sog. „0-Ausgleich“ für außenstehende Aktionäre in einem Ergebnisabführungsvertrag in einer chronisch defizitären Aktiengesellschaft nicht zur Nichtigkeit des Vertrages gem. § 304 Abs. 3 Satz 1 Aktiengesetz führt. (-17-)

3. Analoge Anwendung des § 30 GmbHG auf einen Stillen Gesellschafter aufgrund der Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses. (-18-)

Der Bundesgerichtshof entschied mit Urteil vom 13. Februar 2006, daß ein an einer GmbH Beteiligter, atypischer stiller Gesellschafter, in Bezug auf die Kapitalerhaltungsregelung wie ein GmbH-Gesellschafter zu behandeln ist, wenn er aufgrund der vertraglichen Ausgestaltung des stillen Gesellschaftsverhältnisses hinsichtlich seiner vermögensmäßigen Beteiligung und seines Einflusses auf die Geschicke der GmbH weitgehend an dem GmbH-Gesellschafter gleichgestellt ist. Insofern stellt dies eine Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung - BGH Z 106, 7, dar.

4. Unterbeteiligung

Nachdem jüngst der BFH in zwei Urteilen das Schicksal der Unterbeteiligung beim Formwechsel der Hauptgesellschaft beurteilt hat, wird dies nun vertiefend dargestellt von Stegemann (vgl. Betriebsberater 2006 Seite 1084 ff.).

5. Limited

Deutsche Limited Zweigniederlassung im Spannungsfeld des Gewerbe- und Register-rechts (-19-)

6. Ein Treuhandvertrag unterliegt hinsichtlich eines GmbH-Geschäftsanteils grundsätzlich dem Formzwang (-20-).

7. Limited

Die persönliche Haftung des Gründers einer englischen Privat Limited Company vgl. Betriebsberater 2006 Seite 1463 sowie Urteil des Landgerichts Kiel - Betriebsberater 2006 Seite 1468.

8. RVG

Das Rechtsanwaltsvergütungsgesetz wird mit Wirkung zum 01.07.2006 dahingehend modifiziert, daß für Beratung und Begutachtung keine einheitlichen Gebührensätze mehr gelten, sondern diese Angelegenheiten per Vertrag mit dem Mandanten geregelt werden müssen. (-21-)

INDEX - VERZEICHNIS

- (-1-) Württ. Notariatsassessor in der Kanzlei Reith Schick & Partner, Stuttgart und nebenberuflicher Lehrbeauftragter an der Notarakademie Baden Württemberg - im Fachbereich Steuerrecht -
- (-2-) Rechtsanwalt und Notar in der Kanzlei Reith Schick & Partner, Stuttgart
- (-3-) Betriebsberater 2006 Seiten 1026 ff.
- (-4-) Betriebsberater 2006 Seiten 1026 ff.
- (-5-) DStR 2006 Seiten 409 ff.
- (-6-) DStR 2006 Seiten 411 ff.
- (-7-) DStR 2006 Seiten 426 ff.
- (-8-) DStR 2006 Seite 541
- (-9-) Financial Times Deutschland vom Freitag, den 29. September 2006 Seite 13
- (-9a-) vgl. Aufsatz Reith/Gehweiler BWNNotZ 2006 Seiten 129 ff.
- (-10-) vgl. BFH Urteil vom 24. August 2005 BStBl. 2006 Teil II Seiten 36 ff.
- (-11-) Betriebsberater 2006 - BB-aktuell - Seite IV
- (-12-) DStR 2006 Seiten 1279 ff.
- (-13-) BStBl. 2005 Teil II Seiten 839 ff.
- (-14-) BStBl. 2006 Teil II Seiten 340 ff.
- (-15-) BStBl. 2005 Teil II Seiten 843 ff.
- (-16-) Betriebsberater 2006 Seiten 911 ff.
- (-17-) Betriebsberater 2006 Seiten 964 ff.
- (-18-) Betriebsberater 2006 Seiten 1018 ff.
- (-19-) Aufsatz von Prof. Dr. Peter Mankovski, Uni Hamburg, Betriebsberater seit 2006 Seite 1173
- (-20-) BGH-Beschluß vom 12. Dezember 2005 - Betriebsberater 2006 Seiten 1646 ff.
- (-21-) Betriebsberater 2006 Seite 1509

Zwangsvollstreckungsunterwerfung durch einen Vertreter Zugleich Besprechung der Entscheidung des BGH vom 21.9.2006 – V ZB 76/06¹

(von Prof. Roland Böttcher, Berlin)

1. Alltagsfall

Die vom Bundesgerichtshof zu entscheidende Problematik gehört zur täglichen Praxis und lässt sich auf folgendes reduzieren: Am 5.12.1991 wurden der Kaufvertrag und die Auflassung zwischen dem Grundstückseigentümer und Verkäufer V und dem Käufer K notariell beurkundet; in dieser Urkunde er-

teilten der Verkäufer V und Käufer K einem Notarangestellten eine sog. Belastungsvollmacht² mit dem Inhalt, die zur Kaufpreisfinanzierung erforderlichen Grundpfandrechte zu den von den Darlehensgebern verlangten Bedingungen zu bestellen, die Vertragsschließenden der Zwangsvollstreckung hinsichtlich der persönlichen und dinglichen Haftung zu

¹ NotBZ 2006,427 = ZfIR 2007,110 = ZNotP 2007,75 = MittBayNot 2007,337 = Rpfleger 2007,37.

² Vgl. dazu Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Einl. I Rdn. 30 ff.

unterwerfen und die hierfür erforderlichen Eintragungen in ihrem Namen zu bewilligen und zu beantragen. Auf Grund dieser Vollmacht bewilligte der Notarangestellte am 20.12.1991 die Eintragung einer Buchgrundschuld für eine Bank in einer notariellen Urkunde und erklärte darin auch, dass die jeweiligen Eigentümer der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück unterworfen sein sollen. Am 2.1.1992 erteilte der beurkundende Notar der Grundschuldgläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldurkunde. Die Grundschuld wurde am 24.3.1992 im Grundbuch eingetragen; K als neuer Grundstückseigentümer am 5.4.1992. Die Grundschuldgläubigerin ließ die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldurkunde (nicht aber die Vollmacht an den Notariatsangestellten) an den neuen Grundstückseigentümer am 22.3.1993 zustellen. Auf Antrag der Grundschuldgläubigerin wurde am 12.1.2005 die Zwangsversteigerung des Grundstücks angeordnet. Der Zuschlag erfolgte an den Meistbietenden am 21.3.2006. Der Vollstreckungsschuldner und ehemalige Grundstückseigentümer K legte dagegen Beschwerde ein mit dem Ziel der Aufhebung des Zuschlags. Der Bundesgerichtshof ist dem im Ergebnis zu Recht nachgekommen, was für die notarielle und versteigerungsgerichtliche Praxis doch sehr überraschend geschah.

2. Vollstreckungsunterwerfung und Grundschuldeintragung vor Eigentumserwerb des Käufers

Die Grundschuld der Bank, aus der die Zwangsversteigerung betrieben wurde, gelangte am 24.3.1992 ins Grundbuch, d.h. vor der Grundbucheintragung des Käufers als neuen Eigentümer am 5.4.1992. Dies geschah im Wege der sog. „Vorwegbeleihung“. Zur Finanzierung der Kaufpreissumme nimmt der Käufer regelmäßig ein Darlehen auf und unterwirft sich insoweit persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO). Dies wirkt auch ohne Grundbucheintragung gegen ihn³. Zur Absicherung muss bereits vor Umschreibung des Eigentums am Kaufgrundstück auf den Käufer daran eine Grundschuld eingetragen werden. Dazu erteilt der Verkäufer als Nocheigentümer dem Käufer eine Vollmacht⁴. Zur Vermeidung eines weiteren Notartermins erteilt der Käufer zuweilen einem Notarangestellten eine Untervollmacht zur Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld⁵. Rechtlich bestellt dann der Verkäufer (vertreten durch den Käufer und evtl. den Notarangestellten) eine Grundschuld für die Bank durch Eintragung nach § 873 BGB und Abgabe der Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO und unterwirft den jeweiligen Grundstückseigentümer dinglich der Zwangsvollstreckung in das Grundstück nach § 800 ZPO. Aber auch der Käufer als künftiger Eigentümer des Grundstücks kann sich bereits wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in das Grundstück gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO unterwerfen; dadurch wird die Notwendigkeit der späteren Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Käufer nach § 277 ZPO vermieden⁶. Die Vollstreck-

barkeit dieser „antizipierten“ Unterwerfungserklärung des Käufers als künftiger Eigentümer hängt jedoch noch von seinem Eigentumserwerb ab, ist also insoweit aufschiebend bedingt. Grundsätzlich wäre für die Erteilung der dinglichen Vollstreckungsklausel gegen den Käufer daher gemäß § 726 ZPO der Nachweis des Bedingungseintritts (= sein Eigentumserwerb) erforderlich. In der Praxis verzichtet der künftige Eigentümer jedoch üblicherweise auf diesen Nachweis, so dass die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldurkunde wegen des künftigen dinglichen Anspruchs gegen den neuen Eigentümer sofort erteilt werden kann⁷. Sehr häufig und auch im vorliegenden Fall gibt es daher zwei dingliche Unterwerfungserklärungen: Eine vom Verkäufer als Nocheigentümer und eine antizipierte vom Käufer als künftigen Eigentümer⁸. Enthält die vor dem Eigentumserwerb des Käufers erteilte Vollstreckungsklausel keinen namentlich genannten Schuldner, so kann aus ihr wegen aller in der Urkunde verbrieften Ansprüchen vollstreckt werden⁹. Nach der Grundbucheintragung des Käufers als Eigentümer geschieht dies auf Grund seiner dinglichen Zwangsvollstreckungsunterwerfungserklärung. Letztere ist eine einseitige, auf das Zustandekommen eines Vollstreckungstitels gerichtete prozessuale Erklärung (Prozesshandlung), die keinen Einfluss auf die materielle Rechtslage hat¹⁰. Die Vollstreckungsunterwerfung kann auch vom einem Vertreter des Grundstückseigentümers erklärt werden¹¹, wobei sich die Vertretung nach h.M. an den §§ 78 ff ZPO ausrichtet, und nicht an den §§ 164 ff BGB¹². Im Ergebnis ist man sich einig, dass eine wirksame Vollmacht zu Erteilung einer Unterwerfungserklärung keiner Form bedarf, sie also auch mündlich und sogar durch schlüssiges Verhalten erteilt werden kann. In der Regel bevollmächtigt der Verkäufer als Nocheigentümer den Käufer zur Bestellung der Finanzierungsgrundschuld und Abgabe der Beurkundung selbst braucht dann die nur behauptete Vollmacht dem Notar noch nicht in schriftlicher oder öffentlich beurkundeter Form vorliegenden, sondern erst bei Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung der Urkunde¹³.

3. Bevollmächtigung eines Notariatsmitarbeiters

Der Notar soll darauf achten, dass der Vertreter eine Vertrauensperson des Vertretenen ist. Dies gilt nach § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG für Verbraucherverträge und nach dem Sinn und Zweck des § 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG auch für andere Verträge und Erklärungen¹⁴. Im vorliegenden Fall hat ein Notariatsangestellter als Vertreter die Grundschuld bestellt und die Unterwerfungserklärung abgegeben. Überwiegend

³ Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdn. 102.

⁴ Vgl. dazu Amann in Beck'sches Notarhandbuch, 4. Aufl., 2006, A I Rdn. 118 ff; Wolf in Lambert-Lang/Tropf/Frenz, Handbuch der Grundstückspraxis, 2. Aufl., 2005, Teil 2 Rdn. 404 ff; Ehmann BWNotZ 1989, 141.

⁵ Hügel NotBZ 1997, 9, 11; Ehmann BWNotZ 1989, 141, 143.

⁶ KG DNotZ 1988, 238 = Rpfleger 1988, 30; OLG Naumburg NotBZ 2001, 114; OLG Saarbrücken DNotZ 1977, 624, 626; LG Cottbus NotBZ 2007, 224; LG Erfurt NotBZ 2003, 478; Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 2005, Teil 2 Rdn. 477; Münzig in Würzburger Notarhandbuch Teil 2 Rdn. 2629; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, Einl. I Rdn. 30; Bolkart MittBayNot 2007, 338; Zimmer NotBZ 2006, 302, 305; Gutachten in DNotI-Report 2006, 1.

⁷ OLG Naumburg NotBZ 2001, 114; Wolf ZNotP 2007, 170, 171; Zimmer NotBZ 2006, 302, 305; Gutachten in DNotI-Report 2006, 1.

⁸ BayObLG DNotZ 1987, 216; KG DNotZ 1988, 238; OLG Naumburg NotBZ 2001, 114; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl., Rdn. 28, 38; Bolkart MittBayNot 2007, 338; Wolf ZNotP 2007, 86, 89; Alff Rpfleger 2007, 38, 39; Gutachten in DNotI-Report 2006, 1.

⁹ Stöber, ZVG, 18. Aufl., § 15 Rdn. 40, 17; Alff Rpfleger 2007, 38, 39.

¹⁰ BGH NJW 1986, 2430; ZfR 2004, 56; 2004, 61; 2004, 808; ZIP 2005, 846; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 794 Rdn. 125; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdn. 102; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdn. 11, 8 ff; Zimmer NotBZ 2006, 302; ZfR 2007, 111.

¹¹ Stein/Jonas/Münzberg § 794 ZPO Rdn. 93; Zimmer NotBZ 2006, 302.

¹² BGH NJW 2004, 844 = NotBZ 2004, 158; NJW 2003, 1594 = DNotZ 2003, 694; BGHZ 88, 62; 59, 23; RGZ 146, 46; BayObLG Rpfleger 1965, 17; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdn. 105; Wiczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 3. Aufl., 2005, § 794 Rdn. 89; Stöber Rpfleger 1994, 393; Zimmer NotBZ 2006, 302; ZfR 2007, 111; a.A. Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdn. 12, 41.

¹³ Volmer in Würzburger Notarhandbuch Teil 1 Rdn. 409; Winkler, BeurkG, 15. Aufl., 2003, § 12 Rdn. 19 a; Zimmer NotBZ 2006, 302, 303.

¹⁴ Armbrüster in Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 4. Aufl., § 17 Rdn. 153.

wird ein Angestellter des Notars aber nicht als Vertrauensperson angesehen¹⁵. Nicht nur, dass der Verbraucher den Notar angestellten regelmäßig gar nicht persönlich kennt, sondern von dem Notar und seinen Mitarbeitern ist Unparteilichkeit zu erwarten, aber eine Vertrauensperson des Verbrauchers soll einseitig dessen Interessen wahrnehmen. Soweit die Meinung vertreten wird, dass auch ein Notar angestellter Vertrauensperson im Sinne von § 17 Abs. 2 a BeurkG sein kann, wird dies damit begründet, dass sich das Vertrauen aufgrund der Einschätzung der Sachkenntnis und der Integrität des Notar angestellten ergeben kann¹⁶. Praktikabel erscheint dies nicht, denn wie soll der Verbraucher die Sachkompetenz des Notar angestellten einschätzen; dies wird ihm regelmäßig nicht möglich sein.

Die Grundschuldbestellung durch einen Verbraucher zugunsten eines Unternehmers (§ 873 BGB, § 19 GBO) fällt als Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) grundsätzlich unter § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG¹⁷ und die einseitige verfahrensrechtliche Zwangsvollstreckeunterwerfung des Verbrauchers (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 800 ZPO) ist § 17 Abs. 2 a Satz 1 BeurkG zuzuordnen. Ein Notariatsmitarbeiter kann deshalb dabei grundsätzlich nicht als Vertreter handeln, weil er keine Vertrauensperson ist. In Ausnahme davon kann ein Notariatsmitarbeiter doch als Vertreter Erklärungen abgeben, wenn es sich dabei nur um ein Erfüllungs- und Vollzugsgeschäft handelt oder die Belehrung des Vertretenen bereits bei der Beurkundung der Vollmacht tatsächlich erfolgt und dokumentiert ist¹⁸. Bei der Grundschuldbestellung handelt es sich nicht um die Erfüllung eines notariell beurkundeten Verpflichtungsgeschäfts, da letzteres der Sicherungsvertrag ist und dieser nicht notariell beurkundet wird. Auch ein die Anwendung des § 17 Abs. 2 a BeurkG ausschließendes Vollzugsgeschäft eines notariell beurkundeten Grundgeschäftes liegt bei der Grundschuldbestellung nicht vor¹⁹. Notariell beurkundet wird zwar der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und den Käufer, aber die Grundschuldbestellung ist kein Vollzugsgeschäft dazu; sie ist vielmehr die Erfüllung des nicht notariell beurkundeten Sicherungsvertrages. Deshalb wird in diesen Fällen die Vertretung durch einen Notariatsmitarbeiter abgelehnt²⁰. Nach anderer Ansicht führt aber die notarielle Beurkundung der Vollmachtserteilung durch den Verkäufer und Käufer im Zusammenhang mit dem Kaufvertrag und der damit verbundenen notariellen Belehrung zur Unanwendbarkeit des § 17 Abs. 2 a BeurkG bei der Grundschuldbestellung²¹. Ein Abschluss des Verkäufers und Käufers von der notariellen Verhandlung, Belehrung und Beratung sowie Fragemöglichkeit

findet in einem solchen Fall nicht statt, sondern erfolgt vorgezogen anlässlich der Beurkundung der Vollmachtserteilung im Rahmen der Beurkundung des Kaufvertrages. Die ablehnende Ansicht meint, dass trotz der Belehrung über die Tragweite der Finanzierungsvollmacht ein Belehrungsdefizit bleibe hinsichtlich der Risiken des zu bestellenden Grundpfandrechtes; dies überzeugt jedoch nicht, weil der Notar sehr wohl bei der Beurkundung der Finanzierungsvollmacht genauso auch über eine künftige Grundschuldbestellung belehren kann, wie er dies bei der Grundschuldbestellung selbst könnte. Im vorliegenden Fall ist deshalb die Vollmachtserteilung an den Notariatsmitarbeiter zur Bestellung der Grundschuld und Abgabe der Vollstreckeunterwerfung nicht zu beanstanden²².

4. Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung

Hat ein Vertreter die Unterwerfungserklärung im Namen des Schuldners abgegeben ohne dass die Urkunde selbst einen Nachweis der Vertretungsmacht enthält, so ist die Vertretungsmacht als Voraussetzung der Vollstreckbarkeit und damit der Klauselerteilung zu prüfen; eine vollstreckbare Ausfertigung kann daher nur erteilt werden, wenn das Bestehen der Vertretungsmacht nachgewiesen wird, d.h. die Wirksamkeit der Erklärung des Vertreters gegen den Vertretenen²³. Der Bundesgerichtshof geht in der vorliegenden Entscheidung - in Fortführung seiner bisherigen Rechtsprechung²⁴ - stillschweigend von § 726 ZPO aus, d.h. er sieht in der Bevollmächtigung des Erklärenden eine „andere Tatsache“ im Sinne der Norm, von der die Vollstreckung abhängt, und verlangt deshalb für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung den Nachweis der Wirksamkeit der Unterwerfungserklärung des Vertreters gegen den Vertretenen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde. Dieser Begründung kann nicht zugestimmt werden. Die Bevollmächtigung des Erklärenden ist keine „andere Tatsache“ nach § 726 ZPO, sondern vielmehr eine Wirksamkeitsvoraussetzung für die vollstreckbare Urkunde²⁵. Liegt keine wirksame Bevollmächtigung vor, dann ist die Unterwerfungserklärung unwirksam und es liegt keine wirksame Urkunde vor. § 726 ZPO regelt die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung eines wirksam errichteten Vollstreckungstitels, dessen Vollstreckbarkeit nach seinem Inhalt von dem durch den Gläubiger zu beweisenden Eintritt einer Tatsache abhängig ist (z.B. Kündigung). Die Bevollmächtigung ist damit Voraussetzung für die Wirksamkeit des Titels, aber keine Tatsache im Sinne von § 726 ZPO, weil diese Vorschrift einen wirksamen Titel voraussetzt. Im Ergebnis ist dem Bundesgerichtshof aber insoweit zuzustimmen, dass die vollstreckbare Ausfertigung nur erteilt werden darf, wenn die Bevollmächtigung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form nachgewiesen wird²⁶; es kann nämlich keinen Unterschied machen, ob ein Titel wegen Vollmachtserteilung oder Rechtsnachfolge (§ 727 ZPO)

¹⁵ BNotK – Rundschreiben 20/2003 vom 28.4.2003, C II; Lerch, BeurkG, 3. Aufl., 2006, § 17 Rdn. 60; Litzemberger in Bamberger/Roth, BGB, 2003, § 17 BeurkG Rdn. 13; Jörg Mayer in Soergel, BGB, 13. Aufl., § 17 BeurkG Rdn. 43; Armbrüster in Huhn/von Schuckmann § 17 BeurkG Rdn. 177; Philippsen NotBZ 2003,137,140; Sorge DNotZ 2002,593,602 f.; Hertel ZNotP 2002,286,288; Rieger MittBayNot 2002,325,330; Solveen RNotZ 2002,318,321; Brambring ZfIR 2002,597,605.

¹⁶ Maaß ZNotP 2002,455.

¹⁷ Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, Einl. I Rdn. 110.

¹⁸ Litzemberger in Bamberger/Roth § 17 BeurkG Rdn. 13; Soergel/Jörg Mayer § 17 BeurkG Rdn. 41, 43; Armbrüster in Huhn/von Schuckmann § 17 BeurkG Rdn. 159; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, Einl. I Rdn. 106, 110.

¹⁹ BNotK – Rundschreiben 20/2003 vom 28.4.2003, C III; Armbrüster in Huhn/von Schuckmann § 17 BeurkG Rdn. 161; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, Einl. I Rdn. 110.

²⁰ Reetz in Beck'sches Notarhandbuch F Rdn. 18; Armbrüster in Huhn/von Schuckmann § 17 BeurkG Rdn. 160, 161; Eue ZNotP 1999,146 ff.; Schmucker ZNotP 2003,243; Sorge DNotZ 2002,593,602

²¹ Böttcher BWNNotZ 2003,49; Strunz ZNotP 2002,389; Philippsen NotBZ 2003,137,142; Rieger MittBayNot 2002,325,331; Brambring ZfIR 2002,597,604; Litzemberger NotBZ 2002,280,281; Maaß ZNotP 2002,455.

²² A.A. Wolf ZNotP 2007,86,87.

²³ BGH NJW 2004,844 = ZfIR 2004,56 = ZIP 2004,159; OLG Zweibrücken DNotZ 1970,640; LG Bonn Rpfleger 1990,374; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdn. 38.9; Bolkart MittBayNot 2007,338; Zimmer NotBZ 2006,302,304; a.A. OLG Köln MDR 1969,150 f.

²⁴ BGH ZfIR 2004,964; 2004,56; ebenso Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdn. 38.9.

²⁵ LG Braunschweig NotBZ 2006,328; LG Freiburg Rpfleger 2005,100; Stöber Rpfleger 1994,393; Zimmer ZfIR 2007,111,112; Bolkart MittBayNot 2007,338.

²⁶ Bolkart MittBayNot 2007,338; Wolf ZNotP 2007,86; Zimmer ZfIR 2007,111,112; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdn. 105; a.A. Stein/Jonas/Münzberg § 797 ZPO Rdn. 14, wonach eine schriftliche Vollmacht ausreichend sei..

gegen den Schuldner vollstreckbar ist. Der Notar hat die Vollmacht zu prüfen, weil aus der Unterwerfungserklärung eines Nichtbevollmächtigten die Zwangsvollstreckung nicht erfolgen darf.

5. Zustellung der Vollmacht an den Vollstreckungsschuldner ?

Da es sich nach der Ansicht des Bundesgerichtshofes bei der Bevollmächtigung um eine Tatsache im Sinne von § 726 Abs. 1 ZPO handelt, von deren Eintritt nach dem Inhalt des Vollstreckungstitels seine Vollstreckbarkeit abhängt, ist sein weiteres Verlangen nach Zustellung der Vollmacht an den Vollstreckungsschuldner gemäß § 750 Abs. 2 ZPO als Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung zumindest konsequent²⁷. Dem wird jedoch vielfach widersprochen, weil es sich bei der Bevollmächtigung eben gerade nicht um eine Tatsache nach § 726 Abs. 1 ZPO handelt, sondern um eine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vollstreckungstitel selbst; deshalb kann auch § 750 Abs. 2 ZPO keine Anwendung finden, woraus gefolgert wird, dass es für den Beginn der Zwangsvollstreckung keines Nachweises der Zustellung der Vollmacht bedürfe²⁸.

Der Ablehnung der Anwendung des § 750 Abs. 2 ZPO ist zuzustimmen, nicht aber der Schlussfolgerung daraus. Das Erfordernis der Zustellung der Vollmacht vor Beginn der Zwangsvollstreckung folgt aus § 750 Abs. 1 ZPO²⁹. Das Vollstreckungsverfahren ist formalisiert. Zur Prüfung der Frage, ob der Vollstreckungstitel zu Recht ergangen ist, ist das Vollstreckungsorgan weder berechtigt noch in der Lage. Ihm wird vielmehr durch die auf dem Titel angebrachte Vollstreckungsklausel dessen Vollstreckbarkeit vorgegeben. Da jedoch das Verfahren zur Erteilung der Vollstreckungsklausel eine Beteiligung des Schuldners in der Regel nicht vorsieht, schreibt § 750 Abs. 1 ZPO zur Sicherung des Anspruchs des Schuldners auf Gewährung des rechtlichen Gehörs vor, dass die Zwangsvollstreckung nicht vor Zustellung des Titels beginnen darf. Wie der Bundesgerichtshof zu Recht ausführt, macht die Zustellung dem Schuldner unmissverständlich klar, dass der Gläubiger die titulierte Forderung zwangsweise durchsetzen wird, unterrichtet den Schuldner über die förmlichen Grundlagen der Zwangsvollstreckung, gibt ihm Gelegenheit, die Zulässigkeit der Zwangsvollstreckung zu prüfen und Einwendungen gegen die Vollstreckung geltend zu machen und warnt ihn letztmals vor der zwangsweisen Durchsetzung des titulierten Anspruchs. Hängt das Leistungsgebot aus der Urkunde von Umständen außerhalb der Urkunde ab, folgt das Leistungsgebot nicht allein aus der Urkunde. Zur Warnung des Schuldners reicht die Zustellung der notariellen Urkunde allein nicht aus. Nur die Zustellung der von dem Vertreter behaupteten Vollmacht gewährleistet, dass der Schuldner vollständig über die Grundlagen und Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung unterrichtet und in die Lage versetzt wird, die Voraussetzungen der Vollstreckung zu prüfen. Nach § 750 Abs. 1 ZPO muss dem Vollstreckungsschuldner der Vollstreckungstitel zugestellt werden. Wurde die Unterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde von einem Vertreter abgegeben, ist seine Bevollmächtigung Wirk-

samkeitsvoraussetzung für den Vollstreckungstitel, d.h. die Vollmacht ist Teil des wirksamen Titels. Zugestellt werden muss daher nach § 750 Abs. 1 ZPO die notarielle Urkunde mit der Unterwerfungserklärung einschließlich der Vollmacht. Dies müsste - worauf Zimmer³⁰ zu Recht hinweist - in der Praxis eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein, da nach § 12 Satz 1 BeurkG Vollmachten der Urschrift und damit auch (vollstreckbaren) Ausfertigungen der Niederschrift der Beurkundung beizufügen und deshalb auch dem Vollstreckungsschuldner zuzustellen sind. Die Vollmacht ist der Grundschuldurkunde nach § 18 Abs. 2 DONot anzukleben oder anzuhäften (vgl. dazu § 30 DONot). Sie wird zum Gegenstand der Ausfertigung gemacht, indem sie mit ihr durch Schnur und Siegel verbunden wird³¹. Der Grundschuldurkunde beigefügt werden muss die Vollmacht in Ausfertigung (bei Beurkundung) oder Original (bei Beglaubigung) oder eine beglaubigte Ablichtung oder Abschrift davon³². Diesem Erfordernis wird nicht dadurch Genüge geleistet, dass der Notar einen Hinweis in die Niederschrift der Grundschuldbestellung aufnimmt, dass die Vollmacht bei Beurkundung ordnungsgemäß vorlag, ohne dass die Vollmacht beigefügt wird³³. Wird daher eine Kaufpreisfinanzierungsgrundschuld mit Unterwerfungserklärung aufgrund einer Belastungsvollmacht beurkundet, ist der Kaufvertrag zumindest in auszugsweiser beglaubigter Abschrift, aus der die Vollmacht zu erkennen ist, beizufügen³⁴. Die Zustellung dieser vollständigen Grundschuldurkunde, d.h. einschließlich Vollmacht, an den Vollstreckungsschuldner genügt dann dem Erfordernis des § 750 Abs. 1 ZPO.

Alff³⁵ bezeichnet dies als übertriebene Förmerei, wenn dem Vollstreckungsschuldner (= Käufer), der die Vollmacht an den Notariatsmitarbeiter zur Abgabe seiner antizipierten Unterwerfungserklärung selbst erteilt hat, diese Vollmacht einschließlich der Grundschuldurkunde vor Beginn der Zwangsvollstreckung nach § 750 Abs. 1 ZPO noch zugestellt werden muss; er lehnt deshalb die Entscheidung des Bundesgerichtshofes sowohl im Ergebnis als auch in der Begründung ab und verlangt eine Zustellung der Vollmacht nur dann, wenn zwischen dem Vollstreckungsschuldner und demjenigen, in dessen Namen die Zwangsvollstreckungsunterwerfung erklärt wurde, keine Identität besteht, d.h. nur im Falle einer Rechtsnachfolge auf Schuldnerseite. Dem kann nicht zugestimmt werden. Natürlich ist die Zustellung der Vollmacht an den Vollmachtgeber gemäß § 750 Abs. 1 ZPO vor Beginn der Zwangsvollstreckung formalistisch (jedoch nicht übertrieben), aber das gesamte Zwangsvollstreckungsverfahren ist bewusst sehr formalisiert ausgestaltet und das mit guten Gründen. Der dem Vollstreckungsschuldner immer zuzustellende Vollstreckungstitel stammt ja auch von ihm selbst und niemand kommt deshalb auf die Idee, die Zustellung des Titels für unnötig zu halten. Und wenn der Titel von einem Vertreter errichtet wurde, ist die Vollmacht dafür Wirksamkeitsvoraussetzung und damit Teil des Titels; beides ist einheitlich dem Vollstreckungsschuldner vor Beginn der Zwangsvollstreckung zuzustellen (§ 750 Abs. 1 ZPO).

²⁷ Dem folgend: LG Bonn Rpfleger 1990,374; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, Rdn. 38.14; Bolkart MittBayNot 2007,338.

²⁸ OLG Zweibrücken InVo 1999,185,186; LG Freiburg Rpfleger 2005,100,101; Stein/Jonas/Münzberg § 797 ZPO Rdn. 15; Gutachten in DNotI-Report 2004,125,126.

²⁹ Stöber § 15 ZVG Rdn. 40.24; Zimmer ZfIR 2007,111,112.

³⁰ Zimmer ZfIR 2007,111,112.

³¹ Von Schuckmann/Renner in Huhn/von Schuckmann § 12 BeurkG Rdn. 31.

³² Litzemberger in Bamberger/Roth § 12 BeurkG Rdn. 2.

³³ Zimmer ZfIR 2007,111,112.

³⁴ Von Schuckmann/Renner in Huhn/von Schuckmann § 12 BeurkG Rdn. 32; Zimmer ZfIR 2007,111,112 f.

³⁵ Alff Rpfleger 2007,38.

Bolkart³⁶ wendet ein, dass nach § 12 BeurkG der Grundschuldurkunde nur „vorgelegte“ Vollmachten beizufügen seien; Vollmachten müssen dann nicht vorgelegt werden, wenn der Urkundsnotar ihre Urschrift verwahrt und dem Bevollmächtigten insoweit ein originärer Ausfertigungserteilungsanspruch gem. § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG zusteht. Letzteres ist bei einer Finanzierungsgrundschuld in der Regel der Fall, wenn der Käufer den Verkäufer kraft der in der Kaufvertragsurkunde enthaltenen Belastungsvollmacht der sofortigen Zwangsvollstreckung unterwirft. Deshalb soll es sich bei der Finanzierungsvollmacht um keine „vorgelegte“ Vollmacht handeln, die nach § 12 BeurkG der Grundschuldurkunde beigefügt werden müsse. Dieser sehr am Gesetzeswortlaut hängenden Auffassung kann nicht gefolgt werden. Nach dem Sinn und Zweck dieser Vorschrift kann es nicht nur um dem Notar „vorgelegte“ Vollmachten gehen, sondern auch um ihm „vorliegenden“ Vollmachten.

6. Vorlage der Vollmacht gegenüber dem Vollstreckungsgericht

Vor einer Anordnung der Zwangsversteigerung einer Immobilie nach § 15 ZVG hat das Vollstreckungsgericht u.a. das Vorliegen eines wirksamen Vollstreckungstitels zu prüfen³⁷. Wurde der Titel von einem Vertreter errichtet, ist für die Frage, ob ein wirksamer Titel vorliegt, entscheidend, ob der Vertreter des Vollstreckungsschuldners ausreichend bevollmächtigt gewesen ist. Deshalb ist die Vollmacht in öffentlicher oder öffentlich - beglaubigter Urkunde nach § 16 Abs. 2 ZVG dem Vollstreckungsgericht vorzulegen³⁸. Die Prüfung des Notars im Klauselerteilungsverfahren über das Vorliegen eines wirksamen Vollstreckungstitels und damit der entsprechenden Vollmacht befreit das Vollstreckungsgericht nicht von seiner Prüfungspflicht. Eine notarielle Vollstreckungsklausel begründet nämlich keinen wirksamen Vollstreckungstitel, sondern bescheinigt lediglich die Vollstreckbarkeit der notariellen Urkunde.

7. Beachtung der Wartefrist des § 798 ZPO vor Beginn der Zwangsvollstreckung

Der Bundesgerichtshof stellt in seinem Leitsatz fest, dass die Zwangsvollstreckung nur zulässig ist, wenn spätestens mit Beginn der Vollstreckung die notarielle Urkunde einschließlich der Vollmacht dem Vollstreckungsschuldner zugestellt wird. Dies ist missverständlich³⁹. Denn nach § 798 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) nur beginnen, wenn der Vollstreckungstitel mindestens zwei Wochen vorher zugestellt ist.

8. Alternativlösung

Wird die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in einer Grundschuldurkunde von einem Vertreter (z.B. Käufer, Notariatsmitarbeiter) des Nocheigentümers erklärt, so ist vom Notar die Vollmachtsurkunde der Grundschuldurkunde gemäß § 12 BeurkG beizufügen; für den Beginn der Zwangsvollstreckung ist beides zusammen dem Grundstückseigentümer (= Vollstreckungsschuldner) nach § 750 Abs. 1 ZPO zuzustellen.

Der Darlehensgläubiger des Käufers (= Grundschuldgläubiger) könnte noch vor Vollzug der Auflassung in das Grundstück des Verkäufers vollstrecken; insoweit ist er jedoch durch die eingeschränkte Sicherungsabrede zu Gunsten des Käufers in der Geltendmachung der Grundschuld beschränkt⁴⁰. Mit Grundbucheintragung und damit Eigentumserwerb des Käufers kommt es dann hinsichtlich der Grundschuld zu einer Rechtsnachfolge auf der Schuldnerseite, so dass eine Titelumschreibung nach § 727 ZPO erforderlich ist, wofür Gebühren nach § 133 KostO anfallen⁴¹.

Deshalb ist es sinnvoll, wenn sich neben dem Verkäufer auch der Käufer im Hinblick auf seine künftige Eigentümerstellung der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld unterwirft; dadurch wird die Notwendigkeit der späteren Umschreibung der Vollstreckungsklausel auf den Käufer nach § 727 ZPO vermieden⁴². Der Bundesgerichtshof hat anerkannt, dass die Zwangsvollstreckungsunterwerfung gemäß § 185 Abs. 2, 2. Alt. BGB wirksam wird, wenn der sich Unterwerfende Eigentümer wird⁴³. Die Vollstreckbarkeit dieser „antizipierten“ Unterwerfungserklärung des Käufers als künftiger Eigentümer hängt also noch von seinem Eigentumserwerb ab, ist also insoweit aufschiebend bedingt. Grundsätzlich wäre für die Erteilung der dinglichen Vollstreckungsklausel gegen den Käufer daher gemäß § 726 ZPO der Nachweis des Bedingungseintritts (= sein Eigentumserwerb) erforderlich. In der Praxis verzichtet der künftige Eigentümer jedoch üblicherweise auf diesen Nachweis, so dass die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldurkunde wegen des künftigen dinglichen Anspruchs gegen den neuen Eigentümer sofort erteilt werden kann⁴⁴. Wird die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in der Grundschuldurkunde von einem Vertreter (z.B. Notariatsmitarbeiter) des Käufers (= künftigen Eigentümers) erklärt, so ist vom Notar die Vollmachtsurkunde der Grundschuldurkunde gemäß § 12 BeurkG beizufügen; für den Beginn der Zwangsvollstreckung ist beides zusammen nach § 750 Abs. 1 ZPO zuzustellen. Deshalb ist es am sinnvollsten, wenn sich der Käufer (= künftige Grundstückseigentümer) persönlich und im eigenen Namen der sofortigen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuld unterwirft, d.h. sich nicht dabei vertreten lässt, und auf den Nachweis seines Eigentumserwerbs nach § 726 ZPO verzichtet. Dann erübrigen sich für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung die Nachweise gemäß § 726 ZPO, § 727 ZPO und die Zustellung einer Vollmacht gemäß § 750 ZPO⁴⁵; außerdem stellt sich die Problematik der Vertretung durch einen Notariatsmitarbeiter im Hinblick auf § 17 Abs. 2 a Satz 2 Nr. 1 BeurkG nicht.

³⁶ Bolkart MittBayNot 2007,338,340.

³⁷ Muth in Dassler/Schiffhauer/Gerhardt/Muth, ZVG, 12. Aufl., 1993, § 15 Rdn. 3; Böttcher, ZVG, 4. Aufl., 2005, §§ 15, 16 Rdn. 99.

³⁸ Stöber Rpfleger 1994,393,394.

³⁹ Ebenso Alff Rpfleger 2007,38,40.

⁴⁰ OLG Hamm ZNotP 1999,168 = Rpfleger 1999,231; Gutachten in DNotI-Report 2006,1.

⁴¹ Munzig in Würzburger Notarhandbuch Teil 2 Rdn. 2629; Gutachten in DNotI-Report 2006,1,2.

⁴² KG DNotZ 1988,238 = Rpfleger 1988,30; OLG Naumburg NotBZ 2001,114; OLG Saarbrücken DNotZ 1977,624,626; LG Cottbus NotBZ 2007,224; LG Erfurt NotBZ 2003,478; Hertel in Würzburger Notarhandbuch Teil 2 Rdn. 477; Munzig in Würzburger Notarhandbuch Teil 2 Rdn. 2629; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, Einl. I Rdn. 30; Zimmer NotBZ 2006,302,305; Bolkart MittBayNot 2007,338; Gutachten in DNotI-Report 2006,1.

⁴³ BGHZ 108,372 = DNotZ 1990,586; ebenso Wolf ZNotP 2007,86,88; Meikel/Böttcher, Grundbuchrecht, § 19 GBO Rdn. 106.

⁴⁴ OLG Naumburg NotBZ 2001,114; Zimmer NotBZ 2006,302,305; Gutachten in DNotI-Report 2006,1.

⁴⁵ LG Cottbus NotBZ 2007,224; LG Erfurt NotBZ 2003,478; Bolkart MittBayNot 2007,338.

9. Fazit

Der Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist im Ergebnis (nicht in der Begründung) zuzustimmen. Wird die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in einer Grundschuldurkunde von einem Vertreter (z.B. Käufer, Notariatsmitarbeiter) erklärt,

ist die Vollmacht der Urkunde gemäß § 12 BeurkG beizufügen. Beides zusammen ist vor Beginn der Zwangsvollstreckung (§ 798 ZPO !) dem Vollstreckungsschuldner zuzustellen. In bereits laufenden Zwangsversteigerungsverfahren ist dies nachzuholen, soweit dies noch nicht geschehen ist.

Rechtsprechung

GG Art. 3 Abs. 1, KostO § 92 Abs. 1 und Abs. 2

§ 92 Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1 des Gesetzes über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung) in der Fassung des Gesetzes zur Reform des Rechts der Vormundschaft und Pflegschaft für Volljährige vom 12. September 1990 (Bundesgesetzblatt I Seite 2002) und in den folgenden Fassungen ist mit Artikel 3 Absatz 1 des Grundgesetzes nicht vereinbar, soweit er für die Berechnung der Gebühr auch bei Fürsorgemaßnahmen, die sich auf die Personensorge beschränken, unbegrenzt das reine Vermögen zugrunde legt.

BVerfG, Beschluss vom 23.05.2006 – 1 BVR 1484/99 mit Anm. Krauß

Aus den Gründen:

A:

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen Kostenentscheidungen, die gegen sie auf der Grundlage des § 92 des Gesetzes über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (Kostenordnung - im Folgenden: KostO) ergangen sind. Die Verfassungsbeschwerde betrifft mittelbar die Frage, ob Absatz 2 in Verbindung mit Absatz 1 dieser Vorschrift mit dem Grundgesetz vereinbar ist.

Die Beschwerdeführerin ist die Erbin des im Dezember 1994 verstorbenen Erblassers. Das Amtsgericht Fulda hatte im November 1989 eine Dauerpflegschaft für ihn angeordnet und zur Pflegerin seine Ehefrau bestellt. Die Pflegschaft umfasste lediglich die Aufgabenkreise Aufenthaltsbestimmung und medizinische Heilbehandlung.

Mit Kostenrechnung vom 22. Mai 1996 forderte die Gerichtskasse Kassel aufgrund des Kostenansatzes des Amtsgerichts Fulda vom 26. März 1996 von der Beschwerdeführerin für die Führung der Pflegschaft/Betreuung in den Jahren 1992 bis 1994 drei Jahresgebühren von jeweils 24.950 Deutsche Mark. Der Kostenrechnung lag als Geschäftswert das reine Gesamtvermögen des Erblassers in Höhe von etwa 25 Millionen Deutsche Mark zugrunde.

Auf die Erinnerung der Beschwerdeführerin hob das Amtsgericht Fulda seinen Kostenansatz mit Beschluss vom 30. Mai 1997 auf und wies den Urkundsbeamten der Geschäftsstelle an, die Kosten unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 2,5 Millionen Deutsche Mark erneut anzusetzen.

Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde des Bezirksrevisors hob das Landgericht Fulda mit Beschluss vom 30. Juni 1998 die Entscheidung des Amtsgerichts auf und wies die Erinnerung der Beschwerdeführerin gegen den Kostenansatz vom 26. März 1996 zurück.

Die hiergegen gerichtete weitere Beschwerde wies das Oberlandesgericht durch Beschluss vom 22. Juli 1999 mit im Wesentlichen gleichen Erwägungen wie das Landgericht zurück.

Mit ihrer Verfassungsbeschwerde rügt die Beschwerdeführerin eine Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG sowie "des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes". Der allgemeine Gleichheitssatz sei schon deshalb verletzt, weil der Gesetzgeber bei Dauerbetreuungen, die sich lediglich auf einen Teil des Vermögens bezögen, keinen Unterschied mache zu Dauerbetreuungen, die sich auf das gesamte Vermögen bezögen. Eine Differenzierung sei im vorliegenden Fall umso mehr geboten, weil sich die Betreuerbestellung gar nicht auf das Vermögen des Betreuten bezögen, sondern nur einen geringen Teil der Personensorge umfasste habe. Aus dem allgemeinen Gleichheitssatz folge, dass Gebühren nicht völlig unabhängig von den Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt werden dürften. Die der Beschwerdeführerin auferlegten Gebühren von jährlich knapp 25.000 Deutsche Mark stünden in ihrer Höhe in keinem Zusammenhang mehr mit den Kosten der erbrachten Staatsleistung. Es widerspreche dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn vermögende Gebührenschuldner ohne Begrenzung auf eine maximale Gebührenhöhe für die Finanzierung öffentlicher Einrichtungen herangezogen würden, ohne dass sie dafür eine äquivalente Gegenleistung erhielten.

B.

Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist begründet.

§ 92 Abs. 1 und Abs. 2 KostO ist mit dem Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar, soweit er für die Berechnung der Gebühr auch bei Fürsorgemaßnahmen, die sich auf die Personensorge beschränken, unbegrenzt das reine Vermögen zugrunde legt. Die Beschlüsse des Landgerichts und des Oberlandesgerichts, die auf § 92 Abs. 1 und Abs. 2 KostO beruhen, verletzen die Beschwerdeführerin in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG.

I.

1. Art. 3 Abs. 1 GG gebietet dem Gesetzgeber, unter steter Orientierung am Gleichheitsgedanken wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (vgl. BVerfGE 98, 365 [385]). Der allgemeine Gleichheitssatz ist aber nicht schon dann verletzt, wenn der Gesetzgeber Unterscheidungen, die er vornehmen darf, nicht vornimmt (vgl. BVerfGE 4, 31 [42]; 86, 81 [87]; 90, 226 [239]). Es bleibt grundsätzlich ihm überlassen, diejenigen Sachverhalte auszuwählen, an die er dieselbe Rechtsfolge knüpft, die er also im Rechtssinn als gleich ansehen will (vgl. BVerfGE 21, 12 [26]; 23, 242 [252]). Dies gilt auch für die Bemessung von Gebühren zur Abdeckung von Gerichtskosten. Allerdings muss er die Auswahl der gleich beziehungsweise ungleich zu behandelnden Sachverhalte sachgerecht treffen (vgl. BVerfGE 17,

319 [330]; 53, 313 [329]; stRspr). Entscheidend ist, ob für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die tatsächlichen Ungleichheiten in dem jeweils betroffenen Zusammenhang so bedeutsam sind, dass der Gesetzgeber sie bei seiner Regelung beachten muss (vgl. BVerfGE 1, 264 [275 f.]; 86, 81 [87]; 98, 365 [385]). Es verstößt gegen Art. 3 Abs. 1 GG, wenn für die gleiche Behandlung verschiedener Sachverhalte – bezogen auf den in Rede stehenden Sachbereich und seine Eigenart – ein vernünftiger, einleuchtender Grund fehlt (vgl. BVerfGE 76, 256 [329]; 90, 226 [239]).

2. Diesen Maßstäben genügt die mit der Verfassungsbeschwerde mittelbar angegriffene Regelung des § 92 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 2 KostO nicht. Indem der Gesetzgeber Dauerpflegschaften mit alleinigem Bezug auf die Personensorge gleichbehandelt mit solchen, die auch Bezüge zu Vermögensangelegenheiten aufweisen, hat er seinen weiten Gestaltungsspielraum überschritten.

a) Eine Ausrichtung der Gebühren für entstandene Gerichtskosten an der Höhe des Vermögens ist allerdings bei solchen Dauerbetreuungen und -pflegschaften sachlich gerechtfertigt, die ausschließlich oder zumindest auch Vermögensangelegenheiten betreffen. Mit der Gebühr werden Einnahmen erzielt, welche die speziellen Kosten der dem Gebührenpflichtigen individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung ganz oder teilweise decken (vgl. BVerfGE 50, 217 [226]; 97, 332 [345]; 108, 1 [18]). Mit einem erhöhten Wert des Vermögens des Gebührenpflichtigen steigt typischerweise auch der Bearbeitungsaufwand des Gerichts für die Kontrolle der das Vermögen betreffenden Fürsorgemaßnahmen an. Überdies rechtfertigt das gesteigerte Haftungsrisiko des Staats bei hohen Vermögenswerten eine nach dem Vermögen orientierte Staffelung der Gebühren (vgl. BVerfGE 3, 310 [313]).

Zudem beruht die am Vermögen orientierte Gebührenstaffelung erkennbar auf dem Bestreben des Gesetzgebers, die Festsetzung angemessener Gebühren nach den wirtschaftlichen Verhältnissen der Gebührenpflichtigen zu ermöglichen. Derartige Gründe für die Ausgestaltung von Gebührenregelungen finden ihren Rückhalt im verfassungsrechtlich abgesicherten Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und im Justizgewährungsanspruch, der durch Art. 19 Abs. 4 GG und durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gewährleistet ist (vgl. BVerfGE 80, 103 [107]; BVerfGE 3, 310 [312]). Der Gesetzgeber hat feste Gebührensätze gewählt, um die Kostenregelung klar und anwendungsfreundlich zu gestalten.

b) Im Unterschied zu Fürsorgemaßnahmen, die Vermögensangelegenheiten betreffen, fehlt es bei Dauerbetreuungen und -pflegschaften, die allein die Personensorge betreffen, an einem sachlichen Bezug der Fürsorgemaßnahme zu dem Vermögen des Gebührenpflichtigen.

Während ein höheres Vermögen des Betroffenen bei Dauerpflegschaften mit Vermögensbezug typischerweise einen höheren gerichtlichen Kontrollaufwand bedingt, führt es in Fällen der alleinigen Personensorge regelmäßig nicht zu Unterschieden im Umfang der staatlichen Leistung. Entsprechendes gilt in diesen Fällen für die Haftung bei möglichen Fehlentscheidungen von Amtswaltern. Bei vermögenden Betroffenen ist der Staat hier grundsätzlich keinen höheren Haftungsrisiken ausgesetzt als bei weniger vermögenden Betroffenen. Damit ist der Gesetzgeber allerdings nicht grundsätzlich gehindert, aus sozialen Gesichtspunkten auch bei Dauerbetreuungen und -pflegschaften eine Gebührenstaffelung vorzunehmen, die auch am Vermögen des Gebührenpflichtigen anknüpft. Angesichts der erheblichen Unterschiede zwischen den gerichtlichen Leistungen bei

Dauerbetreuungen und -pflegschaften mit Vermögensbezug einerseits und andererseits bei solchen, die sich allein auf die Personensorge beziehen, darf der Gesetzgeber die Gerichtsgebühren bei letzteren nicht ausschließlich an der Höhe des Vermögens bemessen, ohne wegen des vom Vermögen unabhängigen Aufwandes eine Begrenzung vorzunehmen. Jedenfalls dann, wenn eine solche Bemessung wie vorliegend zu einer außergewöhnlich hohen Gebühr für einen vergleichsweise geringen Verwaltungsaufwand führt, sind die beschriebenen Unterschiede der gerichtlichen Kontrolltätigkeit bei der ausschließlichen Personensorge gegenüber derjenigen der Vermögenssorge so gewichtig, dass eine differenzierende Regelung verfassungsrechtlich geboten ist. Das gilt umso mehr, als der Gesetzgeber in § 92 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 KostO keine Ausnahmeregelung vorgesehen hat, die den Gerichten die Berücksichtigung von besonderen Umständen des Einzelfalls ermöglicht.

c) Selbst wenn man Gesichtspunkte der Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit berücksichtigt, die für eine einfache Gebührenregelung sprechen, ist die einheitliche, am Vermögen des Gebührenschuldners orientierte Gebührenbemessung nicht gerechtfertigt. Das Vermögen des Betroffenen wirkt sich in der Regel nicht auf die Kosten der staatlichen Leistung aus, solange die Fürsorgemaßnahmen auf Aufgabenkreise der Personensorge beschränkt bleiben (vgl. zur Kostendeckung als Legitimationsgrund für die Gebührenbemessung bei staatlichen Leistungen BVerfGE 50, 217 [226]). Das Amtsgericht hat im Ausgangsverfahren nachvollziehbar und von sämtlichen Stellungnahmen der Anhörungsberechtigten nicht in Frage gestellt darauf hingewiesen, dass bei der Gebührenbemessung nach § 92 KostO im Fall der Fürsorgemaßnahmen mit alleinigem Bezug zur Personensorge bei vermögenden Gebührenschuldern außergewöhnlich hohe Gerichtsgebühren gegebenenfalls einem sehr geringem Kontrollaufwand der Gerichte gegenüber stehen (vgl. dazu auch OLG Oldenburg, Rpfleger 2006, S. 101); dieser beschränkt sich wie vorliegend häufig auf die Kenntniserhebung und Prüfung eines jährlichen Berichts des Betreuers beziehungsweise Pflegers und die Verwahrung dieses Berichts. Allein an der Höhe des Vermögens zu bemessende Gebühren können im Missverhältnis zu einem solch niedrigen Aufwand stehen.

3. Dieses verfassungswidrige Ergebnis lässt sich nicht durch verfassungskonforme Auslegung von § 92 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 KostO beheben.

Zwar wird von einigen Obergerichten und Teilen der Literatur, denen im Ergebnis auch die Bundesregierung und die Bundesrechtsanwaltskammer in ihren Stellungnahmen beigetreten sind, die Auffassung vertreten, eine verfassungskonforme Auslegung des § 92 KostO sei dahin möglich, den Anwendungsbereich der Vorschrift in Bezug auf die Gebührenerhebung für beschränkte Bereiche der Personensorge einzuschränken und dabei auf die Rechtsgedanken der allgemeinen Vorschriften der § 18 Abs. 1, § 30 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 KostO abzustellen (vgl. OLG Düsseldorf, unveröff. Beschluss vom 4. Oktober 1996 – 10 W 93/96 –; OLG Oldenburg, Rpfleger 2006, S. 101; Lappe, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO, 16. Aufl., 2005, § 92 Rn. 59). Dies widerspricht jedoch dem eindeutigen Wortlaut der Norm und findet auch in der Gesetzesbegründung keine Grundlage, die sich im Zusammenhang mit dem Gleichheitssatz ausschließlich mit der Frage von Vermögensfreigrenzen zu Gunsten weniger Begüterter auseinandergesetzt hat (vgl. BTDrucks 11/4528, S. 192 f.). Einem Rückgriff auf § 18 Abs. 1, § 30 Abs. 2, Abs. 3 KostO steht zudem § 91 KostO entgegen, nach dem für die Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts in Fällen der Dauerpflegschaft nur die in §§ 92 bis 95, 97 und

98 KostO bestimmten Gebühren erhoben werden. Im Übrigen würde eine von den Gerichten vorzunehmende Begrenzung des Vermögens auf im Einzelfall zu berücksichtigende Teilwerte bei der Gebührenbemessung das Bestreben des Gesetzgebers in Frage stellen, eine klare und anwendungsfreundliche Gebührenregelung zu schaffen (vgl. OLG Köln, NJW-RR 2000, S. 735; im Ergebnis auch OLG Hamm, Rpfleger 1973, S. 451; BayObLG, Rpfleger 1997, S. 86).

II.

Da § 92 Abs. 1 und Abs. 2 KostO gegen Art. 3 Abs. 1 GG verstößt und deshalb verfassungswidrig ist, bedarf es keiner weiteren Überprüfung der Norm am Maßstab des Art. 2 Abs. 1 GG.

C.

I.

1. Die Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Vorschrift führt in der Regel zu ihrer Nichtigkeit (§ 82 Abs. 1 i.V.m. § 78 Satz 1, § 95 Abs. 3 BVerfGG). Da dem Gesetzgeber hier aber vielfältige Möglichkeiten zur Verfügung stehen, den verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen, kommt nur eine Unvereinbarkeitserklärung in Betracht.

2. Da die nachfolgenden Fassungen von § 92 Abs. 1 und Abs. 2 KostO den gleichen verfassungsrechtlichen Mangel aufweisen, erstreckt sich die Unvereinbarkeitserklärung auch auf sie.

3. Für den Erlass der Neuregelung steht dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 30. Juni 2007 zur Verfügung.

a) Auf Sachverhalte, bei denen die Erhebung von Gebühren für Fürsorgemaßnahmen mit vermögensrechtlichen Bezügen vorgesehen ist, ist § 92 Abs. 1 und Abs. 2 KostO bis zu diesem Zeitpunkt weiter anzuwenden.

b) Im Hinblick auf die gerichtliche Tätigkeit bei Fürsorgemaßnahmen, die ausschließlich die Personensorge des Gebührenpflichtigen betreffen, hat die Gebührenerhebung für die Dauer der Übergangszeit bis zur gesetzlichen Neuregelung entsprechend der Regelung in § 30 Abs. 3 und Abs. 2 KostO zu erfolgen. Die vorübergehende entsprechende Anwendung dieser Vorschrift ist sachgerecht, da der Gesetzgeber dort eine Regelung für nichtvermögensrechtliche Gegenstände getroffen hat, die in § 92 Abs. 1 KostO bislang fehlt.

Mitgeteilt von Dieter Krauß, Notar i.R., Kernen im Remstal

Anmerkungen des Einsenders:

Mit diesem Urteil hat das BVerfG den Versuch unternommen, Gerichtsgebühren der Höhe nach zu begrenzen, wenn diese im Ergebnis in keinem Verhältnis zu der "Leistung" des Gerichts stehen. Es hatte zwar nur einen Fall zu entscheiden, in dem zu den Aufgabenkreisen des Betreuers nicht die Vermögensverwaltung gehörte, jedoch in Abschnitt C.I.3a) zum Ausdruck gebracht, dass § 92 Abs. 1 und 2 KostO auch bei vermögensrechtlichen Bezügen nur bis zum 30.6.2007 anzuwenden sei. Offensichtlich ging das BVerfG davon aus, dass der Gesetzgeber die Vorschrift nicht nur für Betreuungen ohne vermögensrechtlichen Bezug ändern müsse. Aus der Begründung der Entscheidung ergibt sich dies allerdings nicht und daher fehlen auch Anhaltspunkte dafür, wie eine solche Änderung aussehen könnte. Der Gesetzgeber könnte sich entweder dazu entschließen, das bisherige System der

Pauschalgebühr für die gesamte Tätigkeit des Vormundschaftsgerichts beizubehalten und lediglich in einem neuen Absatz die Berechnung des Geschäftswerts für Betreuungen ohne vermögensrechtlichen Bezug neu zu regeln, etwa durch die Einführung einer Höchstgebühr. Oder er könnte das System der Pauschalgebühr verlassen und für die einzelnen Tätigkeiten des Vormundschaftsgerichts jeweils einzelne Gebührentatbestände schaffen. Dabei wäre dann der Zusammenhang zwischen der "Leistung" des Gerichts und der Höhe der Gebühr hergestellt. Es könnten dadurch auch die in der Literatur geäußerten verfassungsrechtlichen Bedenken z.B. bei der Kontrollbetreuung (Lappe, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, KostO 14. Aufl., Anm. 75a zu § 92) oder bei der Pflegschaft oder Betreuung für eine einzelne Angelegenheit (derselbe, Anm. 21 zu § 93) ausgeräumt werden.

Die vom BVerfG in Abschnitt C.I.3 b) vorgegebene Übergangsregelung gibt jedoch in der Praxis Anlaß zu einigen Fragen. Nach dieser Übergangsregelung ist für die Zeit bis zum Inkrafttreten einer Neuregelung die entsprechende Anwendung der "Regelung in § 30 Abs. 3 und Abs. 2 KostO" vorgeschrieben. Die Vorschrift in § 30 Abs. 3 gilt für nichtvermögensrechtliche Angelegenheiten, geht jedoch von einer einzelnen Angelegenheit aus. Die Vorschrift des § 92 KostO betrifft jedoch das Dauerverfahren in Vormundschafts-, Betreuungs- und Pflegschaftsangelegenheiten bei dem laufende Gebühren ("Jahresgebühren") entstehen. Legt man den sich aus § 30 Abs. 2 ergebenden Regelwert von 3.000 Euro als Wert für die Berechnung der Jahresgebühr zugrunde, ergibt sich nur eine Jahresgebühr von € 5,--. Somit wäre nach § 33 KostO die Mindestgebühr von € 10,-- zu erheben. Ein nach § 30 Abs. 2 "nach Lage des Falles" anzunehmender niedrigerer Wert, würde an der Mindestgebühr nichts ändern. Der zulässige Höchstwert von € 500.000 würde eine Jahresgebühr von € 500,-- auslösen. Aber an welchen Kriterien soll sich eine Erhöhung des Geschäftswerts orientieren? Eben nicht an dem Vermögen! Eher schon an dem Umfang der nicht vermögensrechtlichen Aufgabenkreise. Falls das Vormundschaftsgericht von dem Regelwert des § 30 Abs. 2 KostO abweichen will, könnte es den Geschäftswert nach § 31 KostO gesondert festsetzen.

Das BVerfG hat § 92 Abs. 2 KostO nur insoweit für verfassungswidrig erklärt, als diese Vorschrift für die Berechnung der Jahresgebühren "unbegrenzt" das reine Vermögen zugrunde legt. Der übrige Teil der Vorschrift bleibt unverändert gültig. Daher sind Kosten nach Abs. 1 Satz 1 nur zu erheben, wenn das Vermögen das nach § 90 Abs. 2 Nr. 8 SGB XII geschützte Familienheim und den Betrag von € 25.000,- übersteigt. Es wäre jedoch nicht richtig, von dem nach § 30 Abs. 3 ermittelten Geschäftswert diese Werte in Abzug zu bringen, da § 92 Abs. 1 Satz 2 nur anwendbar sein kann, wenn das Vermögen die Bemessungsgrundlage für den Geschäftswert darstellt. Sofern das Vormundschaftsgericht die Jahresgebühr bereits zum Ansatz gebracht hat, könnte der Kostenschuldner gegen den Kostenansatz nach § 14 KostO Erinnerung einlegen. Diese ist an keine Frist gebunden. Der Erinnerung könnte das Vormundschaftsgericht nach § 14 Abs. 8 KostO abhelfen. Die Verjährung ist in § 17 Abs. 2 KostO geregelt. Danach verjährt der Rückerstattungsanspruch in vier Jahren nach Ablauf des Kalenderjahres, in dem die Zahlung erfolgt ist. Der Fristablauf wird durch die Einlegung der Erinnerung gehemmt.

BNotO § 8

Die Nebentätigkeit eines Notars als Mitglied des Aufsichtsrats einer juristischen Person bedeutet nicht, dass er sich jeglicher notariellen Amtstätigkeit enthalten muss.

OLG Stuttgart, Beschl. vom 12.05.2006 Not 2/06

Aus den Gründen:

I.

Der seit 2000 als Notar tätige Antragsteller begehrt den Wegfall einer Auflage in einer Nebentätigkeitsgenehmigung.

1. Der Antragsteller hat mit Schreiben vom 25.08.2005 die Tätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrates einer Aktiengesellschaft XX beantragt, die sich mit der Gründung und dem Erwerb von Unternehmen, sowie der Verwaltung und Veräußerung von Beteiligungen befasst. Der Aufsichtsrat tagt zweimal jährlich für 2 – 3 Stunden, die Vergütung betrage pauschal 1.000,00 € pro Sitzung. Das Justizministerium hat es dem Präsidenten des Landgerichts in seiner Stellungnahme vom 22.09.2005 freigestellt, ob im Interesse eines Präventivschutzes des Notaramtes die Genehmigung mit der Auflage versehen wird, dass sich der Notar in allen Angelegenheiten einer Beurkundung enthält (Blatt 55). Die Notarkammer Baden-Württemberg hat mit Schreiben vom 05.01.2006 eine entsprechende Auflage befürwortet, da die Abgrenzung der Tätigkeiten als Aufsichtsrat, beratender Rechtsanwalt und Notar im Einzelfall schwierig sei und die Gefahr eines Verstoßes gegen § 3 Abs. 1 Nr. 6 und 7, Abs. 3 Nr. 1 BeurkG und § 18 BNotO bestehe (Blatt 25 = 60, ASt. 6). Der Antragsteller ist daneben in drei weiteren Unternehmen als Aufsichtsrat tätig. Die hierfür erteilten – bestandskräftigen – Nebentätigkeitsgenehmigungen sind mit entsprechenden Auflagen versehen.

Der Präsident des Landgerichts hat mit einer nicht weiter begründeten Verfügung vom 12.01.2006 gemäß "§ 8 Abs. 3 Nr. 1 BNotO" die Genehmigung zur Ausübung der Nebentätigkeit als Mitglied des Aufsichtsrates erteilt, verbunden mit der Auflage, "sich in allen Angelegenheiten, an denen das genannte Unternehmen als Berechtigter oder Verpflichteter beteiligt ist, einer notariellen Amtstätigkeit auch dann zu enthalten, wenn ein gesetzlicher Hinderungsgrund nicht besteht." (Blatt 23 = 61, ASt. 4).

Der Antragsteller hat gegen die bei ihm am 16.01.2006 eingegangene Verfügung mit am 06.02.2006 eingegangenem Schriftsatz Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt und die Auflage angefochten.

2. Er trägt vor, die Nebentätigkeitsgenehmigung sei zu Unrecht mit einer Auflage verbunden worden. Wegen der nicht begründeten Verfügung sei von einem vollständigen Ermessensausfall (Ermessensnichtgebrauch) auszugehen. Mit dem Verbot jeglicher Beurkundungstätigkeit habe der Antragsgegner das ihm hinsichtlich der Auflage eingeräumte Ermessen überschritten. Denn das Bundesverfassungsgericht habe ausdrücklich festgestellt, dass die Mitwirkung eines Notars keine Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit eines Notars begründet, die es angezeigt erscheinen lassen, diesem die Mitwirkung an Urkundsgeschäften der betreffenden Unternehmen zu untersagen. Dies ergebe sich auch aus der Begründung des Gesetzgebers zur Neuregelung des § 3 Abs. 1 Nr. 6 BeurkG, wonach nur bei der Zugehörigkeit zu vertretungsberechtigten Organen ein Mitwirkungsverbot bestehe. Beim Antragsteller bestehe zudem

keinerlei Gefahr einer Ausnutzung der Tätigkeit zur Akquise neuer Mandate. Die Maßnahme sei zudem unverhältnismäßig, denn mit der Auflage einer laufenden Berichtspflicht hinsichtlich der Anzahl der Urkundsgeschäfte in Gesellschaftsangelegenheiten bestehe ein milderer und geeignetes Mittel. Die in der Stellungnahme der Notarkammer aufgeführten Gesichtspunkte seien irrelevant.

Das Abstellen des Antragsgegners auf den speziellen Unternehmensgegenstand führe nicht zu einem speziellen Gefährdungspotenzial der Beteiligten.

Der Antragsteller beantragt in der Hauptsache:

Die Verfügung des Präsidenten des Landgerichts XXX vom 12.01.2006 wird aufgehoben, soweit sie die dem Antragsteller erteilte Genehmigung zur Ausübung der Tätigkeit als Aufsichtsrat der XXXXX mit der Auflage verbunden hat, sich in allen Angelegenheiten, in denen das genannte Unternehmen als Berechtigter oder Verpflichteter beteiligt ist, sich einer notariellen Amtstätigkeit auch dann zu enthalten, wenn ein gesetzlicher Hinderungsgrund nicht besteht.

Der Antragsgegner beantragt:

Der Antrag des Antragstellers wird zurückgewiesen.

3. Der Antragsgegner verteidigt die angefochtene Auflage. Nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 BeurkG bestehe zwar kein gesetzliches Mitwirkungsverbot für Beurkundungen in Angelegenheiten der Gesellschaft. Insbesondere im Hinblick auf die Vorgabe des § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO und vor dem Hintergrund des speziellen Unternehmensgegenstandes sei die Auflage im Interesse eines funktionierenden Präventivschutzes des Notaramtes und des Vertrauens in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars notwendig und erforderlich. Das Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Integrität der Notare sei gegenüber seiner finanziellen Interessen als höherwertiges Gut anzusehen. Es treffe nicht zu, dass keine Ermessensausübung stattgefunden habe. Da der Rechtsstandpunkt des Antragsgegners im Zusammenhang mit anderen Nebentätigkeitsgenehmigungen dargelegt worden sei, würde eine nochmalige Darstellung eine unnötige Förmelerei bedeuten. Die seit Jahren geübte Praxis mit entsprechenden Auflagen des Antragsgegners zwingt zu einer Gleichbehandlung aller Notare.

Wegen des weiteren Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst der dazu vorgelegten Anlagen Bezug genommen.

II.

Der zulässige Antrag hat Erfolg. Die beanstandete Auflage ist aufzuheben, denn sie ist nicht erforderlich und deshalb rechtswidrig.

1. Nach § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BNotO erfordert die Übernahme einer Nebenbeschäftigung durch den Notar gegen Vergütung die Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Gemäß § 8 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BNotO bedarf er zum Eintritt in den Aufsichtsrat einer auf Erwerb gerichteten Gesellschaft ebenfalls der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Die Genehmigung ist zu versagen, wenn die Tätigkeit mit dem öffentlichen Amt des Notars nicht vereinbar ist oder das Vertrauen in seine Unabhängigkeit oder Unparteilichkeit gefährden kann (§ 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO). Die vom Antragsteller angestrebte Tätigkeit erfordert mithin die Genehmigung des Antragsgegners, wobei diese Genehmigung nach der neueren Rechtsprechung grundsätzlich nicht verweigert werden darf, weil das Ermes-

sen der Aufsichtsbehörde durch § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO ausdrücklich gesetzlich begrenzt worden ist (BVerfG NJW 2003, 419 [421]; BGH NJW-RR 2006, 135 [136]; BGH NJW-RR 2004, 1704; BGHZ 145, 59 [60 f.]).

Die vom Antragsgegner genehmigte Nebentätigkeit als solche steht nicht im Streit.

2. § 8 Abs. 3 Satz 4 BNotO erlaubt es, die Nebentätigkeitsgenehmigung mit Auflagen zu verbinden oder diese zu befristen. Nach der neueren Rechtsprechung muss sich die Entscheidung über die Genehmigungsfähigkeit einer Nebentätigkeit und damit auch die Frage der Erteilung von Auflagen an dem in § 8 Abs. 3 Satz 2 BNotO mitgeteilten verfassungsrechtlich unbedenklichem Willen des Gesetzgebers ausrichten, die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit der Notare zu wahren und jeder denkbaren Gefährdung entgegenzutreten (BGH NJW-RR 2006, 135 [136]; BVerfG NJW 2003, 419 [420]). Diese Zwecksetzung erfordert, dass schon den möglichen Gefährdungen des Leitbilds eines Notars vorgebeugt wird (BGHZ 145, 59 [62 f.]). Allerdings kann ein derartiger Anschein vor dem Hintergrund des Art. 12 Abs. 1 GG nicht schon aus der abstrakten Besorgnis hergeleitet werden, dass der Notar die ihm auferlegten Pflichten durchweg missachten könnte. Vielmehr ist zu seinen Gunsten unterstellen, dass er alle an ihn gerichteten gesetzlichen Ge- und Verbote sowie Auflagen beachtet (BGH NJW-RR 2006, 135 [136]; BVerfG NJW 2003, 419 [421]). Die Regelungen des § 8 Abs. 3 Satz 1 BNotO und des § 3 Abs. 1 Nr. 6 BeurkG belegen, dass der Gesetzgeber den Eintritt eines Notars in den Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft grundsätzlich für zulässig und genehmigungsfähig hält (BGH NJW-RR 2006, 135 [136]).

Das Bundesverfassungsgericht hat in einem Beschluss vom 23.09.2002 (1 BvR 1717/00) zur Frage der Nebentätigkeit eines Notars im Aufsichtsrat (einer Bank) ausgeführt, dass der Gesetzgeber insbesondere durch das Beurkundungsverbot in § 3 Abs. 1 Nr. 6 BeurkG zu erkennen gegeben habe, dass die primär mit Überwachungsaufgaben verbundene Mitwirkung in einem Aufsichtsorgan keine Gefahren für die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars begründen, die es angezeigt erscheinen lassen, diesem die Mitwirkung an Urkundsgeschäften des betreffenden Unternehmens zu untersagen. Die bloße Offenlegung der Beziehung sei ausreichend, weil die andere Partei berechtigt ist, aus diesem Grund einen Notarwechsel zu verlangen (BVerfG NJW 2003, 419 [421]; zur Gesetzesbegründung vgl. die BT-Drucks 13/11034, S. 40; Blatt 26, ASt. 7).

3. Aus der vorstehend dargestellten höchstrichterlichen und verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung ergibt sich, dass wegen der überragenden Bedeutung der in Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Berufsfreiheit im Bereich der bereits vom Gesetzgeber getroffenen Wertungsentscheidungen Nebentätigkeitsgenehmigungen und Auflagen nicht allein mit einem möglichen "bösen Schein" begründet werden können. Es ist vielmehr zu Gunsten des jeweiligen Notars zu unterstellen, dass dieser sich an die geltenden Ge- und Verbote hält und deshalb in diesen Bereichen keine Gefahren für die gebotene Unabhängigkeit und Unparteilichkeit bestehen. Davon ist auch zugunsten des Antragstellers auszugehen.

§ 3 Abs. 1 Nr. 6 BeurkG trifft für den hier einschlägigen und maßgeblichen Sachverhalt die ausdrückliche Regelung, dass der Notar nicht an Beurkundungen mitwirken soll, wenn es um Angelegenheiten einer (auch juristischen) Person geht, die er vertritt. Danach wäre ein Notar nur verhindert, Beurkundungen einer Aktiengesellschaft vorzunehmen, wenn er Mitglied in deren Vorstand wäre. Dagegen ist der Aufsichtsrat nach seinem Wesen Kontrollorgan (§ 111 AktG), der nur aus-

nahmsweise zu einer Vertretung der Gesellschaft aufgerufen ist (§§ 112, 246 Abs. 2 AktG). Der Notar darf daher als Aufsichtsratsmitglied Geschäfte der Aktiengesellschaft beurkunden. Er ist danach nur verhindert bei Geschäften, die der Aufsichtsrat als gesetzlicher Vertreter vornimmt oder die seiner Zustimmung bedürfen (§ 111 Abs. 4 AktG) (Winkler, Beurkundungsgesetz, 15. Aufl. 2003, § 3 Rn. 92 m.w.N.). Nach § 3 Abs. 1 Nr. 6 BeurkG ist dem Notar eine Mitwirkung also gerade nicht versagt, wenn es sich um Angelegenheiten einer juristischen Person handelt, deren Aufsichtsrat er angehört. In einem solchen Fall muss er nur generell vor der Beurkundung auf diesen Umstand hinweisen und die Rechtssuchenden fragen, ob er gleichwohl eine entsprechende Beurkundung vornehmen soll (§ 3 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 1 BeurkG). Der Gesetzgeber hat damit deutlich zu erkennen gegeben, dass er das Vertrauen in die Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Notars nicht generell gefährdet sieht, wenn dieser dem Aufsichtsrat einer juristischen Person angehört. Im Regelfall soll einer etwa bestehenden Gefährdung vielmehr mit der bestehenden Hinweispflicht Rechnung getragen werden.

Danach bestand kein Grund, dem Antragsteller eine Urkundstätigkeit im Bereich der Angelegenheiten der Aktiengesellschaft generell zu untersagen, zumal keinerlei Anhaltspunkte vorgetragen worden sind, dass er sich nicht an die bestehenden Vorgaben hält. Angesichts der klaren gesetzgeberischen Wertentscheidung bestehen auch keine Abgrenzungsschwierigkeiten hinsichtlich der einzelnen Tätigkeiten des Antragstellers. Die Reichweite des gesetzlichen Beurkundungsverbots kann nicht generell durch eine entsprechende Verwaltungspraxis ausgeweitet werden.

4. Auch der Unternehmensgegenstand der XX führt nicht zu einer anderen Bewertung. Wenn schon die Beteiligung eines Notars im Aufsichtsrat einer Bank nicht zum Anlass genommen wird, diesem das Beurkunden von Grundstücksgeschäften der Bank zu untersagen (so die vom Antragsteller vorgelegte Entscheidung des OLG Schleswig vom 31.10.2003; Blatt 69 ff. aber auch die Konsequenzen aus der Entscheidung des BVerfG vom 23.09.2002, NJW 2003, 419), muss dies erst recht auch für den vorliegenden Sachverhalt gelten.

5. Angesichts der vorher dargestellten Grundsätze war die generelle Versagung von Beurkundungen auch unverhältnismäßig, denn diese Maßnahme ist angesichts der gesetzlichen Vorgaben nicht erforderlich und es standen mildere Mittel zur Verfügung. Denn der Antragsteller hat mit Ausnahme einer allgemeinen Befürchtung keine konkreten Anhaltspunkte vorgetragen, aus denen sich die Notwendigkeit einer derart weitgehender Auflage zur Abwehr von Gefährdungen ergeben könnte.

Die jahrelange Praxis, vergleichbare Nebentätigkeitsgenehmigungen nur mit entsprechenden Auflagen zu erteilen, konnte - da rechtlich nicht geboten - im Rahmen der Ermessensüberlegungen nicht berücksichtigt werden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 111 Abs. 4 Satz 2 BNotO, 40 Abs. 4, 201 Abs. 2 BRAO, 13a FGG. die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf §§ 11 Abs. 4 BNotO, 2002 Abs. 2 BRAO, 30 Abs. 2 KostO).

Mitgeteilt von der Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

Zusatzhinweis des Einsenders:

Der BGH hat im Verfahren über die Beschwerde (NotZ 25/06) ausgeführt, dass nach vorläufiger Einschätzung der Sach-

und Rechtslage die Entscheidung in der Sache Bestand haben dürfte. Nach der Erteilung einer neuen Auflage - Berichtspflicht über die getätigten Urkundsgeschäfte - wurde das Verfahren übereinstimmend für erledigt erklärt. Das Justizministerium hat zum Ausdruck gebracht gegenüber dem betroffenen Notar, dass der Umfang des Gebührenaufkommens samt Aufsichtsratsvergütung aus der Beurkundungstätigkeit für eines der betroffenen Unternehmen nicht mehr als 5% des gesamten Jahresgebührenaufkommens betragen dürfe und die Vergütung aller Aufsichtsratsstätigkeiten (inkl. Geb.Aufkommen) nicht mehr als 20% des gesamten Jahresgebührenaufkommens aus notarieller Tätigkeit. Diese Grenzen waren jedoch nicht mehr Gegenstand der gerichtlichen Überprüfung.

GBO § 35

Erbnachweis nicht erforderlich bei Verfügung des transmortal Bevollmächtigten über ein Nachlassgrundstück

LG Stuttgart, 1 T 37/2007, Beschluss vom 20.07.2007

Aus den Gründen:

I.

1. Der Beschwerdeführer begehrt als Antragsermächtigter gem. § 15 GBO die Eintragung der Bet. Ziff. 2 im Grundbuch als Alleineigentümerin des neu gebildeten Grundstücks Flst. ... , abgehend von dem im Beschluss-Rubrum bezeichneten Gesamt-Grundstück, das im Grundbuch von E. an der bezeichneten Grundbuchstelle eingetragen ist.

2. Als Eigentümerin des genannten Gesamt-Grundstücks ist im Grundbuch eingetragen M. O. M., zuletzt wohnhaft in E; sie ist am 20.2.2003 in E. gestorben (im folgenden „Erblasserin“ genannt). Zu Lebzeiten hatte sie in der Urkunde des Notars Dr. A. vom 4.10.1989 (dessen UR Nr. ...) der Bet. Ziff. 2, Frau A. S., beurkundete General-Vollmacht für sich und ihre Erben erteilt. Die Bevollmächtigte kann Untervollmacht erteilen und ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit (Ziff. 9 der Vollmachtsurkunde). Die Vollmacht wurde weder von der inzwischen verstorbenen Vollmachtgeberin noch von deren Erben oder einzelnen von ihnen widerrufen.

3. Durch notariellen Vertrag vom 1.2.2006 („Erteilungsvertrag“), unter UR Nr. ... vom antragsermächtigten Notar beurkundet, hat die Bet. Ziff. 2, handelnd für die Erben der am 20.2.2003 verstorbenen Erblasserin auf Grund der von dieser ihr erteilten notariellen Generalvollmacht und im eigenen Namen handelnd, auf sich das neu gebildete Grundstück Flst. ... übertragen, die Auflassung erklärt und die Eigentumsumschreibung im Grundbuch bewilligt (§ 8 der Urkunde). Eine Ausfertigung der Generalvollmacht vom 4.10.1989 lag bei der Beurkundung des „Erteilungsvertrags“ vor. Als in den Nachlass („an die Erbengemeinschaft“) zu entrichtende Gegenleistung wurde der Betrag von ... EURO vereinbart (§ 3 der genannten Urkunde).

4. Der Antragsermächtigte hat Antrag auf Eintragung der Eigentumsänderung an dem neugebildeten Flst. ... mit Schreiben vom 18.9.2006 beim Grundbuchamt E. gestellt (§ 15 GBO).

5. Das Grundbuchamt E. hat am 18.10.2006 eine Zwischenverfügung erlassen, weil dem Eintragungsantrag Hindernisse entgegen stünden; es hat die Vorlage eines Teilerbscheins nach der Erblasserin und die Mitwirkung von deren Erben bei der Auflassung verlangt. Nach seiner Ansicht reicht die der Bet. Ziff. 2 von der Erblasserin erteilte transmortale General-

vollmacht zur Durchführung der Erbteilung nicht aus. Die Vollmacht sei auf den Nachlass beschränkt. Bei der Auseinandersetzung des Nachlasses werde jedoch auch über das (persönliche) Auseinandersetzungsguthaben eines jeden Erben verfügt. Darüber aber könne die Bevollmächtigte, deren Rechte sich auf den Nachlass beschränkten, nicht verfügen. Deshalb sei die Mitwirkung der Erben erforderlich.

6. Der Antragsermächtigte hat mit Schreiben vom 14.11.2006 gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts Beschwerde erhoben mit der Begründung, die vom Grundbuchamt genannten Eintragungshindernisse bestünden nicht. Durch die im „Erteilungsvertrag“ enthaltene Auflassung habe die Bet. Ziff. 2, handelnd zugleich im eigenen Namen wie auch aufgrund notariell beurkundeter Generalvollmacht der Erblasserin als Bevollmächtigte der Erben, das verfahrensgegenständliche Grundstück auf sich übertragen; die Vollmacht habe im Zeitpunkt der Beurkundung in Ausfertigung vorgelegen. Die Bet. Ziff. 2 sei nach dem ausdrücklichen Wortlaut der Vollmachtsurkunde von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. In der dem Grundbuchamt vorliegenden Auflassung, die allein von diesem rechtlich zu prüfen sei, sei ein Nachlassgrundstück von den Erben der im Grundbuch eingetragenen Eigentümerin, der Erblasserin, auf eine der Miterbinnen zu Alleineigentum übertragen worden. Auf Veräußererseite habe eine Bevollmächtigte auf Grund einer von der Erblasserin zu deren Lebzeiten wirksam erteilten und noch bestehenden Generalvollmacht gehandelt, befreit von den Beschränkungen des § 181 BGB. Auf Erwerberseite habe dieselbe Person im eigenen Namen gehandelt. Auflassung und Eintragungsbewilligung seien von der Vollmacht gedeckt. Nach h.L. sei ein Nachweis der Erbfolge entbehrlich, wenn ein Bevollmächtigter auf Grund einer vom Erblasser über den Tod hinaus erteilten Vollmacht handle. Der Bevollmächtigte sei während des Bestehens der Vollmacht ohne weiteres befugt, nach dem Tod des Vollmachtgebers im Namen seiner Erben Erklärungen abzugeben. Zum Vollzug einer vom Bevollmächtigten erklärten Auflassung bedürfe es nach dem Tod des Vollmachtgebers nicht des Erbnachweises. Die Vollmacht sei nicht widerrufen. Im Falle des Widerrufs durch alle Erben hätte die Ausfertigung der Vollmacht eingezogen werden müssen, im Falle des Widerrufs durch einzelne Erben hätte ein entsprechender Vermerk auf der Ausfertigung angebracht werden müssen. Da im vorliegenden Fall eine Eigentumsübertragung im Grundbuch eingetragen werden solle, brauche das Grundbuch ausnahmsweise nicht vorher von der Erblasserin auf deren Erben berichtet zu werden, weil bei Vorliegen des in § 40 Abs. 1 GBO geregelten Ausnahmefalls der Rechtsübertragung der Grundsatz der Voreintragung des § 39 GBO durchbrochen sei. Ein grundbuchverfahrensrechtlicher Nachweis der Verfügungs- und sonstigen Rechtsposition der Erben gem. § 35 GBO scheidet deshalb aus.

7. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen, sondern die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Es hält an seiner Rechtsauffassung fest.

8. Während des Beschwerdeverfahrens hat der Antragsermächtigte am 10.5.2007 eine/n „Klarstellung/Nachtrag“ beurkundet (seine UR ...) und darin die Überschrift der Urkunde UR ... von „Erteilungsvertrag“ geändert in „Grundbesitzübertragungsvertrag - Veräußerungsgeschäft unter Miterben -„. Bei der Grundstücksübertragung handle es sich um einen Veräußerungsvorgang unter Miterben, nicht aber um eine Erbteilung, denn das von der Erwerberin zu entrichtende Entgelt fließe in den Nachlass und stehe den Miterben als dingliches Surrogat gem. § 2041 BGB in ungeteilter Erbengemeinschaft zu, das noch der Erbauseinandersetzung bzw. Erbteilung bedürfe.

9. Das Grundbuchamt hat auch nach Vorlage dieses Nachtrags der Beschwerde nicht abgeholfen.

Wegen der Einzelheiten wird auf den den Verfahrensgegenstand betreffenden Teil der Grundakten sowie auf die gewechselten Schriftsätze und die bezeichneten Urkunden, insbesondere aber auf die Beschlüsse des Grundbuchamts, Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), sie hat auch in der Sache Erfolg.

1. Der Antragsermächtigte ist als der die Auflassung (§ 925 BGB) und die Eintragungsbewilligung (§§ 19, 29 GBO) für das verfahrensgegenständliche Grundstück beurkundende Notar befugt, gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts Beschwerde einzulegen. Die Beschwerdebefugnis folgt aus seinem Antragsrecht des § 15 GBO (KG NJW 1959, 1086; BayObLG NJW-RR 1989, 1495).

2. Das Grundbuchamt kann weder die Vorlage eines Erbscheins nach der Erblasserin noch eines anderen Erbnachweises verlangen. Auch die Mitwirkung aller oder einzelner Miterben bei der Erklärung der Auflassung ist nicht erforderlich. Denn die Bet. Ziff. 2 hat bei der Auflassung (§ 925 BGB) und Erklärung der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) als von der Erblasserin transmortal Bevollmächtigte gehandelt. Die von der Erblasserin der Bet. Ziff. 2 erteilte Generalvollmacht ist ausdrücklich auch für die Erben, also über den Tod hinaus, erteilt. Dass eine über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirkende Vollmacht auch als Generalvollmacht erteilt werden kann, ist allgemein anerkannt (Staudinger – Schilken – 168 BGB Rn 28 Bearbeitung 2004; Michalski, WuM 1997, 658; Bork, JZ 1988, 1059; Trapp, ZEV 1995, 314; Seif, AcP 200, 192). Rechtsfolge der Vollmacht über den Tod hinaus ist, dass der Bevollmächtigte nach dem Tode des Vollmachtgebers dessen Erben in Bezug auf den Nachlass vertritt (BGHZ 87, 20, 25; BGH FamRZ 1983, 477; OLG Hamburg DNotZ 1967, 31; Bamberger/Roth/Habermeier BGB § 168 Rn 10; Erman/Palm § 168 Rn 5; Mü-Ko/Schramm § 168 Rn 33; Soergel/Leptien § 168 Rn 31; Finger, NJW 1969, 1624; Petersen, Jura 2003, 310, 311; Saar/Posselt, JuS 2002, 78, 779 mwN). Da der Bevollmächtigte seine Befugnis vom Erblasser herleitet, kann er alle Rechtsgeschäfte so vornehmen, wie dieser es hätte tun können (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31). Der Bevollmächtigte kann Umschreibungen von Nachlassgrundstücken im Grundbuch veranlassen, ohne den Erben namhaft zu machen (OLG Hamburg DNotZ 1967, 31).

Seit dem Beschluss des Reichsgerichts vom 28.6.1916 (RGZ 88, 345) ist es unstreitig, dass der über den Tod des Vollmachtgebers hinaus von diesem Bevollmächtigte im Grundbuchverkehr keinen Erbnachweis vorzulegen braucht, so lange die Vollmacht noch besteht und sofern die Erben nicht im Grundbuch einzutragen sind (RG in RGZ 88, 345, [349]: „Ist nun aber die Eintragung der Erben als Zwischeninhaber ... bei deren Umschreibung nicht erforderlich, so ist auch kein Grund abzusehen, warum dem Grundbuchrichter der Erbnachweis geführt werden soll.“ Vgl. auch Michalski, WuM 1997, 658 mwN).

Dies ist hier der Fall. An die Stelle der ursprünglichen Vollmachtgeberin, der Erblasserin, sind nunmehr ihre Erben als Vollmachtgeber getreten. Diese materiellrechtliche Rechtsfolge braucht dem Grundbuchamt aber nicht in der Form eines Erbscheins oder eines diesem gleichgestellten Erbnachweises (§ 35 GBO), aus dem die Personen der Erben ersichtlich wären, nachgewiesen zu werden. Die Erben brau-

chen nicht einmal genannt zu werden. Vielmehr ergibt sich diese Rechtsfolge daraus, dass die Vollmacht über den Tod hinaus erteilt wurde, was zweifelsfrei materiellrechtlich möglich ist.

Das Eigentum an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück soll gemäß der erklärten Auflassung (§ 925 BGB), der Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) und dem gestellten Eintragungsantrag (§§ 13, 15 GBO) sofort ohne vorherige Berichtigung des Grundbuchs durch (Vor-)Eintragung der Erben auf die Bet. Ziff. 2 als Erwerberin eingetragen werden. Damit ist die Voreintragung der Erben der Erblasserin (§ 39 GBO) als Rechtsnachfolger (§ 1922 BGB) auf Grund der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO (Übertragung eines Rechts) nicht erforderlich.

Das Grundstück wurde von den Erben der im Grundbuch noch als Eigentümerin eingetragenen Erblasserin, diese vertreten durch die Bet. Ziff. 2 als deren transmortal Bevollmächtigte, auf diese selbst als Erwerberin übertragen. Die Vertretung der Erben einerseits und das Handeln im eigenen Namen andererseits waren der Bet. Ziff. 2 auch gestattet, weil sie in der General-Vollmacht ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit wurde. Dieselben Rechtshandlungen hätte sie auch zu Lebzeiten der Erblasserin für diese und für sich selbst vornehmen können.

Aus der Nachtragsurkunde vom 10.5.2007 ergibt sich auch eindeutig, dass das verfahrensgegenständliche Grundstück von allen Miterben an eine Miterbin veräußert und insofern keine Erteilung vorgenommen wurde. Es kann deshalb dahinstehen, ob die Bet. Ziff. 2 als Bevollmächtigte auch eine Erbteilung hätte vornehmen können und ob sie, wie das Grundbuchamt meint, über das Auseinandersetzungsguthaben der Erben am Nachlass verfügt hat. Das von der Erwerberin, der Bet. Ziff. 2, zu entrichtende Entgelt muss entsprechend der vertraglichen Vereinbarung in den Nachlass geleistet werden. Damit wird es kraft Gesetzes Eigentum der Miterben durch dingliche Surrogation gem. § 2041 BGB und bedarf noch der Erbteilung (§ 2047 Abs. 1 BGB). In welcher Weise das Entgelt geleistet wird, berührt den dinglichen Vorgang der Übertragung des Eigentums am Grundstück in der Auflassung nicht.

Die Erklärungen der Bet. Ziff. 2 und 3 in der Nachtragsurkunde vom 10.5.2007 wurden von der Notarangestellten ... als Unterbevollmächtigte bzw. Bevollmächtigte abgegeben. Die Vollmacht war im „Erbteilungsvertrag“ vom 1.2.2006 erteilt worden (dort § 9 der Urkunde). Die Bet. Ziff. 2 war zur Erteilung der Untervollmacht – für die Erben der Erblasserin – befugt, vgl. Ziff. 9 der Vollmachtsurkunde vom 4.10.1989.

Einer Nennung der Bet. Ziff. 3 als Miterbin hätte es in den notariellen Urkunden gar nicht bedurft, deshalb ist dies auch nicht schädlich und deshalb bedarf es auch keiner Prüfung des Grundbuchamts und des Beschwerdegerichts, ob die Bet. Ziff. 3 wirklich Miterbin der Erblasserin geworden ist.

Da das Grundbuchamt aus den genannten Gründen die Vorlage eines Erbscheins nicht verlangen kann und die Bet. Ziff. 2 die Auflassung des verfahrensgegenständlichen Grundstücks als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Bevollmächtigte sowohl für die Erben als auch im eigenen Namen erklären und auch als Bevollmächtigte die Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) abgeben konnte, war die mit der Beschwerde angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben und das Grundbuchamt anzuweisen, den Antrag des Antragsermächtigten unter Beachtung der oben dargelegten Rechtsauffassung der Kammer erneut zu bescheiden.

Mitgeteilt von Vors. Richter am Landgericht Stuttgart Krug

GBO § 35**Erbbescheinigung nach Schweizer Recht kein Erbnachweis i. S. v. § 35 GBO; Amtswiderspruch gegen die Eintragung von Nacherbenvermerken**

LG Stuttgart, Beschluss vom 15.08.1007 - 1 T 59/2007

Aus den Gründen:

I.

1. Die Beschwerdeführerin begehrt die Eintragung je eines Amtswiderspruchs gem. § 53 GBO gegen die bei den verfahrensgegenständlichen Grundeigentumsrechten jeweils in Abt. II eingetragenen Nacherbenvermerken.

2. Als Eigentümerin des genannten Grundeigentums ist im Grundbuch eingetragen H. A. S. wohnhaft in Zürich/CH; sie ist am 25.11.2005 gestorben (nachfolgend „Erblasserin“ genannt). Im Zeitpunkt ihres Todes war sie deutsche Staatsangehörige und hatte ihren Wohnsitz in Zürich/Schweiz. Ihre Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch – in den oben näher bezeichneten Grundbuchblättern – ist im Wege der Grundbuchberichtigung am 16.3.1998 auf Grund Erbfolge nach ihrem am 21.11.1995 verstorbenen Ehemann O. S. erfolgt. Auch er war im Zeitpunkt seines Todes deutscher Staatsangehöriger und hatte seinen letzten Wohnsitz in Zürich. Grundlage der berichtigenden Eintragung war die Erbbescheinigung des Bezirksgerichts Zürich vom Diese Erbbescheinigung weist entsprechend dem privatschriftlichen Testament des Erblassers O. S. vom 19.9.1989 die Witwe und jetzige Erblasserin als alleinige befreite Vorerbin und vier Personen, nämlich ..., als Nacherben auf den Überrest aus. Das Grundbuchamt hat gleichzeitig mit der Eintragung der Erblasserin als Alleineigentümerin von Amts wegen gem. § 51 GBO jeweils in Abt. II Nr. 2 der bezeichneten Grundbuchblätter einen Nacherbenvermerk eingetragen und darin die zuvor genannten vier Personen als „Nacherben auf den Überrest“ bezeichnet.

3. Nach dem Tod der eingetragenen Erblasserin hat die Beschwerdeführerin und Schwester der Erblasserin beim Grundbuchamt ein privatschriftliches Testament der Erblasserin vom 7.4.1997 vorgelegt, wonach sie zur Alleinerbin eingesetzt sei. Dieses Testament hat folgenden Wortlaut:

„Nach meinem Tode soll all mein Hab und Gut, hier in der Schweiz, dazu gehören Sparguthaben Migros Bank, Zürcher Kantonalbank, BGL Genossenschafts Anteilscheine, sowie Schmuck, Silber Besteck und Kristallsachen, einzig und allein an meine Schwester M. L. gehen. Die Erbschaft über das Haus in N, Deutschland, ist bereits geregelt.“

4. Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Nacherbfolge sei nicht wirksam angeordnet, vielmehr sei sie, die Beschwerdeführerin, jetzt auf Grund des vorgelegten Testaments unbeschränkte Alleinerbin der Erblasserin geworden. Die Nacherbenvermerke seien zu Unrecht im Grundbuch eingetragen worden, weil die Nacherbeinsetzung im Sinne von § 2065 Abs. 2 BGB unbestimmt und damit unwirksam sei. Denn der vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin habe in seinem Testament angeordnet, dass erst nach dem Ableben eines Ehepartners die endgültige prozentuale Aufteilung an die weiteren Nacherben festgelegt werde. Von Amts wegen sei deshalb jeweils ein Widerspruch gem. § 53 GBO gegen die Nacherbenvermerke einzutragen.

5. Das Grundbuchamt hat mit Schreiben vom 30.3.2007 die Eintragung von Amtswidersprüchen abgelehnt, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorlägen. Gem. § 2088 BGB sei eine Konkretisierung der Erbeinsetzung der Nacherben möglich.

6. Die Beschwerdeführerin hat mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 25.4.2007 (Bl. 17 d.A.) gegen diesen ablehnenden Bescheid des Grundbuchamts Beschwerde erhoben mit der Begründung, die Nacherbeinsetzung sei zu unbestimmt im Sinne des § 2065 Abs. 2 BGB. Außerdem hätte auf Grund einer Erbbescheinigung nach Schweizer Recht keine Grundbuchberichtigung vorgenommen werden dürfen, weil diese Bescheinigung nicht gleichwertig sei mit einem Erbschein im Sinne von § 35 GBO. Erbschein in diesem Sinne sei nur ein deutscher Erbschein. Die Eintragung der Nacherbenvermerke basiere ebenfalls auf der Erbbescheinigung des Bezirksgerichts Zürich und sei infolgedessen zu Unrecht erfolgt. Weil insofern das Grundbuchamt bei der Eintragung der Nacherbenvermerke nicht rechtmäßig gehandelt habe, sei nunmehr jeweils ein Amtswiderspruch gem. § 53 GBO bei den Nacherbenvermerken in den Grundbuchblättern einzutragen.

7. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 19.7.2007 nicht abgeholfen, sondern die Sache der Kammer zur Entscheidung vorgelegt. Es hält an seiner Rechtsauffassung fest. Die Erbbescheinigung des Bezirksgerichts Zürich habe bei der Grundbuchberichtigung als Erbnachweis im grundbuchverfahrensrechtlichen Sinne und damit auch für den von Amts wegen gem. § 51 GBO vorzunehmenden Vermerk der Nacherbfolge dienen können. Durch die Eintragungen vom 16.3.1998 habe das Grundbuchamt keine Unrichtigkeit des Grundbuchs verursacht, deshalb komme die Eintragung von Amtswidersprüchen nicht in Betracht.

Wegen der Einzelheiten wird auf den den Verfahrensgegenstand betreffenden Teil der Grundakten sowie auf die gewechselten Schriftsätze, insbesondere auf die Entscheidungen des Grundbuchamts, Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), sie hat in der Sache auch Erfolg.

1. Die Beschwerdeführerin ist beschwerdebefugt und kann im Beschwerdeverfahren gem. § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO die Eintragung von Amtswidersprüchen gegen die Eintragung der Nacherbenvermerke verlangen, denn zum einen hat das Grundbuchamt ihrer Anregung auf Eintragung von Amtswidersprüchen nicht entsprochen und zum anderen stünde ihr, ihr Vorbringen als richtig unterstellt, ein Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs nach der materiellrechtlichen Vorschrift des § 894 BGB zu (BayObLG NJW 1983, 1567; Rpfleger 1987, 450; DNotZ 1989, 438). Für die Beschwerdeberechtigung reicht schlüssiger Vortrag in Bezug auf eine etwaige Unrichtigkeit des Grundbuchs aus, die Unrichtigkeit braucht nicht festzustehen (OLG Hamm FGPrax 1996, 210; OLG Köln Rpfleger 2002, 195). Die Beschwerdeführerin macht geltend, die Anordnung der Nacherbfolge im privatschriftlichen Testament des Ehemannes der Erblasserin sei nicht wirksam, die Erblasserin also unbeschränkte Alleinerbin ihres vorverstorbenen Ehemannes und sie wiederum auf Grund des privatschriftlichen Testaments der Erblasserin deren unbeschränkte Alleinerbin geworden. Diese Rechtsfolge ist nicht von vornherein ausgeschlossen; die rechtliche Würdigung beider Testamente könnte nach entsprechender

Auslegung zu der von der Beschwerdeführerin behaupteten Rechtslage führen. Letztlich geklärt werden kann sie im Grundbuchverfahren allerdings nicht, vielmehr sind vom Nachlassgericht im Erbscheinsverfahren die erforderlichen Ermittlungen anzustellen (§ 2358 BGB) und sowohl die richtige Erbfolge nach der Erblasserin als auch diejenige nach ihrem vorverstorbenen Ehemann festzustellen (§ 2359 BGB). Diese Aufgabe fällt allein dem Nachlassgericht und nicht dem Grundbuchamt zu.

2. Grundsätzlich kann gegen die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen, auch in der Form von Nacherbenvermerken, kein Amtswiderspruch eingetragen werden, weil dies im Grundsatz nur gegen solche Eintragungen in Betracht kommt, bezüglich deren auch ein gutgläubiger Erwerb möglich ist (BGHZ 25, 25). Nacherbenvermerke können jedoch im Grundsatz nicht Grundlage eines gutgläubigen Erwerbs sein. Der Zweck der Eintragung eines Amtswiderspruchs besteht primär darin, Amtshaftungsansprüche, die auf Grund gutgläubigen Erwerbs nach unrichtiger Grundbucheintragung entstehen können, zu vermeiden (BGHZ 25, 25). Gemäß § 892 Abs. 2 Satz 2 BGB kann ein gutgläubiger Erwerb jedoch auch dann eintreten, wenn unrichtige Verfügungsbeschränkungen eingetragen sind - hier eine befreite Vorerbschaft (Palandt/Bassenge, § 892 BGB Rn 16). Ausnahmsweise kann in solchen Fällen ein Amtswiderspruch gegen einen Nacherbenvermerk dann eingetragen werden, wenn beim Vorerben dessen Befreiung von den Verfügungsbeschränkungen des Rechts der Vor- und Nacherbfolge (§§ 2136, 2137 in Verbindung mit §§ 2113 ff. BGB) vermerkt ist. Dies ist hier der Fall. Im Grundbuch ist bei den Nacherbenvermerken jeweils eingetragen, dass die Nacherben auf den Überrest eingesetzt seien. Dies beinhaltet gem. § 2137 BGB eine Befreiung des Vorerben von den ihm andernfalls auferlegten Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113 ff. BGB. Weil aber die gesamte Erbenposition der als Eigentümerin eingetragenen Erblasserin ungeklärt ist, ist davon auch die Frage betroffen, ob sie befreite oder nicht befreite Vorerbin oder unbeschränkte Alleinerbin ist. Keine dieser Möglichkeiten ist ausgeschlossen. Ungeklärt im grundbuchverfahrensrechtlichen Sinne ist damit auch die Rechtsqualität der Erbenposition der Beschwerdeführerin auf Grund der an sie erfolgten Zuwendungen in den Testamenten der Erblasserin und deren vorverstorbenen Ehemannes. Da die im Grundbuch als Eigentümerin eingetragene Erblasserin jedoch nicht mehr über das Grundvermögen verfügen kann, könnte erwogen werden, es doch bei dem Grundsatz zu belassen, dass gegen einen Nacherbenvermerk die Eintragung eines Amtswiderspruchs unzulässig ist. Hier ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich an die bestehende Eintragung einer befreiten Vorerbschaft die Vermutungs- und Rechtsscheinwirkung der §§ 891, 892 Abs. 1 Satz 2 BGB anknüpft und in der Vergangenheit seit Bestehen des Grundbucheintrags angeknüpft hat. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Erblasserin noch zu Lebzeiten Rechtshandlungen, insbesondere Verfügungen, vorgenommen hat, an die sich ein gutgläubiger Erwerb auf der Grundlage des bestehenden Grundbucheintrags anschließen kann. Weil solche Rechtshandlungen vorgenommen worden sein könnten, was zum jetzigen Zeitpunkt nicht zuverlässig beurteilt werden kann, ist auch nach dem Tod der Erblasserin die Eintragung eines Amtswiderspruchs möglich, denn ein etwaiger Rechtserwerb eines gutgläubigen Dritten wäre erst mit der entsprechenden Eintragung im Grundbuch als dessen konstitutivem Erfordernis gem. § 873 BGB abgeschlossen. Zweck des Amtswiderspruchs ist jedoch die Vermeidung von Amtshaftungsansprüchen wegen fehlerhafter Grundbucheintragungen (BGHZ 25, 25). Dieser Zweck kann auch zum jetzigen Zeitpunkt unter

dem genannten Gesichtspunkt unbekannter aber nicht auszuschließender Rechtshandlungen durch die Erblasserin erreicht werden.

Das Grundbuchamt hat bei der berichtigenden Eintragung der Erblasserin als Eigentümerin am 16.3.1998 insofern einen Rechtsverstoß begangen, als es die Erbbescheinigung des Bezirksgerichts Zürich als Erbnachweis gem. § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO hat genügen lassen. Erbschein im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist nur der von einem deutschen Nachlassgericht erteilte Erbschein und nicht die Erbbescheinigung eines Schweizer Nachlassgerichts (OLG Zweibrücken, Rpfleger 1990, 121; BayObLG, NJW-RR 1991, 1098; KG, Rpfleger 1997, 384 = NJW-RR 1997, 1094 = DNotZ 1998, 303). Insofern würde nur dann etwas anderes gelten, wenn zwischen Deutschland und der Schweiz staatsvertragliche Regelungen über die Anerkennung von Erbnachweisen geschlossen worden wären. Dies ist jedoch nicht der Fall. § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist, soweit der Erbschein als Unrichtigkeitsnachweis erfordert wird, vor dem Hintergrund zu sehen, dass sowohl dem Grundbuch als auch dem Erbschein eine Richtigkeitsvermutung und eine Rechtsscheinwirkung zukommt (§§ 891, 892 BGB für das Grundbuch und §§ 2365, 2366 BGB für den Erbschein). Diese Rechtswirkungen sind auch der Grund für die Vorschrift des § 2369 BGB, die u.a. dann ausnahmsweise die Zuständigkeit eines deutschen Nachlassgerichts für die Erteilung eines Erbscheins nach ausländischem Recht vorsieht, wenn im Inland eine Grundbuchberichtigung vorzunehmen ist (gegenständlich beschränkter Fremdrechtserschein). Im vorliegenden Grundbuchverfahren ist nicht zu klären, ob gem. Art. 25 Abs. 1 EGBGB, der in Bezug auf das anzuwendende materielle Erbrecht auf die Staatsangehörigkeit des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes abstellt, deutsches Erbrecht anzuwenden ist, weil beide Erblasser deutsche Staatsangehörige waren, oder ob Schweizer Recht anzuwenden ist, weil beide ihren letzten Wohnsitz in Zürich hatten (Art. 90, 91 Schweizer IPR-Gesetz, die für die Bestimmung des Erbstatuts den letzten Wohnsitz des Erblassers als maßgeblich ansehen). Auch diese Frage wird vom Nachlassgericht zu klären sein.

Dass eine Erbbescheinigung nach Schweizer Recht kein Erbnachweis im Sinne von § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist, war bereits im Zeitpunkt der Berichtigung des Grundbuchs am 16.3.1998 obergerichtliche Rechtsprechung und herrschende Literaturmeinung (Beschluss des OLG Zweibrücken vom 19.12.1989, Rpfleger 1990, 121; Beschluss des BayObLG vom 27.3.1991, NJW-RR 1991, 1098; Beschluss des Kammergerichts vom 25.3.1997, Rpfleger 1997, 384 = NJW-RR 1997, 1094 = DNotZ 1998, 303; Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, § 35 Rn 25; Krzywon, BWNtZ 1989, 133; teilweise a.A. Kaufhold, ZEV 1997, 399). Deshalb liegt eine Rechtsverletzung von Seiten des Grundbuchamts zum Zeitpunkt der Vornahme der Grundbuchberichtigung vor.

Es kann deshalb dahinstehen, ob die Nacherbfolge im Sinne von § 2065 Abs. 2 BGB wirksam angeordnet ist. Denn der Rechtsverstoß ergibt sich bereits daraus, dass das Grundbuchamt bei der Grundbuchberichtigung am 16.3.1998 die Erbbescheinigung des Bezirksgerichts Zürich als Erbnachweis hat genügen lassen.

3. Berechtigt aus dem Widerspruch ist derjenige, dem der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB zustehen kann (OLG Naumburg FGPrax 1999, 1). Dies ist hier die Beschwerdeführerin

4. Da das Grundbuchamt aus den genannten Gründen Amtswidersprüche bei den jeweils eingetragenen Nacherbenver-

merken einzutragen hat, war es gem. § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO anzuweisen, diese Eintragungen zu Gunsten der Beschwerdeführerin vorzunehmen.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

Dem Beschwerdewert wurde ein Wert jedes Eigentumsrechts von 100.000,-- EURO zu Grunde gelegt. Sechs Eigentums-

rechte sind betroffen. Da jedoch lediglich ein Widerspruch einzutragen ist, wurde 1/5 des Gesamtwerts als Beschwerdewert $(100.000 \times 6 : 5 = 120.000)$ angenommen.

Mitgeteilt von Vors. Richter am Landgericht Stuttgart Krug

Buchbesprechungen

Formularbuch Außergerichtliche Streitbeilegung. Herausgegeben von Notar Dr. Robert Walz. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2006. 1074 S., 89,80 €.

Außergerichtliche Streitbeilegung bezieht sich auf Konflikte, die ohne Beteiligung staatlicher Gerichte einer Lösung zugeführt werden. Sichere Auswahl passender Verfahrensweisen, Analyse und Folgenabschätzung sowie die konkrete Gestaltung von Konfliktlösungen ohne gerichtliche Intervention sind Gegenstand des für Notare und Anwälte interessanten Buches. Das Werk stellt in 10 Kapiteln die volle Bandbreite der Formen außergerichtlicher Streitbeilegung dar: Einführung zum Arbeitsfeld und zu den Verfahren, Regelungen zur Verhandlungsführung, Mediation, Schlichtungsverfahren, Schiedsgerichtsverfahren, Vermittlung einer Nachlassauseinandersetzung, Teilungsverfahren. Das Buch stellt in seiner Konzeption die Verträge und Erklärungen eines Sachgebiets so dar, dass einerseits Texte zur Einleitung und Durchführung von Verfahren angeboten, andererseits Vergleichsvereinbarungen vorformuliert werden. Aus der Gestaltungspraxis seien hervorgehoben die Vereinbarungen in den wichtigen Rechtsgebieten wie z. B. Grundstücksrecht, Scheidungsfolgenvereinbarung, güterrechtliche Vereinbarungen, erbrechtliche Verträge und Vergleichsvereinbarungen, Gesellschaftsrecht und Arbeitsrecht. Für Notare sind die aufgezeigten Wege interessant, weil durch entsprechende Vertrags- oder Verfahrensgestaltung Konflikte bereits im Vorfeld ausgeschlossen werden können. Im Mittelpunkt stehen die zahlreichen Formulierungsvorschläge und Mustertexte, die in umfangreichen Anmerkungen kommentiert werden. Den Autoren ist es hervorragend gelungen, der Rechtspraxis Wege zur professionellen Gestaltung außergerichtlicher Konfliktlösungen aufzuzeigen.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Dienststörung für Notarinnen und Notare. Von VRaLG a. D. Dr. Helmut Weingärtner, Dortmund, mit kostenrechtlichem Leitfaden und Kerstin Ehrlich, Bezirksrevisorin beim LG Dortmund. 10., aktualisierte Auflage, 2007, 499 Seiten. Carl Heymanns Verlag KG, Köln. 92,- €.

Der Kommentar soll jedem, der das Amt des Notars oder der Notarin ständig oder auch nur vorübergehend ausübt, eine Hilfe zum Verständnis der Vorschriften geben. Zugleich dient das Buch den mit den notariatstechnischen Vorgängen betrauten Mitarbeitern des Notars als fundiertes Nachschlagewerk. Die Autoren stellen Querverbindungen zur Bundesnotarordnung, zum Beurkundungsgesetz, zu den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer und den Satzungen der Länderkammern her. Berücksichtigt sind die aktuellen Änderungen der DONot (zuletzt 2005), insbesondere die durch den elektronischen Rechtsverkehr bedingten Änderungen. Die Erläuterungen befassen sich eingehend mit

dem Computer (Datenverarbeitung) und seiner Integration im Notariat. Ausführliche Hinweise wurden gegeben zum Geldwäschegesetz, zum Verbrauchervertrag, zur Bevollmächtigung von Mitarbeitern des Notars und zur Zurücknahme von Erbverträgen aus der notariellen Verwahrung. Stets werden praktische Hinweise und Stellungnahmen gegeben, es fehlen aber auch nicht mahnende Worte z. B. zur unkritischen Verwendung von Formularen und Mustern. Der kostenrechtliche Leitfaden des vorzüglichen Nachschlagewerkes beschränkt sich darauf, Sachverhalte oder Zusammenhänge darzustellen, die erfahrungsgemäß immer wieder zu Fehlern in der notariellen Kostenberechnung führen können. Praxisrelevante Anlagen z. B. zur Berufsversicherung der Notare, zur Notarprüfung, zur Amtsprüfung und zu Geschäftsprüfungen runden diesen idealen Kommentar ab. Alles in allem gilt auch für die Neuauflage: das Buch ist eine fundierte und verlässliche Arbeitshilfe für die notarielle Praxis. Das Werk gehört als Rüstzeug eines Notars in jede Notarkanzlei.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Grundstücksrecht. Herausgegeben von Notar a. D. Prof. Dr. Hans-Armin Weirich; bearbeitet von Dr. Malte Ivo, Dr. Rudolf Mackeprang und Dr. Markus Voltz. Verlag C. H. Beck, München. 3., neu bearbeitete Auflage, 2006, 616 S., 39,80 €.

Das Buch verfolgt den Zweck, Dogmatik und Praxis des Grundstücksrechts darzustellen. Angehende Juristen sollen durch das Buch an die Probleme der Vertragsgestaltung herangeführt werden; den Rechtspraktikern dient es als Handbuch dazu, die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten des materiellen und formellen Grundstücksrechts wahrzunehmen. Die Autoren sprechen alle Probleme des Liegenschaftsrechts an und beziehen klar Stellung. So wird die Frage verneint, ob das Grundbuchamt berechtigt und verpflichtet ist, den gutgläubigen Erwerb zu verhindern, wenn eine Verfügungsbeschränkung noch nicht eingetragen ist (Rn. 728), vorsichtshalber wird empfohlen, die Zahlung des Kaufpreises erst nach Eintragung einer Eigentumsvormerkung fällig zu stellen (Rn. 925). Die Grundbuchfähigkeit einer GbR wird wegen der fehlenden Registerpublizität der Gesellschaft abgelehnt (Rn. 471). Abwartend verhält sich das Werk, welche praktischen Schlussfolgerungen im Einzelnen aus der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergemeinschaft zu ziehen sind (Rn. 1645). Die Angabe eines Höchstzinssatzes bei Bezugnahme auf einen gesetzlichen Zinssatz wird mit BGH (NJW 2006, 1341) für entbehrlich gehalten (Rn. 1391). Die Vormerkung für bedingte und künftige Ansprüche wird als insolvenzfest angesehen (Rn. 933, so auch BGH NJW 2002, 13). Die Anerkennung des Wirksamkeitsvermerks schließt weder den Rangrücktritt einer Vormerkung noch die Eintragung eines Rangvorbehalts bei einer Vormerkung aus (Rn. 924). Da auch nach mehr als 16 Jahren nach der Wiedervereinigung die Rechtsvereinheitlichung

noch nicht abgeschlossen ist, widmet sich das Buch auch den noch vorhandenen Besonderheiten des Grundstücksrechts in den neuen Bundesländern. Auch der Einfluss des Sozialhilferechts auf das Grundstücksrecht wurde dargestellt, z. B. bei der Überleitung von Ansprüche bei einem Wohnungsrecht und Altenteil. Das Buch besticht durch seine prägnanten Aussagen – der „Klassiker“ ist jedem zu empfehlen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Grundbuchordnung. Kommentar von Dr. h.c. Hans-Joachim Bauer, Präsident des Thüringer OLG und Helmut Freiherr von Oefele, Notar. 2. Auflage, 2006, 1777 Seiten. 195 €. Verlag Franz Vahlen, München.

Gegenüber der Erstauflage wurde der Kommentar wesentlich gestrafft, vor allem die Erläuterungen zum Wiedervereinigungsrecht reduziert. Einzelne Erläuterungen wurden effektiver verzahnt und Redundanzen beseitigt. Dadurch konnte die Seitenzahl des Werkes trotz neu eingearbeiteten Erläuterungen zwar verringert, trotzdem der vorzügliche Kommentar auf hohem Niveau gehalten werden. Das Buch ist ein kompetenter Berater für Grundbuchfragen. Schon jetzt kann man den Kommentar als Standardwerk bezeichnen. Jeder Praktiker kann „seinen“ Fall finden, aber auch der eher wissenschaftlich interessierte Benutzer findet die für ihn wichtigen dogmatischen Aussagen.

Der Kommentar erläutert die enorme Stoffmenge von Grundbuchordnung und Grundstücksrecht präzise und praxisnah. In einem eigenen Abschnitt wird das Wohnungseigentum und alle dort wichtigen Grundbuchfragen behandelt, so z.B. die Grundsatzentscheidungen des BGH zur Pseudovereinbarung, zur Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft und zur Aufhebung von Sondernutzungsrechten. Auch sonstige Streitfragen des Grundstücksrechts werden einer an der Praxis orientierten Lösung zugeführt. Wie die überwiegende Literatur zum Grundbuchrecht wird der Gesellschaft bürgerlichen Rechts keine Grundbuchfähigkeit zugesprochen und gefordert, dass bis zu einer Gesetzesänderung weiterhin die einzelnen Gesellschafter einzutragen sind, wobei die Bezeichnung der Gesellschaft hinzugefügt werden kann. Zur nicht mehr notwendigen Eintragung eines Höchstzinssatzes (BGH Rpfleger 2006, 313) konnte der Kommentar keine Stellung mehr beziehen. Bejaht wird vom Kommentar weiterhin die Eintragung eines Rangrücktritts bei einer Eigentumsvormerkung für eine vorrangige Finanzierungsgrundschuld oder aber ein Wirksamkeitsvermerk (BGH DNotZ 1999, 1000). Auch für eine Insolvenzfestigkeit der Eigentumsvormerkung wird eingetreten (ebenso BGH DNotl-Report 2005, 94), ebenso eine formfreie Abschichtung eines Miterben (BGH NotBZ 2005, 71, 306). Eingegangen wird auch auf die Rechtsprechung des BGH (Rpfleger 2005, 189 und 354) zur Wirksamkeit und zur Vertretung eines Minderjährigen bei einer Immobilienschenkung (Kapitel AT VII 217). Die wenigen Beispiele sollen genügen um feststellen zu können: Das Werk informiert zuverlässig aus der Praxis für die Praxis.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand Mai 2006. 218 Seiten, 79,00 €. 93. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/58. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ord-

nern. 2702 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Seit vielen Jahren bietet der anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Praktiker die Möglichkeit, sich umfassend über alle Fragen der Kostenordnung zu informieren. Stets ist Bewegung im Kostenrecht, derzeit sind es die Kostenentscheidungen des BGH, so z. B. zu einer Grundlagenurkunde (Bezugsurkunde), die eine Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO und nicht nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst (BGH NotBZ 2006, 141). Auch zu Löschungs- und Belastungsvollmachten bestätigte der BGH die bisher vom Kommentar vertretene Meinung (§ 44 Rn. 6c). Der Kommentar stellt den neuesten Meinungsstand zur Frage dar, wie eine Umsatzsteueroption beim Grundstückskaufvertrag nach der Gesetzesänderung zum 1.4.2004 zu berücksichtigen ist. Auch zu Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen weist der vorzügliche Kommentar den aktuellen Streitstand nach, wobei zu hoffen ist, dass der BGH baldmöglichst die Praxisfragen klären wird. Erste Zweifelsfragen zu der als Anhang zu § 79a KostO kommentierten Handelsregistergebührenverordnung wurden behandelt und die Erläuterungen zu vereinsregisterkostenrechtlichen Fragen erweitert. Bei Umwandlungsfällen ist es oft bedeutend, ob ein Eigentumswechsel oder eine Berichtigung der Eigentümerbezeichnung vorliegt, das Buch gibt praktische Hinweise zur Änderung von § 60 bzw. § 67 KostO. Erstaunlich ausführlich geht das Buch bei § 142 KostO auf das neue Landesjustizkostengesetz von Baden-Württemberg ein.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand August 2006. 236 Seiten, 82,00 €. 94. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/59. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern. 2714 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Die neueste Ergänzungslieferung bringt den anerkannten Standardkommentar wieder auf den neuesten Stand. Vor § 1 KostO wird auf die Entscheidungen des OLG Stuttgart (JurBüro 2006, 234) und OLG Zweibrücken (JurBüro 2006, 377) eingegangen, wonach die Ausgestaltung der Beurkundungsgebühren als Wertgebühren nicht gegen das Grundgesetz verstößt. Das Bay-ObLG (MittBayNot 2006, 260) und das OLG München (MittBayNot 2006, 357) halten den Notar für verpflichtet, von mehreren Gestaltungsmöglichkeiten mit unterschiedlichen Kostenfolgen die billigste zu wählen; stehen mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Wahl, so müsse der Notar auf die billigere hinweisen, wenn diese eine für den angestrebten Erfolg angemessene und in gleicher Weise sichere und zweckmäßige rechtliche Form darstellt, wobei das Interesse an einer beschleunigten Abwicklung eine teurere Gestaltung rechtfertigen könne; auch der Kommentar vertritt diese Meinung. Die durch die wirtschaftliche Entwicklung bedingte schlechte Zahlungsmoral auch hinsichtlich Notar- und Gerichtskosten lässt die Kostengläubiger verstärkt zum Sicherungsmittel des Zurückbehaltungsrechts greifen, weshalb in § 10 KostO die neue Kommentierung über Möglichkeiten und Grenzen informiert. Eine Divergenzentscheidung des BGH zum Geschäftswert von Kaufverträgen mit Bauverpflichtung und Stellungnahmen in der Literatur dazu sind bei den Erläuterungen zu § 20 KostO jetzt ausführlicher behandelt. Ein „Dauerbrenner“ sind die §§ 146, 147 KostO, mit denen sich auch die Ergänzungslieferung wieder auseinandersetzt. Welche gesetzliche Neuregelung § 92 KostO er-

fährt, ist nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit der Vorschrift zwar noch nicht bekannt, die Anwendungsempfehlung des Gerichts aber ebenso wenig klar. Bewertungsfragen zur Wertsicherungsklausel beschäftigen immer wieder den Praktiker. So entschied jetzt das OLG München (JurBüro 2006, 324), dass eine solche Klausel mit einem Zuschlag zum 25fachen Erbbauzins zu bewerten ist. Auch das Werk befürwortet eine solche Orientierung. Das OLG Frankfurt (MittBayNot 2006, 171 = ZNotP 2005, 399) hat in Übereinstimmung mit der Kommentierung im angezeigten Werk zur Zusatzgebühr des § 58 KostO entschieden, dass diese Gebühr mehrmals anfällt, wenn rechtsgeschäftliche Erklärungen und Beschlüsse in einer Urkunde beurkundet werden (z. B. Kapitalerhöhungsbeschluss einer GmbH und Übernahmeerklärung der Gesellschafter). Anders als der Kommentar behandelt das OLG München (Rpfleger 2006, 288) die Eintragung eines Miterben als gebührenfrei, wenn er ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft erst aufgrund Erbaueinsetzung in das Grundbuch eingetragen wird; auf welche Weise und ob dies durch einen oder mehrere Verträge geschieht, sei bei § 60 Abs. 4 KostO ohne Bedeutung.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Vetter/Karremann/Kahl. Nachbarrecht Baden-Württemberg. Bearbeitet von Rainer Karremann und Georg Kahl. W. Kohlhammer Verlag Stuttgart. 18. Aufl. 2006. 302 S., 24,90 €.

Dieses Buch ist auch in der 18. Auflage ein praktischer Leitfaden für Juristen und Nichtjuristen gleichermaßen, die mit Problemen mit Nachbarn, Laub, Pflanzen und Einrichtungen an der Grenze, Schattenwurf, Lärm und vieles mehr im nachbarlichen Zusammenleben zu tun haben. Es gibt einen umfassenden Überblick über die das gedeihliche Zusammenleben an den Grundstücksgrenzen bestehenden Rechtsvorschriften. Enthalten sind nicht nur die landesrechtlichen Bestimmungen zum Nachbarrecht, auch die nachbarrechtlichen Vorschriften des BGB, insbesondere über Notweg und Überbau sowie die §§ 903 – 923 BGB jeweils mit praxisnahen Erläuterungen. Ebenfalls aufgenommen sind Auszüge und Begriffe aus dem öffentlichen Nachbarrecht so z.B. wer die Kosten einer Abmarkung zahlt, unter welchen Voraussetzungen altrechtliche Dienstbarkeiten gutgläubig „wegerworben“ werden können (Art. 187 EGBGB, § 31 BaWüAGBGB). Wer kennt schon das „Rädlesrecht“ und das „Treppecht“. Die Autor gehen auf das noch geltende Altrecht genauso ein wie auf gesetzliche Neuerungen. So ist neu aufgenommen die Darstellung des Schlichtungsgesetzes vom 28.6.2000, das für privatrechtliche Nachbarstreitigkeiten vor Klageerhebung die außergerichtliche Schlichtung durch eine Güterstelle bei jedem Amtsgericht eingeführt hat. Auch notarrelevante Sachverhalte wie der Grenzfeststellungsvertrag bei Grenzverwirrung, Bestellung von Grunddienstbarkeiten für Grenzabstände, Leitungsrechte und Immissionen werden erläutert. Viele Schaubilder erleichtern das Verständnis der gesetzlichen Regelungen.

Das Werk ist auch in seiner 18. Auflage geblieben, was es über Jahrzehnte war: Ein verlässlicher Leitfaden des Nachbarrechts, der sich durch eine klare, fundierte Darstellungsweise mit übersichtlicher, zweckmäßiger Gliederung auszeichnet.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Götte, Helmut, / Götte, Bertolt (Hg.) Wurm Wagner Zartmann, Das Rechtsformularbuch, Praktische Erläuterungen

und Muster für das Bürgerliche Recht, Arbeits-, Handels-, Wirtschafts- und Gesellschaftsrecht mit steuer- und kostenrechtlichen Hinweisen, 15. Auflage 2007, Verlag Dr. Otto Schmidt Köln, EUR 129,00.

Auf ca. 2350 Druckseiten werden in der Neuauflage des „Wurm Wagner Zartmann“ von 25 Autoren die folgenden Gebiete bearbeitet:

- A. Zivil- und Wirtschaftsrecht (S. 1 – 629)
- B. Liegenschaftsrecht (S. 631 – 1065)
- C. Familien- und Erbrecht (S. 1067 – 1532)
- D. Arbeitsrecht (S. 1533 – 1772)
- E. Handels- und Gesellschaftsrecht (S. 1773 – 2315)
- F. Sozietätsverträge (S. 2317 – 2344)
- G. Mediation (S. 2345 – 2355)

Das detaillierte Inhaltsverzeichnis (S. IX – XCIII) erschließt zusammen mit dem Sachregister (S. 2357 - 2429) den Band.

Die Musterformulare sind auf einer beigefügten, im Preis inbegriffenen CD-Rom leicht zugänglich gespeichert; zu ihrer Handhabung unten mehr.

Die Beiträge in den 134 Kapiteln sind wie folgt gegliedert: Einer längeren Einführung in den Gegenstand folgen Muster für Verträge, Grundbucheklärungen, Mahnschreiben und anderes. In Fußnoten zu den Mustern werden weitere Details erläutert. Zu jedem Thema werden auch steuerrechtliche Hinweise gegeben.

In der Regel ist ein kurzer Kostenvermerk für Notargebühren und Gerichtsgebühren angeschlossen. Angaben für die Anwaltsgebühren nach RVG fehlen. Der kostenbewusste Nutzer kann so leider keinen Vergleich anstellen.

Die Untergliederung des Werks ist überwiegend sachgerecht und nachvollziehbar.

Manches allerdings verwundert: warum sich im Dritten Teil von „A. Zivil- und Wirtschaftsrecht“ in der Rubrik „Schuldrechtliche Verträge des BGB“ neben dem Kauf beweglicher Sachen (Kapitel 13) und der Schenkung (Kapitel 14) auch die Vergabe von Bauleistungen (Kapitel 19), Unerlaubte Handlung (Kapitel 24) und Verpfändungen, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsgeschäfte (Kapitel 25 und 26) wiederfinden, ist nicht erfindlich. Ob tatsächlich Darlehen, Bürgschaft, Schuldanerkenntnis so eng verwandt sind, daß sie einen gemeinsamen Abschnitt bilden sollten (5. Abschnitt, Kapitel 21, 22, 23), darf man bezweifeln. Die Bürgschaft hätte auch gut zu den Sicherungsgeschäften gepaßt (7. Abschnitt, Kapitel 25, 26).

Auch beim an sich ausführlichen Stichwortregister ist nicht alles perfekt. So findet sich unter „Kaufvertrag“ (S. 2392 f) zwar ein Hinweis für die Internetauktion und das Sale- and Lease-Back, den Grundstückskauf sucht man indes vergeblich.

Letztlich findet man aber trotz dieser kleinen Mängel rasch, was man sucht.

Soviel zur Form, jetzt zum Inhalt:

Die – im Notariat in allen Varianten praxisrelevanten – Vollmachten werden zum einen im Rahmen von A. Zivil- und Wirtschaftsrecht im Kapitel 4 (Willenserklärungen: Vertretung, Auslegung) S. 55 ff behandelt, zum anderen die Vorsorgevollmacht in Kapitel 71 (Betreuung und Vorsorgevollmacht, Patientenverfügung; in: C. Familienrecht).

Zu dieser zunächst: Dorsel stellt zwei Texte vor. Eine Vorsorgevollmacht in Form einer Generalvollmacht (Muster 71.3, S. 1315 f) und eine Reine Vorsorgevollmacht (Muster 71.4, S. 1317). Die General- und Vorsorgevollmacht ist hinreichend genau formuliert und erfreulicher Weise nicht durch Aufzählung von Einzelfallbeispielen, was der Bevollmächtigte alles können solle, überfrachtet. Die ausdrückliche schriftliche Benennung der Maßnahmen gemäß § 1904 Abs. 1 Satz 2 BGB ist eingehalten. Hilfreich ist die im Text vermerkte Belehrung über die Gutgläubenswirkung der § 172 BGB. Gleiches gilt für den Hinweis an den Vollmachtgeber, den Notar von einem Widerruf zu informieren.

Nicht ganz zufriedenstellend ist allerdings der Versuch der Sicherstellung des Vollmachtgebers davor, daß nach Widerruf der Vollmacht eine neue Ausfertigung vom (ehemals) Bevollmächtigten erlangt wird. Es wird formuliert:

„Weitere Ausfertigungen dürfen dem Bevollmächtigten nur auf meine Anweisung erteilt werden. Sollte ich dazu nicht mehr in der Lage sein, kann der Bevollmächtigte gegen Vorlage einer dies bescheinigenden Bestätigung meines behandelnden Arztes weitere Ausfertigungen vom Notar verlangen.“

Hier ist unklar, was der Arzt bescheinigen soll. Möglicherweise kann man konjizieren: die Unfähigkeit des Vollmachtgebers zur Anweisung an den Notar oder seine Geschäftsunfähigkeit. Aber ob das praktisch ist, scheint mir zweifelhaft. Liegt der Vollmachtgeber im Koma und hat der Bevollmächtigte die Ausfertigung verloren, wird der vorsichtige Arzt sich hüten, dem – ja nicht als Bevollmächtigten legitimierten – irgendeine Bescheinigung zu erteilen.

Die Reine Vorsorgevollmacht versucht die Wirkung der Vollmachterteilung auf den spätestmöglichen Zeitpunkt zu legen: nämlich wenn eine Betreuungsbedürftigkeit eingetreten ist. Dieser Versuch entspricht dem Wunsch vieler Mandanten, daß die Vollmacht nur wirksam werden soll, wenn der Vollmachtgeber nicht mehr (voll) geschäftsfähig ist.

Formuliert wird die Bedingung in Anlehnung an das Gesetz in § 1896 BGB wie folgt:

„Für den Fall, dass ich auf Grund Krankheit oder Behinderung ganz oder teilweise nicht mehr in der Lage bin, meine Angelegenheiten selbst zu besorgen und gem. § 1896 Abs. 1 BGB für mich ein Betreuer bestellt werden könnte, bevollmächtige ich hierdurch [...]

Der Umstand, dass für mich ein Betreuer bestellt werden könnte, gilt Dritten gegenüber als nachgewiesen, wenn zwei Ärzte ungeachtet der Möglichkeit einer Fehldiagnose schriftlich attestieren, dass ohne Vorliegen dieser Vollmacht die Bestellung eines Betreuers für mich erforderlich oder zweckdienlich ist, um sicherzustellen, dass meine Angelegenheiten sachgerecht wahrgenommen werden.“

Wie dies in der Praxis aussehen soll, ist schwer vorstellbar. Ein solches Attest wird kaum ein Arzt erteilen wollen. Einer Attestierung des Gesundheitszustandes des Vollmachtgebers gegenüber einem Dritten stehen wohl schon grundsätzlich ärztliche Standesregeln entgegen. Berechtigt zu einer solchen Anforderung eines Attests ist der Bevollmächtigte (noch) nicht.

Wirksamkeitszweifel wird auch der, gegenüber dem die Vollmacht verwendet wird, immer hegen. Man wird sich auf eine solche bedingte Vollmacht nicht verlassen wollen.

Wenn aber die Bedingung und ihr Eintritt nicht sicher überprüfbar sind, hält die Vollmacht im Zweifel nicht.

Im Grundbuchverfahren ist eine solche bedingte Vollmacht aus dem gleichen Grund nicht brauchbar. Die Bedingung kann nicht in der gehörigen Form des § 29 GBO bewiesen werden.

Wenn man einem Dritten als Kontrollinstanz einschalten will (wofür einiges spricht), muß man diesem die unbedingt formulierte Vollmacht in die Hand geben mit der Maßgabe sie erst zu übergeben, wenn Fall X eingetreten ist.

Im übrigen: wer seinem Bevollmächtigten (und dem einen Arzt) so wenig vertraut, der sollte gar keine Vollmacht erteilen, sondern sich auf die – vom Vormundschaftsgericht überwachte – Betreuung verlassen.

Der allgemeinere Abschnitt zur Vollmacht wird von Römermann in Kapitel 4 bearbeitet. Er führt zunächst eine hilfreiche Checkliste von Rechtsgeschäften auf, bei denen keine Vertretung möglich ist (Kapitel 4 Rn 4). Leider ist diese gerade im notarrelevanten Bereich unvollständig. So ist die Vertretung des Erblassers nicht nur bei Testamentserrichtung, Erbvertrag und dessen Anfechtung sowie bei Erbverzicht und dessen Aufhebung ausgeschlossen. Vielmehr gilt § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB auch für den Zuwendungsverzicht (§ 2352 Satz 3 BGB) und – praktisch wichtiger – für den Pflichtteilsverzicht (§§ 2346 Abs. 2, 2347 BGB). Wird in einem Übergabevertrag ein gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht aufgenommen, ist es fatal, wenn der Übergeber sich vertreten läßt. Die Folge ist im Zweifel Gesamtnunwirksamkeit des Vertrags.

Zu einzelnen Formularen:

Die „einfache“ Vollmacht zum Verkauf eines Motorrads in Muster 4.3 ist m.E. zu knapp. Wenn der Bevollmächtigte ermächtigt wird den Gegenstand „zu verkaufen und sämtliche in diesem Zusammenhang notwendigen oder nützlichen Erklärungen abzugeben und entgegenzunehmen sowie die erforderlichen Handlungen vorzunehmen“, umfaßt sie ihrem Wortlaut nach nur den Abschluß des schuldrechtlichen Kausalgeschäftes. Ob die Vollmacht auch das Erfüllungsstadium mit Übereignung, Kaufpreisannahme und Quittungserteilung umfassen soll, ist unklar. Es empfiehlt sich, dies in die Vollmacht gesondert aufzunehmen.

Die Generalvollmacht in Muster 4.11 ist formuliert wie folgt (Auszug):

„[...]“

Die/Der Bevollmächtigte ist berechtigt, sämtliche Angelegenheiten für mich wahrzunehmen. Sie/Er ist befugt, für mich ohne jegliche Einschränkung rechtlich bedeutsame Handlungen vorzunehmen, die von mir und mir gegenüber nach dem Gesetz vorgenommen werden können, und zwar mit denselben Wirkungen, als wenn ich selbst gehandelt hätte.

Die Vollmacht umfasst insbesondere,

- [1. ...]
 2. bewegliche Sachen, Grundstücke und Rechte für mich zu erwerben oder zu veräußern;
 - [3. ...]
 4. dingliche Rechte jeglicher Art an Grundstücken oder anderen Rechten zu bestellen, zu übertragen, zu kündigen oder aufzugeben;
- [...]“.

Dem Wortlaut nach sind in dem Katalog wiederum nur die Verfügungsgeschäfte aufgeführt. Die Kausalgeschäfte (Kauf, Tausch, Übergabe) fehlen. Abgesehen davon ist die Reihung in Ziffer 2 „schief“, da natürlich auch das Eigentum an be-

weglichen Sachen sowie an Grundstücken „Rechte“ sind. Die Befugnis, Rechte an Grundstücken zu übertragen (Ziffer 4) ist mit der sie zu veräußern (Ziffer 2) identisch und also überflüssig.

In Kapitel 22 bearbeitet Reiners die Bürgschaft. Die Erläuterungen sind leider recht ungenau. So soll die Bürgschaft durch einseitig verpflichtende Erklärung des Bürgen oder durch einen gegenseitigen Vertrag zwischen Bürgen und Gläubiger begründet werden können (Kapitel 22 Bürgschaft Rn 2). Beides ist ungenau. Bürgschaft setzt einen Vertrag voraus (§ 765 Abs. 1 BGB: „Durch den Bürgschaftsvertrag verpflichtet sich der Bürge...“), die einseitige Erklärung genügt nicht (allerdings ist nur die Bürgschaftserklärung formbedürftig, § 766 Satz 1 BGB – dies ist aber etwas anderes). Ein gegenseitiger Vertrag ist die Bürgschaft auch nicht. Sie ist vielmehr im Regelfall einseitig verpflichtend. Der Bürge erhält von dem Gläubiger keine Gegenleistung (wenn er überhaupt etwas erhält, dann vom Hauptschuldner).

Auch die Erläuterung zu der Möglichkeit des Bürgen, sich auf Einreden des Hauptschuldners zu Abwehr der Bürgschaftsforderung zu berufen (Kapitel 22 Bürgschaft Rn 14) ist ungenau. Nach Reiners soll der Bürge die dem Hauptschuldner zustehenden Einreden erheben bzw. ausüben können, „insbesondere die Hauptschuld anfechten, aufrechnen (vgl. § 770 BGB)“. Das Anfechtungsrecht des Hauptschuldners kann der Bürge aber gerade nicht ausüben. Er kann nur seinerseits die Befriedigung verweigern, solange der Hauptschuldner anfechten kann, § 770 Abs. 1 BGB.

Der Hinweis Reiners' auf die Aufrechnungslage ist sogar doppelt unrichtig.

Mit Forderungen des Hauptschuldners aufzurechnen ist dem Bürgen (selbstverständlich) nicht möglich. Nach h.L. kann der Bürge sich aber nicht einmal auf die zugunsten des Hauptschuldners bestehende Aufrechnungslage berufen (vgl. Palandt-Sprau, 66. Auflage, 2007, § 770 Rn 3 m.N.; a.A. R. Zimmermann JR 1979, 495). Vielmehr kann er nach § 770 Abs. 2 BGB die Leistung nur verweigern, solange der Gläubiger gegenüber dem Hauptschuldner aufrechnen kann.

Die Ungenauigkeit der Darstellung setzt sich leider im Bürgschaftsformular Muster 22.4 fort. Unter Ziffer 3 verzichtet dort der Bürge auf die „Einreden der Anfechtung, der Aufrechnung und der Vorausklage (§§ 770, 771 BGB).“ Es geht aber richtiger Weise um die Einreden der Anfechtbarkeit und der Aufrechnung (und der Vorausklage). Ist angefochten oder aufgerechnet worden (gleich von wem), kann sich der Bürge natürlich darauf berufen: denn dann ist die Hauptforderung nicht mehr vorhanden.

In den Zeiten der elektronischen Datenverarbeitung – die manchmal überbietet – ist ein Wort zu er mitgelieferten CD-Rom als Textsammlung angezeigt. In Kürze: Die Textaufarbeitung ist vorbildlich. Das Aufrufen und Bearbeiten der Texte funktioniert sehr gut. Sie sind im rtf-Format gespeichert. Die Benennung folgt zum einen numerisch der Kapitel und Musterfolge und zum anderen mit schlagwortartiger Benennung. Damit hat man zwei Suchstichworte, die das Auffinden sehr einfach machen. Man kann gezielt Muster 73.3 ansteuern. Alternativ kann man durch Eingabe eines Suchbegriffs wie etwa „Bürgschaft“ die vorhandenen mehreren Formulare zu dem Suchbegriff (hier die Bürgschaftstypen Ausfallbürgschaft, Nachbürgschaft, Rückbürgschaft etc.) ermitteln.

Die Lücken im Text zur Einfügung der aktuellen Daten des konkreten Falls sind jeweils mit einem Tastendruck (F 11) anzusteuern. Das Abspeichern und Sichern der so angepaßten Datei ist dann denkbar einfach. Wenn man andere Notariats-

software mit ihren Tücken und Unzulänglichkeiten kennt, weiß man die hier angebotene Aufbereitung umso mehr zu schätzen.

Zum Schluß:

Auch wenn einzelne Passagen im angezeigten Erläuterungswerk genauer hätten formuliert sein können und auch wenn manches Formular noch Korrekturbedarf aufweist, ist der Wurm Wagner Zartmann im Ergebnis ein hilfreiches Produkt für das Notariat. Wird das Interesse des Notars auch nicht alle Gegenstände gleichermassen treffen, so ist doch der überwiegende Teil des Werks für die tägliche Arbeit fruchtbar zu machen. Wenn man die allgemeine Regel befolgt, Formulare nur nach sorgfältiger Anpassung an den konkreten Sachverhalt zu verwenden, wird auch die Neuauflage die Arbeit des Notars erleichtern. Dies gilt insbesondere wegen der guten Verfügbarkeit der Texte für die elektronische Datenverarbeitung.

Johann Andreas Dieckmann, Notar in Lörrach

Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand Dezember 2006. 280 Seiten, 96,50 €. 95. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/60. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern. 2752 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Die neueste Lieferung ergänzt die bisherige praxisnahe und wissenschaftlich fundierte Kommentierung. So sind alle aktuellen Fragen und Probleme des Kostenrechts kompakt dargestellt und praxisgerechte Lösungswege aufgezeigt. Auch 20 Jahre nach Einfügung des § 19 Abs. 4 KostO nehmen Entscheidungen zum Landwirtschaftsprivileg kein Ende. Weil so oft vorkommend und trotzdem immer wieder unrichtig behandelt, wurde der Fall des Zusammentreffens der Teilung einer Grundschuld mit gleichzeitiger Rangänderung bei § 64 KostO anhand eines leicht nachvollziehbaren Beispiels dargestellt. Auch zum Dauerbrenner der unrichtigen Sachbehandlung bei den Notarkosten und der bürgerfreundlicher werdenden Rechtsprechung nimmt das Werk Stellung. Völlig neu kommentiert ist § 130 KostO über die Zurückweisung und Zurücknahme von Anträgen; dabei wird jetzt auch das Verhältnis von § 130 KostO zu Beratung und Auskunft durch den Notar behandelt. Die sich großer Beliebtheit erfreuende Vorsorgevollmacht wirft auch kostenrechtliche Probleme auf, die bei § 41 KostO behandelt werden. Im Wohnungseigentumsrecht gibt es seit langem Streit darüber, aus welchem Wert die Gebühr für die Löschung eines bisherigen Gesamtgrundpfandrechts bei der letzten Einheit angesetzt werden muss, ob aus dem Wert der letzten Einheit bei höherem Nennbetrag des Grundpfandrechts (so OLG Dresden NotBZ 2006, 324 gegen die Kommentarmeinung in § 68 KostO Rn 6b). Die Lieferung bringt den Kommentar auf den neuesten Stand und macht das Werk für Notare und Gerichte unentbehrlich.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Scholz. Kommentar zum GmbH-Gesetz. Bearbeitet von Prof. Dr. Georg Crezelius, Prof. Dr. Volker Emmerich, Notar Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Prof. Dr. Karsten Schmidt, Prof. Dr. Uwe Schneider, Dr. Christoph H. Seibt, Prof. Dr. Klaus Tiedemann, Dr. Rüdiger Veil, Prof. Dr. Harm Peter Westermann und Dr. Heinz Winter. 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage. Band I, 2006 (§§ 1 - 34 GmbHG, Anh. § 13

Konzernrecht, Anh. § 34 Austritt und Ausschließung eines Gesellschafters). 1940 Seiten. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 149 €. Band II in Vorbereitung für 2007, Band III in Vorbereitung für 2008.

Seit Jahrzehnten ist der „Scholz“ für jeden Experten auf dem Gebiet des GmbH-Rechts eine Institution. Erstmals erscheint der Kommentar in der 10. Auflage dreibändig, dies wegen der geplanten GmbH-Reform durch das MoMiG. Bereits der erste Band enthält die beabsichtigten Änderungen. Eingearbeitet sind das Justizkommunikationsgesetz, die Rechtsprechung über die Mantelverwendung, über die Einlageleistung zur freien Verfügung der Geschäftsführung, über den Kapitalerschutz einschließlich Cash Pooling. Neue Aufmerksamkeit wird auf statutarische Vinkulierungsklauseln geweckt. Überall werden Hinweise auf die geplanten Änderungen durch das MoMiG gegeben. Der Kommentar beeindruckt durch Praxistauglichkeit und Tiefgang, durch Kompetenz und Wissenschaftlichkeit sowie Zuverlässigkeit der Informationen. Im „Scholz“ findet der Nutzer umfassende Information zu jedem Problem. Das Werk ist ein Klassiker und bedarf längst keiner Empfehlung mehr. Der „Scholz“ gehört zum Handwerkszeug eines jeden Notars.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Ulmer/Brandner/Hensen. AGB-Recht. Kommentar zu den §§ 305 – 310 BGB und zum UKiG. Zöller. Bearbeitet von Prof. Dr. Dr. Peter Ulmer, Horst-Diether Hensen, Dr. Guido Christensen, Dr. Andreas Fuchs und Dr. Harry Schmidt. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln. 10., neu bearbeitete Auflage 2006, 1968 Seiten, 149 €. Die vollstreckbare Urkunde. Handbuch mit Praxishinweisen und Musterformulierungen. Von Dr. Hans Wolfsteiner, Notar in München. Verlag C. H. Beck, 2. Auflage, 2006, 6524 Seiten, 54 €.

Im täglichen Wirtschaftsleben kommt dem AGB-Recht auch nach seiner Eingliederung in das BGB eine enorme Bedeutung zu. Der vorzügliche Kommentar ist grundlegend überarbeitet und aktualisiert worden, insbesondere das Verbrauchsgüterkaufrecht und die teilweise Neuordnung des Leistungsstörungenrechts eingearbeitet. An die Kommentierung des materiellen AGB-Rechts schließt sich ein umfangreicher Katalog zu fast 100 gebräuchlichen Klausel- und Vertragstypen an, die mit ihren jeweiligen branchenspezifischen Besonderheiten erläutert werden. Selbstverständlich wird

auch ausführlich zu formelhaft verwendete, standardisierte Vertragsbestimmungen in notariellen Urkunden Stellung genommen, insbesondere zu vom Notar nach einem internen Muster entworfenen Vertragsbestimmungen (§ 305 Rn. 32, 80; § 310 Rn. 73, 82). Grundsätzlich werden auch vorformulierte Verträge über den Verkauf einer begrenzten Zahl von Eigentumswohnungen eines Neubaus von § 305 BGB erfasst; die Verfasser (§ 305 Rn 25a) bejahen dies bei einer Mindestzahl von 3 Fällen (dazu auch BGH NJW 2002, 2470). Das Grundbuchamt hat die AGB-rechtlichen Vorschriften von Amts wegen zu beachten; Prüfungsgegenstand ist allerdings nur die Berechtigung am und der Inhalt des einzutragenden dinglichen Rechts. Das Grundbuchamt darf die Eintragung nur ablehnen, wenn sich die Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts zweifelsfrei aus den Eintragungsunterlagen ergibt, was relativ selten vorkommt (Vorbem. 108 vor § 307). In ganz ähnliche Weise sind auch in vormundschaftsgerichtlichen Genehmigungsverfahren nach §§ 1821 ff. BGB nur klare und eindeutige Verstöße gegen das AGB-Recht zu berücksichtigen. Umstritten ist, ob auch die vom Bauträger einseitig nach § 8 WEG errichtete Gemeinschaftsordnung von Wohnungseigentum die Voraussetzungen der AGB-Definition des § 305 Abs. 1 BGB erfüllen; der Kommentar (§ 305 Rn. 12) spricht sich für eine analoge Anwendung aus, die Rechtsprechung bevorzugt demgegenüber eine Inhaltskontrolle nach § 242 BGB (BGH NJW 2002, 3240; BayObLG DNotZ 1989, 428). Keine überraschende Klausel i. S. von § 305c BGB ist die Vereinbarung eines Wiederkaufsrechts des kommunalen Veräußerers zum früheren Kaufpreis, wenn der Erwerber entgegen der Vereinbarung mit der verkaufenden Gemeinde das Grundstück nicht bebaut (§ 305c Rn 53, zum Einheimischenmodell § 310 Anh. 462). Auch bei sachenrechtlichen Geschäften findet AGB-Recht Anwendung. Überraschende Klauseln können vorliegen, wenn die Sicherungsabrede bei einer Grundschuld erweitert wird, insbesondere wenn der Eigentümer die Grundschuld zur Sicherung einer bestimmten fremden Schuld bestellt (§ 305c Rn. 40a; § 310 Anh. 758). Häufig findet sich die Formulklausel, die eine persönliche Haftungsübernahme des Sicherungsgebers für die Zahlung des Betrages der Grundschuld vorsieht; bei der Grundschuld für einen Drittkredit kann das formularmäßige selbstständige Schuldversprechen wiederum eine überraschende Klausel sein (§ 305c Rn. 41, § 310 Anh. 761). Alles in allem: Das Werk ist ein absoluter Klassiker, ein Ratgeber von allerhöchster Güte.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notar Achim Falk, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNtZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich Euro 45,- ein-

schließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte Euro 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).