

**Herausgeber**

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
Notar Dr. Oliver Vossius, München  
Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe

**Schriftleiter**

Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

alles wichtige praxisnah

eins 2013

**editorial**

Notare sind Amtsträger (Winfried Kössinger) 1

**beitrag des monats**

Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis  
(Felix Odersky) 3

**jahresrückblick**

Handelsregisterrecht – Aktuelle Entwicklungen (Thomas Kilian) 10

**interview**

Urkundsarchiv im Wandel: Aufbruch ins elektronische Zeitalter  
(Alfred Moser) 16

**praxisforum**

Die Zweiwochenfrist beim Verbrauchervertrag – Änderungen in  
§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG und § 50 BNotO (André Elsing) 20



Notare sind Amtsträger

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

im Jahr 2011 hatte uns die Entscheidung des EuGH zum Staatsangehörigkeitsvorbehalt in Unruhe versetzt. Die nachfolgende Diskussion dämpfte die Ersterregung, aber wir wissen, dass unsere Berufszugangs- und Berufsausübungsregelungen stets auch einer europarechtlichen Kontrolle standhalten müssen. Da war es Labsal für die Seelen der deutschen Notarinnen und Notare, dass das Bundesverfassungsgericht – aus dem Blickwinkel des innerstaatlichen Rechts – im Beschluss vom 19.6.2012 die Eigenschaft des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes, der in der Nähe zum öffentlichen Dienst steht, explizit hervorgehoben und bestätigt hat. Dies mag uns weitere europarechtliche Diskussionen nicht ersparen. Klar ist jedoch, dass das – durchaus auf der Linie europarechtlicher Judikate zu den Grundfreiheiten liegende – Verdikt des EuGH, wonach die notarielle Tätigkeit nicht mit der Ausübung öffentlicher Gewalt i. S. d. Art. 51 Abs. 1 AEUV (Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union) verbunden ist, nicht auf die innerstaatliche Einordnung am Maßstab des Verfassungsrechts durchschlägt: „Notarinnen und Notare nehmen im Bereich vorsorgender Rechtspflege Staatsaufgaben wahr, die richterlichen Funktionen nahekomen, und werden mithin typischerweise in sachlich bedingter Nähe zum öffentlichen Dienst tätig“.

So eingestimmt, hat das deutsche Notariat im Sommer 2012 den 500. Jahrestag des Erlasses der Reichsnotariatsordnung durch Kaiser *Maximilian I.* im Kölner Gürzenich begangen. Für die bayerischen Kolleginnen und Kollegen war die 150. Wiederkehr des Inkrafttretens des Bayerischen Notariatsgesetzes Anlass zu einem rechtsgeschichtlich geprägten bayerisch-pfälzischen Notartag in der ehemaligen Freien Reichsstadt Augsburg.

In einem exzellenten, historisch weit ausholenden Vortrag hat dort *Prof. Dr. Christoph Becker* die Traditionslinien des öffentlichen Amtes des lateinischen Notars in seiner deutschen Ausprägung nachgezeichnet. So sind historische Rückblicke nicht Nabelschau oder Spezialitäten für Rückwärtsgewandte. Vielmehr müssen wir Notare uns immer des Zwecks unserer besonderen Rolle für die Allgemeinheit bewusst sein, gerade auch bei politisch oder europaverfassungspolitisch motivierten Angriffen auf die rechtliche Ordnung unseres Berufes. Nur wenn wir selbst sicher sind, auf welchem Fundament wir stehen, können wir dies Dritten, seien sie freundlich, neutral und offen, seien sie sachlich-kritisch oder gar interessengeleitet angriffslustig, nachvollziehbar darlegen und begründen.

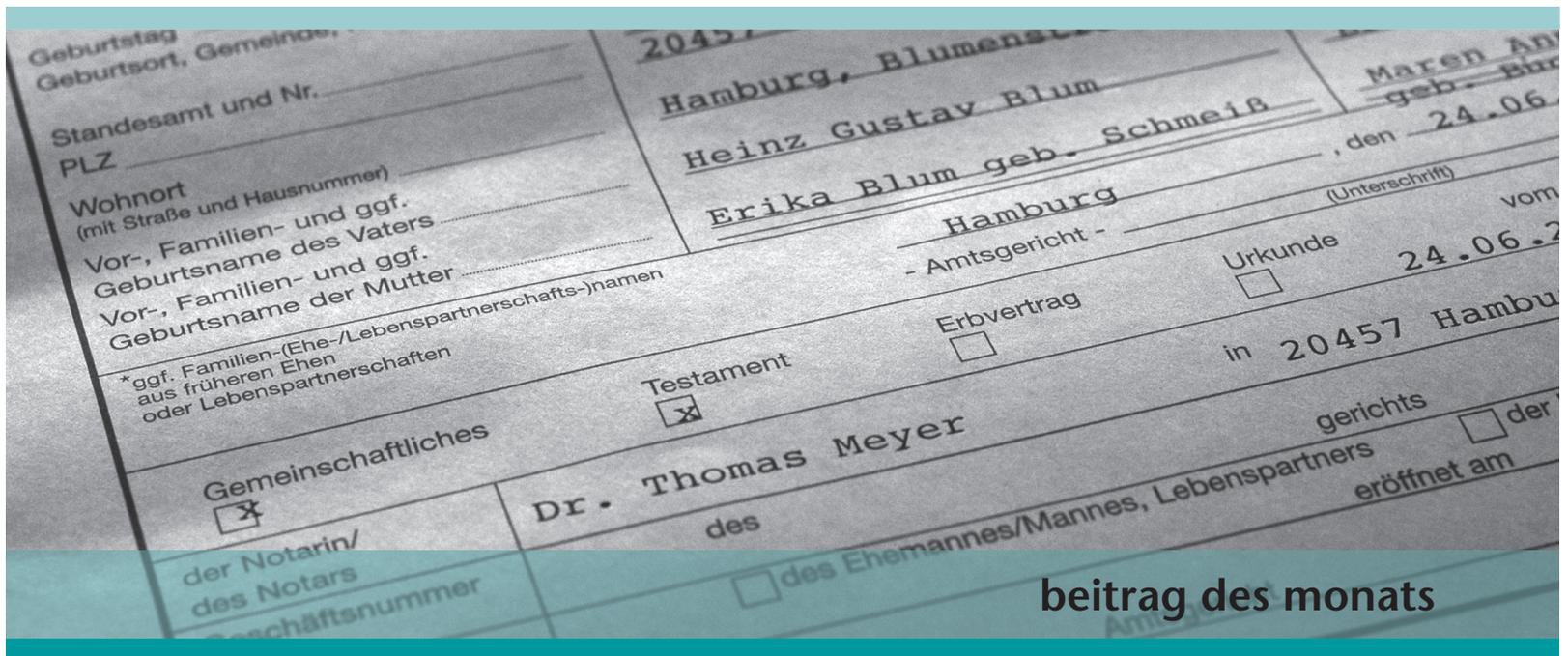
Die Qualifizierung als „Staatsfunktionär“ ist nicht zum Nulltarif zu haben, wie der Antragsteller im Verfassungsbeschwerdeverfahren vernehmen musste. Ein „Rosinenpicken“ (völlig freier Beruf, wenn es um Bindungen geht, und Staatsnähe, wenn es um gesetzlichen Schutz geht) war und ist nicht möglich. Da ist die „freie Advokatur“ freier. Der Amtsträger hat intensivere Bindungen durch den Gesetzgeber (und auch „aufgrund“ – weit ausgelegten – Gesetzes) hinzunehmen und Pflichten auch dann zu erfüllen, wenn sie ihm im Einzelfall nicht einleuchten oder vielleicht lästig sind. Es gibt sie, die Bereiche und Berufe, in welchen der Regelungsprimat der Politik akzeptiert wird. Der Ruf nach immer exzessiverer Deregulierung ist nicht unserer. Regeln müssen nur vernünftig, verhältnismäßig und zielorientiert sein. Über die Ausgestaltung der Regelungen stehen die Organisationen unseres Berufes im dauernden Dialog mit dem Gesetzgeber und der Verwaltung. Auch den Dialog mit der Justiz im engeren Sinne, der Richterschaft, gilt es, weiter zu pflegen.

Ihr Dr. Winfried Kössinger  
Vorsitzender Bayerischer Notarverein e. V.



## inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	Notare sind Amtsträger ( <i>Dr. Winfried Kössinger</i> )	1
<b>inhalt</b>		2
<b>impresum</b>		23
<b>beitrag des monats</b>	Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis ( <i>Dr. Felix Odersky</i> )	3
<b>jahresrückblick</b>	Registerrecht – Aktuelle Entwicklungen ( <i>Dr. Thomas Kilian</i> )	10
<b>interview</b>	Urkundsarchiv im Wandel: Aufbruch ins elektronische Zeitalter – Interview mit <i>Dr. Alfred Moser</i> , Geschäftsführer der cyberDoc GmbH & Co. KG	16
<b>rechtsprechung</b>	OLG Naumburg: Zur Haftung eines Maklers gegenüber dem Erwerber einer Immobilie für falsche Angaben im Expose (mit Anmerkung von <i>Christian Seger</i> )	18
<b>praxisforum</b>	Die Zweiwochenfrist beim Verbrauchervertrag – Änderungen in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG und § 50 BNotO ( <i>André Elsing</i> )	20
<b>notarprüfung</b>		24
<b>service</b>	Warnung vor irreführenden Rechnungen im Zusammenhang mit Handelsregistereintragungen	25
<b>rückblick</b>	Vorstellung des Deutschen Notarvereins in Brüssel – 25 Richter und Staatsanwälte aus Niedersachsen zu Besuch im Brüsseler Büro am 19.10.2012 ( <i>Prof. Dr. Stephanie Michel</i> )	26
<b>nachrichten</b>		27
<b>literatur</b>	David Rolfe Graeber, <i>Schulden, Die ersten 5000 Jahre</i> (besprochen von <i>Christian Seger</i> )	28
	Gottwald, <i>Gründerwerbsteuer</i> , 4. Aufl. 2013 (besprochen von <i>Dr. Jörg Ihle</i> )	29
	Wohnungseigentum in Österreich und Deutschland, Aktuelle Entwicklungen und Perspektiven (besprochen von <i>Dr. Gerd H. Langhein</i> )	30
	Schnitger/Fehrenbacher, <i>Kommentar Körperschaftsteuergesetz</i> (besprochen von <i>Dr. Jörg Ihle</i> )	30
<b>schlussvermerk</b>	Vorgelesen – Notare in der Literatur (Teil 12) ( <i>Dr. Wolfgang Litzemberger</i> )	32



Felix Odersky

## Die Europäische Erbrechtsverordnung in der Gestaltungspraxis

Die EU-ErbVO kommt zwar erst ab August 2015 zur Anwendung, der Notar muss diese aber schon jetzt bei der Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen berücksichtigen. Dabei kann man verschiedene typische Fallkonstellationen unterscheiden, die die praktische Anwendung und die Formulierung von Rechtswahmöglichkeiten und Hinweisen erleichtern.

### A. Überblick über die EU-ErbVO

#### I. Anwendungsbereich

Die Europäische Verordnung zum internationalen Erb- und Erbverfahrensrecht (EU-ErbVO)<sup>1</sup> gilt zwar erst für Erbfälle, die nach dem 16.8.2015 eintreten. Bis dahin beurkundete Testamente und Erbverträge, die einen Auslandsbezug enthalten, müssen sich aber bereits – neben den Anforderungen, die das derzeit noch geltende IPR stellt – an ihr orientieren, da das neue Recht auch für ältere Verfügungen von Todes wegen gelten wird.

Die Erbrechtsverordnung wird einheitlich von allen Staaten der Europäischen Union anzuwenden sein, mit Ausnahme von Dänemark, Großbritannien und Irland, die sich nicht zu dem erforderlichen „Opt-in“ durchringen konnten.<sup>2</sup> Auch wenn die Verordnung aus Sicht der EU universelle Geltung beansprucht, sind damit weiterhin das nationale IPR und das Verfahrensrecht dieser Staaten in gleicher Weise wie das von außereuropäischen Staaten bei der Testamentsgestaltung zu berücksichtigen, um eine etwaige Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung aus der Sichtweise dieser Staaten zu vermeiden.

<sup>1</sup> Verordnung (EU) Nr. 650/2012 vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses; ABIEU v. 27.7.2012, Nr. L201, S. 107; abrufbar u. a. über [eur-lex.europa.eu](http://eur-lex.europa.eu). Artikelbezeichnungen ohne weitere Bezeichnung beziehen sich auf diese Verordnung.

<sup>2</sup> Vgl. Erwägungsgrund 82 und 83.

Die Verordnung umfasst alle Bereiche der „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ (Art. 1 Abs. 1), wozu gemäß der Konkretisierung in Art. 3 Abs. 1 lit. a) und Art. 23 insbesondere die gesetzliche und gewillkürte Erbfolge, die Pflichtteils- bzw. Noterbrechte, der Anfall und der Übergang des Nachlasses, die Erbenhaftung und die Erbauseinandersetzung gehören. Auch die Auswirkungen von gesetzlichen oder vertraglichen Ausgleichs- und Anrechnungsbestimmungen unterliegen dem Erbstatut und nicht dem Vertragsstatut, das ansonsten für die lebzeitigen Zuwendungen maßgeblich ist (Art. 23 Abs. 2 lit. i).

Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind dagegen lebzeitige Zuwendungen, insbesondere auch in Form von Verträgen zu Gunsten Dritter auf den Todesfall, Anwachsungsrechte und das Gesellschaftsrecht (Art. 1 Abs. 2 lit. g und h). Der Vorrang vertraglicher und gesellschaftsrechtlicher Vereinbarungen entspricht damit weitgehend der bisherigen deutschen Handhabung.<sup>3</sup> Unsicher zu beurteilen ist dagegen die Schenkung auf den Todesfall, die aber wohl von dem ausdrücklichen Ausschluss vertraglicher Vereinbarungen nicht umfasst sein soll und damit als spezielle Form eines „Übergangs von Vermögenswerten von Todes wegen“ (Art. 3 Abs. 1 lit. a) der Verordnung unterliegt.<sup>4</sup>

Nicht anwendbar ist die Verordnung ferner auf Fragen des ehelichen Güter- und Unterhaltsrechts (Art. 1 Abs. 2 lit. d und e). Es bleibt damit grundsätzlich das Problem der Qualifikation des § 1371 Abs. 1 BGB bestehen, wenn nicht sowohl das Erb- als auch das Güterrechtsstatut (gemäß dem derzeit noch geltenden deutschen IPR oder einer künftig zu erwartenden EU-Güterrechtsverordnung) auf deutsches Sachrecht verweisen. Wie nach der bisherigen herrschenden Meinung wird man wohl auch bei einer autonomen europäischen Auslegung die pauschale Erbteilserhöhung bei Zugewinnngemeinschaft güterrechtlich einord-

<sup>3</sup> Vgl. dazu im Einzelnen *Leitzen*, ZEV 2012, 520 ff.

<sup>4</sup> Vgl. *P. Vollmer*, ZErB 2012, 227, 229; *Dörner*, ZEV 2012, 505, 508.

nen. Im Hinblick auf die Ziele der Verordnung und die Einheitlichkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses kann dann aber ein nationales deutsches Güterrecht das anwendbare ausländische Erbrecht nicht quotal ändern. Es bleibt zu hoffen, dass der deutsche Gesetzgeber in einem Ausführungsgesetz die daraus resultierenden Anpassungsprobleme ausdrücklich löst.<sup>5</sup>

Eine aus deutscher Sicht wünschenswerte generelle Abgrenzung zum Sachenrecht enthält die Erbrechtsverordnung dagegen nicht. Zumindest werden aber durch Art. 1 Abs. 2 lit. k) und l) der jeweilige Numerus clausus der dinglichen Rechte geschützt und die gesetzlichen Voraussetzungen für Eintragungen in nationale Register vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen. Auch wenn damit das Erbstatut grundsätzlich für die Art des Rechtserwerbs maßgeblich und dies entsprechend im Europäischen Nachlasszeugnis auszuweisen ist, bedeutet dies, dass z. B. ausländische Vindikationslegatane oder dinglich wirkende Erbausinandersetzungspläne so an das deutsche Grundbuchrecht anzupassen sind (Art. 31), dass eine Auffassung erforderlich bleibt.<sup>6</sup>

## II. Grundprinzipien der EU-ErbVO

Die Verordnung umfasst – im Unterschied zu allen anderen „Brüssel“- und „Rom-Verordnungen“ – alle Aspekte des internationalen Erbverfahrens- und Erbkollisionsrechts und schafft darüber hinaus mit dem Europäischen Nachlasszeugnis (ENZ) eine eigenständige Nachweismöglichkeit, die bei internationalen Erbfällen neben dem nationalen Erbschein oder vergleichbaren Zeugnissen der international zuständigen Gerichte steht. Die EU-ErbVO gliedert sich dabei in vier Regelungsbereiche:

- die internationale Zuständigkeit (Art. 4 bis 19),
- das anzuwendende Erbrecht (Art. 20 bis 38),
- die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und öffentlichen Urkunden in Nachlasssachen (Art. 39 bis 61) und
- die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (sog. europäischer Erbschein, Art. 62 bis 73).<sup>7</sup>

Zentraler Anknüpfungspunkt der Verordnung ist dabei der Begriff des **gewöhnlichen Aufenthalts** des Erblassers. Dieser Ort entscheidet grundsätzlich darüber, welches Land international zuständig für das Nachlassverfahren und alle aus dem Erbfall resultierenden streitigen Verfahren ist (Art. 4) und welches Erbrecht zur Anwendung kommt (Art. 21 Abs. 1), sofern der Erblasser keine Rechtswahl auf sein Staatsangehörigkeitsrecht getroffen hat. Zuständig können dabei grundsätzlich nur Gerichte (bzw. gerichtsähnliche Organisationen, wie z. B. Notare) eines einzigen Landes sein. Bis auf wenige Ausnahmen, insbesondere zur Empfangnahme von Ausschlagungserklärungen (Art. 13) oder für vorläufige Sicherungsmaßnahmen (Art. 19), können keine Doppelzuständigkeiten begründet werden. Damit darf künftig auch kein Fremdrechterschein gemäß § 2369 BGB mehr erteilt werden, wenn die Nachlassgerichte in Deutschland nicht insgesamt für den Erbfall zuständig sind.

Im Kollisionsrecht verfolgt die Verordnung das Prinzip der Nachlassseinheit, sodass das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts bzw. bei entsprechender Rechtswahl das Staatsangehörigkeitsrecht einheitlich für den gesamten Nachlass gilt. Die in vielen

Ländern der EU derzeit noch geltende Unterscheidung zwischen beweglichem und unbeweglichem Vermögen entfällt damit, so dass es in verstärktem Maß zu einem „Rechtsim- bzw. -export“ kommen wird. Ebenso kennt die Verordnung keine dem bisherigen Art. 3 Abs. 3 EGBGB vergleichbare Norm, mittels derer eine im Ausland vorgesehene Nachlassspaltung nachgezeichnet wird. Auch wenn Grundbesitz im außereuropäischen Ausland bzw. in Großbritannien oder Irland der *Lex rei sitae* unterworfen wird, umfasst aus europäischer Sicht das maßgebliche Erbrecht diese Immobilien, so dass es verstärkt zu sogenannten „hinkenden Rechtsverhältnissen“ kommen wird. Die europäische Regelung wird damit zwar nicht die tatsächliche Abwicklung im außereuropäischen Ausland beeinflussen (was der Notar bei der Gestaltung der Verfügung mit zu berücksichtigen hat). Bei Klagen im Inland aus Pflichtteilsansprüchen oder im Rahmen einer Erbenhaftung kann aber das Auslandsvermögen einbezogen werden, so dass z. B. Immobilien in den USA und England kein sicherer Hafen zur Pflichtteilsreduzierung mehr sind.

Innerhalb der Europäischen Union enthält die Verordnung ausschließlich Sachnormverweisungen, so dass grundsätzlich alle nationalen Vorschriften zu Rück- oder Weiterverweisungen gegenstandslos werden. Verweist allerdings das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes zu einem außereuropäischen Staat bzw. nach Großbritannien, Irland oder Dänemark und sieht das dortige internationale Privatrecht eine Rück- bzw. Weiterverweisung auf das Sachrecht eines der Mitgliedstaaten bzw. eines Drittstaates vor, nimmt die Verordnung diese an (Art. 34 Abs. 1). Hatte also beispielsweise der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt (und sein *domicile*) in England, hinterlässt aber eine Immobilie in Deutschland, kommt es aufgrund des Belegenheitsprinzips des englischen IPR und Art. 34 Abs. 1 lit. a) zur Rückverweisung auf deutsches Recht. Im Rahmen einer solchen Rückverweisung kann also auch der Grundsatz der Nachlassseinheit durchbrochen werden.

## III. Bestimmung des anwendbaren Erbrechts

### 1. Begriff des gewöhnlichen Aufenthaltsorts

Die Erbrechtsverordnung definiert den zentralen Begriff des „gewöhnlichen Aufenthaltsorts“ nicht selbst, stellt aber in den Erwägungsgründen Nr. 23 und 24 klar, dass damit eine besonders enge und feste Beziehung zu einer bestimmten Rechtsordnung zum Ausdruck kommen soll, wozu eine Gesamtbeurteilung aller Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt seines Todes vorzunehmen ist. Der Begriff ist autonom für die Zwecke der Verordnung auszulegen, muss also nicht in gleicher Weise wie in anderen europäischen Rechtsakten verwendet werden, bei denen eher auf die Wohnsitzaufnahme abgestellt wird. Aus dem logischen Zusammenhang der Verordnung ergibt sich ferner, dass jeder Mensch zur gleichen Zeit nur einen gewöhnlichen Aufenthaltsort haben kann, da nicht mehrere konkurrierende Erbrechte nebeneinander bestehen können.

Aus dem Merkmal „gewöhnlich“ wird in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH eine gewisse Beständigkeit bzw. Regelmäßigkeit des Aufenthaltsortes abgeleitet, wobei aber keine bestimmte Mindestaufenthaltsdauer gefordert wird. Schon mit der Aufnahme eines neuen Wohnsitzes kann damit der gewöhnliche Aufenthaltsort wechseln.

In den meisten Fällen wird die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltsortes im Sinne eines „Daseinsmittelpunktes“ keine Schwierigkeiten bereiten. Bei den zweifelhaften Fällen, bei denen der Erblasser Wohnsitz zeitgleich in mehreren Ländern hatte oder diese in den Jahren vor seinem Tod aus verschiedenen

<sup>5</sup> Vgl. Stellungnahme des DNotV vom 19.1.2010 (Nr. 7a), www.dnotv.de; Dörner, ZEV 2012, 507.

<sup>6</sup> Vgl. Buschbaum, Gedächtnisschrift f. Hübner (2012); Simon/Buschbaum, NJW 2012, 2393 f.; Wilsch, ZEV 2012, 530 f.

<sup>7</sup> Vgl. zu den Voraussetzungen und Wirkungen des ENZ, insbesondere auch zur Verwendung im Grundbuchverfahren Lange, DNotZ 2012, 168 ff.; Buschbaum/Simon, ZEV 2012, 525 ff.

Gründen (mehrfach) wechselte, können folgende typische Fallgruppen gebildet werden:<sup>8</sup>

- Berufspendler, wie z. B. der Bankmitarbeiter, der unter der Woche seinen Wohnsitz in London hat, aber am Wochenende zu seiner Ehefrau nach Frankfurt fliegt, oder die polnische Pflegekraft, die zwar seit mehreren Jahren in München lebt, aber alle paar Wochen zu ihrer Familie nach Polen „heimfährt“. Wenn der Wohnsitz in einem Land in erster Linie beruflich begründet ist, wird man für die Zwecke der Erbrechtsverordnung – im Unterschied zu möglichen anderen Regelungen im europäischen Recht – den gewöhnlichen Aufenthaltsort länger in dem Land suchen, in dem der privat genutzte Wohnsitz liegt, da nach Erwägungsgrund 24 den sozialen Verbindungen zu Familie und Freunden ein besonderes Gewicht zukommen soll. Entsprechend wird man z. B. Studenten behandeln, solange die Bindung zu Eltern bzw. dem bisherigen sozialen Umfeld noch Gewicht hat. Auch bei Arbeitnehmern, die zwar zusammen mit ihrer engeren Familie im Ausland leben, aber nur für einen zeitlich begrenzten Zeitraum dorthin abgeordnet sind (z. B. sog. „Expats“), wird man häufig aus den Gesamtumständen des Einzelfalls noch keinen Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsorts ableiten.<sup>9</sup> Andererseits bedarf es keines „Animus manendi“ wie beim anglo-amerikanischen Domizil-Begriff, so dass ein zeitlich eher vager Rückkehrwille in das Heimatland nicht den Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltsorts verhindert, wenn am Wohnsitz bereits ein familiäres oder soziales Umfeld entstanden ist.
- Die sogenannten „Mallorca-Rentner“, die ausschließlich aus privaten Gründen jeweils über mehrere Monate in zwei verschiedenen Ländern leben und an beiden Wohnorten soziale Beziehungen aufbauen. Da hier kein Vorrang des privaten vor dem beruflichen Umfeld entscheidend ist, stellt Erwägungsgrund 24 der Verordnung klar, dass ausnahmsweise auch die Staatsangehörigkeit oder die Tatsache, dass alle wesentlichen Vermögenswerte in einem Land belegen sind, als besonderer Faktor bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung aller Umstände herangezogen werden können.
- Unklar bleibt schließlich, wie der gewöhnliche Aufenthalt von Personen bestimmt wird, die keinen eigenen Willen zur Wohnsitznahme mehr bilden konnten, z. B. weil sie als Pflegefall zur Familie in ein anderes Land geholt oder in ein (billigeres) Pflegeheim ins Ausland verbracht wurden. Auch wenn nach bislang h. M. der gewöhnliche Aufenthaltsort auch ohne rechtsgeschäftlichen Willen verlegt werden kann, wird man bei der erforderlichen Gesamtbetrachtung im Rahmen der Erbrechtsverordnung durchaus berücksichtigen müssen, wenn die Aufenthaltsänderung ohne jegliches subjektive Element erfolgt ist.<sup>10</sup> Um einer missbräuchlichen Verlegung des Wohnsitzes zu begegnen, wird man in diesen Fällen aber zumindest auf die Ausnahmevorschrift des Art. 21 Abs. 2 Rückgriff nehmen können. Nach dieser Vorschrift kann ausnahmsweise das Erbrecht eines anderen

Staates als dem Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes zur Anwendung kommen, wenn der Erblasser zu diesem Land „eine offensichtlich engere Verbindung“ hatte.<sup>11</sup>

## 2. Rechtswahl

Auch wenn mit der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt für die Mehrheit der Länder in der EU ein erheblicher Systemwechsel im IPR verbunden ist, wird dies durch die Möglichkeit gemildert, dass der Erblasser das Recht des Staates wählen kann, dessen Staatsangehörigkeit er zum Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt seines Todes besitzt (Art. 22 Abs. 1).

Eine besonders enge Verbindung zu diesem Staat ist nicht erforderlich. Ferner kann bei mehreren Staatsangehörigkeiten jede einzelne gewählt werden, ohne dass es auf den Vorrang einer „effektiven“ Staatsangehörigkeit ankommt (Art. 22 Abs. 1 2. Absatz). Eine bestätigende Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsorts zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung wird dagegen von der Verordnung nicht zugelassen, um eine zu weitgehende Einflussnahme auf das anwendbare Erbrecht und die damit zusammenhängenden Pflichtteils- und Noterbrechte zu vermeiden.

### a) Voraussetzungen der Rechtswahl

Die Rechtswahl muss zwingend in einer (wirksamen) letztwilligen Verfügung enthalten sein. Sofern sie nicht ausdrücklich erfolgt, kann sie sich auch aus den Bestimmungen der Verfügung ergeben. Wann man im Rahmen der Auslegung von einer solchen konkludenten Rechtswahl ausgehen kann, bleibt unklar. Allein die verwendete Sprache oder spezielle rechtliche Begriffe aus einer Rechtsordnung dürften dafür nicht reichen, wenn es sich inhaltlich um Verfügungen handelt, die mit vergleichbarem Inhalt praktisch in allen betroffenen Rechtsordnungen bekannt sind (wie z. B. eine allgemeine Erbeinsetzung oder ein Vermächtnis). Handelt es sich dagegen um spezielle Rechtsinstitute, die nur ein Recht kennt (wie z. B. eine Vor- und Nacherbfolge), wird man in der Regel die Rechtswahl unterstellen können, um eine durch ein „Handeln unter fremdem Recht“ notwendige Umdeutung zu vermeiden. In der Gestaltungspraxis wird man ohnehin zur ausdrücklichen Rechtswahl raten bzw. im umgekehrten Fall, bei dem das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts zur Anwendung kommen soll, ausdrücklich formulieren, dass keine konkludente Rechtswahl gewünscht wird.

Wie Art. 83 Abs. 2 klarstellt, kann die Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht auch schon in einem vor dem 17.8.2015 errichteten Testament enthalten sein (natürlich unter Berücksichtigung des Aspekts, dass diese ihr Ziel verfehlen kann, wenn der Erblasser zuvor verstirbt). Dies gilt sicherlich auch für ältere Testamente aus der Zeit vor Inkrafttreten der Verordnung, zumal solche älteren Verfügungen nach Art. 83 Abs. 4 gegebenenfalls so auszulegen sind, als sei eine Rechtswahl konkludent erfolgt.

Außerdem bleibt nach Art. 83 Abs. 2 (2. Alt.) eine frühere Rechtswahl über den 17.8.2015 hinaus in Kraft, wenn diese nach dem maßgeblichen nationalen IPR wirksam getroffen wurde. Auch eine gegenständlich beschränkte Rechtswahl gemäß Art. 25

<sup>8</sup> Vgl. dazu auch Erwägungsgrund 24; eingehend *Lehmann*, DStR 2012, 2085 ff.

<sup>9</sup> Anders wohl *Dörner*, ZEV 2012, 510, der aufgrund der objektiven Auslegung in diesem Fall eher von einem Aufenthaltswechsel ausgeht, aber die Ausnahmevorschrift des § 21 Abs. 2 in Betracht zieht.

<sup>10</sup> Anders wohl *Lehmann*, DStR 2012, 2085 ff., der europarechtlich eine rein objektive Auslegung des Begriffs erwartet.

<sup>11</sup> Im Übrigen erscheint der Anwendungsbereich der Ausnahmevorschrift des Art. 21 Abs. 2 eher nebulös, da eigentlich schon bei der Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthaltsorts alle Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind. Gemäß Erwägungsgrund 24 darf sie auch nicht einfach als Auffangregel verwendet werden, wenn der gewöhnliche Aufenthaltsort zweifelhaft ist. Zudem ist zu beachten, dass die internationale Zuständigkeit davon unberührt bleibt, die Gerichte am gewöhnlichen Aufenthaltsort also fremdes Recht anwenden müssen, wozu sie nur zögerlich bereit sein werden.

Abs. 2 EGBGB kann damit derzeit noch vorgenommen werden,<sup>12</sup> so dass es – entgegen der eigentlichen Intention der Verordnung – auch künftig noch zu einer Nachlass-Spaltung kommen kann. Allerdings verliert diese Rechtswahl wohl ihre Wirkung, wenn der Erblasser nach dem 17.8.2015 neu testiert, da sich seine Verfügung dann ausdrücklich oder konkludent an den beschränkten Rechtswahlmöglichkeiten der Verordnung orientieren muss.

Zu beachten bleibt schließlich, dass eine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl immer als Sachnormverweisung zu verstehen ist (Art. 34 Abs. 2), so dass Rück- oder Weiterverweisungen aus außereuropäischen Ländern, deren Recht gewählt wird, nicht zu beachten sind.

#### b) Rechtswahl und internationale Zuständigkeit

Neben inhaltlichen Erwägungen, die in erster Linie für die Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht maßgeblich sein werden, kann auch eine Verlagerung der internationalen Zuständigkeit zu den Gerichten des Landes, dessen Staatsangehörigkeit der Erblasser besitzt, als Aspekt in die Gestaltungsüberlegungen einbezogen werden. Die Verordnung sieht dafür zwei Möglichkeiten vor (Art. 5–9):

- Durch eine schriftliche Gerichtsstandsvereinbarung gemäß Art. 5, wenn alle beteiligten Streitparteien bzw. bei nicht-streitigen Nachlassverfahren alle potentiellen Erben und Begünstigten die Verweisung an ein Gericht, dessen Recht aufgrund der Rechtswahl zur Anwendung kommt, beantragen.
- Auf Antrag eines Beteiligten durch bindende Verweisung des Gerichts am gewöhnlichen Aufenthaltsort, wenn es die Gerichte in dem Land, dessen Staatsangehörigkeit der Erblasser besaß, für besser geeignet zur Entscheidung ansieht (Art. 6 lit. a).

Beide Varianten setzen aber zwingend voraus, dass der Erblasser eine ausdrückliche oder zumindest konkludente Rechtswahl zu seinem Staatsangehörigkeitsrecht getroffen hat. Lebt also beispielsweise ein deutscher Staatsangehöriger dauerhaft in Spanien, hinterlässt aber Kinder und Immobilien ausschließlich in Deutschland, muss er ein Testament mit einer Rechtswahl zum deutschen Recht errichten, wenn er indirekt erreichen will, dass seine Kinder nach seinem Tod eine Verweisung an die deutschen Gerichte beantragen und vor Ort einen deutschen Erbschein erhalten können. Unterlässt er dies, weil er z. B. inhaltlich keinen Bedarf für ein Testament sieht, bleiben die Gerichte in Spanien international zuständig, ohne den Fall von sich aus nach Deutschland abgeben zu können.

## 2. Ordre-public-Vorbehalt

Wie im internationalen Privatrecht üblich, enthält die Verordnung einen Ordre-public-Vorbehalt (Art. 35). Darunter wird man unproblematisch die schon bisher bekannten Fälle subsumieren können, bei denen das anwendbare ausländische Erbrecht gegen Grundrechtsprinzipien oder den übereinstimmenden europäischen Wertekodex verstößt, wie z. B. bei einer Benachteiligung weiblicher Erben gegenüber männlichen Verwandten.

Der erste Verordnungsentwurf sah noch eine ausdrückliche Klarstellung vor, dass die nationalen Pflichtteilsrechte diesem Vorbehalt nie unterfallen sollen. Diese Einschränkung ist im endgültigen Verordnungstext zwar entfallen, ein Umkehrschluss, dass damit in jedem Fall die nationalen Pflichtteilsrechte geschützt sein sollen, darf daraus aber im Hinblick auf die Intention der Verordnung keinesfalls gezogen werden. Denn u. a. wurde die Beschrän-

kung der Rechtswahlmöglichkeiten immer damit gerechtfertigt, dass die jeweiligen Pflichtteils- und Noterbrechte nicht zu leicht, wie z. B. durch einen vorübergehenden Aufenthaltswechsel umgangen werden dürfen. Da alle europäischen Länder, in denen die Verordnung unmittelbar gilt, Pflichtteilsansprüche bzw. Noterbrechte naher Angehöriger kennen, wird man zumindest innerhalb dieser Länder keinen Grund sehen, das jeweilige nationale Recht durch den Ordre-public-Vorbehalt aufrechtzuerhalten. Anders kann – auch im Hinblick auf die vom Bundesverfassungsgericht geforderte Mindestteilhabe der Abkömmlinge am Nachlass – die Situation sein, wenn ein ausländisches Recht zur Anwendung kommt, das gar keine Pflichtteilsrechte kennt.<sup>13</sup>

## B. Praktische Anwendung der EU-ErbVO auf Testamente und Erbverträge

Bei der Beurkundung von Testamenten und Erbverträgen unter Berücksichtigung der Erbrechtsverordnung wird man künftig verschiedene typische Fallkonstellationen unterscheiden können, die die praktische Anwendung und die Formulierung von Rechtswahlmöglichkeiten und Hinweisen erleichtern. Nochmals betont werden soll dabei, dass Verfügungen von Todes wegen, die in der Zwischenzeit bis 17.8.2015 errichtet werden, neben den hier dargestellten Formulierungsvorschlägen auch das derzeit anwendbare IPR zu berücksichtigen haben, falls der Erblasser zuvor verstirbt. Sofern man das vor und nach dem Stichtag anwendbare Recht nicht zuverlässig synchronisieren kann, müssen Verfügungen an alle möglicherweise einschlägigen Rechtsordnungen angepasst werden. Soll ein Erbvertrag geschlossen werden, dessen generelle Wirksamkeit im Ausland nach derzeitiger Rechtslage unsicher ist, können vorsorglich ergänzende Testamente für die Übergangszeit errichtet werden.

Weiterhin zu beachten sind natürlich auch alle außereuropäischen Rechtsordnungen (einschließlich Dänemark, Großbritannien und Irland), wenn der Erbfall Berührungen zu diesen in der Person des Erblassers oder durch das dort belegene Vermögen aufweist. In diesen Fällen wird man auch künftig einen Erbvertrag nur mit großer Vorsicht einsetzen.

## I. Testamentsgestaltung

### 1. Wirksamkeitsvoraussetzungen

Da gemäß Art. 75 internationale Übereinkommen vorrangig anwendbar bleiben,<sup>14</sup> richtet sich die Frage der Formwirksamkeit von Testamenten weiterhin nach dem Haager Testamentsformübereinkommen vom 5.10.1961. Da Art. 27 dessen Regelungen in die Erbrechtsverordnung inkorporiert, hat man künftig die Sicherheit, dass Fragen der Formwirksamkeit in allen europäischen Staaten einheitlich behandelt werden.

Die materielle Wirksamkeit eines Testaments, wozu z. B. Fragen der Testierfähigkeit, Testierverbote und Anfechtungsrechte zählen, wird gesondert in Art. 24 geregelt. Maßgeblich ist dafür das Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung bzw. das im Testament gewählte Staatsangehörigkeitsrecht. Formal handelt es sich dabei um eine eigene Rechtswahl (Art. 24 Abs. 2 i. V. m. Art. 22), so dass sich eine präzise formulierte Rechtswahlklausel sowohl auf die materielle Wirksamkeit des Testaments als auch auf das anwendbare Erbrecht beziehen sollte.

<sup>12</sup> Unklar dagegen *Lehmann*, ZEV 2012, 533, der von einer Unwirksamkeit ausgeht.

<sup>13</sup> Vgl. *Lorenz*, ErbR 2012, 39, 48; *Dörner*, ZEV 2012, 505, 511.

<sup>14</sup> Zu beachten ist, dass bezüglich des anwendbaren Erbrechts auch die vorrangigen Abkommen mit der Türkei, dem Iran und den Nachfolgestaaten der Sowjetunion bestehen bleiben, sofern Deutschland diese nicht vor dem Inkrafttreten der Verordnung kündigt.

## 2. Fallgruppen zur praktischen Handhabung

Bezüglich der inhaltlichen Gestaltung kann man folgende Fallgruppen unterscheiden, die – vorbehaltlich der Besonderheiten im Einzelfall – zu typischen „Musterformulierungen“ führen können:

### a) Deutscher Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland

Im „Normalfall“, bei dem der Testator nach eigener Aussage seine heimische Umgebung nicht verlassen und (zeitweise) ins Ausland ziehen will, ist m. E. nichts Besonderes veranlasst. Eine vorsorgliche Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht ist natürlich möglich, aber aufgrund der fehlenden Anhaltspunkte für einen internationalen Bezug nicht zwingend. Im Testament sollte aber künftig neben der üblichen Feststellung zur Staatsangehörigkeit auch eine Erklärung über den gewöhnlichen Aufenthaltsort enthalten sein, um im Einzelfall mögliche andere Lebenspläne des Testators in Erfahrung zu bringen.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Generelle Erklärung im Testament:

*Ich bin ausschließlich deutsche/r Staatsangehörige/r und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Diesen will ich auch dauerhaft beibehalten.*

Deutlich einfacher wird künftig der Unterfall, dass ein deutscher Staatsangehöriger Vermögen in anderen EU-Staaten hat, für die die Verordnung gilt, da selbst bei Immobilienbesitz künftig keine Nachlass-Spaltung aufgrund des Belegenheitsrechts droht. Sofern der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland behält, wird sein gesamtes Auslandsvermögen nach deutschem Recht vererbt, so dass künftig auch erbrechtliche Gestaltungen, die andere Erbrechtsordnungen nicht vergleichbar kennen (wie z. B. eine Vor- und Nacherbfolge oder eine länger dauernde Testamentsvollstreckung) vorgesehen werden können.

Erscheint es möglich, dass der Testator zu einem späteren Zeitpunkt seinen gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt (z. B. aufgrund der Art seiner Berufstätigkeit oder dem Wunsch, den Ruhestand „im Süden“ zu verbringen), sollte eine vorsorgliche Rechtswahl in das Testament aufgenommen werden. Die Möglichkeit, aus dem Inhalt des Testaments auf eine konkludente Rechtswahl zu schließen, wird dem beratenden Juristen als zu unsicher erscheinen, zumal ein etwa zuständiges Gericht am Ort des gewöhnlichen Aufenthalts eher dazu neigen wird, sein eigenes Recht anzuwenden.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Vorsorgliche Rechtswahl:

*Ich bin ausschließlich deutsche/r Staatsangehörige/r und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Vorsorglich wähle ich für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in mein gesamtes Vermögen sowie für Fragen der Rechtswirksamkeit dieses Testaments das deutsche Recht.*

### b) Deutscher Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland

Hat ein deutscher Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland, wird sich eine Rechtswahl auf das deutsche Recht insbesondere dann empfehlen,

- wenn besondere Gestaltungen, die nur das deutsche Recht in vergleichbarer Weise kennt, gewünscht werden (wie z. B. ein Behindertentestament, Vor- und Nacherbfolgen, Testamentsvollstreckung) oder

- wenn das überwiegende Vermögen in Deutschland liegt und die Möglichkeit eröffnet werden soll, dass die Erben das Nachlassverfahren einverständlich in Deutschland abwickeln (vgl. zur internationalen Zuständigkeit oben A.III.2.) oder
- wenn Pflichtteilsrechte nach deutschem Recht „günstiger“ als vergleichbare Pflichtteils- oder Noterbrechte im Ausland sind oder
- wenn die Staatsangehörigkeit als dauerhaft beständige Anknüpfung gewünscht wird, weil sich der gewöhnliche Aufenthaltsort des Erblassers im Lauf des Lebens ändern kann oder nur schwer feststellbar ist.

Dabei wird der Notar rechtsvergleichend abwägen, ob die ausländische Rechtsordnung, die aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts zur Anwendung kommen kann, in einzelnen Aspekten (z. B. beim Pflichtteilsrecht oder der Erbaueinandersetzung) Regelungen vorhält, die den Interessen des Erblassers eher entgegenkommen. Eine Haftung für alle Aspekte dieses ausländischen Rechts wird er allerdings nicht übernehmen können, so dass dies, wie üblich, klargestellt werden sollte.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Umfassende Rechtswahl:

*Ich bin deutscher Staatsangehöriger und habe meinen gewöhnlichen Aufenthalt in .... Ich wähle jedoch hiermit für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in mein gesamtes Vermögen sowie für Fragen der Rechtswirksamkeit dieses Testaments das deutsche Recht als mein Staatsangehörigkeitsrecht.*

*Der Notar hat mich insbesondere darauf hingewiesen, dass*

*– die Rechtswahl nicht nur für das heutige Testament, sondern für alle Aspekte der Rechtsnachfolge von Todes wegen (wie z. B. auch für Pflichtteilsrechte) gilt;*

*– ohne Rechtswahl das Erbrecht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts zur Anwendung kommen würde. Der Notar muss ausländisches Recht nicht kennen und hat darüber als Alternative zu meinen heutigen Verfügungen auch nicht im Einzelnen beraten.*

### c) Ausländischer Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland

Leichter wird die Gestaltung von Testamenten künftig auch bei ausländischen Staatsangehörigen, die dauerhaft in Deutschland leben und ihre Erbfolge nach deutschem Recht gestalten wollen. Sofern diese ihren gewöhnlichen Aufenthalt nicht verlegen, kann inhaltlich ein Testament wie bei deutschen Staatsangehörigen errichtet werden. Dies umfasst dann aber auch Vermögensgegenstände, die im „Heimatland“ belegen sind, so dass die früher häufig gegebene Empfehlung, getrennte Testamente zur leichteren Abwicklung in den einzelnen Ländern zu errichten, überflüssig bzw. sogar kontraproduktiv wird.

Die Erbrechtsverordnung ermöglicht jedoch keine bestätigende Rechtswahl bezüglich des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsorts. Das Testament sollte daher einen ausdrücklichen Hinweis enthalten, dass inhaltliche Bestimmungen unwirksam werden, wenn der Erblasser vor seinem Tod seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort ins Ausland verlegt. Ergänzend kann klargestellt werden, dass eine konkludente Rechtswahl auf das Staatsangehörigkeitsrecht nicht beabsichtigt ist. Falls der Testator in Betracht zieht, die deutsche Staatsangehörigkeit anzunehmen, kann dies um eine vorsorgliche Rechtswahl auf das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht ergänzt werden.

**FORMULIERUNGSVORSCHLAG****Hinweise bei ausländischen Staatsangehörigen:**

*Ich bin ausschließlich ... Staatsangehöriger, habe aber meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, den ich auch bis zu meinem Tod beibehalten will. Eine Wahl meines derzeitigen Staatsangehörigkeitsrechts wünsche ich ausdrücklich nicht, so dass das heutige Testament auf dem deutschen Recht beruht.*

*Der Notar hat mich darauf hingewiesen, dass*

*– wesentliche Bestimmungen dieses Testaments unwirksam bzw. wesentliche Ziele des Testaments verfehlt werden können, wenn ich im Zeitpunkt meines Todes nicht mehr meinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland habe;*

*– der Notar ausländisches Recht nicht kennen muss und darüber als Alternative zu meinen heutigen Verfügungen auch nicht beraten hat. Ich entlasse ihn insoweit aus jedweder Haftung.*

*d) Ausländischer Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland, aber Vermögen in Deutschland*

Keine Möglichkeit wird man dagegen in Zukunft haben, die Erbfolge eines ausländischen Staatsangehörigen nach deutschem Recht zu gestalten, wenn dieser keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat, da die beschränkte Rechtswahlmöglichkeit des Art. 25 Abs. 2 EGBGB für inländischen Grundbesitz entfallen wird.<sup>15</sup> Sofern dennoch in Deutschland ein Testament errichtet werden soll, muss sich dieses inhaltlich an den Vorgaben des anwendbaren ausländischen Erbrechts ausrichten.

## II. Erbvertragsgestaltung

### 1. Wirksamkeitsvoraussetzungen und Bindungswirkung

Eine erhebliche Verbesserung im Vergleich zur bisherigen Situation enthält aus deutscher Sicht Art. 25, der die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung von Erbverträgen gesondert vom jeweils anwendbaren Erbrecht regelt. Art. 25 Abs. 2 sieht zwar für Erbverträge, die den Nachlass von zwei oder mehr Personen betreffen, grundsätzlich eine kumulative Prüfung in der Weise vor, dass der Erbvertrag nach dem jeweiligen gewöhnlichen Aufenthaltsrecht aller Beteiligten im Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags zulässig sein muss. Nach Art. 25 Abs. 3 können die Vertragsbeteiligten aber bezüglich der materiellen Wirksamkeit und der Bindungswirkung des Erbvertrags auch das Recht des Landes wählen, dessen Staatsangehörigkeit nur einer von ihnen besitzt. Ist also an einem Erbvertrag zumindest ein Deutscher beteiligt, kann der Erbvertrag mittels Rechtswahl dauerhaft wirksam und bindend im Sinne des deutschen Rechts vereinbart werden, und zwar unabhängig davon, wo die Beteiligten bei Abschluss des Vertrages oder später ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben. Zumindest im Verhältnis zu den Staaten, die unmittelbar durch die Verordnung gebunden sind, kann der deutsche Erbvertrag künftig auf sicherer Grundlage „exportiert“ werden.

Zu beachten ist, dass die Rechtswahl bezüglich der materiellen Wirksamkeit und der Bindungswirkung gemäß Art. 25 nicht gleichzusetzen ist mit der darauf aufbauenden Rechtswahl bezüglich des anwendbaren Erbrechts, die sich für jeden beteiligten Erblasser individuell an den Anforderungen des Art. 22 messen muss. Im Einzelfall könnte sich daraus auch eine Kombination aus der Form und der Bindungswirkung eines deutschen Erbvertrags mit einem ausländischen Erbrecht ergeben, das aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts oder einer abweichenden inhaltlichen Rechtswahl zur Anwendung kommt.

Nicht ausdrücklich geregelt ist die Frage, ob die Rechtswahl des Art. 25 Abs. 3 selbst der Bindungswirkung unterliegt oder ob der Erbvertrag durch eine einseitige Aufhebung der Rechtswahl „zerstört“ werden kann. Diese Frage ist wohl nicht autonom aus der Verordnung zu ermitteln, sondern wird man dem für die materielle Wirksamkeit gewählten Recht unterstellen, da dieses auch über den Umfang der Bindungswirkung entscheidet. Nach h. M. in Deutschland kann damit die Rechtswahl des Art. 25 Abs. 3 erbvertraglich bindend vereinbart werden.

Davon ist die Frage zu unterscheiden, ob das anwendbare Erbrecht trotz der Bindungswirkung des Erbvertrags durch einen späteren Wechsel des Aufenthaltsorts oder eine neue Rechtswahl gemäß Art. 22 geändert werden kann. Ein ausländischer Staatsangehöriger (wie in der nachfolgenden Fallvariante b) könnte dann z. B. entgegen seiner ursprünglichen Erklärung im Erbvertrag durch einseitiges Testament sein Staatsangehörigkeitsrecht wählen. Dies wird man wohl aufgrund der Trennung der Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 von der des Art. 22 und im Hinblick darauf, dass eine bestätigende Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthaltsorts generell nicht zulässig sein soll, hinnehmen müssen. Die bindenden Verfügungen im Erbvertrag sind dann ggf. in möglichst entsprechende der ausländischen Rechtsordnung umzudeuten.

### 2. Gemeinschaftliche Testamente

Unklar ist, inwieweit die speziellen Regelungen des Erbvertrags auch für gemeinschaftliche Testamente Anwendung finden.<sup>16</sup> Diese werden in Art. 3 Abs. 1 lit. c) lediglich in der Weise definiert, dass es sich dabei um ein von zwei oder mehreren Personen in einer einzigen Urkunde errichtetes Testament handelt. Auf dieses müsste daher nicht die Erbvertragsvorschrift des Art. 25, sondern die allgemeine Wirksamkeitsvorschrift des Art. 24 für jeden Erblasser Anwendung finden. Andererseits umfasst nach der Definition des Art. 3 Abs. 1 lit. b) ein Erbvertrag auch eine „Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente“, so dass zumindest für die wechselbezügliche Bindungswirkung die Anwendung des Art. 25 naheliegt. Der beratende Jurist wird im Hinblick auf diese Unsicherheiten immer zum Erbvertrag raten, wenn eine wechselbezügliche bzw. erbvertragliche Bindung gewollt ist, zumal der Ausdruck „Erbvertrag“ durch die ausdrückliche Regelung in der Verordnung im Ausland eindeutig zu interpretieren ist.

### 3. Fallgruppen zur praktischen Handhabung

Bezüglich der Formulierung der Erbverträge kann man wiederum folgende typische Fallgruppen unterscheiden:

*a) Zwei deutsche Staatsangehörige mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland*

Wie beim Testament sind für diesen „normalen“ Ausgangsfall m. E. keine besonderen Vorkehrungen zu treffen. Der Erbvertrag bleibt in jedem Fall, insbesondere auch bei einem unvorhergesehenen Wechsel des Aufenthaltsorts nach Art. 25 Abs. 2 dauerhaft wirksam, ohne dass es einer bestätigenden Rechtswahl bedarf. Ob bezüglich des anwendbaren Erbrechts jeweils eine vorsorgliche Rechtswahl auf das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht ratsam ist, muss im Einzelfall wie beim Testament entschieden werden.

*b) Ein deutscher und ein ausländischer Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland*

Auch in diesem Fall wird der Erbvertrag schon aufgrund der allgemeinen Regelung des Art. 25 Abs. 2 dauerhaft wirksam, weil

<sup>15</sup> Zur Übergangsregel vgl. oben A.III.2.a).

<sup>16</sup> Vgl. dazu Nordmeier, ZEV 2012, 513 ff.; Simon/Buschbaum, NJW 2012, 2393, 2396.

im Zeitpunkt der Beurkundung alle Vertragsbeteiligten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland haben. Vorsorglich wird man in diesem Fall zu einer Rechtswahl auf das durch die Staatsangehörigkeit eines Beteiligten vermittelte deutsche Recht (Art. 25 Abs. 3) raten, da es sich dann beim späteren Erbfall erübrigt, den gewöhnlichen Aufenthaltsort zum Zeitpunkt der Beurkundung des Erbvertrags positiv festzustellen.

Inhaltlich ist für den am Erbvertrag beteiligten ausländischen Staatsangehörigen zu beachten, dass – wie beim Einzeltestament – Verfügungen auf Grundlage des deutschen Erbrechts nur so lange zweifelsfrei möglich sind, wie der gewöhnliche Aufenthalt in Deutschland beibehalten wird. Auch die gegebenenfalls fortgeltende Bindungswirkung des Erbvertrags ändert nichts daran, dass bei einem Aufenthaltswechsel die erbrechtlichen Verfügungen in entsprechende Regelungen des ausländischen Erbrechts umgedeutet werden müssen.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### **Erbvertrag bei Beteiligung eines ausländischen Erblassers:**

*Ich, A, bin ausschließlich deutsche/r Staatsangehörige/r. Ich, B, bin ausschließlich ... Staatsangehörige/r. Wir haben beide unseren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Diesen wollen wir auch dauerhaft beibehalten.*

*Im Hinblick auf unsere unterschiedlichen Staatsangehörigkeiten treffen wir vorsorglich folgende Rechtswahl:*

*(1) Für die Wirksamkeit dieses Erbvertrags und dessen Bindungswirkung soll einheitlich das deutsche Recht als Staatsangehörigkeitsrecht des A gelten. Diese Rechtswahl vereinbaren wir, soweit rechtlich möglich, mit erbrechtlicher Bindungswirkung.*

*(2) Ich, A, wähle außerdem für die Rechtsnachfolge von Todes wegen in mein gesamtes Vermögen das deutsche Recht als mein Staatsangehörigkeitsrecht.*

*(3) Ich, B, wünsche keine Wahl meines derzeitigen Staatsangehörigkeitsrechts, so dass auch meine Verfügungen in diesem Erbvertrag auf dem deutschen Recht (als Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts) beruhen.*

*Der Notar hat uns insbesondere auf Folgendes hingewiesen:*

*– Für die Rechtsnachfolge von Todes wegen von B kommt deutsches Recht nur zur Anwendung, wenn der gewöhnliche Aufenthaltsort zum Todeszeitpunkt noch unverändert in Deutschland liegt; wird dieser ins Ausland verlegt oder wird nachträglich ein ausländisches Staatsangehörigkeitsrecht gewählt, können wesentliche Ziele des Erbvertrags verfehlt werden.*

*– Der Notar muss ausländisches Recht nicht kennen und hat darüber auch nicht beraten, insbesondere auch nicht als inhaltliche Alternative zum deutschen Recht. Wir entlassen ihn insoweit aus jedweder Haftung.*

##### **c) Zwei Deutsche bzw. ein deutscher und ein ausländischer Staatsangehöriger mit gewöhnlichem Aufenthalt im Ausland**

Ohne ausdrückliche Rechtswahl käme es bezüglich der Wirksamkeit des Erbvertrags gemäß Art. 25 Abs. 2 darauf an, ob und mit welchen Bindungswirkungen das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort der Beteiligten einen entsprechenden Erbvertrag zulässt. Aufgrund der Staatsangehörigkeit eines Beteiligten kann aber wie in der vorhergehenden Fallvariante b) das deutsche Recht nach Art. 25 Abs. 3 gewählt werden.

Ebenso kann jeder deutsche Staatsangehörige inhaltlich sein Heimatrecht wählen. Für die erbrechtlichen Verfügungen des ausländischen Beteiligten kann aber weder durch den gewöhn-

lichen Aufenthalt noch durch eine Rechtswahl das deutsche Recht zur Anwendung kommen. Auch wenn die Bindungswirkung des Erbvertrags dem deutschen Recht unterliegt, könnten damit inhaltlich nur solche Verfügungen aufgenommen werden, die das ausländische Erbstatut inhaltlich zulässt.

##### **d) Zwei ausländische Staatsangehörige mit gewöhnlichem Aufenthalt in Deutschland**

Die Form und die Bindung des deutschen Erbvertrags können nach Art. 25 Abs. 2 künftig auch zur Verfügung stehen, wenn nur ausländische Staatsangehörige beteiligt sind, die aber beide ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland haben. Hat dagegen nur einer von ihnen seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort bei Vertragsabschluss im Ausland, muss kumulativ geprüft werden, ob auch dieses Recht (oder ein wählbares anderes Staatsangehörigkeitsrecht) den Erbvertrag materiell-rechtlich zulässt bzw. ob dieser mit Bindungswirkungen, die beide beteiligten Rechte kennen, vereinbart werden kann. Eine bestätigende Rechtswahl zum Recht des gewöhnlichen Aufenthaltsorts ist dagegen nicht möglich, wobei aber Erläuterungen im Erbvertrag sinnvoll sein können, die den gewöhnlichen Aufenthaltsort belegen.

Auch inhaltlich kann wie bei einem Einzeltestament eines ausländischen Staatsangehörigen (vgl. oben Fallvariante B.I.2.c) auf das deutsche Erbrecht abgestellt werden, wiederum kombiniert mit dem Hinweis, dass wesentliche Ziele des Erbvertrags verfehlt werden können, wenn ein Aufenthaltswechsel stattfindet.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### **Erbvertrag ohne Beteiligung eines deutschen Staatsangehörigen:**

*Ich, A, bin ausschließlich ... Staatsangehörige. Ich, B, bin ausschließlich ... Staatsangehöriger. Wir haben beide unseren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Diesen wollen wir auch dauerhaft beibehalten. (Gegebenenfalls nähere Erläuterung zum gewöhnlichen Aufenthaltsort)*

*Unsere Verfügungen in diesem Erbvertrag sollen auf dem deutschen Recht (als Recht unseres jeweiligen gewöhnlichen Aufenthaltsorts) beruhen. Eine Wahl des jeweiligen Staatsangehörigkeitsrechts wünschen wir ausdrücklich nicht.*

*Der Notar hat uns insbesondere auf Folgendes hingewiesen:*

*– Für die jeweilige Rechtsnachfolge von Todes wegen kommt deutsches Recht nur zur Anwendung, wenn der gewöhnliche Aufenthaltsort zum Todeszeitpunkt jeweils noch unverändert in Deutschland liegt; wird dieser ins Ausland verlegt, oder wird nachträglich ein ausländisches Staatsangehörigkeitsrecht gewählt, können wesentliche Ziele des Erbvertrags verfehlt werden.*

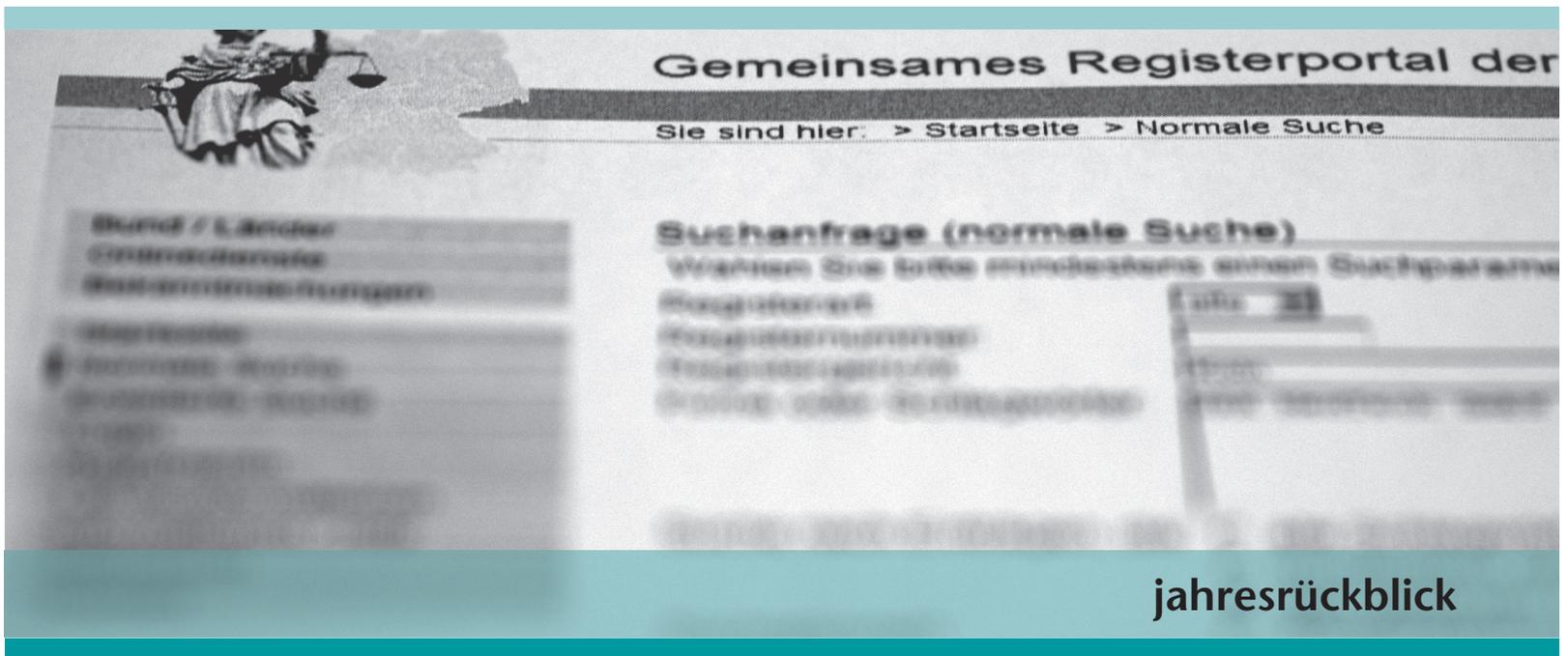
*– Der Notar muss ausländisches Recht nicht kennen und hat darüber auch nicht beraten, insbesondere auch nicht als inhaltliche Alternative zum deutschen Recht. Wir entlassen ihn insoweit aus jedweder Haftung.*



**Dr. Felix Odersky**

ist Notar in Dachau und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für das Erbrecht.

E-Mail: [notare@dachau-sparkassenplatz.de](mailto:notare@dachau-sparkassenplatz.de)



## jahresrückblick

Thomas Kilian

# Registerrecht

## Aktuelle Entwicklungen

Im Berichtszeitraum wurden einige Gerichtsentscheidungen zu den durch das MoMiG entstandenen registerrechtlichen Streitfragen veröffentlicht. Außerdem erging neue Rechtsprechung in den klassischen Schwerpunktbereichen Firmenrecht und internationales Registerrecht sowie zu weiteren Themen. Verabschiedet wurde zudem die Richtlinie zur Verknüpfung der Handels- und Unternehmensregister der Mitgliedstaaten, die noch in das deutsche Registerrecht umgesetzt werden muss.

### A. Rechtsprechung

#### I. Entscheidungen zur Auslegung des modernisierten GmbH-Rechts mit Registerbezug

Im Berichtszeitraum ist weiterführende Rechtsprechung zu Zweifelsfragen des modernisierten GmbH-Rechts ergangen, d. h. Entscheidungen zur Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG und zur Gesellschaftsgründung im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG.

##### 1. Befugnis der Geschäftsführer zur Berichtigung der Gesellschafterliste

Das OLG München<sup>1</sup> beschäftigt sich mit der Frage, wie weit die Berichtigungsbefugnis der Gesellschafter bezüglich der GmbH-Gesellschafterliste reicht. Außerdem äußerte es sich zur Reichweite des durch das MoMiG geschaffenen § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG. Nach diesem sogenannten Korrespondenzgebot muss die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit der Summe des Stammkapitals einer GmbH übereinstimmen. Vorliegend ging es um die Berichtigung einer Gesellschafterliste aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des MoMiG. Es sollte ein vor der Reform gefasster Geschäftsanteils-einziehungsbeschluss nachvollzogen werden. Die streitgegenständliche Liste wies eine Differenz zwischen Stammkapitalziffer und Summe der Nennbeträge aller aufgeführten Anteile in Höhe des Nominalbetrages des eingezogenen Geschäftsanteils auf.

Das OLG München hielt den Geschäftsführer über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG hinaus für befugt, für die Berichtigung technischer Defizite zu sorgen sowie eine inhaltliche Korrektur der Gesellschafterliste herbeizuführen, sofern dies mit Billigung der Gesellschafter erfolge. Sodann stellte das Gericht fest, dass die berichtigte Liste nicht der erst am 1.11.2008 in Kraft getretenen Vorschrift des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG entsprechen muss. Das neu geschaffene Gebot der Übereinstimmung der Summe aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital der GmbH gelte nicht für Sachverhalte vor Inkrafttreten des MoMiG. Bis dahin war über das Gründungsstadium hinaus keine Übereinstimmung von Stammkapital und Summe der Geschäftsanteile vom Gesetz gefordert. Mangels einer Übergangsregelung für Altfälle seien Veränderungen im Gesellschafterbestand vor dem Stichtag vielmehr an dem damals geltenden Recht zu messen. Für die Anwendung des § 5 Abs. 3 S. 2 GmbHG auf Altfälle wäre nach Auffassung des Gerichts eine Überleitungsvorschrift unverzichtbar gewesen. Die Reichweite des Divergenzgebotes ist damit aber noch nicht vollständig geklärt. Gegen eine Anwendbarkeit über das Gründungsstadium der GmbH hinaus hat etwa das Saarländische Oberlandesgericht in einem Verfahren der streitigen Gerichtsbarkeit entschieden.<sup>2</sup> Ein Urteil im Revisionsverfahren gegen diese Entscheidung<sup>3</sup> ist im Berichtszeitraum leider nicht mehr ergangen.

##### 2. Gesellschafterliste mit Testamentvollstreckervermerk unzulässig

Anfang des Jahres 2012 wurde eine Entscheidung des OLG München zu der Frage veröffentlicht, ob das Registergericht berechtigt ist, eine Gesellschafterliste zurückzuweisen, die einen Testamentvollstreckervermerk enthält.<sup>4</sup> Im entschiedenen Fall reichte der GmbH-Geschäftsführer, nachdem ein Gesellschafter verstorben war, eine Gesellschafterliste ein, die anstelle des Erb-

<sup>1</sup> Beschl. v. 30.1.2012 – 31 Wx 483/11, *notar* 2012, 166.

<sup>2</sup> Beschl. v. 1.12.2011 – 8 U 315/10, NZG 2012, 180 f.

<sup>3</sup> BGH, Az: II ZR 6/12.

<sup>4</sup> Beschl. v. 15.11.2011 – 31 Wx 274/11, DNotZ 2012, 305.

lassers dessen Erben in Erbengemeinschaft als Gesellschafter auswies. Zudem enthielt die Liste im Anschluss an die Namen der Erben einen Vermerk folgenden Wortlauts:

*Testamentsvollstreckung als Dauertestamentsvollstreckung ist angeordnet. Gemeinschaftlich zur Vertretung berechnete Testamentsvollstrecker sind ...*

Das Gericht schloss sich der Ansicht an, dass eine Aufnahme des Testamentsvollstreckervermerks in die Gesellschafterliste nicht möglich ist, da es zum einen an einer ausreichenden rechtlichen Grundlage mangle und zum anderen keine Notwendigkeit für einen solchen Vermerk bestehe.<sup>5</sup>

Letzteres begründet das Gericht damit, dass der Inhalt der Gesellschafterliste zwar den Erwerb eines Geschäftsanteils vom Nichtberechtigten ermögele. Gerade nicht geschützt sei aber der gute Glaube in Bezug auf die Existenz des Geschäftsanteils, seine Lastenfreiheit und die Verfügungsbefugnis der aufgeführten Gesellschafter sowie der gute Glaube an die freie Übertragbarkeit von Geschäftsanteilen. Da ein Erwerber somit nicht auf die Befugnis des Erben vertrauen kann, seinen Geschäftsanteil zu übertragen, ist ein Vermerk, der entsprechende Gutgläubigkeit ausschließen soll, nach Ansicht des Gerichts nicht erforderlich. Auch sonst seien keine Gründe ersichtlich, die bei der Abwägung des Bedürfnisses des Rechtsverkehrs an einem entsprechenden Vermerk einerseits und dem Grundsatz der Registerklarheit andererseits für einen solchen Vermerk sprechen. Dies begründet das Gericht damit, dass Gesellschafter einer GmbH keine Entscheidungsbefugnisse haben, die für das Verhältnis der Gesellschaft gegenüber Dritten von Bedeutung sind. Gerade darauf komme es aber an, wenn die Publizitätsfunktion der Gesellschafterliste ein Erfordernis der Eintragung darstellen solle. Das letztgenannte Argument steht im Widerspruch zu der am 15.2.2012 ergangenen Entscheidung des BGH, wonach die für eine Kommanditbeteiligung angeordnete Dauertestamentsvollstreckung eintragungsfähig ist (wiedergegeben unter A.IV.9. dieses Jahresberichts). Da das OLG München in seiner Entscheidung ausdrücklich auf den die Eintragungsfähigkeit bei der Kommanditgesellschaft verneinenden Beschluss des Kammergerichts<sup>6</sup> als Argumentationshilfe Bezug nimmt, kann die Frage als offen bezeichnet werden, bis der BGH Gelegenheit zur Entscheidung erhält.

### 3. Anknüpfung an die aktuellste Gesellschafterliste

Das OLG München<sup>7</sup> beschäftigte sich außerdem mit der Auslegung des § 40 Abs. 2 GmbHG, wenn die zuletzt in den Registerordner aufgenommene Liste auf einen früheren Stichtag Bezug nimmt als eine davor aufgenommene Liste („Überschneidungsfall“).

#### Beispiel:

– Liste der Gesellschafter Stand: 27.2.2008 (Aufnahmedatum: 10.2.2011)

– Liste der Gesellschafter Stand: 30.12.2010 (Aufnahmedatum: 9.2.2011)

Nach dem Wortlaut der Norm hat die vom Notar einzureichende Gesellschafterliste mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinzustimmen. Nach Ansicht des OLG München kann dies jedoch nicht gelten, wenn die zuletzt in den Registerordner aufgenommene Liste zeitlich gesehen nicht die aktuellste ist. Der Notar habe an die Liste mit dem aktuellsten Stichtag anzuschließen, damit der Gesetzeszweck erreicht werden kann, der darin besteht, den Gesellschaftsbestand transparent zu machen. Demnach ist der Wortlaut des § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG in den Überschneidungsfällen teleologisch zu reduzieren.

<sup>5</sup> DNotZ 2012, 305, 307.

<sup>6</sup> Beschl. v. 4.7.1995 – 1 W 5374/92, DNotZ 1996, 813.

<sup>7</sup> Beschl. v. 26.1.2012 – 31 Wx 13/12, DNotZ 2012, 473.

### 4. Wer ist für die Gesellschafterliste zuständig, wenn die Anteilsabtretung vor Inkrafttreten des MoMiG stattfand?

Das KG<sup>8</sup> bestätigte die herrschende Auffassung in der Literatur,<sup>9</sup> wonach nicht der beurkundende Notar, sondern der aktuelle Geschäftsführer einer GmbH zur Einreichung einer Gesellschafterliste zum Handelsregister verpflichtet ist, wenn die zugrundeliegende Abtretung der Geschäftsanteile vor dem Inkrafttreten des MoMiG erfolgt ist. Demnach ist der Notar erstmals dann zur Listeneinreichung verpflichtet, wenn er nach Inkrafttreten des MoMiG an einer Veränderung der Beteiligungsverhältnisse mitgewirkt hat.

#### PRAXISTIPP

##### Zuständigkeit bei Reparatur von Altfällen:

Ein interessanter Teilaspekt der Entscheidung darf in der Praxis nicht übersehen werden. Zur Einreichung der Liste muss nicht erst der im Zeitpunkt der Anteilsabtretung amtierende Geschäftsführer ermittelt und gegebenenfalls ausfindig gemacht werden. Zuständig ist der im Zeitpunkt der Listeneinreichung amtierende Geschäftsführer. Dies ist eine erhebliche Erleichterung für die Praxis.

## II. Internationales Registerrecht

Nach § 13g Abs. 5 HGB ist von den Geschäftsführern einer ausländischen Rechtsträgergesellschaft jede Änderung in der Person der Geschäftsführer zum Handelsregister der deutschen Zweigniederlassung anzumelden und durch Urkunden im Sinne des § 39 Abs. 2 GmbHG nachzuweisen. Neben den sonstigen persönlichen Angaben des neuen Organmitglieds ist ferner eine Versicherung über das Nichtbestehen von Bestellungshindernissen entsprechend § 6 Abs. 2 S. 2 und 3 GmbHG erforderlich. Diese Erschwerung im Vergleich zur Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG zielt an sich auf „Scheinauslandsgesellschaften“,<sup>10</sup> trifft aber in gleichem Maß die Organmitglieder etablierter und im Ausland aktiver Gesellschaften und kann dort auf Unverständnis stoßen. Einen solchen Fall hatte das Kammergericht zu entscheiden. Da § 8 Abs. 3 S. 2 GmbHG die Belehrung über die Bestellungshindernisse auch durch einen ausländischen Notar oder einen Konsularbeamten ermöglicht, ist diese Gesetzesverschärfung hinzunehmen. Eine dagegen gerichtete Beschwerde wies das KG daher zurück.<sup>11</sup>

## III. Firmenrecht

Firmenrechtlich war es ein ruhiges Jahr. Hinzuweisen ist auf die Entscheidung des OLG Celle<sup>12</sup> zu der Frage, ob bei Änderung der Firma der Komplementär-GmbH einer GmbH & Co. KG eine Pflicht der KG zur Anmeldung der Firmenänderung besteht. Das Gericht entschied sich unter Berufung auf § 107 HGB gegen eine Anmeldepflicht. Dort sei nicht festgelegt, dass auch dann eine Anmeldung erfolgen müsse, wenn sich lediglich die Firma (d. h. der Name) eines Gesellschafters, nicht aber die Firma der Gesellschaft selbst ändere. Ebenso wie bei der Änderung des Namens einer natürlichen Person, die Gesellschafter einer Personengesellschaft ist, sei das Register von Amts wegen – gegebenenfalls auf Anregung eines Beteiligten – gemäß § 17 HRV zu berichtigen.

<sup>8</sup> Beschl. v. 23.2.2012 – 25 W 97/11, DNotZ 2012, 555.

<sup>9</sup> Wachter, ZNotP 2008, 378, 392; Michalski/Terlau, GmbHG, 2010, § 40 Rn 46.

<sup>10</sup> BT-Drucks 16/6140, S. 49 f.

<sup>11</sup> Beschl. v. 7.2.2012 – 25 W 5/12, DNotZ 2012, 791.

<sup>12</sup> Beschl. v. 18.9.2012 – 9 W 124/12; bisher unveröffentlicht, abrufbar auf der Webseite des DNotI.

**PRAXISTIPP****Anmeldung der KG weiterhin empfohlen:**

Da es gute Argumente für die gegenteilige Auffassung gibt,<sup>13</sup> ist bis zu einer Klärung der Frage durch den BGH davon auszugehen, dass die Registergerichte weiterhin eine Anmeldepflicht der KG bejahen.

Erwähnt werden soll zudem eine Entscheidung des OLG München zur **Verwendung von Phantasiepersonennamen**. Es ging um die Eintragung der Firma „E. D. e. K.“ in das Handelsregister. Der Firmenname „E. D.“ entsprach nicht dem bürgerlichen Namen des Kaufmanns. Das Registergericht wies die Anmeldung zurück, da ein Verstoß gegen das Irreführungsverbot aus § 18 Abs. 2 HGB vorliege. Es werde auf den Namen „E. D.“ Bezug genommen, daher sei weder eine Phantasiefirma noch eine Mischform zwischen Sach- und Phantasiefirma gegeben. Der Name stehe in keinerlei Bezug zum Firmeninhaber. Es handele sich um eine Firmenbildung mit dem Namen eines Dritten. Das Registergericht argumentierte, dass die Verwendung des Namens einer Person, die nicht an dem Unternehmen beteiligt sei, jedenfalls bei einer Einzelfirma regelmäßig zur Irreführung über wesentliche Geschäfte geeignet ist. Dem trat das OLG München mit dem Argument entgegen, dass mit dem liberalisierten Firmenrecht den Unternehmern größere Wahlmöglichkeiten bei der Bildung aussagekräftiger und werbewirksamer Firmen eingeräumt worden sind. **Daher sind auch Phantasie-, Sach- und Personennamen oder Mischformen zulässig.** Die Verwendung des Namens einer tatsächlich nicht existierenden Person in der Firma berge daher nach aktuellem Recht keine relevante Irreführungsgefahr.

**IV. Weitere Entscheidungen****1. Betragsmäßige Übereinstimmung eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses mit der Bekanntmachung im Bundesanzeiger**

Das OLG München<sup>14</sup> hatte auch über einen Fall zu entscheiden, in welchem der Vollzug folgender GmbH-Kapitalherabsetzung im Register im Streit stand:

*Das Stammkapital der Gesellschaft ist von € 256.000 um € 231.000 auf € 25.000 herabgesetzt worden. § 3 Abs. (1) des Gesellschaftsvertrages wurde entsprechend geändert und neu gefasst.*

Die zuvor rechtzeitig im elektronischen Bundesanzeiger verlautbarte Bekanntmachung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses lautet wie folgt:

*Das Stammkapital der Gesellschaft ist von € 256.000 um € 230.645,94 € auf € 25.000 € herabgesetzt. Die Gläubiger der Gesellschaft werden aufgefordert, sich bei der Gesellschaft zu melden.*

Das Gericht lehnte die Eintragung der Kapitalherabsetzung ab, da der Beschluss über die Herabsetzung des Stammkapitals inhaltlich falsch bekannt gemacht worden war. **In der Bekanntmachung sei der Herabsetzungsbetrag zu niedrig beziffert.** Da die Anmeldung erst nach Ablauf eines Jahres nach ordnungsgemäßer Bekanntmachung erfolgen dürfe, bestehe ein Eintragungshindernis. Die öffentliche Bekanntmachung des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG soll u. a. den Gefahren für die Gläubiger Rechnung tragen.<sup>15</sup> Sie dient damit dem Gläubigerschutz. Im Hinblick darauf muss der Inhalt des bekannt gemachten Kapitalherabsetzungsbeschlusses aus sich selbst heraus ver-

ständig, eindeutig und zweifelsfrei gefasst sein. Aus diesem Grund darf es nicht darauf ankommen, wie der bekannt gemachte Beschluss auszulegen sei, das heißt, es muss klar sein, wie hoch das Stammkapital künftig ist. Die Kapitalherabsetzung war daher erst nach erneuter (richtiger) Bekanntmachung eintragungsfähig. Somit war das Sperrjahr erneut abzuwarten.

**PRAXISTIPP****Einstellung des Papierbundesanzeigers:**

Durch das „Gesetz zur Änderung von Vorschriften über Verkündung und Bekanntmachungen sowie der Zivilprozessordnung, des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung“ vom 22.12.2011<sup>16</sup> wurde zum 1.4.2012 der „elektronische Bundesanzeiger“ in „Bundesanzeiger“ umbenannt. Zugleich wurde die gedruckte Fassung des Bundesanzeigers eingestellt. Veröffentlichungen erfolgen seit diesem Zeitpunkt nur noch elektronisch. Der Bundesanzeiger ist unter [www.bundesanzeiger.de](http://www.bundesanzeiger.de) kostenfrei abrufbar.

**2. Gebot der Übereinstimmung der inländischen Geschäftsanschrift mit dem Sitz der Personengesellschaft**

Einem Beschluss des OLG Schleswig<sup>17</sup> lag die Frage zu Grunde, ob eine **GmbH & Co. KG** ihren Sitz in eine andere Gemeinde verlegen und dabei die bisherige, im Register eingetragene Geschäftsanschrift am alten Sitzort beibehalten kann. Das Gericht verneinte diese Frage mit der Begründung, dass sich aus den Gesetzesmaterialien zum MoMiG ergebe, dass eine **freie Wahl der inländischen Geschäftsanschrift bei Personenhandelsgesellschaften** und Einzelkaufleuten anders als bei den Kapitalgesellschaften gerade nicht gewollt gewesen und damit **unzulässig** sei. Durch die Veröffentlichung einer frei gewählten inländischen Geschäftsanschrift würde die beabsichtigte – wegen Fehlens der nur für Kapitalgesellschaften geltenden flankierenden Vorschriften über die öffentliche Zustellung (§ 185 Nr. 2 ZPO, § 15a HGB) –, bloß faktisch wirkende Zustellungserleichterung gerade nicht erreicht. Die Veröffentlichung einer Anschrift, unter der tatsächlich kein Vertreter der Gesellschaft erreichbar ist, würde etwaige Gläubiger der Gesellschaft vielmehr in die Irre leiten. Die Konsequenzen aus der falschen Angabe der Geschäftsanschrift würden wegen der fehlenden Möglichkeit der öffentlichen Zustellung an die eingetragene Anschrift anders als bei den Kapitalgesellschaften nicht die Gesellschaft treffen, sondern die Gläubiger, die sich auf die Richtigkeit der registrierten Anschrift verlassen.

**3. Betreuungsgebühr für Erstellung der GmbH-Gesellschafterliste und Einholung der firmenrechtlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung der IHK**

Wie bereits im Jahresrückblick zum Kostenrecht berichtet, hatte der BGH<sup>18</sup> Gelegenheit zur Rechtmäßigkeit der Betreuungsgebühr im Gesellschaftsrecht Stellung zu nehmen. Konkret ging es um die Frage, ob für die Erstellung der GmbH-Gesellschafterliste und die Einholung der Stellungnahme der zuständigen Industrie- und Handelskammer zur firmenrechtlichen Unbedenklichkeit eine Gebühr nach § 147 KostO anfällt.

Der BGH entschied, dass einem Notar, der die Gründung einer GmbH beurkundet, für die Fertigung der Gesellschafterliste nach § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG **nach der Rechtslage vor Inkrafttreten des MoMiG keine Betreuungsgebühr** zusteht. Bei der Erstellung der Gesellschafterliste handele es sich um eine Vollzugstätigkeit zum Beurkundungsgeschäft, für die der Notar neben der Beurkundungsgebühr grundsätzlich nur dann eine weitere Gebühr

<sup>13</sup> *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rn 182.

<sup>14</sup> *Beschl. v. 4.4.2011 – 31 Wx 131/11*, *notar* 2012, 410.

<sup>15</sup> *Ebenso Baumbach/Hueck/Zöllner*, GmbHG, 19. Aufl., § 58 Rn 3; *Lutter/Hommelhoff/Lutter*, GmbHG, 17. Aufl., § 58 Rn 3.

<sup>16</sup> *BGBI I* 2011, 3044 ff.

<sup>17</sup> *Beschl. v. 14.11.2011 – 2 W 48/11*, *notar* 2012, 205.

<sup>18</sup> *Beschl. v. 14.2.2012 – II ZB 18/10*, *notar* 2012, 209.

erhalte, wenn die besonderen Voraussetzungen des § 146 Abs. 3 KostO erfüllt sind.

Der BGH führte jedoch ergänzend aus, dass eine andere Beurteilung für die Zeit ab dem Inkrafttreten des MoMiG in Erwägung zu ziehen sei, da dem Inhalt der Gesellschafterliste nunmehr eine größere Bedeutung zukommt (vgl. §§ 16, 40 GmbHG n. F.).

Diesbezüglich liegt inzwischen eine Entscheidung des OLG Hamm vor, wonach dem Notar für die Fertigung einer nach § 40 Abs. 2 S. 1 GmbHG bescheinigten Gesellschafterliste eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO zusteht.<sup>19</sup>

Der BGH entschied darüber hinaus, dass für die auftragsgemäße Einholung der firmenrechtlichen Unbedenklichkeitsstellungnahme der IHK eine Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO anfällt. Der Ausschlussatbestand des § 147 Abs. 3 KostO ist hier nicht erfüllt, weil die Einholung der Unbedenklichkeitsstellungnahme anders als die Erstellung der Gesellschafterliste kein gebührenfreies Nebengeschäft nach § 35 KostO darstellt.

#### 4. Anspruch auf abweichende Steuerfestsetzung aus Billigkeitsgründen bei verspäteter Eintragung der Handelsregisteranmeldung aufgrund Serverfehlers im Bereich der Justiz

In einem vom FG Düsseldorf<sup>20</sup> entschiedenen Fall hatte eine GmbH am 16.11.2007 mit ihrer alleinigen Gesellschafterin einen notariell beurkundeten Ergebnisabführungsvertrag (EAV) geschlossen, in dem sie sich verpflichtete, erstmals für das ab dem 1.1.2007 laufenden Geschäftsjahr ihren gesamten Gewinn an ihre Gesellschafterin abzuführen. Der EAV wurde nebst Zustimmungsbeschlüssen der beteiligten Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung und Begleitschreiben am 10.12.2007 durch den beurkundenden Notar im Wege der elektronischen Registeranmeldung zur Eintragung in das Handelsregister übermittelt und ging dort am selben Tag auf dem Server des Justizministeriums ein. Aufgrund einer technischen Panne bei der Weiterverarbeitung der eingegangenen Daten wurden die Anmeldedokumente zunächst nicht an das zuständige Registergericht weitergeleitet. Erst am 7.1.2008 wurde der EAV in das Handelsregister eingetragen. Die Eintragungsvoraussetzungen für den EAV lagen aber nachweislich bereits am 13.12.2007 vor.

Das Finanzamt lehnte den Antrag der GmbH auf Herabsetzung der Vorauszahlungen zur Körperschaftsteuer und des Gewerbesteuermessbetrags für Vorauszahlungszwecke für das Streitjahr (2007) auf Null ab. Als Begründung wurde angeführt, dass der EAV erst mit der Eintragung im Jahr 2008 wirksam geworden sei. Das FG Düsseldorf gab dem Antrag auf Steuerfestsetzung gemäß § 163 AO statt. Begründet wurde dies damit, dass eine Steuerfestsetzung wegen der Nichtanerkennung des EAV offenkundig unbillig sei, da die steuerpflichtige GmbH die verspätete Handelsregistereintragung nicht zu vertreten habe. Über die gegen dieses Urteil eingelegte Nichtzulassungsbeschwerde des Finanzamts hat der BFH<sup>21</sup> leider nicht in der Sache entschieden, jedoch obiter dictum erkennen lassen, dass er die Entscheidung des Finanzgerichts für richtig hält.

#### PRAXISTIPP

##### Anmeldung von Unternehmensverträgen:

Entspricht das Wirtschaftsjahr der Gesellschaft dem Kalenderjahr, so muss die Anmeldung des Unternehmensvertrages zum Handelsregister so rechtzeitig erfolgen, dass die Eintragung bis zum

31.12. erfolgt, damit der Vertrag steuerlich ab dem 1.1. des Folgejahres gemäß § 14 Abs. 1 S. 2 KStG anerkannt wird. Nach einer Entscheidung des OLG München soll darüber hinaus auch die Beendigung eines Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrages nur zum (Geschäfts-)Jahresende erfolgen können.<sup>22</sup>

#### 5. Funktion „Sprecher der Geschäftsführung“ bei der GmbH nicht eintragungsfähig

Der Entscheidung des OLG München<sup>23</sup> lag folgende Registeranmeldung einer GmbH zugrunde:

*Zum weiteren Geschäftsführer der Gesellschaft wurde S. G. bestellt. Die Vertretung durch den neuen Geschäftsführer ist geregelt wie folgt: ... R. L. bisher bereits Geschäftsführer der Gesellschaft, ist jetzt Sprecher der Geschäftsführung.*

Das Gericht verneint die Eintragungspflichtigkeit und die Eintragungsfähigkeit der Sprecherfunktion. Es begründet dies damit, dass weder das GmbHG die Stellung eines „Sprechers der Geschäftsführung“ kenne noch § 43 Ziff. 4 Handelsregisterverordnung (HRV) eine Eintragungspflicht für eine solche Funktion vorsehe. Auch für eine entsprechende Anwendung der für eine AG bzw. eine SE (Europäische Aktiengesellschaft) geltenden Regelung in § 43 Ziff. 4b HRV, wonach der Vorsitzende des Vorstandes bzw. des Leitungsorgans bei der Eintragung besonders zu bezeichnen ist, sei kein Raum. Die sachliche Rechtfertigung hierfür liegt allein in § 84 Abs. 2 AktG. Das GmbHG kennt dagegen eine herausgehobene Stellung eines von mehreren Mitgliedern des Vertretungsorgans nicht. Das Handelsregister hat auch nicht die Aufgabe, sonstige Rechtsverhältnisse der Unternehmer und Unternehmen darzustellen, insbesondere nicht solche internen Verhältnisse, die z. B. auf die Vertretung des Rechtsträgers durch Organe oder Prokuristen keinen Einfluss haben. Insbesondere darf das Handelsregister durch solche Eintragungen nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass geben. Letzteres lässt sich nach Auffassung des Gerichts bei einer Eintragung der Funktion „Sprecher der Geschäftsführung“ aber nicht ausschließen.

#### 6. Erweitertes Prüfungsrecht des Registergerichts bei Satzungsänderung eines Vereins

Im Berichtszeitraum erging eine erste Entscheidung zur neu gefassten Vorschrift des § 71 Abs. 1 S. 3 BGB durch das OLG München.<sup>24</sup> Nach dieser Vorschrift sind der Anmeldung bei einer Satzungsänderung nunmehr eine Abschrift des die Änderung enthaltenden Beschlusses und der vollständige Wortlaut der Satzung beizufügen. Dabei müssen die geänderten Bestimmungen mit dem Beschluss über die Satzungsänderung, die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt eingereichten vollständigen Wortlaut der Satzung und – wenn die Satzung geändert worden ist, ohne dass eine vollständige Fassung eingereicht wurde – auch mit den zuvor eingetragenen Änderungen übereinstimmen (§ 71 Abs. 1 S. 4 BGB). In formeller Hinsicht muss daher für einen Vollzug der zur Eintragung angemeldeten Satzungsänderung zusätzlich zum Änderungsbeschluss eine vollständige aktuelle Satzungsfassung eingereicht werden. Dabei muss die „Satzungshistorie“ korrekt sein.<sup>25</sup> Interessant ist, dass das OLG München dem Registergericht in seiner Entscheidung das Recht zuerkennt und die Pflicht auferlegt, zu prüfen, ob der eingereichte Wortlaut der Satzung tatsächlich der aktuellen Fassung entspricht.

<sup>22</sup> Beschl. v. 16.3.2012 – 31 Wx 70/12, DNotZ 2012, 635.

<sup>23</sup> Beschl. v. 5.3.2012 – 31 Wx 47/12, DNotZ 2012, 557.

<sup>24</sup> Beschl. v. 15.9.2011 – 31 Wx 363/11, MittBayNot 2012, 58.

<sup>25</sup> Palandt/Ellenberger, § 71 Rn 2.

<sup>19</sup> Beschl. v. 31.5.2012 – 15 W 687/10, MittBayNot 2012, 510.

<sup>20</sup> Beschl. v. 17.5.2011 – 6 K 3100/09, zitiert nach juris.

<sup>21</sup> Beschl. v. 23.4.2012 – I B 100/11, zitiert nach juris.

## 7. Berichte bei Vereinsverschmelzung

Das OLG Bamberg<sup>26</sup> bestätigte in einer Entscheidung die h. M., dass bei der Vereinsverschmelzung **auch dann** gemäß § 8 Abs. 1 S. 1 UmwG **Verschmelzungsberichte beider Vereine** vorgelegt werden müssen, **wenn alle den Verschmelzungsbeschluss fassenden Mitglieder** auf dessen Erstellung zu notarieller Urkunde **verzichtet haben**. Anders ist dies nur, wenn alle Anteilshaber eine notariell beurkundete Verzichtserklärung abgegeben haben. Für eingetragene Vereine bedeutet dies, dass entsprechende Erklärungen aller – nicht nur der in der Mitgliederversammlung erschienenen – Vereinsmitglieder erforderlich sind. Denn nur dies entspricht dem Schutzzweck der durch § 8 Abs. 1 UmwG statuierten Berichtspflicht, die durch eine ausführliche Vorabinformation jedes einzelne Mitglied in die Lage versetzen soll, über die Verschmelzung in Kenntnis aller für das Vorhaben maßgebenden Umstände sachgerecht abzustimmen. Im entschiedenen Fall waren in den Mitgliederversammlungen aber nur jeweils ein Bruchteil der Vereinsmitglieder anwesend. Die von diesen abgegebene Verzichtserklärung war für § 8 Abs. 3 UmwG unzureichend.

## 8. Negative Abfindungsversicherung bei Sonderrechtsnachfolge in Kommanditanteil

In einer Entscheidung des OLG Nürnberg<sup>27</sup> ging es um das Erfordernis der negativen Abfindungsversicherung bei der Anmeldung der Sonderrechtsnachfolge in einen Kommanditanteil. Durch die Forderung nach einer „negativen Abfindungsversicherung“ wird sichergestellt, dass das Registergericht das für eine Sonderrechtsnachfolge wesentliche, sie von dem bloßen gleichzeitigen Austritt eines bisherigen und dem Eintritt eines neuen Kommanditisten unterscheidende, tatbestandliche Merkmal feststellen kann. Das Erfordernis einer Abfindungsversicherung, die nach außen deutlich macht, dass es sich um eine Übertragung der Mitgliedschaft ohne jegliche Bestandsänderung gehandelt hat, ist deshalb rechtmäßig. Solange die Eintragung des Nachfolgevermerks die Haftungsverhältnisse des Anteilsveräußerers verändern kann, besteht auch ein Bedürfnis für die Abfindungsversicherung. Das Gericht stellte weiter klar, dass eine **Erklärung** verlangt werden könne, dass **„keinerlei Abfindung“** bezahlt worden sei. Dieses durch das Reichsgericht<sup>28</sup> begründete „standardisierte registerrechtliche Verfahren“ ist vom Bundesgerichtshof bestätigt worden.<sup>29</sup> Nicht zuzustimmen ist dem Postulat des OLG Nürnberg, dass die negative Abfindungsversicherung von sämtlichen Gesellschaftern der KG abzugeben sei. Richtig ist, dass die Erklärung von sämtlichen Komplementären sowie durch den übertragenden Kommanditisten abgeben werden muss.<sup>30</sup> Manche Registergerichte verlangen zudem eine Versicherung des Erwerbers, dass keine Abfindung gezahlt oder versprochen wurde.

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Negative Abfindungsversicherung:

*Der persönlich haftende Gesellschafter und der ausscheidende Kommanditist versichern, dass dem ausscheidenden Kommanditisten von Seiten der Gesellschaft keinerlei Abfindung für die von ihm aufgegebenen Rechte aus dem Gesellschaftsvermögen gewährt oder versprochen worden ist.*

<sup>26</sup> Beschl. v. 18.6.2012 – 6 W 26/12, FGPRax 2012, 209.

<sup>27</sup> Beschl. v. 26.6.2012 – 12 W 688/12, FGPRax 2012, 211.

<sup>28</sup> DNotZ 1944, 195.

<sup>29</sup> Beschl. v. 19.9.2005 – II ZB 11/04, DNotZ 2006, 135.

<sup>30</sup> KG FGPrax 2009, 177, Beschl. v. 28.4.2009 – 1 W 389/08; OLG Zweibrücken, Beschl. v. 14.6.2000 – 3 W 92/00, RPfeger 2002, 156; noch enger: *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl., Rn 750, Komplementäre in vertretungsberechtigter Zahl und veräußernder Kommanditist.

## 9. Eintragungsfähigkeit der Dauertestamentsvollstreckung über den Nachlass eines Kommanditisten

Der BGH<sup>31</sup> hatte im Berichtszeitraum über die Zulässigkeit der folgenden Eintragung in das Handelsregister einer GmbH & Co. KG für die Erben einer Kommanditbeteiligung zu entscheiden:

*Der Gesellschafter J. B. ist verstorben. Seine Beteiligung ist auf die Erben-gemeinschaft, bestehend aus R. B. und M. B., im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergegangen. Es ist Testamentsvollstreckung angeordnet.*

Der BGH ließ in seiner Entscheidung die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks für Fälle zu, in denen Dauertestamentsvollstreckung gemäß § 2209 BGB angeordnet ist. In diesen Fällen bestehe ein schutzwürdiges Bedürfnis des Rechtsverkehrs, durch das Handelsregister über die angeordnete Dauertestamentsvollstreckung informiert zu werden.

## B. EU-Richtlinie zur Verknüpfung der Unternehmensregister

Ausgehend von der liberalen **Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs** zur Niederlassungsfreiheit der Kapitalgesellschaften<sup>32</sup> und der Fortentwicklung des **sekundären Gemeinschaftsrechts, das mehr und mehr eine Zusammenarbeit der verschiedenen Registergerichte** voraussetzt,<sup>33</sup> wurde im Jahr 2010 ein **Richtlinienentwurf** veröffentlicht mit dem Ziel, die nationalen Handels- und Unternehmensregister zu vernetzen.<sup>34</sup>

Dieser erste Entwurf berücksichtigte nur unzureichend, dass die derzeitigen **Registerstandards in der EU sehr unterschiedlich** sind.<sup>35</sup> Während des Gesetzgebungsverfahrens flossen die von den Mitgliedstaaten geäußerten Bedenken in einen **Kompromissvorschlag** des Rates ein, der nun weitgehend Gesetz geworden ist.<sup>36</sup> Damit ist die Änderungsrichtlinie auf das für eine Erleichterung der innereuropäischen Registerzusammenarbeit erforderliche Maß zugeschnitten worden. Es wurde insbesondere ausdrücklich **festgeschrieben**, dass es **kein zentrales europäisches Handelsregister** und keine Paralleldatenbank neben den nationalen Registern geben wird. Die europäische Registerplattform soll überdies weder den Inhalt der in den inländischen Registern gespeicherten Daten zu Gesellschaften noch die durch das System der Registervernetzung übertragenen Daten ändern können.

Weiterhin wurde **ausdrücklich normiert**, dass das Handelsregister der Zweigniederlassung **sein eigenes nationales Verfahrensrecht** auf die Löschung der Zweigniederlassung **anzuwenden hat**, wenn es von einem ausländischen Register über die Löschung der Muttergesellschaft informiert wurde. Eine Anwendung der Richtlinie auf Zweigniederlassungen von Gesellschaften mit Sitz außerhalb der EU wurde zudem ausgeschlossen.

Der neue Gesetzgebungsakt schafft keine neue Richtlinie, sondern ändert drei bereits existierende Richtlinien ab. **Nachfolgend** werden die **einzelnen Änderungen dargestellt**.

<sup>31</sup> Beschl. v. 14.2.2012 – II ZB 15/11, *notar* 2012, 204.

<sup>32</sup> EuGH, Urt. v. 9.3.1999 – C-212/97 – Slg. I-1459 – Centros; Urt. v. 5.11.2002 – C-208/00 – Slg. I-9919 – Überseering; Urt. v. 30.9.2003 – C-167/01 – Slg. I-10155.

<sup>33</sup> RL 2005/56/EG (Richtlinie über grenzüberschreitende Fusionen), RL 89/666/EWG (Richtlinie über die Offenlegung von Zweigniederlassungen), VO (EG) 2157/2001 (Verordnung über die Europäische Aktiengesellschaft).

<sup>34</sup> KOM(2011) 79 endg. vom 24.2.2011; siehe auch *notar* 2012, 302 ff.

<sup>35</sup> Vgl. nur die Kurzdarstellungen zum ausländischen Handelsregisterrecht in Schmidt-Kessel/Leutner/Brunnschweiler, Handelsregisterrecht, S. 405 ff.

<sup>36</sup> Beschl. des Rates v. 10.5.2012.

## I. Änderung der Publizitätsrichtlinie

Zunächst ist eine Anpassung der Publizitätsrichtlinie<sup>37</sup> vorgesehen. Hier wurde eine Bestimmung eingefügt, wonach Registereintragungen **in der Regel innerhalb von 21 Tagen** nach Änderung einer eintragungspflichtigen Tatsache zu aktualisieren sind.<sup>38</sup>

Zudem erhalten alle Kapitalgesellschaften eine **europaweit einheitliche** Handelsregisternummer („Kennung“), um ihre Ermittlung auf europäischer Ebene zu erleichtern. Diese einheitliche Registernummer **ist nicht zum Gebrauch im Rechtsverkehr** bestimmt. Die Gesellschaften müssen weiterhin ihre inländische Registernummer für Kommunikationszwecke (Geschäftsbriefe, E-Mail usw.) benutzen.<sup>39</sup>

Außerdem soll der grenzübergreifende Zugang zu einem einheitlichen Mindestsatz an Unternehmensinformationen ermöglicht werden. Dazu werden die **Mitgliedstaaten verpflichtet, bestimmte Registereintragungen und Urkunden zur Veröffentlichung im europäischen E-Justice-Portal zur Verfügung zu stellen**. Zudem müssen die Mitgliedstaaten allgemein und aktuell erläutern, wie rechtsverbindlich die eingetragenen Unternehmensinformationen nach dem jeweils anwendbaren nationalen Gesellschaftsrecht sind, insbesondere in welchem Umfang sich Dritte auf die Registereintragungen und hinterlegte Urkunden berufen können („öffentlicher Glaube“).<sup>40</sup> Schließlich wird **das Heimatregister verpflichtet, die registerführenden Stellen der anderen Mitgliedstaaten über das System der Registervernetzung unverzüglich zu benachrichtigen, wenn ein Insolvenz- oder Liquidationsverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft eröffnet wurde**, und darüber, dass es beendet wurde. Eine Informationspflicht gibt es künftig auch, wenn die **Löschung aus dem Heimatregister** erfolgt, sofern dies für die Gesellschaft nach ihrem Heimatrecht rechtserheblich ist.<sup>41</sup>

## II. Änderung der Zweigniederlassungsrichtlinie

Außerdem wird die Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>42</sup> dahingehend geändert, dass auch jede Zweigniederlassung einer Kapitalgesellschaft eine **europaweit einheitliche Kennung** (Handelsregisternummer) bekommt, die ihre zweifelsfreie Ermittlung sowie Rückschlüsse auf die Identität der Muttergesellschaft ermöglichen muss. Auch diesbezüglich stellt die Richtlinie klar, dass diese neue Nummer nicht an die Stelle der bisherigen nationalen Kennung treten soll und nicht zur Verwendung im Rechtsverkehr gedacht ist. Sie dient nur internen Zwecken der Registerkommunikation.<sup>43</sup>

Zudem wird das Register einer ausländischen Zweigniederlassung dazu verpflichtet, dem gemeinsamen Registerportal der EU auf elektronischem Wege mitzuteilen, dass ein Insolvenz- oder Liquidationsverfahren über das Vermögen einer Gesellschaft eröffnet und dass es beendet wurde, ferner, sofern für die Gesellschaft nach ihrem Heimatrecht rechtserheblich, deren Löschung aus dem Heimatregister. Positiv hervorzuheben ist, dass **die Entscheidung darüber, wie nach Eingang einer solchen Mitteilung beim Register der Zweigniederlassung verfahren wird**, das heißt, ob ihr Rechtsverbindlichkeit zugestanden oder ob sie lediglich als unverbindliche Information betrachtet wird, **den Mitgliedstaaten überlassen wird**.

<sup>37</sup> RL 2009/101/EG.

<sup>38</sup> Art. 2a RL 2009/101/EG.

<sup>39</sup> Erwägungsgrund 14 der Richtlinie.

<sup>40</sup> Art. 3a der Richtlinie.

<sup>41</sup> Art. 3d der Richtlinie.

<sup>42</sup> RL 89/666/EWG.

<sup>43</sup> Erwägungsgrund 14 der Richtlinie.

## III. Änderung der Fusionsrichtlinie

Die im Kommissionsentwurf vorgesehene Änderung der Richtlinie betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften,<sup>44</sup> wonach sich die Handelsregister bei grenzübergreifenden Verschmelzungen künftig wechselseitig auf elektronischem Wege in standardisierter Form benachrichtigen sollten, ist in der Endfassung der Richtlinie nicht mehr vorgesehen. Stattdessen wird **nur vorgeschrieben, dass die Mitteilung der Eintragung der Verschmelzung im Register des übernehmenden Rechtsträgers an das Register des übertragenden Rechtsträgers über das gemeinsame europäische Registersystem zu erfolgen hat**. Weitere Formvorschriften enthält die Richtlinie nicht. Die bisherige Benachrichtigung des Registers per E-Mail wird es damit nach Umsetzung der Richtlinie voraussichtlich nicht mehr geben. Im Ergebnis ist dies ein zu begrüßender Gewinn an Rechtssicherheit und ermöglicht eine weitere Professionalisierung der Registerzusammenarbeit in Europa.

## IV. Weitere Punkte

Anders als zunächst vorgesehen, wird die Kommission in der Richtlinie nicht mehr gemäß Art. 290 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 2 AEUV zum Erlass delegierter Rechtsakte ermächtigt. Stattdessen ist nunmehr geregelt, **dass die Kommission nur Durchführungsrechtsakte nach Art. 291 AEUV im Prüfverfahren** gemäß Art. 5 der Verordnung 182/2011 **erlassen kann**.<sup>45</sup> Damit ist eine Beteiligung der Mitgliedstaaten an der Ausgestaltung der Details des europäischen Registersystems dem Grunde nach gegeben. Allerdings ermöglicht das Prüfverfahren gemäß Art. 5 der Verordnung 182/2011 unter bestimmten Umständen auch Beschlüsse mit qualifizierter Mehrheit. Was die spätere Ausgestaltung des europäischen Registernetzes (neue Artikel 4b Abs. 3 und 4c der Richtlinie 2009/101/EG) betrifft, **muss aber berücksichtigt werden, dass nach dem Zweck der Richtlinie in diesem Verfahren keine Durchführungsakte erlassen werden können, die die Mitgliedstaaten zu einer Harmonisierung oder Anpassung ihrer nationalen Registersysteme zwingen würden**.<sup>46</sup>

### INFO

#### Hinweis:

Eine vertiefte Darstellung der einzelnen Änderungen und eine erste Einschätzung, welche Auswirkungen diese auf die notarielle Praxis haben werden, finden Sie im Bericht aus Brüssel in *notar* 2012, 302 ff. Europäische oder nationale Umsetzungsrechtsakte sind im Berichtszeitraum naturgemäß nicht mehr ergangen. Wir werden unsere Leser über die Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht und den Erlass der europäischen Durchführungsrechtsakte informieren.



**Dr. Thomas Kilian**

ist Notar in Aichach, Lehrbeauftragter der Ludwig-Maximilians-Universität München und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für das Registerrecht.

E-Mail: Dr.Kilian@notare-aichach.de

<sup>44</sup> RL 2005/56/EG.

<sup>45</sup> Zu diesem Verfahren im Detail *Sydow*, JZ 2012, 157 ff. und *Daiber*, EuR 2012, 240 ff.

<sup>46</sup> Erwägungsgründe 10 und 11 der Richtlinie.



interview

## Urkundsarchiv im Wandel: Aufbruch ins elektronische Zeitalter

Interview mit Dr. Alfred Moser, Geschäftsführer der cyberDoc GmbH & Co. KG

Die Österreichische Notariatskammer hat mit dem sogenannten cyberDOC ein elektronisches Urkundenarchiv geschaffen, in das bereits seit dem Jahr 2000 alle Urkunden österreichweit abgelegt werden. Damit können notarielle Urkunden dauerhaft in elektronischer Form gespeichert und aufbewahrt werden. Wie wird die Sicherheit eines solchen Urkundenarchivs gewährleistet, wer kann Einsicht nehmen und wie wird das Archiv finanziert? Für die Zeitschrift *notar* befragte Notar Felix Kuhn, Vorsitzender des Württembergischen Notarvereins, Herrn Dr. Alfred Moser, den Geschäftsführer der cyberDOC GmbH & Co. KG.

> **notar:** Sehr geehrter Herr Dr. Moser, welche Idee stand hinter der Schaffung von cyberDOC, dem elektronischen Urkundenarchiv, und nach welchen Regeln wird archiviert?

> **Moser:** In den neunziger Jahren des letzten Jahrhunderts verdichtete sich die Idee, auch für die Speicherung von notariellen Urkunden ein zentrales Archiv zu schaffen und damit auch die Gerichte von alten Akten zu entlasten.

Immerhin nahm man sich zwei Jahre Zeit, um das gesamte Konzept zu entwickeln. Die gründliche Planung war deswegen besonders wichtig, weil ja schließlich nicht nur ein elektronisches Urkundenarchiv aufgebaut werden sollte, sondern auch eine Kommunikationsplattform für die Übermittlung von Dokumenten an Firmenbuch und Grundbuch.

Der Erfassungsvorgang ist zweifach: Zuerst wird die Urkunde gescannt und auf diese Weise ein wirklichkeitsgetreues Image des Dokuments hergestellt. Anschließend werden die sogenannten Metadaten, das sind die wichtigsten Informationen über erstellenden Notar, Erstellungsdatum, Klienten und Gegenstand der Urkunde über die PC-Tastatur erfasst (sofern dies nicht schon in vorgelagerten Bürosystemen erfolgt ist und jetzt nur weitergegeben wird).

### ZUR PERSON



Dr. Alfred Moser, geboren am 24.5.1938, studierte Wirtschaftswissenschaften an der Wirtschaftsuniversität Wien. Nach verschiedenen Tätigkeiten im Bereich der Informationstechnologie ist er seit 1999 Geschäftsführer der cyberDOC GmbH & Co. KG. In dieser Funktion war und ist er für die Softwareentwicklung des elektronischen Urkundsarchivs verantwortlich.

Neben der Informationstechnologie interessiert sich Moser für Literatur, Theater, bildende Kunst und Musik.

> **notar:** Wie viele Registrierungen pro Jahr können Sie vermelden? Besteht eine Pflicht für den österreichischen Notar zu archivieren und gibt es Archivierungsfristen?

> **Moser:** Im eigentlichen Archiv für notarielle Urkunden verzeichnen wir etwa 120.000 Registrierungen pro Jahr. Diese Registrierungen sind für den Notar verpflichtend und müssen zeitnah zur Erstellung der Urkunden durchgeführt werden.

Den Löwenanteil an Speicherungen lukrieren<sup>1</sup> wir jedoch bei den Eingaben für Firmenbuch und Grundbuch. Hier erfassen wir circa 750.000 Dokumente, die zeitnah für die meist dringlichen Eingaben auf die digitale Plattform gestellt werden.

> **notar:** An erster Stelle steht in Ihrem System die Sicherheit der archivierten Daten. Wie wird der hohe Grad an Sicherheit erreicht und mit welchen Partnern arbeiten Sie zusammen?

<sup>1</sup> Das Wort ist nur im Österreichischen gebräuchlich, die deutsche Übersetzung lautet: bekommen.

men? Wie stellen Sie sicher, dass die Daten zu jeder Zeit abrufbar, lesbar und darstellbar sind, und zwar auch noch nach Jahrzehnten?

> **Moser:** Sicherheit, mit ihren Ausprägungen Integrität, Vertraulichkeit, Verfügbarkeit, Authentifizierung und Nachvollziehbarkeit, wurde von Anfang an bei der Erstellung des Systemkonzepts bedacht. Partner dabei waren nicht nur die Experten des Systemlieferanten, sondern auch ein unabhängiger auf IT-Sicherheit spezialisierter Ziviltechniker. Methodisch bedienten wir uns unter anderem auch der Werkzeuge des deutschen Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnologie.

Neben dem massiven Einsatz der digitalen Signatur auch zwischen den einzelnen Stationen des Systems möchte ich auf die lückenlose Historisierung der Daten hinweisen, anhand derer man jederzeit auch frühere Änderungsstände nachvollziehen kann. Hardwaretechnisch hervorzuheben ist schließlich auch die Verwendung eines aus der Militärtechnik stammenden Hardware Security Moduls, das sämtliche kryptographischen Bearbeitungen der Daten steuert und sich im Falle eines unbefugten Eingriffs selbst zerstört.

Besonders betonen möchte ich auch, dass ein Sicherheitskonzept natürlich nicht statisch und niemals wirklich abgeschlossen ist. Deswegen haben wir auch ein Sicherheitsgremium eingerichtet, das periodisch zusammentritt, sicherheitsrelevante Vorfälle bewertet und gegebenenfalls Maßnahmen einleitet.

Was die Präservierung der Daten betrifft, lassen wir uns von dem Grundsatz leiten, dass das ursprüngliche Urkundenformat samt seiner originalen Signatur erhalten bleiben soll. Daher konvertieren wir Daten nicht, sondern führen im Bedarfsfall neue Formate parallel zu den älteren.

> **notar:** Thema: digitale elektronische Signatur. Bei uns in Deutschland wird bei jüngsten Reformbestrebungen die qualifizierte elektronische Signatur als der Hemmschuh des elektronischen Rechtsverkehrs ausgemacht. Wie sehen Sie die digitale Signatur und wie wird eine Signatur geprüft?

> **Moser:** Aus unserer Praxis heraus sehen wir das Thema der qualifizierten elektronischen Signatur ein bisschen differenzierter. Als Mittel der Authentifizierung im Verkehr zwischen Notar und Archiv halten wir sie für unverzichtbar. Auch die Integrität eines Datensatzes lässt sich kaum effizienter prüfen als durch den Einsatz der Signatur. Ausstellung und laufende Kontrolle der asymmetrischen Schlüsselpaare (jeweils ein öffentlicher und ein privater Schlüssel) wird von einem Zertifizierungsdiensteanbieter besorgt, der in seiner gesetzlich festgelegten Tätigkeit unter der Aufsicht des staatlichen Regulators steht.

Natürlich lässt auch in Österreich die Verbreitung der Signatur im Kreis der Konsumenten zu wünschen übrig und behindert dadurch die Verbreitung von genuinen digitalen Urkunden. Hier wären zielorientierte Maßnahmen seitens des Gesetzgebers erforderlich. In diesem Zusammenhang verweise ich auf Belgien, wo ein qualifiziertes Zertifikat im Personalausweis integriert ist.

> **notar:** Gibt es ein Alarmsystem, falls die Integrität oder die Authentizität verletzt wird?

> **Moser:** Da ein permanent laufender Service im Hintergrund kontinuierlich und zyklisch die Integrität und Verfügbarkeit der

Daten prüft, ist ein allenfalls erforderlich werdender Reparatur-eingriff wirklich zeitnah möglich. Darüber hinaus werden die Verschlüsselungsalgorithmen kontinuierlich dem Stand der Technik angepasst, d. h., sie werden bei Bedarf verlängert.

> **notar:** Wer kann Einsicht in das Urkundenarchiv nehmen und wie erfolgt die Einsicht? Nach welchen Kriterien kann nach einer Urkunde gesucht werden?

> **Moser:** Einsicht in das Urkundenarchiv kann stets nur der Notar nehmen, der die Urkunde archiviert hat, darüber hinaus jede weitere dritte Person oder Stelle, die vom Notar hierfür autorisiert wurde. Dieser berechnete Dritte erhält vom Notar vollautomatisch über das Archiv einen Zugriffscode zugestellt, mit Hilfe dessen er unter Einsatz seines persönlichen Zertifikates die Urkunde in einem besonderen Speicherbereich abholen kann. Als Suchkriterien stehen dem Notar regelmäßig Name, Anschrift und Geburtsdatum einer Partei, Name des erstellenden Notars und Erstellungsdatum sowie die Kurzbezeichnung der Urkundentypen zur Verfügung.

> **notar:** Wie finanziert sich das Urkundenarchiv und welche Meinungen hören Sie aus der Praxis?

> **Moser:** Obwohl die Speicherung für notarielle Urkunden dauerhaft ist und die Speicherdauer für die sonstigen der Eingabe an Firmenbuch und Grundbuch dienenden Dokumente immerhin mindestens sieben Jahre beträgt, wird für jede Urkunde nur ein einziges Mal, nämlich bei der ersten Einspeicherung, eine Gebühr eingehoben. Diese Gebühr beträgt, nach anfänglich wesentlich höheren Tarifen, derzeit € 7 zuzüglich Umsatzsteuer. Unsere Kunden betrachten diesen Kostensatz als durchaus angemessen, weil sie wissen, dass wir hierfür, ohne weitere Zuschüsse von irgendeiner Seite, nicht nur den gesamten Betrieb des Archivs, sondern auch die kontinuierliche hard- und softwaremäßige Erneuerung des Gesamtsystems finanzieren müssen.

> **notar:** Wir in Deutschland haben seit dem 1.1.2012 das überaus erfolgreiche Testamentsregister, geführt von der Bundesnotarkammer. Daneben gibt es das Vorsorgeregister, das monatlich mehr als 20.000 Mal abgefragt wird. Gibt es in Österreich ebenfalls solche elektronischen Archive oder sind weitere geplant?

> **Moser:** Neben dem Urkundenarchiv und der Kommunikationsplattform für Firmenbuch und Grundbuch, die beide unter dem Namen cyberDOC firmieren, betreibt die Österreichische Notariatskammer seit nunmehr vier Jahrzehnten auch das Zentrale Testamentsregister, das knapp 2 Millionen letztwillige Verfügungen umfasst und jährlich rund 100.000 Mal abgefragt wird. Mitte der neunziger Jahre wurde die voll digitalisierte Notar-Treuhand-Bank aufgebaut, deren Bilanzsumme heute über € 1,1 Mrd. beträgt. Im korrespondierenden Treuhandregister werden etwa 35.000 Treuhandschaften pro Jahr erfasst. Schließlich wurde vor fünf Jahren der Betrieb des Österreichischen Zentralen Vertretungsverzeichnisses (= Vorsorgeregister) und des Patientenverfügungsregisters aufgenommen, die jährlich gute Zuwachsraten aufweisen.

> **notar:** Herr Dr. Moser, ich danke Ihnen sehr herzlich für das Interview.



## rechtsprechung

### OLG Naumburg

#### Zur Haftung eines Maklers gegenüber dem Erwerber einer Immobilie für falsche Angaben im Expose

Haben sich die Erwerber eines Grundstücks den Verkäufern gegenüber zur Zahlung der Maklerprovision an den Makler verpflichtet, liegt insoweit ein Vertrag zu Gunsten eines Dritten vor. Diese vertragsähnliche Sonderverbindung begründet für die Erwerber einen Schadensersatzanspruch wegen schuldhafter Verletzung von Sorgfaltspflichten, wenn der Makler fahrlässig in seinem Kurzexpose unzutreffende Angaben zur Objektbeschreibung und Bauzeit gemacht hat. [...] (amtlicher Leitsatz).

OLG Naumburg, Urt. v. 15.6.2012 – 10 U 8/10  
BGB §§ 280, 311, 652

#### Entscheidung:

Ein Makler erstellte 1999 ein Expose für eine gebrauchte Immobilie, welches er den Klägern übersandte. Das Expose ließ nicht klar erkennen, dass das Gebäude deutlich (ca. 100 Jahre!) älter war als in den beigelegten (Um-)Bauplänen eingezeichnet. Die Kläger kauften die Immobilie zu einem Preis, der dem Verkehrswert des Gebäudes mit dem vom Käufer vermuteten, jüngeren Baujahr etwa entsprach. Im Jahr 2007 erfuhren die Käufer das wahre Gebäudealter. Sie nehmen den Makler nun auf Schadensersatz in Anspruch.

Das OLG Naumburg gab den in erster Instanz gescheiterten Klägern dabei weitgehend Recht.

In dem notariellen Kaufvertrag hatten die Kläger im Wege des Vertrages zu Gunsten eines Dritten die Maklerprovision für den Beklagten an Stelle der Verkäufer übernommen.<sup>1</sup>

Ein Maklervertrag liege deshalb zwischen den Parteien (noch) nicht vor. Der Makler hafte aber wegen schuldhafter Verletzung von Sorgfaltspflichten gleichwohl auch gegenüber dem Käufer, da jedenfalls durch die Übernahme der Zahlung der Maklerprovision im Wege des echten Vertrages zu Gunsten eines Dritten eine vertragsähnliche Sonderbeziehung zwischen Makler und Käufer

zustande gekommen sei. Durch fahrlässig falsche Angaben im Expose habe der Makler eine (fahrlässige) Pflichtverletzung im Rahmen dieser vertragsähnlichen Sonderbeziehung begangen. Allerdings treffe die Kläger ein Mitverschulden (§ 254 BGB), welches zur Kürzung der Ansprüche um 1/3 führe. Dennoch hätten sich die Kläger als im Immobiliengeschäft unerfahrene Verkehrsteilnehmer auf die Richtigkeit des Exposés verlassen können. Der größere Verursachungsbeitrag liege daher beim Makler.

#### Anmerkung:

Mit seiner Entscheidung bricht das OLG Naumburg – zumindest auf den ersten Blick – mit einem ehernen Grundsatz des Maklervertragsrechts, nämlich dass vertragliche Beziehungen grundsätzlich nur zwischen Auftraggeber und Makler sowie zwischen den Parteien des Hauptvertrages bestehen.<sup>2</sup>

Dem Gericht ist dabei zuzustimmen, dass zwischen dem Beklagten und den Klägern kein Maklervertrag zustande gekommen ist. Hierfür spricht zum einen der Wortlaut des notariellen Kaufvertrages, aber vor allem auch die ständige Rechtsprechung.<sup>3</sup> Allein das Anfordern eines Exposés bzw. eine Besichtigung eines Objekts führen nicht zum Abschluss eines konkludenten Maklervertrages. Wer von einem Makler ein Expose erhält, darf davon ausgehen, dass der Makler von dem Verkäufer bzw. Vermieter beauftragt und bezahlt wird.<sup>4</sup>

Mangels vertraglicher Beziehung hätte der Kläger gegen den Makler deshalb allenfalls deliktische Ansprüche haben können, die bei einem reinen Vermögensschaden (zu teuer gekauftes Objekt) aber in jedem Fall wenig erfolgversprechend sind.

Das OLG folgert allerdings aus der Übernahme der Provisionsverpflichtung im Grundstückskaufvertrag, dass aus dem Vertrag

<sup>1</sup> Die genauen Details der Regelung lassen sich dem Urteil leider nicht entnehmen.

<sup>2</sup> Vgl. nur Palandt/Sprau, vor § 652 BGB, Rn 4.

<sup>3</sup> Vgl. nur BGH NJW 84, 232 m. w. N.

<sup>4</sup> Ganz h. M., vgl. auch Palandt/Sprau, vor § 652 BGB, Rn 4 ff. Dass dies kaum der Praxis entspricht, ist de lege ferenda gerade wieder einmal in der Diskussion.

zu Gunsten eines Dritten eine vertragsähnliche Sonderverbindung zwischen Makler und Kläger entstanden sei, welche der Makler fahrlässig verletzt habe.

Dies überrascht vielleicht zunächst. Dass aus einem Vertrag zu Gunsten (!) eines Dritten *grundsätzlich* für den Dritten auch Pflichten entstehen können, ist allerdings nicht neu. Mit dem OLG und der herrschenden Meinung wird das Vollzugsverhältnis (Versprechender – Dritter) beim Vertrag zu Gunsten eines Dritten als vertragsähnlich anzusehen sein. Damit *kann* bei der Verletzung von Nebenpflichten insbesondere eine Haftung nach §§ 280, 241 BGB (vormals c. i. c.) zu Gunsten des Versprechenden in Betracht kommen, wenn diese Nebenpflichten drittschützenden Charakter aufweisen.<sup>5</sup>

Letztlich handelt es sich hierbei um die altbekannte Lehre des Vertrages mit Schutzwirkung, nur „von hinten“ aufgezaumt.

Eine solche drittschützende Wirkung wird vom Senat für die Richtigkeit der Angaben in einem Maklerexpose ohne weiteres dann angenommen, wenn der Käufer die Courtage trägt.

Leider bleibt das OLG sehr apodiktisch in seinen Aussagen, wenn es um die Herleitung des entscheidenden Tatbestandsmerkmals geht. Ist die Erstellung eines Exposés tatsächlich drittschützend gegenüber jedem (!) potenziellen Interessenten, der das Exposé wahrnimmt, wenn der Dritte im Ergebnis „nur“ die Courtage übernimmt oder vielleicht sogar nur nach dem Exposé übernehmen soll?

Der Maklervertrag würde so im Ergebnis fast immer zu einem Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten eines Dritten, gerade im Bereich der Wohnraummiete. Ob dabei die üblicherweise hierfür von der Rechtsprechung geforderten Tatbestandsmerkmale (Leistungsnähe, Einbeziehungsinteresse, Erkennbarkeit)<sup>6</sup> vorlie-

gen, ist m. E. zweifelhaft und hätte einer vertieften Begründung bedurft.<sup>7</sup>

Das Urteil thematisiert weiterhin nicht den Wertungswiderspruch, der dadurch entsteht, dass eine Haftung des *Verkäufers* im Hinblick auf das höhere Gebäudealter durch die Bestimmungen des Kaufvertrages wohl ausgeschlossen gewesen sein dürfte,<sup>8</sup> der Makler über den Umweg eines Vertrages zu Gunsten seiner Person (sic!) aber haften soll.

Hierbei geht das Gericht nicht darauf ein, dass nach richtiger Auffassung eine vertragsähnliche Haftung des Dritten begründet sein kann, dass dann aber im Gegenzug auch Haftungsbeschränkungen zwischen Versprechendem und Versprechensempfänger auf das Vollzugsverhältnis zum Dritten durchschlagen können.<sup>9</sup> Auch dieser Punkt hätte m. E. einer vertieften Begründung bedurft, damit das vom OLG gefundene Ergebnis nachvollziehbar wird. Unvertretbar ist das Ergebnis des Gerichts allerdings auch keineswegs.<sup>10</sup>

Müssen nun alle Maklerklauseln um einen Haftungsausschluss für Fehler im Exposé ergänzt werden? Das Urteil nimmt hierauf keinen Bezug – offenbar bot der Fall hierzu auch keinen Anlass. Ein Haftungsausschluss schon im Exposé selbst dürfte – heute – ohnehin die Regel sein, wenn man sich die Aushänge bei Banken oder Angebote auf den bekannten Internetplattformen anschaut.<sup>11</sup> Auch in AGB soll ein weitreichender Haftungsausschluss gegenüber dem Auftraggeber (und damit auch gegenüber dem möglicherweise geschützten Dritten) möglich sein.<sup>12</sup> Es ist daher m. E. nicht Aufgabe des Notars durch von seiner Seite vorgeschlagene Klauseln eine weitere Haftungsbegrenzung des Maklers zu erreichen.

Christian Seger, Waldmünchen

<sup>5</sup> So BGH NJW 2005, 3778 m. w. N.

<sup>6</sup> Palandt/*Grüneberg*, § 328, Rn 17 ff. m. w. N.

<sup>7</sup> Sieht man keine Drittwirkung, so könnte man über die Grundsätze der Drittschadensliquidation nachdenken ...

<sup>8</sup> Das Urteil geht hierauf nicht ein. Es spricht viel dafür, dass ein üblicher Gewährleistungsausschluss Bestandteil des Grundstückskaufvertrages war, so dass dem Käufer gegenüber dem Verkäufer wegen der Fehlvorstellung über das Gebäudealter keine Gewährleistungsrechte zustanden. Eine Anfechtung wegen Inhaltsirrtums wollte der Käufer – wegen der für ihn jedenfalls ungünstigeren Folgen (nur Vertrauensschaden) – vernünftig beraten ebenfalls nicht erklären.

<sup>9</sup> Vgl. Palandt/*Grüneberg*, § 328 Rn 20; BGH NJW 1976, 1844.

<sup>10</sup> Zuletzt stellt sich die Frage, ob nicht auch ein Laie in Immobilienfragen erkennen kann, ob ein Haus 1950 oder 1850 (!) gebaut worden ist. Der vom Senat frei geschätzte Verursachungsbeitrag von 1/3 auf Käuferseite ist daher sicher diskutabel.

<sup>11</sup> Regelmäßig lauten solche Klauseln etwa wie folgt: „Alle Angaben erfolgen ohne Gewähr. Das Exposé wurde ausschließlich nach den Angaben des Verkäufers erstellt, für deren Richtigkeit der Makler keine Haftung übernimmt. Die Haftung des Maklers ist insgesamt begrenzt auf Fälle von Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit.“

<sup>12</sup> Etwa BGH, Urt. v. 18.1.2007 – III ZR 146/06.



André Elsing

## Die Zweiwochenfrist beim Verbrauchervertrag – Änderungen in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG und § 50 BNotO

### I. Vorbemerkung

Durch den Entwurf eines **Gesetzes zur Stärkung des Verbraucherschutzes im notariellen Beurkundungsverfahren**<sup>1</sup> will der Gesetzgeber den Verbraucherschutz verbessern.<sup>2</sup> Unternehmen, die bislang unter Ausnutzung von Lücken der Bestimmung des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG die zweiwöchige Schutzfrist systematisch unterlaufen und über Strukturvertriebe ihre Schrottimmobilien zu überhöhten Kaufpreisen an Verbraucher übereignen, wird damit effektiver entgegengewirkt. Der Gesetzentwurf wurde der Bundesregierung durch den Bundesrat zugeleitet und wird von ihr mit einer Stellungnahme in den Bundestag eingebracht.<sup>3</sup>

Die vorgeschlagene Gesetzesänderung wird nach Inkrafttreten seitens der Verbraucher begrüßt werden, weil Notare unerfahrene Beteiligte effektiver als bisher vor Fehlern durch übereiltes Handeln bewahren können. Dies bedeutet zugleich eine Aufwertung der bedeutsamen Beurkundungsvorschrift des § 311b BGB.

Es stellt sich allerdings bereits jetzt die Frage, **ob** und wenn ja, **unter welchen Voraussetzungen** der Notar künftig die Beurkundung eines Verbrauchervertrages noch vornehmen darf, wenn Beteiligte von ihm diese vor Ablauf der zweiwöchigen Frist des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG-E verlangen werden. Zur Beantwortung dieser Frage soll im Nachfolgenden auch noch einmal deutlich gemacht werden, welchen Nutzen die Schutzfrist für Verbraucher haben kann.

### II. Beabsichtigte Gesetzesänderung

Der Entwurf sieht vor, § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG wie folgt zu fassen:

*2. der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Absatz 1 Satz 1 und Absatz 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs unterliegen, soll dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts vom beurkundenden Notar oder*

*einem Notar, mit dem sich der beurkundende Notar zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden hat, kostenfrei zur Verfügung gestellt werden. Dies hat im Regelfall zwei Wochen vor der Beurkundung zu erfolgen. Wird diese Frist unterschritten, sollen die Gründe hierfür in der Niederschrift angegeben werden.*

Neu an der Regelung ist, dass **zwingend** der beurkundende Notar selbst oder sein Sozium – **nicht** etwa der Bauträger/Unternehmer – dem Verbraucher den Entwurf des Rechtsgeschäfts übermitteln muss.<sup>4</sup> Die Änderung scheint folgerichtig, weil dem Anschein, der Notar könne möglicherweise nicht neutral agieren und den Verbraucher benachteiligen, bereits dadurch entgegenwirkt wird. Außerdem kann der Notar selbst überprüfen, ob die Aussage des Verbrauchers über den Erhalt des Entwurfes stimmen kann.<sup>5</sup>

Neu ist auch, dass der Notar künftig, wenn er die Unterschreitung der Frist für zulässig erachtet, die **Gründe** hierfür in seiner Niederschrift **dokumentieren** soll. Damit kann die Aufsichtsbehörde des Notars die tatsächlichen Beweggründe der Fristunterschreitung nachvollziehen.

Verschärft wird zudem die Bestimmung des **§ 50 Abs. 1 BNotO**. Ein Notar, der künftig etwa wiederholt grob gegen seine Pflichten gemäß § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG-E verstößt, ist seines Amtes zu entheben.

### III. Wozu dient die Frist des § 17a Abs. 2a BeurkG?

Es ist unbestritten, dass der Abschluss eines Grundstückskaufvertrages sowohl für den Verkäufer als auch für den Käufer ein bedeutsames Rechtsgeschäft darstellt. Jeder der beiden verfügt durch den Abschluss eines Kaufvertrages über erhebliche Vermögenswerte. Daraus ergeben sich möglicherweise komplexe Fragen und Sachverhalte, die vorab zu klären bzw. zu würdigen sind.

<sup>1</sup> BR-Drucks 619/12.

<sup>2</sup> Der Deutsche Notarverein hat zu diesem Referentenentwurf kritisch Stellung genommen, nachzulesen unter [www.dnotv.de](http://www.dnotv.de).

<sup>3</sup> In der Sitzung des Bundesrats vom 23.11.2012 wurde entschieden, den Entwurf der Bundesregierung weiterzuleiten, die diesen innerhalb von sechs Wochen dem Bundestag mit einer Stellungnahme zuleitet.

<sup>4</sup> Somit kann die Aufsichtsbehörde die Einhaltung der Frist konkret kontrollieren, denn das Datum der Entwurfsversendung kann anhand der Notarakte nachvollzogen werden – S. 3 der Begründung BR-Drucks 619/12.

<sup>5</sup> Offenbar kam es vor, dass von Vertriebsmitarbeitern des Unternehmens beeinflusste Verbraucher vor Notaren erklärt haben, sie haben den Vertragsentwurf vor mehr als zwei Wochen vor der Beurkundung erhalten, obwohl dies nicht stimmte; vgl. S. 2 der Begründung BR-Drucks 619/12.

Solche Fragen können beispielsweise sein:

- Wie hoch ist derzeit der tatsächliche Wert der Immobilie und welcher Kaufpreis kann erfolgreich verlangt bzw. erzielt werden?
- Welche steuerlichen Folgen hat der Verkauf der Immobilie?
- Muss eine Vorfälligkeitsentschädigung an abzulösende Gläubiger gezahlt werden und wenn ja in welcher Höhe?
- Reicht der Verkaufserlös zur Ablösung aller auf der Immobilie lastenden Verbindlichkeiten aus, auch unter Berücksichtigung der Vorfälligkeitsentschädigung?
- Muss der Käufer über bestimmte bestehende Mängel der Immobilie aufgeklärt werden?

Komplex und schwierig ist die Umsetzung eines Kaufvertrages auch für den **Käufer**. Kauft dieser zum Beispiel ein Hausgrundstück, können viele Fragen abzuklären sein. Hierzu gehören bestimmte Rahmendaten:

- Wie hoch darf der Kaufpreis der Immobilie maximal sein?
- Welche Nebenkosten (z. B. Makler-, Notar- und Gerichtskosten) fallen an und wie hoch sind diese?
- Welchen Raum und Platz muss die Immobilie bieten?
- In welcher Lage soll die Immobilie liegen?
- Welche Haustechnik bietet das Gebäude, welche Substanz und welchen Energiestandard?
- Müssen für Sanierungen oder Renovierungen noch Mittel aufgebracht werden, wenn ja in welcher Höhe?

Häufig ist ein erheblicher Teil des Kaufpreises durch eine Finanzierung aufzubringen. In diesem Zusammenhang tauchen weitere Fragen auf, etwa zur Laufzeit und Zinshöhe und zur monatlichen Belastung. Für den Käufer kann es sinnvoll sein, auch Konditionen von verschiedenen Geldinstituten zu prüfen.

Gebäude, die vor 1920 errichtet wurden, weisen häufig Mängel auf, zum Beispiel:<sup>6</sup>

- Fundamente im Keller und Wände sind ohne ausreichende Abdichtung,
- Wände bestehen teilweise aus Bruchstein,
- Stahlträger in Decken oder Gewölbekellern sind verrostet,
- Sanitärinstallationen sind veraltet,
- Gasleitungen sind undicht,
- Heizung ist veraltet,
- Elektroinstallation ist veraltet,
- Feuchtigkeitsbefall, Fäulnis in Außenwänden oder Nassräumen,
- nicht gedämmte Dachstühle,
- fehlender Schallschutz (Türen, Treppen, Zwischendecken usw.),
- fehlender oder unzureichender Wärmeschutz sowie Brandschutz,
- undichte Holzfenster, teilweise mit Einscheibenverglasung.

Bei Gebäuden, die in der Zeit von 1920 bis 1940 errichtet wurden, kommen neben den vorgenannten Mängeln auch Flachdächer vor, mit vielfach fehlerhafter Ausführung.

Gesundheitsgefährdende Holzbauteile (formaldehydhaltig) oder gefährliche Holzschutzmittel (eingesetzt zur Behandlung von

Holzverkleidungen) kamen in den Baujahren bis 1950 und auch in den Baujahren 1960–1970 vor. Selbst in den Baujahren 1980 bis heute kommen gefährliche Holzschutzmittel und Asbest (z. B. Asbestzementplatten im Trockenbau) vor.<sup>7</sup>

Klärt der Käufer etwas Wesentliches nicht ab, kann eine übereilig umgesetzte Kaufvertragsvereinbarung erhebliche Nachteile bringen. Dies kann zum Beispiel dann der Fall sein, wenn sich nach dem Kauf herausstellt, dass noch viel Geld zur Beseitigung von Baustoff- und/oder Konstruktionsproblemen aufgebracht werden muss, erforderliche Mittel allerdings hierfür nach Aufbringung des Kaufpreises nicht mehr zur Verfügung stehen und auch nicht mehr finanziert werden können.

Aber auch der Verkäufer ist schutzwürdig. Dieser muss grundsätzlich lastenfreies Eigentum verschaffen. Geht der Verkäufer davon aus, dass zum Beispiel ein Kaufpreis in Höhe von € 300.000 genügen wird, um Bankverbindlichkeiten in Höhe von € 295.000 auszugleichen, kann es zu einem bösen Erwachen führen, wenn sich für ihn herausstellt, dass Kreditinstitute zusätzlich eine Vorfälligkeitsentschädigung für die vorzeitige Darlehenskündigung verlangen, insbesondere wenn dies dazu führt, dass der Kaufpreiserlös dann nicht mehr genügt, um alle Verbindlichkeiten auszugleichen.

Folgerichtig sieht das Gesetz zum Schutz eines Verkäufers und zum Schutz eines Käufers vor, dass ein Immobilienkaufvertrag zu seiner Wirksamkeit der **Beurkundung** durch einen Notar bedarf – § 311b BGB.

#### IV. Beurkundungsverfahren

Zum Beurkundungsverfahren gehören bestimmte Amtspflichten des Notars bei der Vorbereitung der Beurkundung:

Zunächst muss der Notar, nicht zwingend höchstpersönlich, sondern gegebenenfalls durch einen seiner Mitarbeiter das **Grundbuch einsehen** (§ 21 BeurkG). Die Grundbucheinsicht wird regelmäßig bereits zur Vorbereitung des Kaufvertrages benötigt und entsprechend erledigt.

Anlässlich einer Beurkundung sollte die Einsicht in das Grundbuch nicht älter als zwei bis vier Wochen sein,<sup>8</sup> auch wenn die Einsichtnahme auf elektronischem Wege regelmäßig an demselben Tag erfolgen kann.<sup>9</sup> Bei einer hoch- und/oder mit einer Sicherungshypothek belasteten Immobilie sollte die Einsicht tatsächlich unmittelbar am **Tag der Beurkundung** erneut vorgenommen werden, weil die Gefahr einer Eintragung, die das beabsichtigte Rechtsgeschäft gefährdet, viel wahrscheinlicher als im Normalfall ist. Für eine, nach hier vertretener Auffassung, etwas zu lang erscheinende Frist von vier bis sechs Wochen finden sich in der Literatur auch Stimmen.<sup>10</sup>

Der Notar muss die Kaufvertragsparteien über vorhandene Grundstücksbelastungen **deutlich** aufklären, insbesondere wenn die Eintragungen die Durchführung des Vertrages gefährden können.<sup>11</sup>

<sup>6</sup> Quelle: Verbraucherzentrale, Kauf eines gebrauchten Hauses, Besichtigung, Kaufvertrag, Übergabe, 8. Aufl. 2012, S. 33.

<sup>7</sup> Quelle: Verbraucherzentrale, Kauf eines gebrauchten Hauses, Besichtigung, Kaufvertrag, Übergabe, 8. Aufl. 2012, S. 43.

<sup>8</sup> Zwei Wochen sind bei einem Bauträgerkauf, Großprojekt, allenfalls noch hinnehmbar, so: Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 21 Rn 14.

<sup>9</sup> Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 21 Rn 14; LG München II, Urt. v. 25.5.1977 – 27 O 3057/77, MittBayNot 1978, 237; Eylmann/Vaasen/Frenz, BeurkG § 21 Rn 2; Eylmann/Vaasen/Lerch, BeurkG § 21 Rn 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 5. Aufl., § 21 Rn 27.

<sup>10</sup> Winkler, BeurkG § 21 Rn 5; Staudinger/Hertel, BGB, Vor §§ 127a/128 Rn 483; OLG Frankfurt Main, Urt. v. 25.10.1984 – 15 U 150/83, DNotZ 1985, 244.

<sup>11</sup> BGH, Urt. v. 6.5.2004 – III ZR 247/03; BGHZ 131, 200 = DNotZ 1996, 581 m. Anm. Preuß.

Soweit der Notar eine Beurkundung vornimmt und ihm eine vorherige Grundbucheinsicht, zum Beispiel aufgrund einer technischen Störung nicht möglich sein sollte, darf der Notar dennoch sofort beurkunden und hat dann nach § 21 Abs. 1 S. 2 BeurkG über mögliche mit der Nichteinsicht verbundene Gefahren aufzuklären, insbesondere darüber, dass weitere den Beteiligten noch unbekannt Belastungen eingetragen sein könnten.<sup>12</sup>

§ 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet den Notar, den Willen der Beteiligten zu erforschen,<sup>13</sup> den Sachverhalt zu klären,<sup>14</sup> die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren und die Erklärungen präzise und eindeutig in der Niederschrift wiederzugeben. Hierbei soll der Notar darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene Beteiligte nicht benachteiligt werden.

Auf die Angaben der Parteien darf der Notar grundsätzlich vertrauen.<sup>15</sup>

Regelmäßig sorgt die Beurkundung des Kaufvertrages durch den Notar für einen eindeutigen klaren Vertrag und für Urkundsbeweise, so dass viele Streitigkeiten erst gar nicht aufkommen. Der **Vertrag sorgt somit für Vertragen**.

Ist der Käufer oder Verkäufer ein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB und trifft er auf der anderen Vertragsseite auf einen Unternehmer i. S. d. § 14 BGB, so handelt es sich um einen **Verbrauchervertrag** – § 310 Abs. 3 BGB. Dies hat zur Folge, dass der Notar die Personen, die belehrungsbedürftig sind, auch tatsächlich belehrt – § 17 Abs. 2a S. 1 BeurkG, daraus ergibt sich, dass der Verbraucher persönlich an der Beurkundung teilnimmt und die Belehrungen erhält.

Zudem unterstellt der Gesetzgeber, dass der Verbraucher dem Unternehmer unterlegen ist. Deshalb soll der Verbraucher ausreichend Zeit zum Abschluss des Vertrages haben, damit er sich mit dem Gegenstand des beabsichtigten Rechtsgeschäfts gründlich auseinandersetzen kann (§ 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 HS 2 BeurkG). Im Regelfall geschieht dies dadurch, dass der Verbraucher den Entwurf des Kaufvertrages **zwei Wochen vor der Beurkundung** – künftig in jedem Falle durch den Notar oder durch seinen Sozium – zur Kenntnisnahme erhält.

Diese Frist kann der Verbraucher sodann nutzen, um die vielen schwierigen Fragen der wirtschaftlichen oder steuerlichen Folgen für sich abzuklären. Für die rechtlichen Fragen und Belehrungen selbst ist der Notar im Rahmen der Beurkundung zuständig. Der Verbraucher kann die Frist auch dazu nutzen, um sich rechtliche Fragen für den Notar zu überlegen.

Die Hinwirkungspflichten des Notars nach § 17 Abs. 2a BeurkG-E sind eine unbedingte Amtspflicht, deren grobe systematische Verletzung gemäß § 50 Abs. 1 BNotO-E zur Amtsenthebung führen kann.

Dennoch handelt es sich um eine Sollvorschrift. Wird gegen sie verstoßen, wird deshalb jedenfalls nicht die Urkunde unwirksam.

<sup>12</sup> BayObLGZ 1989, 256, 260 = DNotZ 1990, 667.

<sup>13</sup> BGH, Urt. v. 16.11.1995 – IX ZR 14/95, NJW 1996, 524, 525.

<sup>14</sup> Pflicht durch Befragung der Beteiligten; BGH, Urt. v. 5.2.1985 – IX ZR 83/84, DNotZ 1985, 635; jedoch nur, soweit dies zur Errichtung einer wirksamen und dem Willen der Beteiligten entsprechenden Urkunde erforderlich ist, BGH, Urt. v. 7.2.1991 – IX ZR 24/90, DNotZ 1991, 759.

<sup>15</sup> BGH, Urt. v. 11.3.1999 – IX ZR 126/97, NJW-RR 1999, 1214.

## V. Fristunterschreitung

Ein Unterschreiten der zweiwöchigen Frist ist nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG-E zwar möglich, grundsätzlich jedoch nur aus Gründen zulässig, die beim Verbraucher liegen. Ein solcher Grund kann zum Beispiel eine anstehende Grunderwerbsteuererhöhung oder auch ein kurzfristig anstehender Auslandsaufenthalt des Verbrauchers sein. Der Notar ist verpflichtet, die Gründe in seiner Niederschrift zu dokumentieren.

Liegt ein zulässiger Grund des Verbrauchers zur Fristunterschreitung vor, genügt dies allein noch nicht zur sofortigen Beurkundung. Der Notar wird sich davon überzeugen, ob der Verbraucher die kürzere Zeitspanne genutzt hat, um die wesentlichen ggf. in Abschnitt III. aufgeführten anstehenden Themen/Fragen zu würdigen. Voraussichtlich wird dies künftig **selten** der Fall sein, wenn ein Verbraucher auf der Käuferseite steht. In diesen Fällen ist ein Unterschreiten der Frist denkbar, wenn der Käufer zuvor die kürzere Zeit genutzt, ein Gutachter für ihn die Immobilie besichtigt und sein Steuerberater ihn bereits beraten hat.

Die folgenden zwei Beispiele zeigen Konstellationen, in denen eine Unterschreitung der zweiwöchigen Frist zu überdenken ist:

### Beispiel 1:

*Das Unternehmen U verkauft nicht benötigte Vorratsflächen als Bauplätze. Die Eheleute E1 und E2 interessieren sich für ein Baugrundstück, auf dem sie gemeinsam ein Doppelhaus errichten wollen. Weiterer Interessent (mit entsprechenden Plänen) ist Bauträger B. B bietet dem Verkäufer U eine sofortige Beurkundung an und will eine Bankbürgschaft über den Kaufpreis stellen, damit B sofort in den Besitz des Grundstücks gelangt und anfangen kann. U hat damit die Möglichkeit, den Kaufpreis im laufenden Geschäftsjahr bilanzwirksam vereinnahmen zu können. E1 und E2 können nach § 17 Abs. 2a BeurkG jedoch erst zwei Wochen später beurkunden und kommen daher nicht zum Zuge.*

### Beispiel 2:

*Käufer K1 (Verbraucher) hat im Bauträgerobjekt des V bereits eine Penthouse-Wohnung erworben. V hat in diesem Objekt noch eine Zwei-Zimmer-Wohnung übrig. K1 möchte auch diese für die kinderbetreuende Oma erwerben. Hotelier H braucht dringend eine Wohnung für Mitarbeiter und bietet V den sofortigen Gang zum Notar an.*

Vorschlag für eine Dokumentation/Belehrung im Kaufvertrag bei Fristunterschreitung, wenn der Käufer als Verbraucher auf einen Verkäufer-Unternehmer trifft:

### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

#### Belehrung Fristunterschreitung

*Der Käufer bestätigt, am 14.12.2012 vom Notar den Kaufvertragsentwurf erhalten zu haben. Der Notar wies den Käufer darauf hin, dass nach der Vorschrift des § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2 BeurkG die Beurkundung erst stattfinden soll, wenn zwei Wochen nach Erhalt des Entwurfes vergangen sind, damit der Käufer Gelegenheit hat, wichtige Fragen und Sachverhalte zu wirtschaftlichen, baurechtlichen, technischen und steuerlichen Folgen dieses Vertrages abzuklären. Diese Frist sei heute, am 21.12.2012 noch nicht abgelaufen. Der Käufer erklärte hierzu:*

*Ich hatte seit dem Erhalt des Entwurfes genug Zeit, mich mit dem Inhalt des Vertragsentwurfes auseinanderzusetzen und nutzte diese. Ich konnte mir alle meine Fragen an den Notar überlegen, habe zusammen mit einem Gutachter am 19.12.2012 die Immobilie begutachtet und die steuerlichen Folgen mit einem Steuerberater besprochen. Meine Finanzierung zur Kaufpreisaufbringung ist bereits geklärt.*

*Ich wünsche daher die sofortige Beurkundung, die ich nicht aufschieben kann, weil ich am 22.12.2012 für vier Wochen einen Auslandsaufenthalt antreten muss.*

## VI. Fazit

Möglicherweise werden in Zukunft nur noch in seltenen Ausnahmen Fristunterschreitungen durch den Notar verantwortet werden können. Daher wäre es – de lege ferenda – zur Herstellung einer Rechtssicherheit in der Praxis wünschenswert, dass beispielhaft die Gründe, die eine Unterschreitung rechtfertigen, in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden. Die anstehenden gesetzlichen Änderungen stärken die Rolle des Notars als Verbraucherschützer.



### André Elsing,

ist Bürovorsteher im Notariat Spitalerstraße in Hamburg. Er ist Autor verschiedener im Deutschen Notarverlag publizierter Werke, u. a. „Notargebühren von A–Z“, erschienen 2011, sowie Herausgeber des Informationsdienstes „notarbüro“.

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder, Berlin  
Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Richter am BGH Roland Wendt, Karlsruhe  
Notar Dr. Oliver Vossius, München

### Schriftleiter

Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid (ASV)

### Redaktion

Carola Vonhof-Stolz  
Dr. Stephanie Michel (Mi)

### Bildnachweis

Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe), Deutscher Notarverein – Büro Brüssel (S. 26)

### Fachredakteure

Handelsregister  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht  
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bauträgerrecht  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Gesellschaftsrecht  
Notar Dr. Simon Weiler, Bamberg

Wohnungseigentum  
Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht  
Notarin Sonja Pelikan, Waldsassen

Erbrecht  
Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Grundbuch  
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten  
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf  
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

Immobilienzuwendung  
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht  
Notarvertreterin Franziska Beller, Stuttgart

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: [schriftleitungnotar@notarverlag.de](mailto:schriftleitungnotar@notarverlag.de)

### Manuskripte

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

### Urheber- und Verlagsrechte

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

Kommunikationsberatung  
Christof Herrmann  
Tannenbergstr. 29 · 56564 Neuwied,  
Tel. 0 26 31 - 94 38 76  
Fax 0 26 31 - 94 38 78  
E-Mail: [kommunikation@sc-herrmann.de](mailto:kommunikation@sc-herrmann.de)

### Bezugspreis

Jahresabonnement: 137 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)  
Einzelheft: 14,30 EUR (inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

### Bestellungen

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

### Verlag

Deutscher Notarverlag  
Wachsbleiche 7, 53111 Bonn  
Tel. 0 800 - 66 82 78 31  
Fax 0 800 - 66 82 78 39  
E-Mail: [eschbach@notarverlag.de](mailto:eschbach@notarverlag.de)

### Koordination im Verlag

Beate Eschbach

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH,  
Krefeld

### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweis

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.



## notarprüfung

# Notar-Prüfungstraining

## Familienrecht

Nachfolgend finden Sie eine Aufgabenstellung aus dem Bereich des Familienrechts. Die Antworten werden auf der Homepage des Deutschen Notarvereins ([www.dnotv.de](http://www.dnotv.de)) veröffentlicht. Sie finden die Lösungen dort im „Leserservice *notar*“, wenn Sie den Benutzernamen „webnotar“ und das Passwort „notarverein“ eingeben. Die Fragen und Antworten stammen in dieser Ausgabe von *Christian Rupp*, Berlin.

### I. Sachverhalt

Die Verlobten *Harald Windler* und *Simone Steffen* kommen zu Ihnen ins Notariat und tragen folgenden Sachverhalt vor:

Wir sind beide in Vollzeit berufstätig und möchten am 13.3.2013 heiraten. *Harald* hat Stand heute Schulden in Höhe von € 14.000, *Simone* hat ein Vermögen von € 17.000.

*Simone* wird zudem in naher Zukunft ein Aktiendepot mit einem Wert von € 120.000 von ihren Eltern geschenkt bekommen.

Die Verlobten fragen, wie sich ihre Verhältnisse nach dem Gesetz darstellen und welche güterrechtlichen Gestaltungsvarianten denkbar sind. Sie möchten sicherstellen, dass ein Vermögensausgleich erst stattfindet, wenn aus der Ehe Kinder hervorgehen.

### II. Aufgabe

Nehmen Sie zu dem Sachverhalt gutachterlich Stellung und zeigen Sie mögliche Gestaltungsmöglichkeiten auf.

## Law – Made in Germany 2. Auflage erschienen!

Nach dem großen Erfolg der 1. Auflage haben Richter, Anwälte, Notare und die Deutsche Wirtschaft gemeinsam eine überarbeitete 2. Auflage der Broschüre „Law – Made in Germany“ veröffentlicht. Darin werden in verständlicher Sprache auf deutsch und englisch die **Vorteile des deutschen Rechtssystems**, die das deutsche Recht auch im internationalen Kontext bei der Vertragsgestaltung bietet, dargestellt.

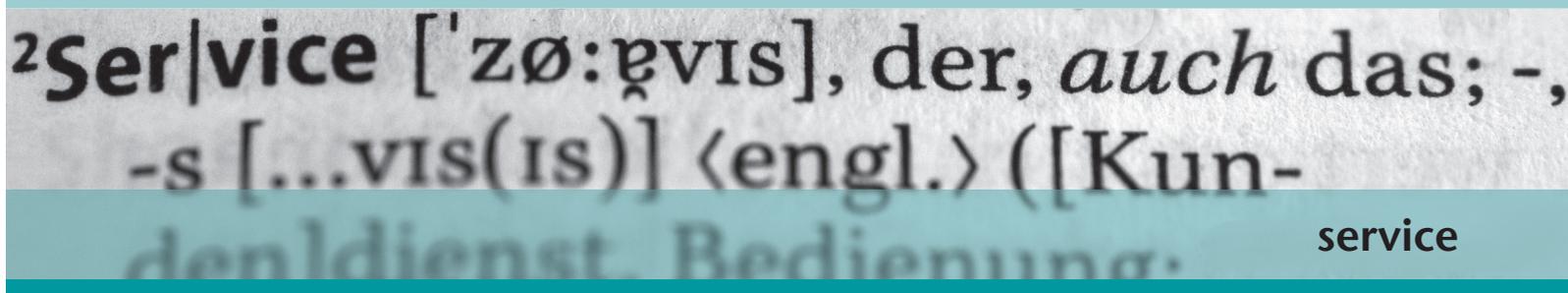
Die **Reaktionen** auf die Broschüre sind **äußerst positiv**. Die Broschüre wird von der Bundesregierung, von Rechtsabteilungen großer Unternehmen, in- und ausländischen Universitäten, Gerichten und Anwälten bestellt und verteilt.

Werben auch Sie als Notare mit uns für die deutsche Rechtsordnung! Eine soziale Marktwirtschaft braucht einen funktionierenden Rechtsrahmen. Zeigen Sie Ihren Mandanten, dass der Notar und die notarielle Tätigkeit dazugehören.

Die Broschüre eignet sich **ideal zum Auslegen im Wartezimmer** Ihres Notariats. Insbesondere die Vorteile der öffentlichen Register (Handelsregister und Grundbuch) werden ausführlich beschrieben.

Sie können die Broschüre online unter [www.lawmadeingermany.de](http://www.lawmadeingermany.de) gegen eine Schutzgebühr bestellen.





## Warnung vor irreführenden Rechnungen im Zusammenhang mit Handelsregistereintragungen

Der Deutsche Notarverein hat bereits im Jahr 2011<sup>1</sup> auf irreführende Rechnungen und Angebote im Zusammenhang mit Handelsregistereintragungen hingewiesen. Auch in dem aktuellen Fall werden Rechnungen/Angebote an Unternehmen verschickt, die dem Empfänger durch die Angaben von Aktenzeichen, Kassenzeichen, Zahlungsfristen (mit Androhung der Löschung aller Daten) etc. einen behördlichen, offiziellen Charakter vermitteln. Diese Rechnungen werden zeitnah mit der eigentlichen Eintragung im Handels-

register versandt, so dass der Eindruck entstehen kann, dass es sich um den eigentlichen, offiziellen Gebührenbescheid für die Handelsregistereintragung handelt.

Im Folgenden drucken wir erneut eine solche Rechnung ab, welche die DNotV GmbH, die Service-GmbH des Deutschen Notarvereins, regelmäßig im Zusammenhang mit der Ersteintragung der von ihr gegründeten Vorratsgesellschaften erhält.<sup>2</sup>

### PRAXISTIPP

**Hinweis an Beteiligte:**  
Man kann den Beteiligten immer wieder nur raten, mit solchen Rechnungen äußerst kritisch und vorsichtig umzugehen. Die offiziellen Rechnungen sollen natürlich dennoch umgehend überwiesen werden.

<sup>2</sup> Die DNotV GmbH erteilt die Genehmigung zur Weitergabe an Beteiligte. Die Rechnungen finden Sie auch im Leserservice auf der Homepage des Deutschen Notarvereins unter [www.dnotv.de](http://www.dnotv.de).

<sup>1</sup> *notar* 2011, 172 ff.

### Handelsregistereintrag des Amtsgerichts Charlottenburg (Berlin)

Werkass GmbH Ostseestr. 109 10409 Berlin

Kronen tausend730 GmbH

Bei Zahlung bitte angeben



**988540791**

Sehr geehrte Damen und Herren,

die Veröffentlichung firmenrelevanter Daten Ihres Unternehmens wurden im Bundesanzeiger bekannt gemacht und im HRB eingetragen. Um Ihre Registrierung vollständig abzuschließen, erheben wir die nachstehende Bearbeitungsgebühr. Nach Zahlungseingang werden Ihre Daten in unsere Datenbank aufgenommen. Sollte keine Zahlung erfolgen, werden Ihre Daten vollständig gelöscht.

**Bitte beachten Sie die Zahlungsfrist von einer Woche ab Zugang dieses Schreibens. Erst im Anschluss kann eine Eintragung erfolgen.**

<b>Offerte vom :</b>	<b>31.10.2012</b>
Amtsgericht:	Charlottenburg (Berlin)
Aktenzeichen:	HRB 145461 B
Eintragungsdatum :	26.10.2012
<b>Kostenposition</b>	<b>EURO</b>
Gebühr Registereintrag	461,42 €
Mehrwertsteuer. 19 %	87,67 €
<b>Endbetrag</b>	<b>549,09 €</b>

*Dieses Schreiben wurde maschinell erstellt und ist ohne Unterschrift gültig*

**Registertext:**Kronen tausend730 GmbH, Berlin, Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin. Firma: Kronen tausend730 GmbH Sitz / Zweigniederlassung: Berlin; Geschäftsanschrift: Kronenstraße 73/74, 10117 Berlin Gegenstand: Verwaltung eigenen Vermögens. Stamm- bzw. Grundkapital: 25.000,00 EUR Vertretungsregelung: Ist ein Geschäftsführer bestellt, so vertritt er die Gesellschaft allein. Sind mehrere Geschäftsführer bestellt, wird die Gesellschaft gemeinschaftlich durch zwei Geschäftsführer oder durch einen Geschäftsführer in Gemeinschaft mit einem Prokuristen vertreten. Alleinvertretungsbefugnis kann erteilt werden. Geschäftsführer; 1. Vonhof-Stolz, Carola, \*25.04.1961, Berlin; mit der Befugnis die Gesellschaft allein zu vertreten mit der Befugnis Rechtsgeschäfte mit sich selbst oder als Vertreter Dritter abzuschließen Rechtsform: Gesellschaft mit beschränkter Haftung; Gesellschaftsvertrag vom: 18.06.2010.



Stephanie Michel

## Vorstellung des Deutschen Notarvereins in Brüssel

25 Richter und Staatsanwälte aus Niedersachsen zu Besuch im Brüsseler Büro am 19.10.2012

Im Rahmen der „Qualifizierungsoffensive für Europa in der Landesverwaltung“ des Niedersächsischen Justizministeriums werden Richter und Staatsanwälte für eine Woche nach Brüssel entsandt, um Europa hautnah zu erleben. Neben den Terminen im Europäischen Parlament, der Kommission und dem Rat soll auch die Arbeit eines Interessenverbandes in Brüssel vorgestellt werden. Seit vier Jahren ist der Deutsche Notarverein Ansprechpartner für verschiedene Bundesländer und stellt in seinen Büroräumen in Brüssel seine Arbeit auf europäischer Ebene vor. Seit dem letzten Jahr erfolgt dies in Zusammenarbeit mit *Dr. Ulrich Simon* von der Bundesnotarkammer.

Nachdem die Teilnehmer im Rahmen ihres Wochenprogramms die Arbeitsweise der Europäischen Institutionen kennen gelernt haben und jeweils mit Abgeordneten des Parlaments und Mitarbeitern aus Rat und Kommission sprechen konnten, hatten DNotV und BNotK Gelegenheit, ihre



*Prof. Dr. Stephanie Michel*, Deutscher Notarverein, und *Dr. Ulrich Simon*, BNotK Brüssel, stellen Richtern und Staatsanwälten ihre berufspolitische Arbeit in Brüssel vor.

Tätigkeit in Brüssel für das Notariat darzustellen. Aktuelle Vorschläge der Europäischen Kommission für eine Revision der Berufsqualifikationsrichtlinie, Verordnungen zur Vereinheitlichung des Güterkollisionsrechts und für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht wurden vorgestellt und erläutert. Neben den allgemeinen politischen Themen konnten wir aber auch Interesse an unseren Projekten wie dem von der Europäischen Kommission geförderten Projekt PREJUS.EU<sup>1</sup> wecken und weitere Portale

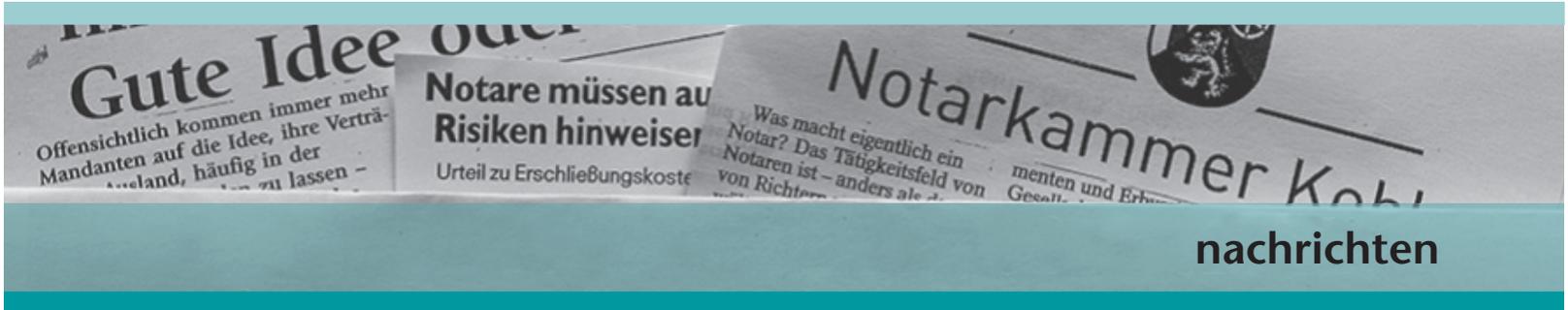


Richter und Staatsanwälte aus Niedersachsen auf Entdeckungstour durch die Europäischen Institutionen.

vorstellen, die auch für die Teilnehmer in der täglichen Praxis eine Arbeitserleichterung darstellen können. Das Besuchsprogramm dieser Woche endete mit einer Einladung in das gemeinsame Büro des Deutschen Notarvereins und der Bundesnotarkammer in Brüssel. Nach einem kleinen Imbiss mit Ideen- und Meinungsaustausch wurden die Teilnehmer auf ihre Reise zurück nach Deutschland verabschiedet.

[Prof. Dr. Stephanie Michel, Brüssel](#)

<sup>1</sup> Siehe auch den Beitrag *notar* 2011, 343.



## Nachrichten

### Notarrechtliches Zentrum Familienunternehmen

Im Jahr 2011 starteten die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V., die Hamburgische Notarkammer und die Bucerius Law School die Initiative zur Gründung eines „Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen“ an der Bucerius Law School. Am 20.7.2012 beschloss der Akademische Senat der Bucerius Law School die Errichtung dieses Instituts. Das Gründungssymposium fand am 16.11.2012 mit der Jahrestagung zum Thema „Die Verträge der Familienunternehmer“ statt.

Direktoren des Instituts sind *Prof. Dr. Anne Röthel* und *Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Karsten Schmidt*.

### Veranstaltungen am Institut für Notarrecht der Universität Göttingen

Das Institut für Notarrecht der Universität Göttingen veranstaltet am 22.3.2012 eine Fortbildung zum Europäischen Internationalen Familien- und Erbrecht. Referenten sind u. a. *Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Dieter Henrich*, Universität Regensburg, sowie *Prof. Dr. Andreas Spickhoff*, Universität Göttingen. Bitte merken Sie den Termin schon einmal vor.

## Personen

### Notarkammer Baden-Württemberg

#### Ernennung zum Notar

*Ulrike Gruner*, Stuttgart, zum 10.12.2012

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Rechtsanwalt und Notar *Dr. Frank Oppenländer*, Stuttgart, zum 31.12.2012

### Landesnotarkammer Bayern

#### Amtssitzverlegung

Notar *Dr. Sebastian Franck*, nach Lauingen, zum 1.1.2013

Notar *Dr. Simon Weiler*, nach München, zum 1.2.2013

#### Ernennung zum Notar

*Dr. Rainer Regler*, München, zum 2.1.2013

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar *Herbert Pöppelmann*, München, zum 31.12.2012

Notar *Thomas Schmitt*, Lauingen, zum 1.1.2013

Notar *Richard von Grafenstein*, München, zum 1.1.2013

Notar *Dr. Dieter Karl*, München, zum 16.1.2013

Notar *Dr. Friedrich Brenner*, Garmisch-Partenkirchen, zum 28.2.2013

#### Verstorben

Notar *Dr. Hans-Jürgen Ringel*, Arnstorf, verstarb am 5.11.2012.

### Notarkammer Sachsen

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar *Ulrich Henkes*, Dresden, zum 1.11.2012

#### Verstorben

Notar *Karl-Heinz Mallon*, Mittweida, verstarb am 28.11.2012.

### Rheinische Notarkammer

#### Ernennung zum Notar

*Dr. Jörg Ihle*, Bergisch Gladbach, zum 15.1.2013

#### Ernennung zum Notarassessor

*Dominik Hüren*, Düsseldorf, zum 10.10.2012

*Christoph Dahlkamp*, Erfstadt, zum 5.11.2012

## Termine

### Betreutes Wohnen

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht

Zeit: 6.2.2013, 16:30 Uhr s. t.

Ort: Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110, 1. OG), Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München.

Referenten: Notar *Sven Schünemann*, Regensburg, Privatdozent *Dr. Hannes Ludyga*, M. A., München.

Kontakt: Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089/2180-1420, Fax: 089/2180-13981, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

### Gestaltungspraxis und Inhaltskontrolle

13. wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Universität Würzburg

Zeit: 14.6.2013, 9:30–16:00 Uhr

Ort: Neubaukirche der Julius-Maximilians-Universität, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

Referenten: Notar a. D. *Sebastian Herrler*, Würzburg, *Prof. Dr. Anne Röthel*, Hamburg, Rechtsanwalt *Dr. Nikolaus Schrader*, Hamburg

Kontakt: Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e. V., Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Tel.: 0931/355760, Fax: 0931/35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de

### Seminare des Deutschen Notarverlags 2013

#### 1. Jahresarbeitsstagung Notarbüro

Donnerstag/Freitag, 14.–15.3.2013, Bonn

Referent: *André Elsing*

#### Update Gesellschaftsrecht mit Kostenrecht

Montag, 15.4.2013, Kiel

Donnerstag, 18.4.2013, Bremen

Donnerstag, 25.4.2013, Berlin

Jeweils 9:00–16:00 Uhr

Referent: *André Elsing*

#### Update Grundstücksrecht mit Kostenrecht

Dienstag, 16.4.2013, Kiel

Freitag, 19.4.2013, Bremen

Freitag, 26.4.2013, Berlin

Jeweils 9:00 – 16:00 Uhr

Referent: *André Elsing*

### Wohnungseigentum in der notariellen Praxis

Donnerstag, 11.4.2013, Hamburg

Donnerstag, 6.6.2013, Leipzig

Donnerstag, 13.6.2013, Wiesbaden

Jeweils 9:00–16:00 Uhr

Referent: *Bernd Schilling*

### Die Vorbereitung und Abwicklung eines Bauträgerprojekts

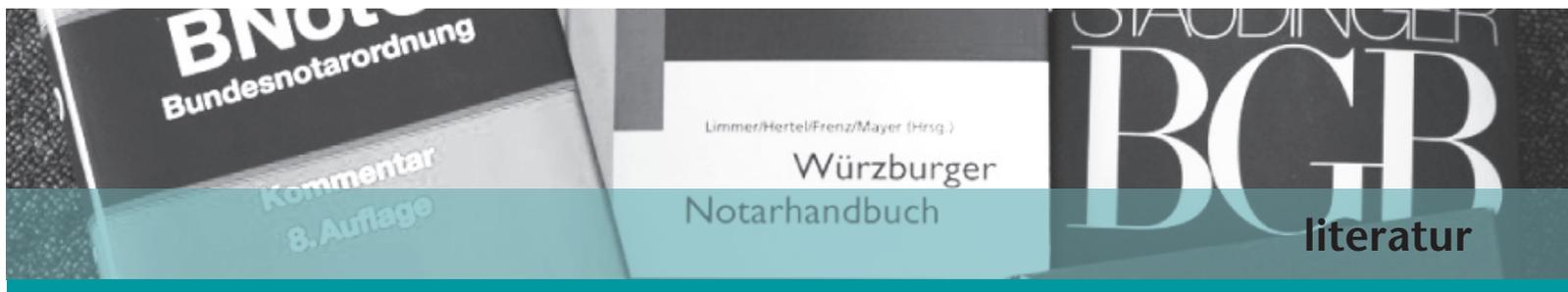
Freitag, 12.4.2013, Hamburg

Freitag, 7.6.2013, Leipzig

Freitag, 14.6.2013, Wiesbaden

Jeweils 9:00–16:00 Uhr

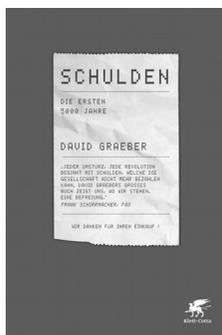
Referent: *Bernd Schilling*



## „Warum müssen wir Schulden eigentlich zurückzahlen?“

David Rolfe Graeber, *Schulden, Die ersten 5000 Jahre; aus dem Amerikanischen von Ursel Schäfer, Hans Freundl und Stephan Gebauer (Orig.: Debt. The first 5,000 Years), 7. Auflage 2012, 536 Seiten, € 26,95, Klett Cotta, ISBN: 978-3-608-94767-0*

„Hast du eine Million Schulden, dann gehörst du der Bank. Hast du eine Milliarde Schulden, dann gehört die Bank dir.“ (Amerikanisches Sprichwort).



Es müssen interessante Zeiten sein, in denen im DNotI – Report (20/12, S. 171) Kollege *Herrler* (zurecht!) *Paul Kirchofs* hochspannendes Buch „Deutschland im Schuldensog“ dem geneigten Notar

zur Lektüre empfiehlt. Der Hinweis auf *David Rolfe Graebers* nicht minder spannendes Buch zur Geschichte der Schulden soll an dieser Stelle folgen.

*Graeber*, Jahrgang 1961, ist US-amerikanischer Kulturanthropologe und Anarchist. Er ist Mitbegründer der „Occupy-Wallstreet“-Bewegung und gilt als Schöpfer des Slogans „We are the 99 percent“. In Deutschland ist *Graeber* vor allem als Talkshow-Gast im Rahmen der Themen Euro- und Finanzkrise bekannt gewor-

den. Meist machte er mit der Frage auf sich aufmerksam:

*Warum müssen wir eigentlich Schulden zurückzahlen?*

*Graeber* untersucht auf den knapp 600 Seiten mit leserfreundlichen Endnoten die Geschichte der Menschheit aus kulturanthropologisch-historischer Sicht als eine knapp 5000-jährige Geschichte der Beziehung von Schuldner und Gläubiger, beginnend mit den Anfängen der Zivilisation in Mesopotamien, als Tempeldiener die Menge an Korn zählten, bis hin zum Ende des Bretton-Woods-Systems in den 70er Jahren des 20. Jahrhunderts, welches den USA die Möglichkeit eröffnet hat, unbegrenzt Geld zu drucken (so jedenfalls *Graeber*).

Etwas überspitzt zusammenfassen könnte man das Buch dabei mit *Graebers* These „Es gibt keinen größeren Irrglauben als den, dass man seine Schulden zurückzahlen müsse.“.

Wer bereit ist, über diese These ernsthaft nachzudenken, dem sei die Lektüre wärmstens empfohlen.

Neben dieser allgemeinpolitischen Brisanz hat *Graebers* Buch auch in notarspezifischer Hinsicht Spannendes zu bieten. Dies liegt an seiner gründlichen und fundierten Auseinandersetzung mit diversen volkswirtschaftlichen Dogmen, etwa dem (vermeintlichen) Gegensatz von Markt und staatlicher Regulierung, der Entwick-

lung der Geldwirtschaft und dem Glauben an unbeschränktes Wachstum. Es gelingt ihm nachzuweisen, dass viele Dogmen der Volkswirtschaft eben nur Dogmen sind und aus Sicht des Anthropologen als widerlegt gelten können. Dies gilt nicht nur für *Adam Smith'* Theorie der Geldentwicklung, die bis heute in jedem volkswirtschaftlichen Lehrbuch auftaucht, sondern auch für die fundamentale Annahme, dass nur der freie Markt zur optimalen Ressourcenallokation führt. Hier gelingt *Graeber* (aus anthropologisch und historisch geprägter Perspektive) der Beleg, dass vielmehr umgekehrt gilt: Nur die (staatliche) Regulierung der Wirtschaft kann überhaupt einen freien Markt hervorbringen. Für die Argumentation gegenüber den Apologeten der Deregulierung ein sicher interessanter Ansatz. Andere Thesen *Graebers* sind vielleicht sehr monokausal und teilweise auch nur dürftig belegt wie etwa die Behauptung, Münzgeld sei hauptsächlich zur Bezahlung von Söldnern entwickelt worden. Wenn er z. B. von einem „militärischen Münzgeldkomplex“ spricht, gleitet die Rhetorik (leider) manchmal in den Bereich der eher politisch linken Rhetorik ab. Hier hat (wohl) der Druck der Veröffentlichung zur richtigen Zeit gründlicheres Arbeiten verhindert. Bei einem amerikanischen Anarchisten muss das aber vielleicht auch so sein.

Notar Christian Seger, Waldmünchen

## Klassiker zum Grunderwerbsteuerrecht neu aufgelegt

Gottwald, **Grunderwerbsteuer**, 4. Aufl. 2013, 456 Seiten, Carl Heymanns Verlag, € 54,00, ISBN: 978-3-452-27754-1

Dem Grunderwerbsteuerrecht kommt in der notariellen Praxis ein besonderer Stellenwert zu. Denn nach § 18 GrEStG trifft den Notar eine Anzeigepflicht gegenüber dem zuständigen Finanzamt u. a. dann, wenn er einen Rechtsvorgang bezüglich eines inländischen Grundstücks oder die Übertragung eines Anteils an einer grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft beurkundet. Kommt der Notar seiner Verpflichtung zu einer ordnungsgemäßen Anzeige i. S. d. § 18 GrEStG nicht nach, kann darin eine leichtfertige Steuerverkürzung gemäß § 378 AO liegen. Außerdem kann ein Erwerbsvorgang nach § 16 Abs. 5 GrEStG nicht mehr mit steuerlicher Wirkung rückgängig gemacht werden, wenn er zuvor nicht ordnungsgemäß angezeigt wurde. Schließlich haftet der Notar den Beteiligten für eine fehlerhafte Auskunft zu den Grunderwerbsteuerrechtlichen Folgen eines von ihm beurkundeten Vorgangs, wenn er insoweit eine Beratung übernommen hat, ohne dazu verpflichtet zu sein.

Vor diesem Hintergrund bietet der von *Gottwald* verfasste **Leitfaden für die Praxis**, der jetzt in der 4. Auflage erschienen ist, schon seit Jahren eine verlässliche Hilfestellung bei der Beurteilung Grunderwerbsteuerlicher Fragestellungen. Der Erfolg des Buches beruht nicht zuletzt auf einer einzigartigen Kombination aus einem Lehrbuch mit einer wissenschaftlich fundierten Durchdringung der Materie und einem wertvollen Ratgeber für die Vertragsgestaltung. Der Aufbau des Werks folgt dabei der Systematik des Grunderwerbsteuergesetzes.

Zum besseren Verständnis des teilweise komplexen Stoffes tragen die Vielzahl der meist auch grafisch veranschaulichten **Fallbeispiele mit Lösungsvorschlägen** bei. Die Schaubilder sind für den Rechtsanwender vor allem hilfreich, wenn es um die Grunderwerbsteuerliche Behandlung von Übertragungsvorgängen unter Beteiligung von Gesamthandsgemeinschaften oder innerhalb eines Konzerns geht.

Da sich das Grunderwerbsteuerrecht auch in den letzten Jahren dynamisch weiterentwickelt hat, lohnt sich die Anschaffung des Werks auch für Kollegen, die bereits im Besitz der Voraufgabe (mit Stand bis zum April 2009) sind. Beispielhaft erwähnt sei

an dieser Stelle – neben der durch das Jahressteuergesetz 2010 neu begründeten Verpflichtung des Notars zur Anzeige der steuerlichen (Wirtschafts-)Identifikationsnummer der Beteiligten gemäß § 20 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 Nr. 1 GrEStG – die Schaffung einer „kleinen“ Konzernklausel in § 6a GrEStG durch das Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009. Die Darstellung der Grunderwerbsteuerbefreiung von Umwandlungsvorgängen innerhalb eines Konzerns erfolgt dabei unter Heranziehung der am 1.12.2010 veröffentlichten gleichlautenden Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder. Diese wurden jedoch zwischenzeitlich durch die neuen, punktuell steuerverschärfenden Ländererlasse vom 19.6.2012<sup>1</sup> ersetzt. Letztere konnten von dem Autor bei der Drucklegung nicht mehr eingearbeitet werden, da das Werk sämtliche Gesetzesänderungen, die Rechtsprechung der Finanzgerichte, die Erlasse der Finanzverwaltung und die steuerrechtliche Literatur bis einschließlich Mai 2012 berücksichtigt.



Auch der BFH hat in den vergangenen drei Jahren einige wegweisende Entscheidungen gefällt, die bei der Überarbeitung der Voraufgabe beachtet wurden. Vermutlich übersehen hat der Autor allerdings das

BFH-Urteil vom 25.8.2010, in dem das Gericht klargestellt hat, dass eine Grunderwerbsteuerbare Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 GrEStG außerhalb eines Organkreises vermieden werden kann, wenn der Erwerber an einer Zwischengesellschaft zu weniger als 95 % beteiligt wird.<sup>2</sup> Durch den Hinweis auf diese Entscheidung hätte der Autor seinen eigenen, in die gleiche Richtung weisenden Gestaltungshinweis zusätzlich untermauern können.

Der größte Vorzug des Buches, der es für den Praktiker so wertvoll macht, liegt zweifelsohne in den darin aufgezeigten **zahlreichen Gestaltungsüberlegungen zur**

**Vermeidung Grunderwerbsteuerlicher Fallstricke** und Nachteile. Exemplarisch herausgegriffen seien hier nur die Gestaltungsempfehlungen für einen steuerfreien Übergang von Grundstücken auf den aufnehmenden Rechtsträger im Rahmen einer übertragenden Umwandlung außerhalb eines Konzernverhältnisses i. S. d. § 6a GrEStG oder für die Grunderwerbsteuerneutrale „Heilung“ eines missglückten Grundstückserwerbs durch nur einen Ehegatten (nach § 3 Nr. 4 GrEStG steuerfreie Übertragung eines Miteigentumsanteils auf den anderen Ehepartner oder partielle Vertragsübernahme durch diesen). Einzelne Formulierungsvorschläge, etwa für einen „Stolperstein“ zur Identifizierung nachsteuerschädlicher Änderungen im Gesellschafterbestand einer Gesamthand oder beim Formwechsel von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft, runden die Praxistipps ab.

In dem Preis für das Printwerk ist ein **Online-Zugriff** auf das Buch enthalten. Dieser erlaubt eine Recherche innerhalb des Werks wie in einer Datenbank. Zusätzlich kann über das Online-Modul auf den Volltext aller relevanten, in dem Werk zitierten Entscheidungen und Vorschriften zugegriffen werden.

Die Alleinstellungsmerkmale des Buches gegenüber den gängigen Kommentaren zum Grunderwerbsteuergesetz sollten für jeden Notar, der sich einen Überblick über das Grunderwerbsteuerrecht verschaffen möchte, Grund genug sein, über einen Kauf nachzudenken. Wer überdies nach praxistauglichen Lösungen für Grunderwerbsteuerliche Probleme sucht und vorhandene Gestaltungsspielräume erkennen möchte, für den führt an dem Buch von *Gottwald* auch in seiner 4. Auflage kein Weg vorbei.

Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn

<sup>1</sup> Oberste Finanzbehörden der Länder, gleichlautende Erlasse v. 19.6.2012, BStBl I 2012, 662.

<sup>2</sup> BFH II R 65/08, DStR 2011, 27.

## Rechtsvergleich im WEG

**Wohnungseigentum in Österreich und Deutschland, Aktuelle Entwicklungen und Perspektiven, 2012, Partner im Gespräch, Band 93, 185 Seiten, ISBN 978-3-406-64333-0, Verlag C.H.BECK.**

Der Rechtsvergleich mit Blick über die Grenzen hat für das Rechtsverständnis einen eigentümlichen Reiz, auch wenn er nicht unmittelbar zur Auslegung der geltenden inländischen Rechtsvorschriften beitragen kann. Das zu besprechende Werk ist der Tagungsband des gemeinsamen WEG-Symposiums des Evangelischen Siedlungswerks in Deutschland und der Universität Innsbruck vom 23. bis zum 25.3.2012. Enthalten sind zahlreiche Beiträge von führenden Vertretern des Wohnungseigentumsrechts aus Österreich und Deutschland. Der Rezensent hat sich vor einigen Jahren kursorisch mit dem österreichischen WEG befasst und musste mit Staunen Vieles über ausgefeilte Gesetzestechnik, Modernität und Ausführlichkeit

des Wohnungseigentumsrechts unseres Nachbarlandes zur Kenntnis nehmen. Beispielfähig: Nach § 1 Abs. 8 öWEG haben die Miteigentumsanteile dem Verhältnis der Nutzwerte zu entsprechen, die sich aus der Nutzfläche des Objekts *und* aus Zuschlägen oder Abstrichen für werterhöhende oder wertmindernde Eigenschaften desselben ergeben; der Nutzwert ist durch Gutachten zu ermitteln (§ 9 öWEG).



Deutschland und *Bittner* für Österreich zeigen die durchaus unterschiedlichen sa-

Vorbildlich ist auch der in §§ 37 ff. öWEG geregelte Erwerberschutz in der Begründungsphase, den *Pittl* in seinem sehr lesenswerten Beitrag (S. 89 ff.) erläutert. *Rapp* für

chenrechtlichen Grundlagen auf (S. 15 ff.). Die Teilrechtsfähigkeit der Eigentümergemeinschaft kennt das öWEG seit langem. Hiermit befassen sich eingehend *Spruzina* (S. 35 ff.) und *Derleder* (S. 43 ff.), verbandsrechtliche Aspekte erörtern *Vonkilch* (S. 163 ff.) und *Elzer* (S. 173 ff.). Auf Fragen der Verwaltung und des gerichtlichen Verfahrens gehen *Kulhanek* (S. 51 ff.), *Lüke* (S. 59 ff.), *Hausmann* (S. 73 ff.) und *Suilmann* (S. 81 ff.) ein. Zahlreiche weitere Beiträge zum deutschen und österreichischen WEG runden den Tagungsband ab. Da sich die überwiegende Zahl der Referate auf höchstem Niveau mit Fragen des deutschen WEG befasst und insbesondere als eine Art Zwischenbilanz der WEG-Novelle 2007 versteht, lohnt sich die Anschaffung auch für den nicht primär an Rechtsvergleichung Interessierten.

Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

## Körperschaftsteuer: fundiert und praxisorientiert

**Schnitger/Fehrenbacher, Kommentar Körperschaftsteuergesetz, 1. Auflage 2012, 2.176 Seiten, € 99,95, Springer Gabler Verlag**

Der von *Schnitger* und *Fehrenbacher* herausgegebene neue Kommentar bietet eine prägnante Erläuterung der Vorschriften des Körperschaftsteuergesetzes (KStG). Das Werk richtet sich in erster Linie an Steuerberater, Finanzbeamte, Richter und Wissenschaftler. Der Kommentar kann jedoch auch von Notaren zu Rate gezogen werden, die sich über körperschaftsteuerrechtliche Themen informieren wollen. Überschneidungspunkte von Körperschaftsteuerrecht und notarieller Praxis bestehen insbesondere bei der Versagung nicht genutzter steuerlicher Verluste infolge einer Anteilsübertragung nach § 8c KStG und bei der Organschaftsbesteuerung.

Ein instruktiver Beleg für die fundierte, praxisorientierte Aufarbeitung auch ungelöster Auslegungsprobleme ist die Behandlung der Streitfrage, ob der Gewinn einer Körperschaft, der im Jahr eines nach § 8c Abs. 1 KStG schädlichen Beteiligungserwerbs bis zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung erwirtschaftet wurde, mit einem bislang noch

nicht genutzten Verlust saldiert werden kann. Die Finanzverwaltung lehnte eine solche Verrechnungsmöglichkeit bis vor kurzem noch ab.<sup>1</sup> *Gohr*, der Kommentator des § 8c KStG, kritisiert dieses Verbot übereinstimmend mit der h. M. im Schrifttum. Er sieht sich darin durch das zwischenzeitlich im Bundessteuerblatt veröffentlichte BFH-Urteil vom 30.11.2011<sup>2</sup> bestätigt.<sup>3</sup>



Im Anschluss zeigt der Kommentator anhand eines Rechenbeispiels die Gestaltungsmöglichkeiten auf, die sich für Steuerpflichtige aus dem seitens der Finanzverwaltung eingeräumten Wahlrecht zur zeitanteiligen Ermittlung eines unter-

jährigen Verlustes ergeben.<sup>4</sup> Danach akzeptiert die Verwaltung sowohl eine zeitanteilige Aufteilung eines unterjährigen Verlustes als auch eine andere „wirtschaftlich begründete“ Aufteilung.<sup>5</sup> *Gohr* spricht sich vor diesem Hintergrund für die Möglichkeit aus, ein unterjähriges Jahresergebnis mittels Vorlage eines Zwischenabschlusses auch zeitgenau nach der tatsächlichen Dauer der Beteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters abzugrenzen. Eine solche Ergebnisabgrenzung könne für den Steuerpflichtigen vorteilhaft sein, wenn ein unterjähriger Verlust nicht linear im Laufe eines Wirtschaftsjahres entstanden sei. Hinzuzufügen wäre an dieser Stelle noch, dass besser auch in dem notariell zu beurkundenden Geschäftsanteilskaufvertrag geregelt werden sollte, ob das Jahresergebnis einer GmbH pro rata temporis oder zeitgenau zwischen Veräußerer und Erwerber aufgrund eines zu diesem Zweck zu erstellenden Zwischenabschlusses aufgeteilt werden soll.

<sup>1</sup> BMF-Schreiben v. 4.7.2008 – IV C 7 – S 2745 – a/08/10001, BStBl I 2008, 736, Tz 31 S. 1.

<sup>2</sup> BFH I R 14/11, BStBl II 2012, 360 = DStR 2012, 494.

<sup>3</sup> Schnitger/Fehrenbacher/*Gohr*, KStG, § 8c Rn 226.

<sup>4</sup> Vgl. Schnitger/Fehrenbacher/*Gohr*, KStG, § 8c Rn 227.

<sup>5</sup> BMF-Schreiben v. 4.7.2008, a. a. O., Tz 32.

Etwas knapp abgehandelt werden dagegen die in der Literatur und vom FG Hamburg<sup>6</sup> geäußerten Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des § 8c KStG. Dies gilt auch für die Frage, ob die mit Wirkung zum 1.1.2010 eingeführte Konzernklausel und Verschonungsregelung für im Betriebsvermögen enthaltene stille Reserven<sup>7</sup> möglicherweise zu einer anderen verfassungsrechtlichen Beurteilung der Vorschrift führen.

Verständlich dargestellt wird auch das vielschichtige Querschnittsthema der körperschaftsteuerlichen Organschaft. Von Interesse sind hier aus notarieller Sicht vor allem die Anforderungen, die § 14 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 17 KStG an den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags i. S. d. § 291 Abs. 1 AktG stellen. Ausführlich wird in diesem Zusammenhang auf die formalen und inhaltlichen Voraussetzungen für einen zivilrechtlich wirksamen Ergebnisabführungsvertrag (EAV) eingegangen.<sup>8</sup> Die gesellschaftsrechtliche Rechtsprechung und Literatur werden dabei angemessen ausgewertet. Obwohl nach der Rechtsprechung des BGH § 302 AktG analog auf einen GmbH-Konzern anzu-

wenden ist,<sup>9</sup> verlangt der BFH in ständiger Spruchpraxis – streng am Wortlaut des § 17 S. 2 Nr. 2 KStG orientiert – eine ausdrückliche Verlustübernahmevereinbarung im EAV bei einer GmbH als Organgesellschaft.<sup>10</sup> Um diesem Erfordernis Rechnung zu tragen, empfiehlt *Lawall*<sup>11</sup> zutreffend, im EAV auf § 302 AktG in seiner Gesamtheit und in allen seinen Bestandteilen in der jeweils gültigen Fassung zu verweisen.<sup>12</sup> Ausgehend von der vom BFH bestätigten Bemessung der fünfjährigen Mindestvertragsdauer des EAV nach Zeit- und nicht nach Wirtschaftsjahren<sup>13</sup> werden ferner Tipps zur Vertragsgestaltung, u. a. für den Fall einer nicht rechtzeitigen Eintragung des EAV ins Handelsregister, gegeben.<sup>14</sup>

Der Kommentar profitiert merklich davon, dass sich das Autorenteam überwiegend aus Praktikern zusammensetzt, die – wie der Mitherausgeber *Arne Schnitger* – in der Steuerabteilung der Wirtschaftsprüfungsgesellschaft von Pricewaterhouse (PwC) arbeiten. Für die wissenschaftliche Analyse der zum Teil komplexen Materie sorgen der zweite Mitherausgeber *Oliver Fehrenba-*

*cher* und seine Mitarbeiter des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Personen- und Unternehmenssteuerrecht der Universität Koblenz. Die Kommentatoren aus dem BMF bürgen schließlich dafür, dass auch die Auffassung der Finanzverwaltung die ihr gebührende Beachtung findet.

Die Kommentierung basiert auf dem Stand des KStG zum 31.12.2011. Im Jahr 2012 ergangene Entscheidungen, Verwaltungsanweisungen und Aufsätze wurden jedoch – soweit möglich – noch eingearbeitet.

Resümierend kann der neue Kommentar jedem Notar nachdrücklich zur Anschaffung empfohlen werden, der sich in seiner Beratungspraxis wenigstens hin und wieder auch mit unternehmensteuerrechtlichen Frage- und Problemstellungen beschäftigt. Ihm wird ein kompaktes, instruktives Nachschlagewerk angeboten, das den Vergleich mit den bereits etablierten Kommentaren zum KStG wahrlich nicht zu scheuen braucht.

Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn

<sup>6</sup> FG Hamburg, Vorlagebeschl. v. 4.4.2011 – 2 K 33/10, DStR 2011, 1172; Az. beim BVerfG: 2 BvL 6/11.

<sup>7</sup> Vgl. § 8c Abs. 1 S. 5 bis 8 KStG.

<sup>8</sup> Vgl. Schnitger/Fehrenbacher/Brink, KStG, § 14 Rn 268 ff.

<sup>9</sup> Vgl. nur BGH, Urt. v. 11.11.1991 – II ZR 287/90, DNotZ 1992, 721; BGH, Urt. v. 11.10.1999 – II ZR 120/98, NJW 2000, 210.

<sup>10</sup> Siehe dazu BFH, Urt. v. 3.3.2010 – I R 68/09, DStR 2010, 858; BFH, Beschl. v. 28.7.2010 – I B 27/10, MittBayNot 2011, 257, jeweils m. w. N.

<sup>11</sup> Schnitger/Fehrenbacher/Lawall, KStG, § 17 Rn 76.

<sup>12</sup> So auch BMF v. 19.10.2010 – IV C 2 – S 2770/08/10004, BStBl I 2010, 836.

<sup>13</sup> BFH, Urt. v. 12.1.2011 – I R 3/10, DStR 2011, 717.

<sup>14</sup> Schnitger/Fehrenbacher/Brink, KStG, § 14 Rn 302, 305.



## schlussvermerk

Wolfgang Litzenburger

# Vorgelesen – Notare in der Literatur (Teil 12)

Hans Sachs, Der falsche Notarius – die falsch verstandene Neutralitätspflicht

### INFO

Damit endet unsere Reihe Vorgelesen – Notare in der Literatur. Wir hoffen, dass die Texte unterhaltsam waren, und freuen uns auf Ihre Beiträge, die wir in dieser Rubrik veröffentlichen können.

Auch Hans Sachs hat sich in seinem Gedicht „Der falsche Notarius“ (1546) mit einem Notar beschäftigt. Wie wir alle wissen, ist ein Notar von Amts wegen zur Neutralität gegenüber allen Beteiligten verpflichtet. Doch diese Pflicht hat dieser Notar völlig falsch verstanden, weshalb der Titel „Der falsche Notar“ mehr als zutreffend ist: Neutralität ist nicht, die Hand nach beiden Seiten aufzuhalten und zu kassieren! Doch lesen Sie selbst:

*Zu Florenz ein Notarius saß,  
Der voller arger Listen wås  
Und gar bewandert in der Kunst,  
Zu lügen und zu trügen.  
'Nen jungen Bürgerssohn fragt' er,  
Ob er bezahlet worden wär': –  
Fünfhundert Gulden hätt' aus Gunst  
Der Vater sein in Kriegen  
Geliehn 'nem Hauptmann, der nun todt –  
Genau die Sach' er wüßte.  
Der Sohn sprach: »Weiß nichts, sonder Spott.«*

*Drauf der Notar voll Liste:  
»Ich habe noch das Instrument,  
Darin er seine Schuld bekennt;  
Ich geb's dir um fünf Gulden roth,  
Damit wirst stets du siegen.«*

*Der Jung' das Instrument bezahlt  
Und ladet vor's Gerichte bald  
Des Hauptmanns Sohn und ihn verklagt  
Um jene Summ' in Zorn.*

*Des Hauptmanns Sohn stark läugnen thät,  
Da er des Vaters Bücher hätt'  
Und keins die Schuld besagt';  
Gem hätt' er's gleich beschwor'n.  
Doch erst er zum Notarius lief,  
Sprach: »Bösewicht, merk' eben,  
Du hast gemacht ein' falschen Brief.  
Mein Vater in seinem Leben  
Von dem entlehnet hat kein Geld.«  
Sprach der Jurist: »Du hast gefehlt!  
Ich war ja selber beim Geschäft,  
Bevor du noch geboren.*

*Das Geld lieh er deinem Vater baar,  
Jedoch darnach im ersten Jahr  
Hat er es ihm zurückgezahlt,  
Deß hab' ich die Quittanzen;  
Und wenn du gibst fünf Gulden mir,  
So will ich sie zustellen dir,  
So wirst du von ihm ledig bald*

*Und hast nicht viel Kramanzen.“  
Der Jung' ihm auch fünf Gulden gab.  
So hat er beid' geschunden  
Und trieb ihr Geld da ihnen ab  
Mit Listen also runden. –  
Das ist noch der Juristen Kunst:  
Sie machen nichts als blauen Dunst,  
Daß was in ihren Beutel fällt.  
Gott geb' ihnen die Franzen!<sup>1</sup>*

Der Verfasser dieser Zeilen fühlt sich genötigt, darauf hinzuweisen, dass er die Auffassung von Sachs, vor allem dessen frommen Wunsch am Ende, in keiner Weise teilt!

Im Unterschied zu Giovanni Boccaccio stammt dieser Halunke von einem Notar nicht aus Prato, sondern unmittelbar aus Florenz, aber jedenfalls aus der Toskana. Notare sollten sich daher den Besuch dieses italienischen Landstrichs gut überlegen!

Notar Dr. Wolfgang Litzenburger, Mainz

### INFO

#### Zitierte Literatur:

Hans Sachs, Ausgewählte poetische Werke, Leipzig 1884

<sup>1</sup> Anm. d. Verfassers: Franzen = französische Krankheit oder Syphilis.