

notar editorial 33**notar impressum** 36**notar intern**

Stellungnahme des Deutschen Notarvereins
zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität
und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) 34

Mitgliederversammlung in Heiligendamm 44

Vorstellung der neuen Vorstandsmitglieder – *Notarin
Eleonore Lohr und Notar Dr. Manfred Wenckstern* 44

Personalia 46

Deutsche Notarfußballmannschaft „verteidigt“
Vizeeuropameistertitel – *Notar Thomas Grauel
und Notar Dr. Benno Sefrin* 46

16. Europäische Notarentage in Salzburg 48

notar info

Tag der Freien Berufe 2004 –
Freiberuflichkeit im neuen Europa 50

Zusammenlegung von Grundbuchamt und
Katasterbehörde – Bodenmanagementbehörde 52

Auswirkungen der Änderungen der Umsatzsteuer-
schuldnerschaft bei Grundstückskaufverträgen
für die notarielle Vertragsgestaltung –
Rechtsanwältin und Notarin Elke Holthausen-Dux 54

Verleihung der Ehrendoktorwürde
an Professor Dr. jur. Dieter Schwab –
Notar Dr. Stefan Zimmermann 58

notar justiz

Aktuelle Themen/Gesetzgebungsverfahren 59

notar service

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung –
Steigende Prämien auch für Notare 60

notar europa

Nachrichten aus Brüssel 61

Breslauer Notare zu Gast in Sachsen –
Notarassessor Detlef Heins 62

Kommissionsvorschlag für eine Rahmenrichtlinie
des Europäischen Parlaments und des Rates über
Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004)2 –
*Professor (em.) Dr. Dr. h.c. Hans-Jürgen Sonnenberger,
München* 64

notar international

Rechtsberatungsprojekt in Serbien 67

notar kurz vor schluss

Vorankündigungen 69

Zwischenruf: Toll Collect 70



Liebe Leserinnen und Leser,

von Brüssel bis Heiligendamm reicht die
geographische und inhaltliche Spann-
weite der neuesten Ausgabe Ihres *notar*.

Aus dem erweiterten Europa berich-
ten wir Ihnen aus notarieller Sicht nicht
nur von so unbeschwerten Dingen wie
dem Vizeeuropameistertitel der deut-

schen Notarfußballmannschaft oder dem erfolgreichen Mei-
nungs- und Erfahrungsaustausch auf den Europäischen Notarta-
gen in Salzburg. Wir möchten Ihr Augenmerk auch auf zukunfts-
relevante Fragen richten, etwa die nach den möglichen Auswir-
kungen der neu von der Europäischen Kommission vorgeschla-
genen Dienstleistungsrichtlinie auf die notarielle Tätigkeit in
Deutschland oder die Arbeiten an einem einheitlichen Europäi-
schen Vertragsrecht, das sich hinter dem harmlos-unbestimmten
Namen eines „Einheitlichen Referenzrahmens“ versteckt. Mehr
denn je ist der Deutsche Notarverein durch sein Brüsseler Büro
gefordert, die aktuelle Rechtsentwicklung der Gemeinschaft zu
begleiten und über die Vorzüge des deutschen Systems der vor-
beugenden Rechtspflege aufzuklären, das – kaum verwunder-
lich – nicht allen europäischen Entscheidungsträgern ausrei-
chend bekannt ist. Vor dem gleichen Hintergrund widmete sich
auch der diesjährige „Tag der Freien Berufe“ in Berlin den euro-
päischen Themen, insbesondere der Dienstleistungsfreiheit und
der Anerkennung von Berufsqualifikationen.

Verwunderlich im nationalen Bereich mutet die hessische Ini-
tiative an, das Grundbuchamt mit den Katasterbehörden zu ei-
ner großen „Bodenmanagementbehörde“ zu verschmelzen. Der
Deutsche Notarverein hat zu diesem Vorhaben so kritisch Stel-
lung genommen, wie er immer wieder in Stellungnahmen und
vielen Gesprächen konstruktiv und kooperativ laufende Gesetz-
gebungsverfahren begleitet, aktuell etwa den Entwurf eines Ge-
setzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des An-
fechtungsgesetzes (UMAG).

Auch aus dem Deutschen Notarverein gibt es Neues zu be-
richten: Mit der sächsischen Notarin Bettina Sturm und dem
hamburgischen Notar Dr. Gerd H. Langhein wurden auf der Mit-
gliederversammlung in Heiligendamm zwei neue Mitglieder in
den Vorstand gewählt. Sie folgen Frau Eleonore Lohr und Dr.
Manfred Wenckstern nach, die auf eigenen Wunsch nicht wieder
kandidiert haben.

Ich selbst bin hamburgischer Notarassessor und freue mich
außerordentlich als weiterer Geschäftsführer meine Kollegen
Keslin Lüdecke-Glaser, Dr. Thomas Schwerin und Till Franzmann
in den Büros des Deutschen Notarvereins in Berlin und Brüssel
unterstützen zu können.

Ich wünsche Ihnen eine informative Lektüre mit Ihrem neu-
en *notar*.

Herzlichst Ihr

Dr. Jens Jeep

Die im Mai 2000 durch den Bundeskanzler eingesetzte Regierungskommission „Corporate Governance – Unternehmensführung – Unternehmenskontrolle – Modernisierung des Aktienrechts“ hatte den Auftrag, sich mit möglichen Defiziten des deutschen Systems der Unternehmensführung und -kontrolle zu befassen und Vorschläge für eine Modernisierung unseres rechtlichen Regelwerks zu unterbreiten (s. *notar* 2000, S. 124 ff.). Im Abschlussbericht hat die Regierungskommission Corporate Governance im Juli 2001 (BT-Drs. 14/7515 vom 14. August 2001) Empfehlungen an eine Kodex-Kommission für Deutschland und Empfehlungen an den Gesetzgeber gegeben. In der Folge wurde in einer ersten Stufe die Kommission Deutscher Corporate Governance Kodex unter Leitung von Dr. Gerhard Cromme eingesetzt. In einem zweiten Schritt werden die legislatorischen Änderungsvorschläge der Kommission umgesetzt. Hier wurde ein erster Schritt mit dem Transparenz- und Publizitätsgesetz vom 19. Juli 2002 getan. Ein weiterer Schritt soll mit dem im Entwurf vorliegenden **Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)** erfolgen. Das UMAG regelt die gesellschaftsrechtlich besonders wichtige Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Hauptversammlung sowie das Recht der Aktionäre zur Durchsetzung von Haftungsansprüchen gegen andere Organe der Gesellschaft. Mit letzterem wird zugleich ein Bestandteil des sogenannten 10-Punkte Programms der Regierung vom 25. Februar 2003 zur Stärkung der Unternehmensintegrität und des Anlegerschutzes umgesetzt.

Den Entwurfstext finden Sie auf der Internetseite des Bundesministeriums für Justiz unter <http://www.bmj.bund.de/media/archive/362.pdf>.

Für den Deutschen Notarverein hat Notar Dr. Oliver Vossius, München, bereits in der Regierungskommission Corporate Governance eine Stellungnahme abgegeben und an der Erstellung des Deutschen Corporate Governance Kodex mitgewirkt (s. *notar* 2001, S. 87 ff.). Die nachfolgende Stellungnahme zum UMAG wird ohne die *Executive Summary* veröffentlicht.

Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Entwurf eines Gesetzes zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG)

Der Deutsche Notarverein dankt für die Gelegenheit zur Stellungnahme und darf sich zu den einzelnen Vorschlägen des Entwurfs im Folgenden äußern. Wenn im Folgenden das AktG zitiert wird, beziehen sich die Zitate auf das AktG in der Fassung des Entwurfs, soweit nicht ausdrücklich etwas anderes gesagt ist.

1. Zu Nummer 1, § 93 Abs. 1 Satz 1 AktG.

Mit dieser näheren Bestimmung der Sorgfaltspflicht des Vorstands und (über die Verweisung in § 116 AktG) des Aufsichtsrats will der Gesetzgeber die „Business Judgment Rule“ des US-amerikanischen Gesellschaftsrechts (nachfolgend „BJR“) in das Deutsche Recht implantieren.

Die BJR kann in ihrer vollen Tragweite nur vor dem Hintergrund der Besonderheiten des „agency law“ des

Common Law und der sehr klägerfreundlichen „pre-trial discovery“ des US-amerikanischen Zivilprozessrechts verstanden werden.

Die Pflichten des Beauftragten („agent“), die „fiduciary duties“, gliedern sich auf in die „duty of care“ und die „duty of loyalty“. Letztere betrifft insbesondere das Vermeiden von Interessenkonflikten, dort ist für die BJR kein Raum. Diese betrifft nur den ersten Bereich und begrenzt die richterliche Nachprüfung unternehmerischer Entscheidungen dann, wenn aufgrund angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft gehandelt wurde. Sie dient der Beschränkung der Haftung von Unternehmensorganen in Fällen unternehmerischer Entscheidungen.

Die BJR begründet nach amerikanischem Verständnis

„a presumption that in making a business decision the directors of a corporation acted on an informed basis, in good faith and in the honest belief that the action taken was in the best interest of the company“.

Zu dieser Regel muss allerdings die Vertragspraxis des amerikanischen Rechts hinzugelesen werden. Weitreichende Freizeichnungsklauseln von der Haftung für Verletzungen der „duty of care“ sind in US-amerikanischen Vorstandsverträgen offenbar gängige Praxis (vgl. zur Vertragsgestaltung etwa *Warrens Forms of Agreements*, Stand 2003, Form 2.4.11 Sec. 4.5 und Form 3.1.19 sub „Internal Governance“ oder aus der Gesetzgebung – für die LLC – die Möglichkeiten der Freizeichnung in Conn. Act § 24, Del. Code § 18–1101(c), Ga. Code § 14–11–305 (4) (B), N.Y. Act § 417(a), Va. Code § 13.1–1025).

Nach dem Verständnis des US-amerikanischen Rechts stellt die BJR eine Vermutung („*presumption*“) auf, die der Kläger erst einmal zu widerlegen hat. Die Widerlegung kann erfolgen durch:

- Beweis, dass der Handelnde sich in einem Interessenkonflikt befand;
- Nachweis, dass eine „*informed basis*“ fehlte;
- Nachweis des Fehlens von „*good faith*“ bzw. „*honest belief*“.

Demgegenüber stellt § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG in der Fassung des Entwurfs einen eigenständigen Haftungsstandard auf, für den die Bezeichnung BJR nicht passt. Man sollte diese Etikettierung sogleich aufgeben.

Zum einen handelt es sich bei § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG nicht um eine Vermutung, sondern um einen Entlastungsbeweis. Die Stellung des Klägers wird daher insoweit im Vergleich zur BJR gestärkt. Anstelle von „*informed basis*“ wird dafür nur von (objektiv) „*angemessener Information*“ gesprochen, die Stellung des Klägers wird daher insoweit, wenn auch geringfügig, im Vergleich zur BJR wieder geschwächt. Dafür fallen die subjektiven Elemente („*good faith*“, „*honest belief*“) weg, es kommt nur darauf an, ob – objektiv – angenommen werden durfte, „zum Wohl der Gesellschaft“ zu handeln. Der allgemeine Haftungsmaßstab (§ 276 BGB) wird jedoch auf das Fehlen grober Fahrlässigkeit reduziert.

Darin liegt ein problematisches Signal an die Öffentlichkeit. Zwar haftet der Normalbürger für „leichte“ Fahrlässigkeit, der Unternehmensvorstand darf sich diese aber bei weitaus größerem Schadensrisiko erlauben. Warum sollte der Tanklastzugfahrer eines Mineralölunternehmens einer strengeren Haftung unterliegen als sein Vorstand?

Zugleich läge in einem Gerichtsurteil, wonach „jedenfalls keine grobe Fahrlässigkeit vorliege“, ein Unwerturteil, das einem Unternehmer nicht zugemutet werden sollte, der oft genug bewusst Risiken eingehen muss. Dessen Haftung sollte schon auf der Ebene des objektiven Tatbestands, der Pflichtverletzung, verneint werden. Eine marktwirtschaftlich verfasste Gesellschaft ermuntert das Individuum, zur Beförderung des allgemeinen Wohls Risiken einzugehen. Nicht das bewusste Eingehen analysierter Risiken sollte sanktioniert werden, sondern nur der vorsätzliche oder fahrlässige „Sprung ins Dunkle“.

Der Beurteilungsspielraum des Unternehmers sollte daher dogmatisch die äußere Tatseite (Pflichtverletzung) und nicht die innere Tatseite (Verschulden) seines Handelns betreffen. Im Entwurfstext mischt sich ohnedies der objektive und der subjektive Tatbestand („*Pflichtverletzung*“ einerseits, „*ohne grobe Fahrlässigkeit*“ andererseits). Hier wäre eine deutlichere Trennung wünschenswert.

Hinzu kommt, dass ein unternehmerischer Ermessensspielraum als Teil des allgemeinen Sorgfaltsmaßstabs nach § 276 BGB spätestens seit den von der Entwurfsbegründung zitierten Entscheidungen in der Sache ARAG/Garmenbeck bereits geltendes Recht ist. Dieser allgemeine Sorgfaltsmaßstab wird nun im Wege einer Einzelausnahme für Vorstände und Aufsichtsräte verändert. Art und Ausmaß dieser Veränderungen scheinen weiterer Überlegungen zu bedürfen.

Skepsis begegnet erstens das Tatbestandsmerkmal der „angemessenen“ Information. Das Erfordernis der „*informed basis*“ des amerikanischen Rechts ist letztlich nur ein gigantisches Beschäftigungsprogramm für Großkanzleien und Wirtschaftsprüferfirmen, die ihren Nachwuchs an Berufsanfängern nur allzu gerne mit Aufgaben im Bereich der „*due diligence*“ auslasten. Die Art der Aufgabenerfüllung in den damit betrauten Großfir-

men folgt oft genug der Maxime „Klotzen statt Kleckern“. Mangels überlegter Schwerpunktbildung verpufft der Aufwand oft genug sinnlos. Die Organe der Gesellschaft über den Sorgfaltsmaßstab in § 93 AktG zu einer solchen Ressourcenverschwendung zu zwingen, ist nicht erstrebenswert, zumal man sich der Fernwirkung einer solchen Haftungsnorm auf § 43 GmbHG und § 347 HGB stets bewusst sein sollte.

Zu Recht versucht der Entwurf daher, dieser Gefahr durch das begrenzende Wort „*angemessen*“ zu begegnen. Dies allein dürfte jedoch deshalb nicht ausreichen, da man erst hinterher („*ex post*“) beurteilen kann, was „*angemessen*“ war. Die Notwendigkeit schneller unternehmerischer Entscheidungen unter Inkaufnahme eines gewissen Risikos angesichts einmaliger Chancen wird noch nicht ausreichend berücksichtigt. Trotz der Begründung des Entwurfs scheint die Gefahr einer objektiven ex-post-Beurteilung nicht ausgeräumt.

Ähnlichen Einwänden begegnet zweitens das Tatbestandsmerkmal „*zum Wohle der Gesellschaft*“. Auch dieses wird objektiv und nicht wie im amerikanischen Recht subjektiv beurteilt. Jahre nach der Entscheidung, im Haftpflichtprozess vor dem OLG, sieht das „Wohl der Gesellschaft“ aber u.U. ganz anders aus. Dem Haftungsschuldner sollte nicht zur Last fallen, dass hinterher alle klüger geworden sind.

Nicht ganz verständlich ist drittens die faktische Begrenzung der Organhaftung auf grobe Fahrlässigkeit. Zwar ist das Fehlen grober Fahrlässigkeit Teil des Entlastungsbeweises des Haftungsschuldners. Für die Öffentlichkeit, die diese feinen Differenzierungen der Beweislast nicht nachvollzieht, setzt der Gesetzgeber das falsche Signal einer erheblichen Haftungserleichterung gegenüber dem *status quo*. Angesichts der bereits geschaffenen Entlastungsmöglichkeiten erscheint eine Haftungserleichterung auf der Ebene

des Verschuldens als nicht mehr notwendig.

Angesichts dessen darf der Deutsche Notarverein auf seinen bereits im Jahr 2003 (*notar* 3/2003, S. 94 ff.) in der Stellungnahme zum Entwurf eines SEEG unterbreiteten Vorschlag zu einem Außenhaftungstatbestand im monistischen System zurückkommen (aaO, sub. 7.4). In Anlehnung hieran könnte § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG wie folgt lauten:

„Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Schuldner bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben über zumutbare Kenntnis der Sachlage verfügte und davon ausgehen durfte, dass sein Tun oder Unterlassen im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft lag.“

Die Unterschiede dieses Vorschlags zu § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG in der Fassung des Entwurfs liegen vor allem in Folgendem:

- Verschuldensmaßstab bleibt Vorsatz und (auch einfache) Fahrlässigkeit;
- statt auf „angemessene Information“ kommt es nur auf „zumutbare Kenntnis der Sachlage“ an, was eine flexiblere auf den Einzelfall bezogene Handhabung der Norm ermöglicht;
- statt des objektiven Wohls der Gesellschaft kommt es nur darauf an, dass der Schuldner davon ausgehen durfte, dass seine Handlung im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft lag. Verlangt wird also eine Beurteilung „ex ante“.

2. Zu Nummer 3, § 122 Abs. 1 AktG

In der Begründung muss sich die Verweisung auf Nr. 10 und nicht auf Nr. 9 beziehen.

3. Zu Nummer 4, § 123 Abs. 3 Satz 2 und 4 AktG

Die Abschaffung der Hinterlegung ist zu begrüßen. Sie beruht auf einem historisch überkommenen Wertpapierbegriff und stößt beim Bürger heute eher auf Unverständnis. Hinzu kommt, dass die Hinterlegung in der heutigen Bankpraxis längst keine effektive Veräußerungssperre mehr darstellt, wie man auf Hauptversammlungen im Gespräch mit Aktionären schnell erfährt. Die Verdrängung des gut ausgebildeten Bankkaufmanns durch angelernte Kräfte ist auf die Art der Abwicklung von Hauptversammlungen durch die Depotbanken nicht ohne Auswirkungen geblieben.

Zu Recht lässt der Entwurf ergänzende Satzungsbestimmungen zu. Gerade für kleine Aktiengesellschaften ohne verbrieft Aktien besteht hierfür ein Bedürfnis. Durch das Wort „bestimmt“ ist zugleich klargestellt, dass eine Ermächtigung in der Satzung zur näheren Bestimmung der Zulassungsvoraussetzungen durch das einberufende Organ nicht zulässig ist. Es kann nicht angehen, dass der Vorstand selbst entscheidet, wer in der Hauptversammlung das Stimmrecht ausüben darf. Dieser Gesichtspunkt könnte in der Begründung evtl. noch verdeutlicht werden.

Statt „des depotführenden Kreditinstituts“ in Satz 2 sollte man jedoch von „einer zur Verwahrung von Aktien befugten Stelle“ sprechen. Die Verwahrung und Verwaltung von Wertpapieren für andere (Depotgeschäft im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 5 KWG) obliegt zwar in Deutschland im Grundsatz den Kreditinstituten, das muss jedoch gerade in Nicht-EU-Staaten nicht immer so sein (z.B. im Fall der Wertpapierverwahrung durch Brokerfirmen, im Fall der Verwahrung durch die Gesellschaft selbst etc. sowie im Fall der Verwahrung durch den Notar nach § 23 BNotO, welche auch in Deutschland neben der Depotbank zulässig ist).

Mit den Worten „einer zur Verwahrung von Aktien befugten Stelle“ wird klargestellt, dass nach dem Recht des Staates, in dem sich die verwahrende Stelle befindet, eine Befugnis hierzu gegeben sein muss.

Dieser Formulierungsvorschlag betrifft auch § 142 Absatz 2 Satz 3 (neu) AktG.

Sätze 2–3 sollten daher wie folgt formuliert werden:

notar impressum:

Herausgeber:

Deutscher Notarverein
Kronenstraße 73/74
10117 Berlin

Redaktion:

Notarassessor Till Franzmann;
Notarassessor Dr. Jens Jeep;
Notarassessorin Keslin Lüdecke-Glaser
Notarassessor Dr. Thomas Schwerin;
Notar Dr. Peter Schmitz;
Carola Vonhof-Stolz

Kronenstraße 73/74
10117 Berlin

Telefon: +49(0)30/20 61 57 40

Telefax: +49(0)30/20 61 57 50

Email: kontakt@dnotv.de

<http://www.dnotv.de>

Verlag:

DNotV GmbH,
Kronenstraße 73/74
10117 Berlin

Gestaltung und Abwicklung:

OUTFIT, Agentur für
Konzeption und Gestaltung,
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,
53117 Bonn,
Telefon 0228/98 98 223

Druck:

Köllen Druck+Verlag GmbH,
Ernst-Robert-Curtius-Straße 14,
53117 Bonn,
Telefon 0228/98 98 20

Erscheinungsweise: vierteljährlich

Bezugspreise:

Für Mitglieder der angeschlossenen
Notarvereine kostenfrei.

Jahresabonnement: € 20,–
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Einzelheft: € 6,–
(inkl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Hinweise:

Alle Urheber-, Nutzungs- und
Verlagsrechte vorbehalten.
Namensbeiträge und Leserbriefe geben
nicht notwendig die Meinung
der Redaktion oder des Deutschen
Notarvereins wieder. Die Redaktion
behält sich vor, Leserbriefe zu kürzen.

„Der Nachweis einer zur Verwahrung von Aktien befugten Stelle reicht aus. Sind die Aktionäre nicht namentlich bekannt, so hat sich der Berechtigungsnachweis auf das Ende des vierzehnten Tages vor dem Tag der Versammlung zu beziehen und muss der Gesellschaft bis spätestens am siebten Tag vor der Versammlung zugehen, soweit die Satzung keine kürzere Frist vorsieht.“

Mit dieser Formulierung wäre das Gesetz offen für die Besonderheiten bei kleinen Gesellschaften, bei denen die Depotbescheinigung einen unnötigen Kostenaufwand verursachen würde. Bei Aktientransaktionen unmittelbar vor einer Hauptversammlung, bei denen dann der Erwerber – Anzeigen nach §§ 20, 21 AktG bzw. §§ 21 ff. WpHG vorausgesetzt – das Stimmrecht selbst ausüben könnte, wird die Gestaltungspraxis zu Stimmrechtsvollmachten greifen. Ein „Zugang bei der Gesellschaft“ dürfte ansonsten auch dann gegeben sein, wenn der Zugang bei einer in der Einberufung bezeichneten Stelle (Bank, Hauptversammlungsdienstleister, Notar) erfolgt. Satz 5 des Entwurfs könnte im Übrigen bei der hier vorgeschlagenen Formulierung entfallen. Das Abstellen auf das Ende des vierzehnten Tages vermeidet Doppelbescheinigungen, wenn am 14. Tag Aktien verkauft werden. Die Gefahr von Doppelbescheinigungen besteht nur dann nicht, wenn die Aktionäre namentlich bekannt sind (§ 121 Abs. 4 AktG). Auf die Börsennotierung allein kommt es nicht an. Solange die verwendeten Handelssysteme keine schnelle namentliche Rückverfolgung von Aktienveräußerer und Aktienerwerber gestatten, muss es (leider) bei einem festen Stichtag verbleiben.

Ein Formulierungsbeispiel für eine entsprechende Satzungsbestimmung für eine nicht börsennotierte Gesellschaft nach neuem Recht unter Berücksichtigung der hier vorgeschlagenen Änderungen ist als **Anlage** beigelegt. Die hier gemachten Vorschläge

beruhen auf dem Versuch, § 123 AktG in der Fassung des UMAG in eine entsprechende Satzungsbestimmung umzusetzen.

Satz 4 erfasst dem Wortlaut nach allgemein sämtliche Aktionärsrechte, also auch Vermögensrechte. Dies erscheint nicht sachgerecht. Sinnvoll ist nur eine Fiktion der Innehabung der Mitwirkungsrechte (Stimmrecht, Recht auf Widerspruch zur Niederschrift, Auskunftsrecht). Zur Anfechtungsklage befugt ist im Fall einer Aktienveräußerung in den letzten zwei Wochen vor Beendigung der HV nach dem Verständnis des Entwurfs dann offenbar der wirkliche Aktionär. Hier sollte auch im Gesetz klargestellt werden, dass der fiktive Aktionär seine Befugnisse in der HV im Innenverhältnis zu seinem Rechtsnachfolger für dessen Rechnung wahrnimmt, etwa wie folgt:

„Im Verhältnis zur Gesellschaft nimmt in der Hauptversammlung bis zu deren Ende nur derjenige die dort auszuübenden Aktionärsrechte für Rechnung des Aktionärs wahr, der diesen Nachweis erbracht hat.“

Schließlich ist zu erwägen, ob das vorsätzliche oder fahrlässige Ausstellen falscher Bescheinigungen durch die zur Verwahrung von Aktien befugte Stelle in die Tatbestände des § 405 Abs. 3 AktG aufgenommen werden sollte, wobei diese Ordnungswidrigkeit als Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB zugunsten der auf die Richtigkeit der Bescheinigung vertrauenden Gesellschaft ausgestaltet werden müsste.

4. Zu Nummer 6, § 127a AktG

Die Auswahl des Bundesanzeigers als Plattform für das elektronische Aktionärsforum begegnet Bedenken.

Zum Ersten zeigen die Erfahrungen mit dem elektronischen Bundesanzeiger, dass diese Institution bislang

nicht in der Lage war, auch nur ansatzweise eine komfortable Internetseite ins Netz zu stellen. Über ein Jahr nach Inkrafttreten der entsprechenden Gesetzesänderung muss jemand, der eine bestimmte Veröffentlichung einer bestimmten Gesellschaft sucht, die Website des Bundesanzeigers Tag für Tag durchgehen. Gegenüber einem Printmedium ist dies kein Fortschritt. Die auf Internetseiten allgemein übliche Suchfunktionalität fehlt völlig. Es ist noch nicht einmal die Suche unter der Firma der Gesellschaft möglich, von einer Suche nach Schlagworten oder einer kombinierten Suche ganz zu schweigen (z.B. alle Wechsel im Aufsichtsrat einer bestimmten Gesellschaft). Gerade ausländische Aktionäre sind hierdurch im Nachteil.

Zum Zweiten hat das Aktionärsforum nichts mit hoheitlicher Registerpublizität zu tun. Daher erscheint schon nach Vergaberecht (§§ 97 ff. GWB) eine Ausschreibung dieses Forums geboten, um qualitativ überlegenen Mitbewerbern eine Chance zu eröffnen.

Sinnvoll ist daher eine Regelung, die das Bundesministerium der Justiz ermächtigt, auf eine bestimmte Höchstzeit den durch Ausschreibung zu ermittelnden Betreiber der Aktionärsplattform zu bestimmen und danach erneut auszuschreiben. So bleibt das Aktionärsforum für den technischen Fortschritt offen.

Formulierungsvorschlag:

„§ 127a Aktionärsforum

(1) Sind Aktionäre nach dem Gesetz von einem Mindestbesitz oder einer Stimmrechtsquote abhängig, so kann jeder Aktionär im Aktionärsforum andere Aktionäre auffordern, sich seinem Begehren anzuschließen, ...
(weiterer Text wie Entwurf).

(2) Text wie Entwurf.

(3) Die Gesellschaft kann zu der Aufforderung im Aktionärsforum Stellung nehmen.

(4) Durch Rechtsverordnung des Bundesministeriums der Justiz wird der Träger des Aktionärsforums, die Dauer der Trägerschaft und das Entgelt des Trägers bestimmt. Der Träger ist durch Ausschreibung zu ermitteln. Die Rechtsverordnung bedarf nicht der Zustimmung des Bundesrats.“

5. Zu Nummer 8, § 131 Abs. 3 Nr. 7–9 AktG

Schon bislang ging die überwiegende Praxis davon aus, dass unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit Redezeitbeschränkungen durch den Versammlungsleiter grundsätzlich zulässig sind. Der Gesetzgeber hat im KonTraG diese Leitungsbefugnis anerkannt, § 129 Abs. 1 Satz 1 AktG. Ein Bedürfnis für eine spezielle gesetzliche Regelung über die Geschäftsordnung hinaus ist daher nicht ohne weiteres zu erkennen.

Dies gilt um so mehr, als die in Nr. 7 gefundene Lösung hinter die bisherige Praxis zurückgeht. Das Wort „zuvor“ wird zu zahlreichen Streitigkeiten Anlass geben. Meint „zuvor“ eine Beschränkung in den allgemeinen Bemerkungen des Versammlungsleiters bei Eröffnung der Hauptversammlung, eine Beschränkung vor der konkreten Wortmeldung oder ist eine Beschränkung noch während der Wortmeldung zulässig? Das Wort „zuvor“ ist daher verzichtbar, da bereits das Partizip Perfekt „festgelegte“ eindeutig klarstellt, dass die Beschränkung vor Stellung der konkreten Frage erfolgt sein muss.

Statt der umfänglichen Nrn. 8–9 könnte etwas straffer wie folgt formuliert werden:

„8. soweit die Auskunft mindestens eine Woche vor Beginn der Hauptversammlung allen Aktionären zugänglich gemacht worden ist.“

Damit sind auch Angaben in Geschäftsberichten, Quartalsberichten

oder ad-hoc-Mitteilungen erfasst. Die Beschränkung der Medien für die Antwort auf die Internetseite ist nicht nötig. Ohnedies erledigt sich schon jetzt in der Hauptversammlungspraxis ein Großteil der Fragen von Aktionären durch schlichte Lektüre des Geschäftsberichts; diese werden nur der Höflichkeit halber in der Versammlung beantwortet.

6. Zu Nummer 10, § 142 AktG

Das Institut der Sonderprüfung ist schon im Erhebungsbogen der *High Level Group of Company Law Experts* als nachahmenswert zur Diskussion gestellt worden. Es entfaltete zwar eine sicherlich vorhandene, aber nicht näher quantifizierbare „Abschreckungswirkung“, und zwar allein schon durch sein Vorhandensein bzw. durch die Öffentlichkeitswirkung der Androhung einer Sonderprüfung. Das Institut hat jedoch nach geltendem Recht zwei Schwächen, und zwar zum einen das erforderliche Aktionärsquorum, zum anderen das Fehlen eigener Ermittlungsbefugnisse des Sonderprüfers.

Der Entwurf zielt mit voller Berechtigung darauf ab, die erste Schwäche zu beheben.

Die zweite Schwäche bleibt jedoch. Nach wie vor ist der Sonderprüfer auf die Kooperation des Vorstands, des Aufsichtsrats und der weiteren Mitarbeiter der Gesellschaft angewiesen. Diese Kooperation bestimmt die Ergebnisse der Prüfung. Eine ähnliche Sachlage besteht für den Nachgründungsprüfer, den Sachkapitalerhöhungsprüfer oder den Prüfer von Unternehmensverträgen bzw. den Prüfer des Abfindungsangebots bei Eingliederung oder Ausschluss von Minderheitsaktionären. Auch diese Schwäche ist zu beheben, und zwar dadurch, dass die Pflicht zur Auskunft und Vorlage von Unterlagen an den Prüfer ins Gesetz aufgenommen wird. Die Pflicht kann sanktioniert werden

durch die Möglichkeit des Prüfers, bei Weigerung gegen die Gesellschaft bzw. gegen das betreffende Organmitglied Ordnungsgeld ersatzweise Ordnungshaft festzusetzen. Der Prüfer würde damit deutlicher in die Nähe eines privatrechtlichen „juge d'instruction“ oder eines Gerichtskommissars gerückt. Damit gewinnt seine Arbeit an Gewicht. Diese Funktion kann sich auch gerichtsentlastend auswirken, da ein entsprechend aussagekräftiger Bericht dazu anhalten kann, auf Haftungsklagen ganz zu verzichten oder sich im Vorfeld außergerichtlich zu einigen.

Die Gewährung sanktionierter Ermittlungsbefugnisse an den Prüfer wäre darüber hinaus ein geeignetes Mittel zur Stärkung seiner Unabhängigkeit und damit des Ansehens des Prüferberufs. Zudem würde die Verbesserung der Aussagekraft des Prüfungsberichts die Lücke im Aktionärschutz zwischen § 255 AktG einerseits und den durch die BGH-Entscheidung im Fall Siemens/Nold (BGH vom 23.06.1997 – II ZR 132/97, AG 1997, 465) andererseits gelockerten Anforderungen an den Bezugsrechtsabschluss bei der genehmigten Sachkapitalerhöhung zumindest verringern (hierzu im Gefolge der genannten BGH-Entscheidung etwa OLG München, AG 2003, 451 – MHM Mode Holding AG; OLG Frankfurt am Main, AG 2003, 438 – Commerzbank/Generali im Abschluss an OLG Frankfurt am Main, AG 2001, 352; LG Heidelberg, AG 2002, 298 – MLP; zum Ganzen auch Ekkenga, AG 2001, 567, 615 f.).

Zu § 142 Absatz 2 Satz 3 (neu) AktG siehe den Vorschlag oben unter 3.

7. Zu Nummer 11, § 145 AktG

Zu erwägen ist hier, ob der neue Absatz 4 nicht eine Folgeänderung des neuen Absatzes 5 Satz 2 nach sich ziehen muss, da ansonsten die entspre-

Münchener Prozessformularbuch

Band 4: Erbrecht

Über 550 Formulare für den im Erbrecht tätigen Anwalt

enthält das Münchener Prozessformularbuch zum Erbrecht. Egal ob Berufsanfänger oder Spezialist – hier finden Sie **umfangreiche Muster**, die praktisch alle Fallgestaltungen enthalten. Eingearbeitet sind auch alle Änderungen im Steuerrecht, insbesondere durch das neue Steueramnestiegesetz. Ein Ausblick auf die Änderungen im Gebührenrecht zum 1. Juli 2004 durch das **Kostenrechtsmodernisierungsgesetz** bringt Sie auf die Höhe der Zeit.

Besonders vorteilhaft:

- Schneller Zugriff durch übersichtlichen Aufbau
- Kommentierter Vordruck für die Erbschaftsteuererklärung
- Alle Muster auf der beigefügten CD



Fax-Coupon Ja, ich bestelle:

Münchener Prozessformularbuch Band 4: Erbrecht

___ Expl. 3-406-50409-4
2004. XL, 1369 Seiten.
In Leinen mit CD-ROM € 122,-
Vorzugspreis gegenüber Einzel-
kauf € 106,- inkl. MwSt., zzgl.
Vertriebskosten

Name/Firma _____

Straße _____

PLZ/Ort _____

Datum/Unterschrift _____

B/134343

Bitte bestellen Sie bei Ihrer Buchhandlung
oder bei: Verlag C.H.Beck, München
Fax: 089/3 81 89-402
E-Mail: bestellung@beck.de

Sie haben das Recht, die Ware innerhalb von 2 Wochen nach Lieferung ohne Begründung an Ihre Buchhandlung oder an den Verlag C.H.Beck, c/o Nördlinger Verlagsauslieferung, Augsburg Str. 67 a, 86720 Nördlingen zurückzusenden, wobei die rechtzeitige Absendung genügt. Kosten und Gefahr der Rücksendung trägt der Empfänger.
Ihr Verlag C.H.Beck oHG, Wilhelmstr. 9, 80801 München.



chende Gestattung des Gerichts unterlaufen werden könnte.

8. Zu Nummer 12, § 146 AktG

§ 146 Satz 2 wirft schwierige Tatfragen auf. „Mutwillig“ kann schlicht „sachlich nicht gerechtfertigt“ sein (vgl. etwa BGH NJW-RR 1992, 189). In anderem Zusammenhang wird das Adjektiv im Unterhaltsrecht gebraucht (vgl. etwa BGH NJW 1981, 2805 – mutwillige Herbeiführung der Erwerbsunfähigkeit durch Alkoholmissbrauch, § 1579 Nr. 3 und Nr. 4 BGB).

Das Merkmal „mutwillig“ bedeutet hier offenbar mehr als bloßen Vorsatz im Sinne des „*dolus directus*“. Das Merkmal „*grob fahrlässig*“ liegt hingegen unterhalb des „*dolus eventualis*“. Zur Vermeidung von Tatbestandslücken sollte statt „mutwillig“ hier „**vorsätzlich**“ verwendet werden. Generell wäre zu überlegen, ob man die Kostenfolge auch bei einfacher Fahrlässigkeit eintreten lassen könnte, dann aber die Kostenfolge in das richterliche Ermessen stellen sollte. Weiter sollte anstelle eines – dann wieder im Prozesswege geltend zu machenden – Kostenerstattungsanspruchs der Gesellschaft gegen den Antragsteller dessen unmittelbare Kostenhaftung gegenüber dem Gericht angeordnet werden, mit der Zweitschuldnerhaftung der Gesellschaft, die dann aus dem auf sie umgeschriebenen Kostenfestsetzungsbeschluss gegen den Antragsteller vollstrecken kann. Damit würden die Gerichte entlastet. Auch bei Stellung des Antrags erscheint es durchaus als zumutbar, zunächst einmal den Antragsteller mit einem Vorschuss in Vorlage treten zu lassen.

§ 146 Satz 2 AktG könnte daher wie folgt lauten:

„Hat der Antragsteller die Bestellung durch vorsätzlich oder fahrlässig unrichtigen Vortrag erwirkt, so kann ihm das Gericht die Kosten nach Satz 1 ganz oder teil-

weise auferlegen. Gegen die Kostenentscheidung findet die sofortige Beschwerde statt.“

9. Zu Nummer 14, § 147a AktG

Das Anliegen des Entwurfs ist im Grundsatz mehr als berechtigt. Eine effektive Haftung für Fehler fördert die Qualität der Arbeit und damit den gemeinen Nutzen. Dies gilt auch für die Organe von Aktiengesellschaften. Als einziger rechts- und wirtschaftsberatender Beruf, dessen Haftung unbeschränkt und unbeschränkbar ist, weiß der Notar nur zu gut um diese Wahrheit.

Zu Recht will der Entwurf daher eine Aktionärsklage als *derivative action* einführen.

Mit Sorge betrachtet der Deutsche Notarverein hingegen die Umsetzung des Anliegens im neuen Klagezulassungsverfahren. Durch dieses Verfahren wird ein weiteres Betätigungsfeld für räuberische Aktionäre geschaffen. Diese können allein schon mittels der Schaffung von Öffentlichkeit eine Gesellschaft unter Druck setzen. Zudem liegt in diesem Verfahren eine weitere Belastung der Justiz mit zusätzlichen Streitigkeiten. Schon die Voraussetzung der „groben Verletzung“ in § 147a Abs. 1 Nr. 3 birgt für das betroffene Organ dieselbe Gefahr eines „Freispruchs zweiter Klasse“ mit entsprechend rufschädigender Wirkung. Auf die Ausführungen zu § 93 Abs. 1 Satz 2 des Entwurfs (siehe oben 1.) wird verwiesen.

Die Erfahrung mit Beschlussanfechtungsklagen zeigt, dass gerade die Vereinbarung von Vergleichen mit Streitwerten, die zu entsprechend hohen Anwaltsgebühren führen, Ziel dieser Kläger ist. Einem relativ geringen Kostenrisiko der Kläger steht wegen der fehlenden Ersatzfähigkeit der der Gesellschaft entstandenen in der Regel sehr hohen internen Kosten der Anspruchsabwehr ein hoher zu erwar-

tender „Sowieso-Schaden“ asymmetrisch gegenüber, der die Gesellschaft ohne zwingende rechtliche Gründe aus wirtschaftlicher Notwendigkeit kompromissbereit macht und damit die Begehrlichkeit dieser Aktionärsgruppe nur noch steigert.

Schon diese Überlegungen zeigen, dass Aktionärsklagen in einem Rechtssystem mit einer allgemeinen Ersatzpflicht deliktisch verursachter Vermögensschäden („deliktische Generalklausel“) eher Sinn machen als im Umfeld unseres rechtsgüterbezogenen Deliktsrechts. Hieran ändert auch § 147a Abs. 6 Satz 3 des Entwurfs nichts. Zudem begegnet das Tatbestandsmerkmal „mutwillig“ den oben unter 8. dargestellten Bedenken. Solange der Beklagte, von den Extremfällen des § 826 BGB abgesehen, keine Möglichkeit hat, den Kläger für seinen tatsächlich erlittenen Schaden haftbar zu machen, solange ist die prozessuale Waffengleichheit nicht hergestellt. Hier geben schon die Erkenntnisse der ökonomischen Analyse des Rechts Veranlassung, das Risiko des Klägers dem des Beklagten anzugleichen.

Der Deutsche Notarverein darf daher nochmals auf seinen Vorschlag unter Ziff. 7.4 der Stellungnahme zum SEEG hinweisen, in der er eine Pflicht des Klägers zur Stellung einer Sicherheit für Kosten und weitere Vermögensschäden des Beklagten gemäß dem Ermessen des Gerichts nach dem Vorbild des US-Bundesstaats New York angeregt hat. Hierzu sollte für Fälle vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Klagen eine Pflicht des Klägers zum Ersatz allgemeiner Vermögensschäden des Beklagten geschaffen werden (vgl. etwa § 945 ZPO). Wie der sich entwickelnde Markt der Prozessversicherer zeigt, wird der effektive Rechtsschutz für die Kläger hierdurch nicht verkürzt.

Wegen der Belastung der Justiz mit Verfahren nach § 147a AktG und zusätzlichen Klageverfahren wäre weiter zu erwägen, auch die Satzungen von Aktiengesellschaften für Schiedsklau-

seln jedenfalls für Haftungsklagen zu öffnen.

Zu denken wäre auch an ein Institut der Verbands-Haftungsklage vergleichbar § 13 Abs. 2 Nr. 2–4 UWG i.V.m. § 4 UKlaG, ebenfalls verbunden mit einer Pflicht zur Sicherheitsleistung.

Hält der Gesetzgeber an § 147a AktG in der Fassung des Entwurfs fest, so bedarf der Begriff der „Gesamtrechtsnachfolge“ in § 147a Abs. 1 Nr. 1 AktG in der Fassung des Entwurfs weiterer Überlegungen. Die Gesamtrechtsnachfolge in diesem Sinne erfasst die Erbfolge nach § 1922 BGB oder Rechtsübergänge nach §§ 20, 131 UmwG, 140 HGB (Anwachsung). Zu denken ist jedoch weiter an den Aktienerwerb im Wege der vorweggenommenen Erbfolge, der Vermächtniserfüllung, der Nachlasssteilung, der güterrechtlichen Auseinandersetzung oder durch einen „merger“ nach ausländischem Recht (z.B. US-Recht), der nach dem anwendbaren Gesellschaftsstatut jedoch im Wege der Einzelrechtsübertragung vollzogen wird. Soll in diesen Fällen das Klagezulassungsverfahren, wenn man es denn einführt, nicht stattfinden können?

10. Zu Nummer 15, § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG

Der Deutsche Notarverein empfiehlt, diese Vorschrift nicht zu ändern und stattdessen das Bezugsrecht der Aktionäre zu stärken.

Die bisherige Praxis der „nackten Optionen“ nach § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG hat gezeigt, dass die Rechtspraxis trotz der Neuregelung aus nachvollziehbaren Gründen oftmals zu Ausweichgestaltungen greift.

Grund hierfür ist zum einen die Registerpublizität der definierten Erfolgsziele, die man Mitbewerbern nicht ohne weiteres offenbaren möchte. Daher sind (leider) konkrete Erfolgsziele (etwa Marktreife eines bestimm-

ten Produkts, Verbesserung spezifischer Unternehmenskennzahlen) eher selten. Stattdessen wird allgemein auf Börsenkursänderungen abgestellt, die aber mit der persönlichen Leistung des Optionsinhabers wenig zu tun haben und diesen daher nicht unbedingt motivieren.

Zum anderen zwingt § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG zu einer gewissen Pauschalierung. Die erstrebenswerte individualisierte Umsetzung arbeitsvertraglicher Zielvereinbarungen in ein Mitarbeiterbeteiligungsprogramm gelingt im deutschen Recht eigentlich nur mittels virtueller Optionen („phantom stock“).

Weiter unterliegen Erfolgsziele über die gesamte *vesting period* angesichts sich rasch wandelnder Märkte, Technologien und Unternehmensziele ebenfalls einem raschen Wandel. § 192 Abs. 4 AktG erschwert jedoch das „Nachsteuern“ eines Optionsprogramms (zu Recht) erheblich. Dies hat sich gerade in der Biotechnologiebranche als erhebliches Gestaltungshindernis erwiesen. Demgegenüber hat sich die schlichte, nicht an Erfolgsziele gebundene Wandel- oder Optionsschuldverschreibung als das oftmals praxistauglichere Vergütungsinstrument erwiesen. Die Notwendigkeit der Einzahlung des Nominalbetrages der Schuldverschreibung durch den Empfänger vertieft im Interesse des Unternehmens das „commitment“ des Mitarbeiters (und zwar interessanterweise selbst dann, wenn der gezahlte Betrag nur symbolisch ist). Dagegen löst die nackte Option, wenn sie zunächst kostenlos gewährt wird, oft nur einen Mitnahmeeffekt aus. Zudem können Verbindlichkeiten der Gesellschaft aus Wandel- oder Optionsschuldverschreibungen im normalen Buchhaltungsgang passiviert werden, während die klassische Finanzbuchhaltung eines Unternehmens auf die Erfassung „nackter Optionen“ gar nicht eingerichtet ist. Gerade die Pflege des Datenbestands der Optionsinhaber ist in der Praxis außerordentlich aufwändig und fehlerträchtig.

Darüber hinaus hat die bisherige Praxis ein Bedürfnis gesehen, auch für Mitglieder von Aufsichtsräten Optionen auf Aktien an der Gesellschaft zu schaffen. Beweggrund hierfür ist gerade bei kleinen Unternehmen die Gewinnung fachlich qualifizierter Aufsichtsräte, deren Vergütung nicht vom Unternehmen, sondern zur Schonung dessen Liquidität im Ergebnis von den Aktionären bezahlt wird. Die steuerliche Diskriminierung von Aufsichtsratsvergütungen gibt diesen Überlegungen zusätzliche Nahrung.

Durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 16.02.2004 – II ZR 316/03 – Mobilcom, der die Gewährung von nackten Aktienoptionen für Aufsichtsratsmitglieder für mit dem Wortlaut des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG (i.V.m. § 71 Abs. 1 Nr. 8 AktG) nicht vereinbar hält und hierzu auf die Unabhängigkeit des Aufsichtsrats verweist, ist eine neue Sicht auf das Problem gewonnen.

Die Gewährung von Umtauschrechten in oder Bezugsrechten auf Aktien außerhalb des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG stellt sich nach derzeitiger Rechtslage als ein Problem des Bezugsrechts bzw. seines Ausschlusses dar. Grundsätzlich unterliegen solche Umtausch- oder Bezugsrechte (als Wandel- oder Optionsschuldverschreibungen) dem Bezugsrecht der Aktionäre, §§ 221 Abs. 4, 186 AktG.

Soweit diese nicht rechtsgeschäftlich auf ihr Bezugsrecht verzichten, was in kleinen Gesellschaften bei solchen Beschlüssen in aller Regel der Fall ist, kann das Bezugsrecht nur dann ausgeschlossen werden, wenn der Ausschluss im überwiegenden Interesse der Gesellschaft liegt, zur Erreichung dieses Ziels geeignet ist und nicht in unverhältnismäßiger Weise in die Interessen der Aktionäre eingreift (vgl. nur BGHZ 120, 141, 145 f.). Man wird aus den Aussagen des BGH in der vorgenannten Entscheidung vom 16.02.2004 entnehmen können, dass die Ausgabe von Wandelschuldverschreibungen an Vorstände und Arbeitnehmer, deren Bedingungen sich

an § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG orientieren, zulässig sein könnte, nicht jedoch die Gewährung solcher Umtausch- oder Bezugsrechte an Mitglieder von Aufsichtsräten (vgl. Gründe sub 2. c) bb) und 3. – Umdruck Seite 9-10). Ebenfalls unzulässig dürfte die Gewährung von Bezugsrechten an Berater sein, etwa gar als Teil deren Vergütung (was in der Zeit des Börsenbooms auch bei Anwaltskanzleien trotz der berufsrechtlichen Problematik – verdecktes Erfolgshonorar – nicht ungewöhnlich war).

Inwieweit Wandelschuldverschreibungen an Arbeitnehmer ausgegeben werden dürfen, die nur teilweise den Vorgaben des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG genügen (z.B. keine Erfolgsziele, aber *vesting period* und Ausübungsfenster), ist noch zu klären und wurde vom BGH bislang offen gelassen.

Das UMAG bezieht nunmehr insofern eine klare Position, als hiernach jegliche Bezugs- oder Umtauschrechte an Vorstände und Arbeitnehmer nur unter Beachtung des § 193 Abs. 2 Nr. 4 AktG gewährt werden dürfen. Damit schießt das Gesetz jedoch bei weitem über das Regelungsziel hinaus. Denn auch klassische Wandel- oder Optionsdarlehen als Finanzierungsinstrumente sind vom Wortlaut erfasst, wenn diese Darlehen der Gesellschaft von Vorständen oder Arbeitnehmern gewährt werden. Angesichts der Haftungsgefahren bedingten Kapitals wird sich die Praxis auf eine teleologische Reduktion der Vorschrift nicht einlassen. Eine sprachliche Abgrenzung zwischen der Gewährung von Optionen auf Aktien als Finanzierungsmittel und als *incentive* im Gesetzestext wird jedoch mit der im sensiblen Bereich des bedingten Kapitals erforderlichen Klarheit nicht gelingen. Zudem verleitet die vorgeschlagene Fassung der Vorschrift zu dem etwas erstaunlichen Umkehrschluss, dass die Gewährung solcher Rechte an andere als Vorstände und Arbeitnehmer (Berater, Aufsichtsräte etc.) unbedenklich sei.

Damit bleibt nur eine Regelung über das Bezugsrecht.

Diskussionswürdig erscheint im Rahmen von Optionsprogrammen vor allem die Sinnhaftigkeit der 10 %-Schwelle nach § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG im Rahmen der Verweisung nach § 221 Abs. 4 Satz 2 AktG. Schon diese Schwelle hat nicht verhindern können, dass z.B. bei Ausübung aller ausgegebenen Optionen Presseberichten zufolge die Deutsche Bank AG zu 7 % (!) ihrem engeren Führungskreis gehört, der wegen spezifischer Besonderheiten im Fall einer Übernahme des Instituts (wie z.B. „*accelerated vesting*“) gerade hieran ein besonderes Interesse hat, was mit dem Interesse der weiteren Aktionäre und der *stakeholder* nicht notwendigerweise übereinstimmt. Durch die Aufhebung des § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG im Rahmen des § 221 Abs. 4 AktG könnte die schlechende Verwässerung der Aktionäre verhindert werden. Tritt der Vorstand/Aufsichtsrat hingegen als Investor auf, so kann der Ausschluss des Bezugsrechts der übrigen Aktionäre im Interesse der Gesellschaft hingegen durchaus gerechtfertigt sein.

Damit würde zugleich die Privatautonomie im Aktienrecht gestärkt. Denn wenn die Aktionäre übereinstimmend zugunsten von Vorständen, Arbeitnehmern oder Aufsichtsräten auf ihr Bezugsrecht verzichten und diesen Umtausch- oder Bezugsrechte auf Aktien im Rahmen von Wandel- oder Optionsschuldverschreibungen gewähren, dann besteht für den Gesetzgeber kein Anlass, dies zu verbieten. *Volenti non fit iniuria* – dieser Grundsatz gilt auch im Aktienrecht. Dem historischen überholten Anliegen interessierter Kreise an einer scharfen Dichotomie zwischen Arbeit und Kapital sollte nicht Raum gegeben werden.

Vorgeschlagen wird daher folgende Fassung des § 221 Abs. 4 Satz 2 AktG:

„§ 186 gilt sinngemäß, mit Ausnahme von Absatz 3 Satz 4.“

Inwieweit man § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG auch in den Fällen des genehmigten Kapitals für nicht anwendbar

erklären sollte oder ob die 10-% Grenze in § 192 Abs. 3 AktG die Aktionäre bei großen Gesellschaften ausreichend schützt, bleibt noch zu prüfen. Hierbei wird zu berücksichtigen sein, dass solche Optionen jedenfalls bei Publikumsgesellschaften bislang überwiegend nur einer kleinen Gruppe von Mitarbeitern der Unternehmen zugute gekommen ist (vgl. etwa auch den derzeit diskutierten Optionsplan der DaimlerChrysler AG). Die Mehrheit der Arbeitnehmer ging oft leer aus. In den USA versuchte man dem durch eine steuerliche Privilegierung nur bei Gleichbehandlung aller Mitarbeiter entgegenzuwirken.

11. Zu Nummer 18, § 243 Abs. 4 AktG

Hier wird zur Vermeidung von Verwechslungen mit der Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB empfohlen, wie folgt zu formulieren:

„Eine Anfechtung kann nur dann auf unrichtige, unvollständige oder verweigernde Auskünfte gestützt werden, wenn ein ... gemacht hätte. Auf unrichtige, unvollständige oder unzureichende Auskünfte über die Ermittlung ...“

Die Verwendung des Begriffs „Auskunft“ anstelle von „Information“ stellt zudem den Gleichlauf zu §§ 131, 400 AktG her. Zudem wird sprachlich nicht klar, was mit einer unrichtigen Erteilung einer (evtl. sogar richtigen) Information anstelle der richtigen Erteilung einer unrichtigen Information gemeint ist.

Es bleibt im Übrigen abzuwarten, ob die Gerichte wirklich die ihnen damit übertragene Aufgabe der Definition hypothetischer Aktionärsentscheidungen wahrnehmen werden.

12. Zu Nummer 21, § 246a AktG

Sehr zu begrüßen ist die Ausdehnung des bewährten Freigabeverfah-

rens in § 16 UmwG auf weitere Tatbestände.

Neben den Maßnahmen der Kapitalbeschaffung sollten weiter auch die Fälle des § 179a AktG sowie die unter § 119 Abs. 2 AktG fallenden „Holzmüllerfälle“ mit einbezogen werden. Gerade Verträge über den Verkauf von Unternehmensteilen oder Beteiligungen enthalten oft für den anderen Teil Rücktrittsrechte, falls die erforderliche oder aus Gründen der Vorsicht für erforderlich gehaltene Zustimmung der Hauptversammlung nicht bis zu einem bestimmten Zeitpunkt wirksam vorliegt. Die Praxis greift gerade wegen der bestehenden Unsicherheit darüber, ob die Grundsätze der Holzmüller-Entscheidung eingreifen, schon wegen des Grundsatzes des „sichersten Weges“ oft zum Mittel des § 119 Abs. 2 AktG (zum Sachstand Reichert in: Beck'sches Handbuch der AG, 2004, § 5 RNr. 31 ff. sowie Lutter/Leinekugel, ZIP 1998, 225, 229 ff.; aus der Rechtsprechung etwa OLG Köln, ZIP 1993, 110, 112 f.; LG Düsseldorf, AG 1999, 94, 95; OLG Celle, DB 2001, 804 ff.; LG Stuttgart, AG 1992, 236, 237 ff.).

Gerade in solchen Situationen ist die Gesellschaft gegenüber einem Anfechtungskläger besonders verwundbar, da aufgrund der Klage die Gefahr des „Platzens“ eines Geschäfts droht, was schon allein wegen des Faktors Zeit und des Verlusts anderer Optionen einen erheblichen Nachteil mit sich bringen kann (vgl. etwa den Sachverhalt im Fall des LG München I, Urteil vom 06.02.2004 – 6 O 18277/03 – nicht veröffentlicht).

Eine Abgrenzung der Holzmüllerfälle von nicht „hauptversammlungs-pflichtigen“ Maßnahmen im Wortlaut des § 246a AktG wird kaum gelingen und sollte auch kein Anliegen des Gesetzgebers sein. Eher zu erwägen ist hier, allgemein Beschlüsse der Hauptversammlung nach §§ 119 Abs. 2 und 179a AktG in das Freigabeverfahren mit einzubeziehen. § 246a Satz 1 Halbsatz 1 könnte daher wie folgt ge-

fasst werden, wobei zugleich klargestellt wird, dass sich die Klage nicht gegen die Eintragung, sondern gegen den Beschluss richtet (die Formulierung lehnt sich an § 16 Abs. 3 Satz 1 UmwG an):

„Wird gegen die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses über eine Kapitalmaßnahme (§§ 182 bis 240) oder einen Unternehmensvertrag (§§ 291 bis 307) oder gegen die Wirksamkeit eines Hauptversammlungsbeschlusses nach § 119 Abs. 2 oder nach § 179a Klage erhoben, so kann das Prozessgericht ...“

Wegen der Übersichtlichkeit des Textes wird weiter angeregt, aus den Sätzen 1 und 2 einen Absatz 1, aus den Sätzen 3–5 einen Absatz 2 (mit Folgeänderung der Verweisung auf Satz 1 in Satz 5), aus Satz 6 einen Absatz 3 und aus den Sätzen 7–8 einen Absatz 4 zu machen.

Im Übrigen schließt sich der Deutsche Notarverein den Vorschlägen und Anregungen der Bundesnotarkammer zu § 246a AktG ausdrücklich an.

Anlage

Formulierungsbeispiel einer Satzungsbestimmung nach § 123 AktG (neu)

§ ____

Teilnahme an der Hauptversammlung, Vollmacht

(1) Zur Teilnahme an der Hauptversammlung und zur Ausübung des Stimmrechts sind nur diejenigen Aktionäre berechtigt, die sich unter Nachweis ihres Aktienbesitzes bis zum Ablauf des siebten Tages vor der Versammlung bei der Gesellschaft oder einer in der Einladung bezeichneten Stelle anmelden. Fällt dieser Tag auf einen Samstag, Sonntag oder einen am Ort der Anmeldung staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag, so

kann die Anmeldung noch am folgenden Werktag vorgenommen werden.

(2) Der Aktienbesitz wird nachgewiesen

- a) durch dessen Offenkundigkeit in der Hauptversammlung¹;
- b) durch Nachweis einer zur Verwahrung von Aktien befugten Stelle, der sich auf das Ende des vierzehnten Tages vor dem Tag der Hauptversammlung bezieht und spätestens bis zum Ablauf der Anmeldefrist nach Absatz 1 zugegangen sein muss²;
- c) durch Vorlage der Aktienurkunde in der Hauptversammlung³;
- d) soweit nicht die Anteile der Aktionäre verbrieft sind, durch Vorlage der entsprechenden Erwerbsurkunden in der Hauptversammlung⁴.

Die hiernach erforderlichen Nachweise sind in deutscher oder in englischer Sprache zu erbringen.

(3) § 121 Abs. 6 AktG bleibt unberührt.

(4) Vollmachten zur Ausübung des Stimmrechts können auch durch Telefax oder in Form des § 126a BGB erteilt werden.

1 Z.B. aufgrund Übernahme der Aktien bei Gründung, Zeichnung bei Kapitalerhöhung oder Ausübung von Umtausch-/Bezugsrechten, wenn die Aktien nicht verbrieft sind.

2 Dies ist nur bei verbrieften Aktien relevant.

3 Dies ist nur bei verbrieften Aktien relevant.

4 Dies betrifft in erster Linie den derivativen Erwerb nicht verbriefter Aktien; ist aber auch bei verbrieften Aktien denkbar (Eigentumserwerb am Papier entsprechend § 952 BGB), sofern eine Globalurkunde erstellt wurde.

Mitgliederversammlung

Am 14. und 15. Mai 2004 fand in Heiligendamm die erste Mitgliederversammlung des Deutschen Notarvereins in diesem Jahr statt.

1. Nachwahl zum Vorstand

Im Anschluss an den Bericht des Präsidenten erfolgte die Nachwahl zum Vorstand.

Diese war notwendig, da Frau Lohr und Herr Dr. Wenckstern auf eigenen Wunsch aus dem Vorstand ausschieden. Der Präsident des Deutschen Notarvereins dankte Frau Lohr und Herrn Dr. Wenckstern für ihre langjährige Tätigkeit für den Deutschen Notarverein und drückte gegenüber der Mitgliederversammlung sein Bedauern über deren Ausscheiden aus dem Vorstand aus.

Als Nachfolgerin von Frau Eleonore Lohr wurde Frau Bettina Sturm aus

Bautzen in das Amt der Vizepräsidentin und als Nachfolger von Herrn Dr. Wenckstern Herr Dr. Langhein in das Amt des Schriftführers gewählt. Alle Wahlen erfolgten einstimmig.

2. Themen der Mitgliederversammlung

Nationale berufspolitische Themen waren unter anderem die Einführung einer Bodenmanagementbehörde, der Zugang zum Anwaltsnotariat, die Notariatsreform in Baden-Württemberg, das Betreuungsrecht, das Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrechts (UMAG) sowie der Clement'sche Maßnahmenkatalog zur Deregulierung und Entbürokratisierung in Deutschland.

Die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum UMAG und ein Artikel zur Bodenmanagementbehörde sind in diesem Heft abgedruckt.

Der Samstag war den europäischen Themen gewidmet. Es wurde unter anderem ausführlich zu der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, dem Vertragsverletzungsverfahren, der Berufsqualifikationsanerkennungs- und Dienstleistungsrichtlinie sowie der Verordnung zur Einführung eines europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen diskutiert.

3. Rahmenprogramm

Die Mitgliederversammlung wurde wie traditionell einmal jährlich durch ein Rahmenprogramm abgerundet. Ein gemeinsames Abendessen am Freitag und eine Fahrradtour am Samstag Nachmittag nach Kühlungsborn boten den Vertretern der Mitgliedsverbände Gelegenheit zu anregenden weiterführenden Gesprächen. Bestehende Bekanntschaften konnten gepflegt und neue geschlossen werden. Und es blieb noch Zeit, die zauberhafte Küstenlandschaft zu genießen.

KLG

Vorstandswahlen am 14. Mai 2004

Notarin Bettina Sturm

Die Mitgliederversammlung des Deutschen Notarvereins hat Notarin Bettina Sturm aus Bautzen/Sachsen am 14. Mai 2004 als Vizepräsidentin in den Vorstand gewählt.



Frau Sturm ist seit dem 1. September 1990 Notarin in Bautzen und war von 1981 bis 1990 Staatliche Notarin.

Sie war die erste Präsidentin der Notarkammer Sachsen und hatte dieses Amt bis 2002 inne. Seit ihrem Ausscheiden aus dem Präsidentenamt ist sie Ehrenpräsidentin der Notarkammer Sachsen.

Dem Präsidium der Bundesnotarkammer gehörte Frau Sturm von 1994 bis 2004 an, von 2001 bis 2004 als zweite stellvertretende Präsidentin.

Sie wurde im Jahre 2003 für ihre Verdienste beim Aufbau des freiberuflichen Notariats in den neuen Bundesländern mit dem Bundesverdienstkreuz am Bande geehrt.

Frau Sturm ist 45 Jahre alt, verheiratet und hat zwei Kinder.

Notarin Eleonore Lohr, Salzwedel

Notar Dr. Gerd-Hinrich Langhein

Auf der Mitgliederversammlung in Heiligendamm wurde als mein Nachfolger Notar Dr. Gerd H. Langhein,



Vorratsgesellschaften schnell und sicher

Wir haben die richtige GmbH oder GmbH & Co. KG für Sie und Ihre Mandanten:

- ✓ Die Gesellschaft steht in der Regel zur sofortigen Verfügung.
- ✓ Die Gesellschaft ist ordnungsgemäß im Handelsregister eingetragen.
- ✓ Das Stammkapital ist nur um die Gründungskosten gemindert.
- ✓ Die Gesellschaft hat keine Tätigkeit nach Gründung entfaltet.
- ✓ Reservierung heute, Beurkundung morgen bei einem Notar Ihrer Wahl.

Der Kauf einer Vorratsgesellschaft ist Vertrauenssache

Dafür garantieren wir:

Die DNotV GmbH, das Serviceunternehmen des **Deutschen Notarvereins**.

Bitte wenden Sie sich an:

DNotV GmbH
Kronenstraße 73/74
10117 Berlin
Tel.: 030/20 61 57 40
Fax: 030/20 61 57 50
E-Mail: kontakt@dnotv.de
www.dnotv.de

Musterkaufvertrag, Fragebogen etc. werden auf Anfrage umgehend übersandt oder per E-Mail übermittelt. Einen ausführlichen Leitfaden und alle sonstigen Unterlagen finden Sie auch unter www.dnotv.de/vorrat.

Hamburg, in den Vorstand des Deutschen Notarvereins gewählt. Zu dieser Wahl gratuliere ich ihm sehr herzlich.

Dr. Langhein, Jahrgang 1956, hat in Hamburg studiert und auch dort sein Referendariat verbracht. Nach einer wissenschaftlichen Assistentenzeit an der Universität Hamburg war er drei Jahre lang Justitiar bei der Veba AG/RWE AG. Von 1990 bis 1992 war er als mein Vorgänger Geschäftsführer

der Hamburgischen Notarkammer und ist seither mit der Standesarbeit und der Berufspolitik vertraut. Seit 1992 ist er Notar in Hamburg. Sein besonderes Interessengebiet ist das internationale Kollisionsrecht der Registerurkunden sowie das anglo-amerikanische Notariat, mit dem er sich seit seiner Tätigkeit in einem Londoner Notariat beschäftigt. Er ist durch zahlreiche Veröffentlichungen und Kommentierungen, u.a. im Staudinger und

Münchener Kommentar in Erscheinung getreten und vielen Kollegen als Referent für das DAI bestens bekannt. Seit Sommer 2003 ist er stellvertretender Vorsitzender des Hamburgischen Notarvereins.

Ich wünsche meinem Nachfolger viel Freude und Erfüllung in seiner neuen Funktion.

*Notar Dr. Manfred Wenckstern,
Hamburg*

Personalia

In der Kammerversammlung der Saarländischen Notarkammer vom 04. November 2003 wurden, aufgrund des bereits bei der letzten Wiederwahl im Jahre 2001 angekündigten Rücktritts von Notar JR Professor Dr. Rolf Zawar als Präsident der Saarländischen Notarkammer, Wahlen zum Vorstand der Saarländischen Notarkammer durchgeführt. In der Versammlung wurde der bisherige stellvertretende Präsident, Notar Dr. Volker Kawohl, Homburg/Saar, zum neuen Präsidenten gewählt; neuer Vizepräsident ist Notar Dr. Joachim Schilly, Saarbrücken, der schon bisher Mitglied des Vorstandes gewesen ist.

Des Weiteren hat die Kammerversammlung einstimmig Herrn Notar JR Professor Dr. Rolf Zawar zum Ehrenpräsidenten der Saarländischen Notarkammer gewählt.

JR Professor Dr. Zawar wurde nach den beiden Staatsexamina 1967 und 1971 im Jahre 1972 Notarassessor in der Saarländischen Notarkammer. 1975 schloss sich die Ernennung zum Notar auf Lebenszeit in Homburg/Saar an. 1982 und 1992 folgten der akademische Doktorgrad bzw. die Professur an der Universität des Saarlandes. Im Januar 2001 wurde ihm dann der Ehrentitel „Justizrat“ verliehen.

JR Professor Dr. Zawar war seit 1990 Präsident der Saarländischen Notarkammer, im April 2000 wurde er zudem in das Präsidium der Bundesnotarkammer berufen. Zu seinen Aufgaben zählten u. a. die Abschaffung der saarländischen „Blankettbeglaubigungen“, die Unterstützung bei der Einführung des Nur-Notariats in den neuen Bundesländern und die Berufsrechtsreform. JR Professor Dr. Zawar hat durch seine uneigennützig, erfolgreiche Arbeit das Ansehen des notariellen Berufsstandes befestigt und vermehrt.

Deutsche Notarfußballmannschaft „verteidigt“ Vizeeuropameistertitel

Notar Thomas Grauel, Hauzenberg/Wegscheid und Notar Dr. Benno Sefrin, Haßloch

Die deutsche Fußballmannschaft der (Nur-)Notare wurde bei der diesjährigen Notarfußball-Europameisterschaft Mitte Mai in Den Haag Vizeeuropameister. Sie konnte damit ihren „Titel“ verteidigen, den sie im vergangenen Jahr bei der EM in München errungen hatte.

Da einige wichtige Spieler dieses Jahr fehlten, hatte sich die Mannschaft eigentlich keine allzu großen Chancen

auf einen der vorderen Plätze ausgerechnet. Diese Prognose schien sich zunächst auch in den ersten beiden Spielen gegen Gegner zu bewahrheiten, gegen die man in den vergangenen Jahren regelmäßig gewonnen hatte:

Gegen Belgien verlor das deutsche Team sein erstes Spiel verdient mit 0:2. Im zweiten Spiel gegen Tschechien musste man nach überlegen ge-

führter Partie, bei der der Gegner eigentlich keine nennenswerte Torchance hatte, drei Minuten vor Schluss noch den Ausgleich zum 1:1 hinnehmen. Nachdem das dritte Spiel gegen ein schwaches italienisches Team klar mit 4:2 gewonnen worden war, deutete eigentlich alles auf einen Mittelplatz hin.

Doch wie auch im „großen“ Fußball erwies sich die deutsche Mann-



Die deutsche Notarfußballmannschaft Den Haag 2004:
Stehend: Kroier, C. Döbereiner, Engels, Fembacher, Weiler, Regler, Klinkhammer, Schneeweiß, Reindl, Neugebauer, Sefrin, Grauel, D. Mayer
Hockend: Schmid, Gottwald, Inninger, Hügel, Schlögel, Pöppelmann, Grötsch, S. Döbereiner. **Auf dem Foto fehlen:** Brunner, Gutheil, Thiele

schaft als echte Turniermannschaft: Das Zusammenspiel verbesserte sich von Spiel zu Spiel. Die Abwehr um Libero Georg Klinkhammer stand immer besser. Die Stürmer Andreas Engels und Florian Kroier wurden treffsicherer. Die deutsche Mannschaft konnte zunehmend ihre konditionelle Überlegenheit ausspielen.

Im vierten und fünften Spiel konnte das deutsche Team mit 4:0 bzw. 3:0 eindeutige Siege gegen Frankreich und die Niederlande feiern. Nach dem ersten Tag lag die deutsche Mannschaft mit 10 Punkten auf dem zweiten Platz, nur zwei Punkte hinter den gewohnt starken Österreichern.

Vor den letzten beiden Spielen hatte das deutsche Team somit nach langer Zeit wieder einmal die Chance, das Turnier zu gewinnen.

Dafür musste das erste Spiel am zweiten Tag gegen Österreich gewonnen werden. Die österreichische Mannschaft hatte in den vergangenen drei Jahren jeweils ungeschlagen den EM-Titel errungen. Die deutsche Mannschaft hatte gegen Österreich seit 1998 nur verloren. Coach Benno Sefrin schwor die deutschen Spieler vor dem Spiel nochmals auf das große Ziel ein. Derart motiviert gewann

das deutsche Team in einer auf hohem Niveau stehenden und hart umkämpften Partie gegen Österreich verdient mit 1:0.

Die deutsche Mannschaft rangierte damit vor dem letzten Spiel gegen Spanien mit einem Punkt Vorsprung auf dem ersten Platz. Mit einem Sieg gegen Spanien wäre der Turniersieg perfekt gewesen. Doch leider reichte es in diesem Spiel nur zu einem 1:1. Nachdem die Spanier durch einen zweifelhaften Elfmeter 1:0 in Führung gegangen waren, gelang der deutschen Elf trotz drückender Überlegenheit gegen die kompakte gegnerische Abwehr nur noch der Ausgleich.

Da das österreichische Team sein letztes Spiel gewann, konnte es zum vierten Mal in Folge den EM-Titel erringen.

Aufgrund des unglücklich verpassten Turniersieges wollte bei der deutschen Mannschaft zunächst keine so rechte Freunde über den hervorragenden zweiten Platz aufkommen. Doch die erste Enttäuschung war spätestens beim feierlichen Abschlussabend ver-

Ergebnisse/Torschützen der deutschen Mannschaft im Überblick

Gegner	Ergebnis	Torschütze(n)
Belgien	0 : 2	
Tschechien	1 : 1	Engels
Italien	4 : 2	Engels (3), Schneeweiß
Frankreich	4 : 0	Kroier (2), Engels, Grötsch
Niederlande	3 : 0	Kroier, Engels, Weiler
Österreich	1 : 0	Engels
Spanien	1 : 1	Kroier

Schlusstabelle:

	Land	Sp.	g	u	v	Tore	Pkt.
1.	Österreich	7	5	0	2	15 : 5	15
2.	Deutschland	7	4	2	1	14 : 6	14
3.	Belgien	7	3	2	2	8 : 9	11
4.	Italien	7	3	1	3	9 : 10	10
5.	Spanien	7	2	3	2	8 : 9	9
6.	Tschechien	7	2	3	2	9 : 7	9
7.	Niederlande	7	2	1	4	5 : 10	7
8.	Frankreich	7	0	2	5	3 : 15	2

wunden. Es machte sich schon wieder Optimismus für die nächstjährige EM in Marbella breit: „Nach zwei dritten Plätzen bei den Turnieren 2001 und 2002 und zwei zweiten Plätzen 2003

und 2004 werden wir es nächstes Jahr packen ...“

Informationen über die deutsche Notarfußballmannschaft erteilen:

Notar Thomas Grauel, Hauzenberg/Wegscheid, Tel. (0 85 86) 96 24 -0 und Notar Dr. Benno Sefrin, Hassloch, Tel. (0 63 24) 92 11 -0.

16. Europäische Notarentage in Salzburg

Die vom 22. bis 24. April 2004 in Salzburg veranstalteten Europäischen Notarentage standen in diesem Jahr unter der Überschrift „Basel II – Der Notar und die Kreditbesicherung im europäischen Umfeld“. Eine Themensetzung, die der veranstaltenden österreichischen Notariatskammer und der österreichischen Notariatsakademie im Vorfeld auch Kritik eingebracht hatte, wurde sie doch von vielen Kollegen als abgehoben und fern der notariellen Praxis empfunden. Diese Einschätzung erwies sich jedoch als vorreilig: Den Organisatoren der fachlich hervorragend besetzten Veranstaltung gelang es, durch geschickt aufeinander abgestimmte Vorträge aus den Bereichen Wissenschaft, Rechtspraxis und Banken, Interesse für Themen zu wecken, die sich in den kommenden Jahren für das Notariat als zunehmend bedeutungsvoll erweisen könnten.

Der Präsident der österreichischen Notariatskammer *Dr. Klaus Woschnak* stellte die Veranstaltung in den europäischen Zusammenhang. In einer Zeit, in der insbesondere von Seiten der Generaldirektion Wettbewerb der Europäischen Kommission mehr Wettbewerb für die freien Berufe gefordert werde, ergebe sich für das Notariat ein facettenreiches Bild. Einerseits sei das österreichische Notariat im europäischen Vergleich durchaus gut positioniert; Beispiel sei das gegenüber den meisten anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union liberalere Kostenrecht. Andererseits bestehe nach wie vor die Notwendigkeit, den Notarberuf in Europa zu erklären und Verständnis für die Besonderheiten eines staatlich gebundenen, reglementierten Berufes zu schaffen. Der Beruf des

Notars sei auf das Allgemeinwohl ausgerichtet und stehe damit auch stellvertretend für die kontinentaleuropäische Rechtskultur, die nicht auf nackten Wettbewerb, sondern auf soziale Verantwortung gebaut sei. Für das Notariat bestünde die Schwierigkeit darin, seine Dienstleistungsfähigkeit auszubauen und durch neue Dienstleistungen verstärkt auf die Wirtschaft zuzugehen, ohne dabei der Rechtspflege entfremdet zu werden. Deshalb sei es wichtig, dass sich das Notariat den Herausforderungen des Themenkomplexes unter der Überschrift „Basel II“ stelle.

Dr. Haiden von der Wirtschaftskammer Österreich und Magister *Ittner* von der österreichischen Nationalbank führten in ihren Vorträgen in die Praxis der Risikoevaluierung im Kreditbereich und in die Neuerungen durch „Basel II“ ein. Besonderes Gewicht legten beide Vortragenden dabei auf die Auswirkungen, die „Basel II“ für kleinere und mittlere Unternehmen (KMU) mit sich bringt. Ausgehend von der grundsätzlichen Überlegung, dass die unter den bisher gültigen Standards vorherrschende Fokussierung auf quantitative Größen wie die Eigenkapitalquoten von Banken als nicht ausreichend angesehen werde, die komplexen Geschäftsstrukturen und die damit einhergehenden Risiken zu erfassen, stelle „Basel II“ die Risikoevaluierung nunmehr auf eine breitere Basis. „Basel II“ bringe die individuelle Bewertung von Kreditrisiken mit sich. Die individuelle Bonitätsbewertung erfolge entweder durch das Rating einer anerkannten Rating-Agentur oder über das interne Rating-System der finanzierenden Bank. Hierbei würden noch

stärker als bisher Art und Qualität der gewährten Kreditsicherheiten eine entscheidende Rolle spielen. Dies und die in der Struktur von „Basel II“ angelegte größere Bedeutung der „soft facts“, zu denen beispielsweise die Persönlichkeit des Unternehmers, aber auch eine durchdachte und abgestimmte Unternehmensnachfolgeregelung zählen, eröffnen nach *Haiden* dem Notar ein neues Arbeitsfeld. *Ittner* skizzierte die Rolle des Notars als die eines Übersetzers im Dialog zwischen Bank und Unternehmer: Da „Basel II“ die Bedeutung der unternehmensinternen Dokumentation erhöhe, sei auch eine verstärkte Bereitschaft des Notariats zur interdisziplinären Zusammenarbeit etwa mit Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern notwendig.

In seinem Vortrag „Das nationale Recht der Sicherheiten im Spannungsfeld zwischen Rechtstradition und europäischer Rechtsangleichung“ berichtete Notar *Becker*, Dresden, von der Arbeit der Forum-Gruppe Hypothekarkredit bei der EU-Kommission und stellte die ersten Diskussionsergebnisse in den Zusammenhang der möglichen Auswirkungen auf das nationale Recht der Sicherheiten und der nationalen Registrierungssysteme. Notar *Becker* rief als Ausgangspunkt in Erinnerung, dass der europäische Binnenmarkt auch für diejenigen Kredite Gültigkeit habe, die durch Grundpfandrechte gesichert seien. Vor diesem Hintergrund und im Zusammenhang mit der aktuellen Diskussion zu „Basel II“ rückten nationale Registrierungssysteme und die unterschiedlich ausgeprägten Grundpfandrechte in den Brennpunkt des Interesses.



Gruppenfoto vor dem Kavaliershaus Klesheim

In der rechtlichen Ausgestaltung des Registerwesens gebe es erhebliche Unterschiede; die Skala reiche von reinen Registrierungssystemen wie in Skandinavien bis hin zu den „Hochsicherheitssystemen“, die guten Glauben vermitteln, wie etwa in Deutschland. *Becker* erläuterte das Gebot der Transparenz und ein striktes Prioritätsprinzip als wesentliche Qualitätsmerkmale eines Registers: Es dürfe keine Koexistenz von registrierten und nicht registrierten Rechten geben. *Becker* stellte die Diskussion um ein zusätzlich standardisiertes und flexibles europäisches Grundpfandrecht („Eurohypothek“) vor. Wesentlich sei, dass dieses sowohl in Hochsicherheitssystemen als auch in reinen Regierungssystemen funktioniere und es nicht zu einem „race to the bottom“ komme: Wenn beispielsweise ungeprüfte dänische Krediterklärungen in einem Hochsicherheitssystem eingetragen werden könnten, bedeutete dies eine Aufweichung der Sicherheitsstandards. *Becker* erinnerte daran, dass dort, wo Zivilrecht Freiheiten ermögliche, der Einfluss des EG-Rechts wenig spürbar sei, wogegen dort, wo Zivilrecht regulierend einwirke, das europäische Recht regelmäßig voll durchgreife. *Becker* forderte mehr Mut zur Vertragsfreiheit im nationalen Recht zur Erhaltung bestehender Rechts Traditionen und Rechtsidentität.

Professor *Dr. Rechberger*, Wien, setzte sich in seinem Vortrag „Kreditsicherungsmittel – Wunsch und Wirklichkeit“ mit aktuellen Fragen des österreichischen Kreditsicherungsrechts auseinander und stellte diese Diskussion in den Zusammenhang der Entwicklungen, die unter der Überschrift „Basel II“ behandelt werden. Er fragte dabei, ob das österreichische System der Immobiliarsicherheiten durch die Einführung der Sicherungsgrundschuld ergänzt werden sollte. Insbesondere in den Umschuldungsfällen sieht *Rechberger* in einem nicht-akzessorischen Grundpfandrecht die Möglichkeit einer Verbesserung für Österreich. Dies gelte umso mehr als die gerichtliche Eintragungsgebühr mit 1,2 % im internationalen Vergleich sehr hoch sei. Allerdings sei nicht auszuschließen, dass die durch die „Wiederverwertbarkeit“ der nicht akzessorischen Grundpfandrechte entstehende Möglichkeit, in diesem Bereich Kosten zu sparen, staatlicherseits durch einen neuen Gebührenatbestand vereitelt würde. In einer Zeit, in der der Bedarf für schnelle Kredite zunehmend steige, seien Mobilität und Übertragbarkeit ein Vorteil der Sicherungsgrundschuld. In diesem Zusammenhang wies *Rechberger* darauf hin, dass anders als in Deutschland der vollstreckbare Notariatsakt in der Kreditsicherungspraxis nach wie vor

eine Nebenrolle spiele. Eine Modernisierung des Rechts der Grundpfandrechte könne auch der Vollstreckungsunterwerfung eine größere Bedeutung verschaffen.

Professor *Rechberger* führte in die Diskussion um die Einführung eines Registerpfandrechts für Österreich ein. Die geringe Qualität der durch das Faustpfandprinzip vermittelten Publizität habe zur wirtschaftlichen Bedeutungslosigkeit des Faustpfands geführt. In Zeiten, in denen immer mehr Unternehmer keine Liegenschaften mehr haben, müsse über moderne Systemvoraussetzungen für die Beleihung von Mobilien verstärkt nachgedacht werden. Die Diskussion um Registerpfandrechte für Mobilien habe durch die Einführung entsprechender Systeme in den Beitrittsländern an Aktualität gewonnen. Die Nichtexistenz von besitzlosen Pfandrechten und entsprechenden Registern könne sich mittelfristig als ein Wettbewerbsnachteil darstellen. Diese Entwicklung könne durch „Basel II“ weiter verschärft werden.

Die österreichische Notariatskammer hat einen Vorschlag für ein besitzloses Mobiliarregisterpfandrecht entwickelt, das Notariatskandidat *Magister Sauberer*, Wien, in seinem Vortrag vorstellte. Dieses Pfandrecht solle

konstitutiv durch Registrierung entstehen und das Faustpfandrecht nicht ersetzen, sondern neben dieses treten. Als Pfandobjekte werde an Sachen und Rechte, übertragbare Immaterialgüterrechte, aber auch an Sachgesamtheiten, Unternehmensanteile und künftige Sachen gedacht. Der Pfandbestellungsvertrag solle schriftlich geschlossen werden, die Registrierung setze aber, wie auch bei Liegenschaften, eine Beglaubigung voraus. Die Registerführung solle bei der Notariatskammer liegen. Magister *Sauberer* stellte einen gemeinsam mit der Firma Siemens entwickelten Prototyp einer Benutzeroberfläche für ein mögliches künftiges Register vor. Danach werde das Pfandrecht direkt vom Notar angelegt und ins Register eingegeben.

Die anschließende Diskussion zeigte, dass Professor *Rechberger* mit seiner Analyse, der Teufel stecke bei

den Fragen nach dem Registermobiliarpfandrecht im Detail, den Nagel auf den Kopf getroffen hat: Professor *Heuer* wies auf die schwierigen Probleme hin, die sich im Zusammenhang mit der Erfassung von Sachgesamtheiten ergeben. Außerdem sei das Problem des Datenschutzes ungelöst. Notar *Dr. Kühnelt* mahnte an, dass es keinesfalls zu einer Billigversion und der Eintragung per Formular kommen dürfe. Ziel müsse es sein, über den vollstreckbaren Notariatsakt und eine umfassende Information über das Pfandrecht eine neue Kompetenz für das Notariat zu schaffen. Notar *Becker* wies darauf hin, dass gerade im Zeitalter offener Grenzen eine nationale Insellösung bei einem Registerpfandrecht für Mobilien nur scheinbar Rechtssicherheit vermitteln. Man müsse sich der Frage stellen, wie sich ein Mobiliarpfandrecht auch im Ausland fortsetzen lasse. Das „Windhundprinzip“ sei keine erstrebenswerte Lösung. Ein Erfolg

versprechendes Mobiliarpfandrecht müsse „grenzfest“ sein.

Der Präsident der österreichischen Notariatsakademie *Dr. Michael Umfahrer* zog ein positives Fazit der 16. Notarentage. Die äußerst lebhafteste Diskussion habe gezeigt, dass die „Bewusstseinsbildung“ im Notariat für die Bedeutung des Themenkomplexes „Basel II“ voranschreite. Die in diesem Zusammenhang skizzierten Möglichkeiten der Erweiterung notarieller Arbeitsfelder, speziell im Zusammenhang mit der gesellschaftsrechtlichen Betreuung von Unternehmen und der Beratung in Erb- und Nachfolgefragen, stimme positiv. Aber die Veranstaltung habe auch die vielfältigen Unzulänglichkeiten und Unsicherheiten im Bereich des Rechts der Kreditsicherheiten beleuchtet. Hier gebe es großen Diskussions- und im Bereich des Registerpfandrechts auch Handlungsbedarf. TF

Tag der freien Berufe 2004 – Freiberuflichkeit im neuen Europa

„Die Freiberufler in Deutschland stellen sich gerne dem Wettbewerb im neuen Europa. Der Wettbewerb soll dabei aber über die Leistung und über die Qualität nicht über den Preis geführt werden.“ Mit diesen Worten leitete der Präsident des Bundesverbands der freien Berufe *Dr. Ulrich Oesingmann* den Tag der freien Berufe 2004 ein.

MdB *Dr. Wolfgang Schäuble* und der Generaldirektor Binnenmarkt der EU-Kommission *Dr. Alexander Schaub* diskutierten die Frage, wie die Zukunft der freien Berufe in der auf 25 Mitgliedstaaten angewachsenen Europäischen Union aussehen werde. *Dr. Schäuble* entwickelte ausgehend von der provokativen Frage, was den

Unterschied zwischen einer Ich-AG und einem freien Beruf ausmache, die Charakteristika und Vorzüge der freien Berufe. Europa müsse verstehen, dass Vielfalt und Unterschiedlichkeit Trumpfkarten seien. Man dürfe diese Vielfalt nicht zerstören, sondern müsse die zukunftsgestaltende Kraft der Tradition in den Mitgliedstaaten nutzen. Das Prinzip der Freiberuflichkeit stelle nicht nur ein erhaltenswertes Prinzip dar, sondern biete auch gerade in einem wachsenden Europa mit den Säulen Selbstverantwortung und Selbstorganisation Antworten auf aktuelle Fragen.

Dem stimmte *Dr. Schaub* grundsätzlich zu: Der Weg in die moderne europäische Dienstleistungsgesell-

schaft werde entscheidend von den freien Berufen geprägt. Es dürfe auf der anderen Seite aber nicht übersehen werden, dass es vor allem im Bereich der Beratung noch große Defizite gebe. Er stellte als einen Lösungsansatz der Europäischen Kommission die beiden Richtlinienentwürfe der Generaldirektion Binnenmarkt zur Anerkennung von Berufsqualifikationen und zu Dienstleistungen im Binnenmarkt vor. Die Abschaffung bestehender Werbeverbote, die Einführung einer verpflichtenden Berufshaftpflichtversicherung und die liberale Zulassung multidisziplinärer Partnerschaften böten auch Freiberuflern in Deutschland große Chancen. Als konkrete Beispiele für die durch die Richtlinie angestrebte Verwaltungsvereinfachung

chung nannte *Dr. Schaub* die Einführung einheitlicher Ansprechpartner und elektronischer Verfahren.

Am Nachmittag wurde in drei Workshops unter den Titeln „Binnenmarkt – Chancen und Risiken“, „Diplomanerkennungsrichtlinie – Qualitätssicherung in Deutschland“ und „Dienstleistungsexport – Chancen auf internationalen Märkten“ über die Detailregelungen diskutiert.

Im Workshop zur Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen war der Deutsche Notarverein auf dem Podium durch seinen Präsidenten, *Dr. Stefan Zimmermann*, vertreten. Professor *Dr. Thomas Mann* (Göttingen) führte in die Thematik des Workshops ein und erläuterte den rechtlichen Hintergrund, den horizontalen Ansatz und die wesentlichen Punkte des Richtlinienentwurfs. Er kritisierte dabei insbesondere, dass der Richtlinienentwurf dem angestrebten Ziel der Deregulierung wohl nicht gerecht werde. Zudem sei der Entwurf kompliziert und intransparent. Die Abgrenzung aus Artikel 50 EGV zwischen Niederlassung und Dienstleistung werde verwischt.

Vom moderierenden NJW-Chef-Redakteur Martin Huff auf die Position des deutschen Notariats zur Richtlinie



Alfred Hartenbach, Parlamentarischer Staatssekretär im Bundesministerium der Justiz



Klaus-Heiner Lehne, MdEP

angesprochen, skizzierte *Dr. Zimmermann* das Berufsbild des Notars lateinischer Prägung als Träger eines öffentlichen Amtes. Der „hohe Regulierungsgrad“ des Notarberufs, wie ihn auch die Europäische Kommission in ihrem Wettbewerbsbericht kritisiert habe, sei damit zu erklären, dass der Notar – anders als ein Arzt oder Rechtsanwalt – keine freiberufliche Dienstleistung anbiete, sondern funktional Teil der freiwilligen Gerichtsbarkeit sei. *Dr. Zimmermann* erläuterte, dass Artikel 45 des EG-Vertrages für diejenigen Tätigkeiten, die die Ausübung öffentlicher Gewalt beinhalten, eine Bereichsausnahme vorsehe, die auch für den Notar als Träger eines öffentlichen Amtes gelte. Die Richtlinie über die Anerkennung von Berufsqualifikationen finde dementsprechend keine Anwendung auf Notare. Es sei nur folgerichtig, wenn das Europäische Parlament dies im Richtlinienentwurf ausdrücklich klarstellen wolle. Der Deutsche Notarverein wende sich ausdrücklich gegen die Position der Europäischen Kommission, die den Versuch unternehme, den hoheitlichen Charakter der notariellen Tätigkeit in Frage zu stellen und eine Zweiteilung in einen hoheitlichen und einen nicht hoheitlichen Teil propagiere.

In der Podiumsdiskussion zu dem Titel „Binnenmarkt – Chancen und Risiken“ war die Bundesnotarkammer durch ihren Vizepräsidenten *Dr. Hans-Christoph Schüller* vertreten. *Dr.*

Schüller hob in der Diskussion hervor, dass der Bedarf an grenzüberschreitenden vollstreckbaren Urkunden im europäischen Binnenmarkt immer größer werde. Die notarielle Urkunde stelle ein effizientes und bürgerfreundliches Instrumentarium auch und gerade auf gesamteuropäischer Ebene dar. *Dr. Schüller* erläuterte, dass die Dienstleistungsrichtlinie für den Notar als Amtsträger aufgrund der Bereichsausnahme des Art. 45 EGV nicht anwendbar sei.

Im Nachmittagsplenum skizzierte der parlamentarische Staatssekretär *Dr. Alfred Hartenbach*, der für die kurzfristig verhinderte Justizministerin einsprang, am Beispiel der rechtsberatenden Berufe die „Zukunft der freien Berufe in Europa im Spannungsfeld zwischen Dienstleistungsfreiheit und Gemeinwohlverpflichtung“. *Dr. Hartenbach* erläuterte in seinem Referat, dass die Tätigkeit der Notare in Deutschland hoheitlicher Natur sei. Auf einer „Skala“ zwischen der Dienstleistungsfreiheit und der Gemeinwohlverpflichtung liege beim Notar eindeutig der Akzent auf dem Gemeinwohl: Seine qualitativ hochwertige und unparteiische Beratung diene der Rechtspflege, der Rechtssicherheit und damit der Allgemeinheit. Die Bundesregierung werde sich deshalb im Rat dafür einsetzen, dass Notare aus der Dienstleistungsrichtlinie ausdrücklich ausgenommen werden.

Der rechtspolitische Sprecher der EVP-Fraktion im Europäischen Parlament *Klaus-Heiner Lehne* begann sein Referat mit der Beobachtung, dass bei einer parallelen Lektüre des Entwurfs der Dienstleistungsrichtlinie und des Wettbewerbsberichts auffalle, dass die beiden Dokumente an mehreren Stellen inhaltlich widersprüchlich seien. Unter dem derzeitigen Kommissionspräsidenten Prodi habe sich die Kommission immer weiter vom kollegialen Prinzip entfernt; derzeit mache dort jeder, was er wolle. Der Wettbewerbsbericht überzeuge insgesamt nicht: Wer wie dort den skrupellosen Berufsträger zum Maßstab machen wolle,

könne gleich das gesamte Berufsrecht ins Strafgesetzbuch integrieren. Für Deutschland seien die Ausführungen im Wettbewerbsbericht zu Gebührenordnungen angesichts der gefestigten Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht von entscheidender Bedeutung.

Die Dienstleistungsrichtlinie hingegen biete auf der Grundlage der Rechtsprechung des EuGH im Großen und Ganzen maßvolle Eingriffe und stelle insgesamt einen vernünftigen Ansatz dar. *Lehne* wies ausdrücklich darauf hin, dass man die Tätigkeit von Freiberuflern nicht mit der gewerblichen

Tätigkeit anderer Dienstleister über einen Kamm scheren dürfe. Freiberufler seien in vielen verschiedenen Funktionen auch ein Teil der Daseinsvorsorge. *Lehne* erläuterte, dass, angesichts der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit durch Notare lateinischer Prägung, diese nicht in den Anwendungsbereich der Dienstleistungsrichtlinie fielen. Er verwies wie auch schon die Vertreter des Notariats in den Workshop-Veranstaltungen auf die Regelung in Artikel 45 EG-Vertrag und auf die Entschließung des Europäischen Parlaments vom 08. Januar 1994, in der dies klargestellt worden sei. In der Konsequenz sollten deshalb Notare vom Anwendungsbe-

reich der Dienstleistungsrichtlinie klarstellend ausgenommen werden.

Dr. Oesingmann schloss die Veranstaltung mit einem Resümee, in dem er auf die verschiedenen aufgezeigten Risiken aber auch auf die Chancen, die das neue Europa für die Freiberufler mit sich bringe, verwies. Es sei von großer Bedeutung, dass Freiberufler sich auf Europa einließen, ihre Arbeit und ihr Berufsrecht immer wieder kritisch hinterfragten: Die deutschen Freiberufler seien dazu bereit, Europa mitzugestalten. *TF*

Zusammenlegung von Grundbuchamt und Katasterbehörde – Bodenmanagementbehörde

Der Bundesrat hat in seiner Sitzung am 2.4.2004 beschlossen, den „Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Grundbuchordnung und anderer Gesetze“, BR-Drs. 184/04, im Deutschen Bundestag einzubringen.

Mit dem Gesetzesantrag soll im Bundesrecht eine Öffnungsklausel geschaffen werden, die es den Ländern ermöglicht, die bisher bei den Amtsgerichten angesiedelten Grundbuchämter und die bei den Landkreisen und Oberbürgermeistern bestehenden Katasterämter zu einer neu einrichtenden Bodenmanagement-Behörde zusammenzufassen. Allerdings soll sich das Grundbuchverfahren vor der Bodenmanagement-Behörde weiterhin in entsprechender Anwendung nach den Verfahrensregeln der freiwilligen Gerichtsbarkeit richten. Auch der Rechtsweg zu den ordentlichen Gerichten soll für diesen Fall bestehen bleiben.

Der Deutsche Notarverein lehnt den Gesetzesvorschlag, der auf eine Initiative der Hessischen Landesregierung zurückgeht, ab und hat dies gegenüber dem Bundesrat und der Bundesregierung deutlich gemacht.

Der Ansatz, das rein technische Kataster mit dem rein rechtlichen Grundbuchamt zusammenzulegen, widerspricht dem grundgesetzlichen Gewaltenteilungsgrundsatz und lässt nach Ansicht des Deutschen Notarvereins eine verfehltete Vorstellung effizienter Staatsorganisation erkennen – er gleiche der Idee, die Zuständigkeiten der Polizei zur Verkehrsüberwachung bei den Herstellern von Verkehrsampeln zu bündeln.

Die Forderung nach der Zusammenlegung von Kataster und Grundbuchamt würde rechtshistorisch einen Zustand schaffen, der typisch für die sozialistischen Unrechtssysteme war und der für Deutschland durch die deutsche Einigung längst überwunden schien. Seit 1952 waren z. B. in der DDR die Entscheidungen über Grundbucheintragungsanträge keine in der Zuständigkeit der Gerichte liegenden Angelegenheiten, sondern Verwaltungsverfahren in der Aufsicht des Ministers des Inneren – und damit Teil der nach dem Prinzip des Zentralismus ausgerichteten einheitlichen Staatsgewalt. Vor dem Hintergrund des in der DDR kaum relevanten Grundeigentums war dies nicht über-

raschend; für das vereinigte Deutschland erscheint ein solches System dagegen undenkbar.

Der Deutsche Notarverein hat in den neuen Ländern und auch in den Reformstaaten des früheren Ostblocks den Übergang zu einer funktionierenden Ordnung des Grundeigentums von Beginn an begleitet und unterstützt. Nun, nachdem die Grundbuch- und Katasterämter in den neuen Ländern bereits seit einiger Zeit gut funktionieren, strebt ausgerechnet eine CDU-geführte Landesregierung die Rückkehr zum sozialistischen System für Gesamtdeutschland an. Während in allen Reformstaaten Osteuropas nach dem Ende des Sozialismus funktionierende Grundbücher nicht zuletzt mit deutscher Unterstützung (auch der Deutsche Notarverein hat sich hieran beteiligt) eingeführt worden sind, würde sich ausgerechnet das deutsche Vorbild vom eigenen Erfolgsmodell verabschieden.

Auch gibt es für die Verschmelzung der Systeme keine sachlichen Gründe. Wenn der Gesetzentwurf davon spricht, dass durch die flächendeckende Digitalisierung von Kataster- und

Grundbuchdaten eine Verschmelzung der beiden Bereiche sinnvoll sei, so ist doch gerade das Gegenteil der Fall: Solange noch keine einheitliche und ortsunabhängig verfügbare Datenstruktur bestand, hätte eine Zusammenlegung Sinn gemacht, damit beide Bereiche auf die gleiche „Papierakte“ hätten zugreifen können. Gerade dieses Problem wird durch die bald abgeschlossene Digitalisierung entfallen.

Um den in der Gesetzesbegründung skizzierten „Geodatenverbund“ herzustellen, der als Informationssystem den „Nutzern über ein Eingangsportal in logisch strukturierter Form sämtliche grundstücksbezogenen Fachdaten zur Verfügung“ stellen soll, bedarf es nämlich in der Tat nur eines: der Vernetzung der ohnehin digital vorliegenden Daten und der Erstellung eines – virtuellen – Eingangsportals, nicht jedoch einer örtlichen und organisatorischen Zusammenlegung der beiden existierenden und funktionierenden Einrichtungen. Denn jenseits der Datenbereitstellung gibt es keinerlei inhaltliche Überschneidung der Tätigkeiten des (rechtlich hochspezialisierten) Rechtspflegers im Grundbuchwesen und des (technisch versierten) Mitarbeiters im Katasteramt. Wo es aber keine Überschneidungen gibt, kann es durch eine Zusammenlegung von Zuständigkeiten auch keine Synergieeffekte geben – und damit keine Ersparnisse.

Die finanziellen Folgen einer Zusammenlegung wären, wie die Entwurfsbegründung selbst erkennen lässt, im Übrigen kaum abschätzbar. Nebulös spricht diese von „zu erwartenden Synergieeffekten“ und „noch nicht bezifferbaren Rationalisierungsgewinnen“, deren Existenz stark angezweifelt werden darf – im Gegensatz zu den ebenfalls unspezifizierten „Kosten für die Umstrukturierung der betroffenen Geschäftsbereiche“, die mit Sicherheit hoch ausfallen werden.

So müsste etwa zur Ersetzung der existierenden und bestens ausgebildeten Rechtspfleger eine komplett neue Ausbildung für die Verwaltungsbeamten und Angestellten aufgebaut werden, die sich nach Auffassung des Landes Hessen in Zukunft um das Bodenmanagement kümmern sollen.

Bedenkt man weiterhin, dass es schon aus Gründen der Gewaltenteilung bei der Unterscheidung zwischen der freiwilligen Gerichtsbarkeit für das Grundbuchverfahren und der Verwaltungsgerichtsbarkeit für das Katasterwesen bleiben muss und soll, würde eine einheitliche Großbehörde den Bürger eher verwirren. Der modische Begriff der „Bodenmanagement-Behörde“ lässt vielmehr den Verdacht aufkommen, es handele sich um einen typischen Change-Management-Vorschlag von Unternehmensberatern, die notgedrungen immer das vorschlagen müssen, was sich vom Ist-Zustand unterscheidet. Gäbe es die von Hessen beabsichtigte Großbehörde bereits, würden solche Berater vermutlich empfehlen, zur Steigerung der Effizienz und Transparenz eine Aufteilung in technisches Kataster und rechtliches Grundbuch vorzunehmen, deren Daten zur optimalen Information des Bürgers elektronisch zu verbinden seien.

So wenig Sinn es also macht, dass die Ampelhersteller den Verkehr kontrollieren, so wenig Sinn macht es, nach Auffassung des Deutschen Notarvereins, die Grundbuchführung dem Katasteramt zuzuweisen. Wichtig ist, dass die Ampeln stehen und funktionieren, so dass die Verkehrspolizei ihrer – rechtlich relevanten – Tätigkeit nachgehen kann. Ebenso wichtig ist, dass Grundstücke katastermäßig zügig erfasst und Änderungen (etwa Teilungen) schnellstmöglich durchgeführt und die Daten dem Grundbuchamt übermittelt werden. Dafür bedarf es keiner Zusammenlegung der Zuständigkeiten, sondern allenfalls der wei-

teren Verbesserung der Kommunikation zwischen den völlig unterschiedlichen Tätigkeitsbereichen und der Bereitstellung dieser Daten für Bürger und Notare durch ein einheitliches Portal. Dies würde der Deutsche Notarverein uneingeschränkt begrüßen. Jede Form der Zusammenlegung hingegen wäre ein Schritt zurück in überwunden geglaubte Zeiten sozialistischer Zentralisierung mit hohen Kosten und geringer Effizienz.

Unterdessen hat auch die Bundesregierung zu dem Gesetzentwurf ablehnend Stellung genommen (BT-Drs. 15/3148). In ihrer Stellungnahme führt sie aus, dass der Gesetzentwurf aus grundbuchrechtlicher Sicht auf erhebliche Bedenken stoße. Die behaupteten Synergieeffekte seien sehr fraglich, da eine Zusammenlegung von Grundbuch und Kataster nicht zu einer Entlastung führten, sondern lediglich zu einer Verlagerung der Arbeit. Die Erfahrungen in der ehemaligen DDR hätten zudem gezeigt, dass sowohl der Qualitätsstandard des Grundbuchs als auch der des Katasters bei der einheitlichen Führung durch die Liegenschaftsdienste nicht gehalten werden konnte. Der zur Begründung der Zusammenlegung angeführte Aufbau eines umfassenden Informationssystems durch die Verschmelzung der Daten des elektronischen Liegenschaftskatasters und des ebenfalls elektronischen Grundbuchs sei bereits jetzt rechtlich zulässig. Zudem würde die Einheitlichkeit des Grundbuchwesens aufgegeben und damit ein wichtiger Teilbereich der Rechts- und Wirtschaftseinheit im Bundesgebiet gefährdet. Auch die beabsichtigten Änderungen des Rechtspflegergesetzes stoßen auf Bedenken der Bundesregierung.

Der Deutsche Notarverein wird das weitere Gesetzgebungsverfahren beobachten und seiner Auffassung auch gegenüber dem Deutschen Bundestag Gehör verschaffen. JJ/TS

Auswirkungen der Änderung der Umsatzsteuerschuldnerschaft bei Grundstückskaufverträgen für die notarielle Vertragsgestaltung¹

Elke Holthausen-Dux, Rechtsanwältin und Notarin, Berlin

1. UMSATZSTEUERRECHTLICHE NEUREGELUNG

Bereits mit Wirkung zum 1. Januar 2004 trat eine Änderung zur Möglichkeit der Umsatzsteueroption nach § 9 Absatz 1 des Umsatzsteuergesetzes (UStG) in Kraft. Nach der bisherigen Regelung kann der Verkäufer eines Grundstückes auf die grundsätzlich nach § 4 Nummer 9 Buchstabe a UStG bestehende Umsatzsteuerbefreiung des Grundstücksgeschäftes verzichten und den Umsatz als steuerpflichtig behandeln, wenn der Verkauf an einen anderen Unternehmer für dessen Unternehmen ausgeführt wird. Die Ausübung dieser Option war bisher durch einfache und formlose Erklärung möglich und ergab sich regelmäßig konkludent daraus, dass im Grundstückskaufvertrag vereinbart wurde, dass der Käufer zusätzlich zum (Netto-)Kaufpreis Umsatzsteuer zu zahlen hat. Aufgrund des Haushaltsbegleitgesetzes² vom 29. Dezember 2003 wurde in § 9 Absatz 3 UStG ein Satz 2 eingefügt, wonach dieser Verzicht auf die Steuerbefreiung bei Umsätzen, welche unter das Grunderwerbsteuergesetz fallen, nur noch in dem notariell zu beurkundenden Vertrag erklärt werden kann. Die Ausübung der Option ist nach dieser Regelung eine einseitige Erklärung des Verkäufers.

Die zweite wichtige Änderung im Umsatzsteuergesetz ist der Wechsel der Umsatzsteuerschuldnerschaft (Reverse Charge) nach § 13 b Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und § 13 b Absatz 2 Satz 1 UStG. Der bereits im Haushaltsbegleitgesetz vom 29. Dezember 2003 vorgesehenen Neufassung des § 13 b UStG hat der Rat der Europäischen Union mit seiner Entscheidung vom 30. März 2004 zugestimmt und

die Bundesregierung ermächtigt, mit Wirkung vom 1. April 2004 die Umsatzsteuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers (Käufer) für die Lieferung von Grundstücken einzuführen, sofern der Lieferer (Verkäufer) für die Besteuerung des Umsatzes optiert hat.

Grund für diese Gesetzesänderung, welche ebenso für bestimmte Fälle der Erbringung von Bauleistungen an einen Steuerpflichtigen gilt (§ 13 b Absatz 1 Satz 1 Nummer 4 i.V.m. Absatz 2 Satz 2 UStG), waren die in diesen Bereichen zu verzeichnenden beträchtlichen Steuerausfälle, die dadurch entstanden, dass die Steuer in der Rechnung offen ausgewiesen, jedoch nicht an den Fiskus abgeführt wurde. Der Leistungsempfänger konnte so seinen Vorsteuerabzug geltend machen, während der steuerpflichtige Leistende sich seiner Steuerpflicht entzog bzw. die Umsatzsteuer bei ihm uneinbringlich war. Mit dem Wechsel der Steuerschuldnerschaft erhofft sich der Gesetzgeber nun eine Erhöhung und zugleich Erleichterung der Einziehung seiner Steuereinnahmen.

Zugleich werden mit dieser Neuregelung eine Reihe von Problemen bei der Abwicklung von Umsatzsteuerzahlungen bei Grundstücksgeschäften künftig vermieden. Besonders misslich war beispielsweise die Situation, dass der Kaufpreis in Höhe der Steuerschuld durch Abtretung des Vorsteuervergütungsanspruches des Käufers für den Anmeldezeitraum erfüllt wurde, sich danach herausstellte, dass kein Vergütungsanspruch in dieser Höhe bestand und der Verkäufer von der Finanzverwaltung in Anspruch genommen wurde. Diese Situation war nicht nur für die Parteien des Kaufvertrages,

sondern auch für den beurkundenden Notar mit einem hohen (Haftungs-) Risiko verbunden. In diesem Zusammenhang sei nur auf die aktuelle Entscheidung des Bundesgerichtshofes zur Haftung des Notars für Fehler beim Vollzug des Kaufvertrages hingewiesen, wenn der mit der Überwachung der Eigentumsumschreibung beauftragte Notar den Umschreibungsantrag beim Grundbuchamt vor Wirksamkeit der Abtretung des Steuervergütungsanspruches des Käufers an den Verkäufer gestellt hat³. Diese Probleme bei der Gestaltung und Abwicklung von Grundstückskaufverträgen sind nunmehr entfallen. Nach der jetzt geltenden Fassung des § 13 b Absatz 1 Satz 1 Nummer 3 und Absatz 2 Satz 1 UStG muss die Umsatzsteuer immer vom Käufer gezahlt werden, der zugleich Vorsteuervergütungsberechtigter ist, wenn er das Grundstück für steuerpflichtige Umsätze verwendet.

Geltung hat diese Regelung nur, wenn es sich um Umsätze zwischen zwei umsatzsteuerpflichtigen Parteien handelt. Voraussetzung für ein Eingreifen des Wechsels ist zudem, dass es sich um ein Geschäft über die Lieferung eines Grundstückes, d.h. typischerweise um einen Grundstückskauf, handelt und der Verkäufer des Grundstückes sich entschieden hat, diesen Umsatz als steuerpflichtig zu be-

¹ Der nachstehende Beitrag war Teil eines Vortrags, den die Verfasserin zu dem Thema „Neue Entwicklungen – aktuelle Fragen im Notariat“ anlässlich der Frühjahrstagung der Arbeitsgemeinschaft Anwaltsnotariat im DAV am 23./24. April 2004 in Frankfurt am Main gehalten hat.

² Art. 14 des Haushaltsbegleitgesetzes vom 29.12.2003, BGBl. 2003, Seite 3076.

³ BGH DStR Heft 5/2004, S. 191 ff.

handeln. Auslöser für die Umsatzsteuerpflicht ist somit nach wie vor die Option des Verkäufers. Mit Ausübung der Option entsteht die Umsatzsteuerpflicht des Käufers. Aufgrund der gleichzeitigen Neuregelung hinsichtlich der Ausübung der Steueroption in § 9 Absatz 3 Satz 2 UStG muss diese Option, um wirksam zu sein, bereits im notariellen Grundstückskaufvertrag erklärt werden. Wird die Ausübung der Option in den notariellen Kaufvertrag aufgenommen und damit wirksam, treten die Wirkungen nach § 13 b Absatz 1 Nr. 3 und Absatz 2 Satz 1 UStG automatisch ein. Damit hat die Option des Verkäufers wesentliche Bedeutung für die Parteien des Grundstückskaufvertrages. Aufgrund der seit dem 1. Januar 2004 zwingend einzuhaltenden Form für die Option nach § 9 Absatz 3 Satz 2 UStG entsteht für den Käufer eine begrüßenswerte Klarheit hinsichtlich seiner Umsatzsteuerschuld.

Insgesamt führen diese Neuregelungen zu erheblichen Vereinfachungen von Grundstückskaufverträgen mit Umsatzsteueroption. Auf komplizierte Sicherungen und Regelungen mit Umsatzsteuerabtretung kann in Zukunft verzichtet werden. Für den beurkundenden Notar erfordern diese Gesetzesänderungen zugleich eine Neugestaltung der Vertragsentwürfe bei Immobilientransaktionen. Dies gilt einmal im Hinblick auf künftige Geschäfte, muss aber unter Umständen auch für bereits abgeschlossene Verträge berücksichtigt werden.

2. Anpassung von Vertragsklauseln

Grundsätzlich obliegen dem Notar – von wenigen Ausnahmen abgesehen – keine Belehrungs- und Beratungspflichten in steuerrechtlicher Hinsicht. Da nach neuer Rechtslage jedoch die Umsatzsteueroption im Grundstückskaufvertrag enthalten sein muss, lässt sich eine Einbeziehung dieser Problematik in die notarielle Vertragsgestaltung praktisch nicht ver-

meiden. Jeder Notar wird sich daher mit den Grundsätzen der neuen Regelung vertraut machen und den Parteien eine handhabbare Regelung für die Abwicklung eines Grundstückskaufvertrages mit Option zur Umsatzsteuer anbieten müssen.

Dieser Kurzbeitrag enthält im Anhang einen Formulierungsvorschlag für eine Umsatzsteuerregelung in einem Grundstückskaufvertrag mit Option zur Umsatzsteuer.

In Ziffer 1 dieses Formulierungsvorschlags erfolgt die ausdrückliche Erklärung des Verkäufers, die Option gemäß § 9 Absatz 1 UStG auszuüben. Zugleich verpflichtet sich der Verkäufer, diese Option nicht zu widerrufen. Diese Verpflichtung dient dem Interesse des Käufers am Bestand der Optionsentscheidung des Verkäufers. Hintergrund ist, dass nach dem Wortlaut des § 9 Absatz 3 Satz 2 UStG zwar der Verzicht auf die Umsatzsteuerbefreiung in den notariellen Kaufvertrag aufzunehmen ist, eine Rücknahme dieser Option jedoch nicht zwingend ebenfalls durch eine Änderung des Kaufvertrages erfolgen muss. Der Verkäufer könnte daher nach Vertragsschluss seine einseitige Erklärung zur Ausübung der Umsatzsteueroption zurücknehmen.

Zusätzlich wird in Ziffer 1 die Pflicht des Verkäufers geregelt, die Ausübung der Option den zuständigen Finanzbehörden zu melden. Der Käufer ist hierüber zu informieren. Hilfsweise hat der Käufer für den Fall, dass der Verkäufer seiner Mitteilungspflicht nicht oder nicht rechtzeitig nachkommt, das Recht seinerseits die Mitteilung zu veranlassen. Diese Mitteilungspflichten dienen zunächst dazu, die Information der Finanzbehörden über das umsatzsteuerpflichtige Geschäft sicherzustellen.

Ziffer 2 des Formulierungsvorschlags regelt anschließend die Rechnungslegung durch den Verkäufer. Im Unterschied zur früheren Rechtslage ist dabei trotz der ausgeübten Option die Rechnung ohne Umsatzsteueraus-

weis zu stellen und der Käufer zugleich auf seine Steuerschuldnerschaft gegenüber dem Finanzamt hinzuweisen. Zum ausdrücklichen Hinweis auf die Steuerschuldnerschaft des Käufers in der Rechnung des Verkäufers ist der Verkäufer gemäß § 14 a Absatz 5 Satz 2 UStG verpflichtet. Die Bestimmung in § 14 Absatz 4 Ziffer 8 UStG über den gesonderten Steuerausweis findet im Fall des § 13 b UStG keine Anwendung. Der Verkäufer ist daher nicht zum Ausweis der Umsatzsteuer in seiner Rechnung berechtigt und muss den tückischen § 14 c Absatz 2 UStG beachten. Nach § 14 c Absatz 2 Satz 1 UStG haftet der Verkäufer für einen unberechtigt ausgewiesenen Steuerbetrag in der Rechnung. Eine Berichtigung dieses Steuerbetrages ist gemäß § 14 c Absatz 2 Satz 3 UStG nur möglich, wenn die Gefährdung des Steuerauskommens beseitigt ist. Dies ist der Fall, wenn der Vorsteuerabzug beim Käufer nicht durchgeführt oder die geltend gemachte Vorsteuer an das Finanzamt zurückgezahlt wurde. Ob diese Voraussetzungen vorliegen, hängt damit vom Käufer des Grundstückes ab. Der Verkäufer trägt das Insolvenzrisiko des Käufers, wenn er in seiner Rechnung unberechtigterweise Umsatzsteuer ausweist. Dem Verkäufer eines Grundstückes ist angesichts dieses Risikos dringend zu raten, die Rechnung in seinem eigenen Interesse ohne Umsatzsteuerausweis zu stellen.

Zur Klarstellung und zum Schutz vor einer noch nicht bei Vertragsunterzeichnung gewollten Fälligkeit der Umsatzsteuer stellen die Vertragsparteien in Ziffer 2 ausdrücklich klar, dass der Grundstückskaufvertrag selbst noch keine Rechnung im Sinne des § 14 Absatz 4 des UStG darstellt.

Die Ziffern 3, 4 und 5 des Formulierungsvorschlags enthalten notarielle Belehrungen. Hierzu gehören die tatbestandlichen Voraussetzungen für die wirksame Ausübung der Umsatzsteueroption und ihre rechtlichen Folgen. Weiterhin enthalten die Ziffern 3 und 4 die entsprechenden Erklärungen der Parteien, dass in ihrem Fall alle

erforderlichen Voraussetzungen vorliegen.

In den Ziffern 3 und 4 werden die Parteien darüber belehrt, dass eine Umsatzsteuerschuld nur besteht, wenn der Verkäufer die entsprechende Option wirksam erklärt hat. Notwendig hierfür ist neben der Optionsausübung im Grundstückskaufvertrag, dass der Verkäufer Unternehmer im Sinne des § 2 UStG ist und die Grundstücksveräußerung im Rahmen seines Unternehmens ausführt, ohne dass eine Betriebsveräußerung nach § 1 Absatz 1 a UStG vorliegt. Daneben muss auch der Käufer die Unternehmereigenschaft besitzen und ebenfalls das Grundstück für sein Unternehmen erwerben. Beide Parteien sollten über die inhaltliche Bedeutung der gesetzlichen Bestimmungen aufgeklärt werden. Anschließend erklären Käufer und Verkäufer, jeweils Unternehmer im Sinne des Umsatzsteuergesetzes zu sein und das Grundstück für ihr Unternehmen zu kaufen bzw. zu verkaufen.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen einer wirksamen Optionsausübung belehrt der Notar in Ziffer 5 über den Wechsel der Steuerschuldnerschaft und erläutert für den steuerpflichtigen Käufer die Bemessungsgrundlage der Umsatzsteuer. Bemerkenswert ist, dass die Umsatzsteuer im Gegensatz zur früheren Rechtslage nicht mehr zur Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer rechnen dürfte, weil die Umsatzsteuer nicht mehr Teil der vom Käufer zu erbringenden Gegenleistung (Kaufpreis) ist, sondern vom Käufer unmittelbar gegenüber den Finanzbehörden geschuldet wird.

Dieser Auffassung sind – wie inzwischen bekannt wurde – auch die obersten Finanzbehörden des Bundes und der Länder. Die anders lautenden Erlasse aus dem Jahr 1984 (z. B. FMS vom 13. Dezember 1984 – 37 – S 4521 – 7/37 – 33825) sollen aufgehoben und die nachgeordneten Behörden entsprechend informiert werden.

3. Umsatzsteuer als Bestandteil des Geschäftswertes für die Bemessung der Notarkosten

Da die Umsatzsteuer nach neuer Rechtslage nicht mehr Teil der vom Käufer geschuldeten Gegenleistung ist, muss sie – im Gegensatz zur früheren Rechtslage – bei der Berechnung des Geschäftswertes für die Bemessung der Beurkundungsgebühr außer Ansatz bleiben. Da die Option des Verkäufers zur Umsatzsteuer gemäß § 9 Absatz 3 Satz 2 UStG jedoch ausdrücklich und zwingend im notariell zu beurkundenden Grundstückskaufvertrag erfolgen muss, kommt für die Protokollierung dieser einseitigen Erklärung grundsätzlich eine 10/10 Gebühr gemäß § 36 Absatz 1 Kostenordnung (KostO) in Betracht, für die als Geschäftswert der auf Grund der Optionsausübung des Verkäufers vom Käufer geschuldete Umsatzsteuerbetrag anzusetzen sein dürfte. Gegenstandsgleichheit mit dem Grundstückskaufvertrag dürfte dabei nicht gegeben sein, da die Umsatzsteuer und die Option dazu gerade nicht im Leistungsaustausch der Parteien eines Grundstückskaufvertrages enthalten sind. Die Gebühr nach § 36 Absatz 1 KostO sowie die 20/10 Gebühr nach § 36 Absatz 2 KostO für die Beurkundung des Grundstückskaufvertrages wären dann gemäß § 44 Absatz 2 Buchstabe b) KostO zu vergleichen mit einer 20/10 Gebühr aus dem zusammengerechneten Wert beider Gegenstände. Maßgeblich ist die für den Kostenschuldner günstigere Berechnungsmethode. Bei hohen Grundstückskaufpreisen dürfte es daher auf Grund der Degression der Gebührntabelle vermutlich dabei bleiben, dass bei Option des Verkäufers zur Umsatzsteuer im Grundstückskaufvertrag eine 20/10 Beurkundungsgebühr vom Bruttokaufpreis anzusetzen ist.

4. Übergangsregelungen

Die gesetzliche Neuregelung zur Ausübung der Umsatzsteueroption

nach § 9 Absatz 1 UStG ist mit Wirkung zum 1. Januar 2004 in Kraft getreten. Aufgrund eines redaktionellen Versehens bei der Bekanntmachung des Artikel 29 Absatz 2 des Haushaltsbegleitgesetzes ergab sich aus der Veröffentlichung des Gesetzes, dass die Neuregelung des § 9 Absatz 3 Satz 2 UStG erst mit Beginn des Kalendervierteljahres nach Veröffentlichung der Entscheidung des Rates der Europäischen Union in Kraft treten sollte. Die Berichtigung wurde am 17. Januar 2004 veröffentlicht⁴. Für Verträge, die bis zum 17. Januar 2004 geschlossen wurden, ist nach einer Übergangsregelung des Bundesministeriums der Finanzen vom 31. März 2004 die Anwendung des alten Rechtes nicht zu beanstanden.

Für die zum 1. April 2004 wirksam gewordene Änderung der Umsatzsteuerschuldnerschaft existiert keine Übergangsbestimmung im Gesetz. In einem Schreiben vom 31. März 2004 (AZ: IV D 1 – S 7279 – 107/04) an die obersten Finanzbehörden der Länder hat das Bundesministerium der Finanzen jedoch eine Übergangsregelung erlassen. Danach ist es nicht zu beanstanden, wenn die Vertragspartner bei steuerpflichtigen Grundstückskaufen, die zwischen dem 1. April 2004 und dem 30. Juni 2004 ausgeführt werden, noch von einer Steuerschuldnerschaft des leistenden Verkäufers ausgehen. Voraussetzung ist, dass der Vertrag bis zum 30. Juni abgewickelt ist, was im Einzelfall nicht sicher vorhergesehen werden kann. Kann dieser Abwicklungstermin nicht eingehalten werden, ist nach dem 30. Juni 2004 der Käufer alleiniger Steuerschuldner. Zudem gilt diese Übergangsregelung nur, wenn der Umsatz vom Verkäufer in zutreffender Höhe versteuert wird. Zahlt der Verkäufer die Umsatzsteuer nicht ordnungsgemäß, ist die Übergangsregelung unanwendbar. Folge ist die Steuerschuldnerschaft des Käufers nach der neuen ge-

⁴ Berichtigung des Haushaltsbegleitgesetzes vom 17.01.2004, BGBl. 2004, Seite 69.

setzlichen Regelung. Der Käufer haftet somit bei Anwendung dieser Übergangsregelung für die Zahlung des Verkäufers und trägt dessen Ausfallrisiko. Angesichts dieser erheblichen Risiken vor allem für den Käufer ist diese Übergangsregelung für neu abzuschließende Verträge nicht zu empfehlen. Sofern man dennoch eine Anwendung dieser Übergangsregelung erwägt, sollte dies zwingend mit einer besonderen Belehrung der Vertragsparteien verbunden werden, um auch möglichen eigenen Haftungsrisiken vorzubeugen.

Für die Anwendung der neuen gesetzlichen Regelung zur Umsatzsteuerschuldnerschaft bedeutet dies, dass sich die Umsatzsteuerpflicht grundsätzlich nach dem zum Zeitpunkt der Steuerentstehung geltenden Recht richtet. Die Steuerpflicht entsteht beim Grundstückskauf entweder mit Ausstellung der Rechnung, mit Ablauf des auf die Besitzübertragung folgenden Kalendermonats oder mit Ablauf des Voranmeldezeitraums, in welchem der Kaufpreis bzw. ein Teil hiervon gezahlt worden ist. Liegt dieser Zeitpunkt nach dem 1. April 2004 und hat der Verkäufer wirksam für die Umsatzsteuer optiert, ist gemäß § 13 b Absatz 1 Nummer 3 UStG der Grundstückskäufer steuerpflichtig. Eine Ausnahme gilt bis zum 30. Juni 2004 dann, wenn die Parteien beim Vertragsschluss noch von einer Steuerschuldnerschaft des leistenden Verkäufers ausgegangen sind.

5. Altverträge

Fraglich ist, wie mit Altverträgen zu verfahren ist, wenn die Umsatzsteuerpflicht erst nach dem 1. April 2004 entsteht. Hier wird der Notar gehalten sein, die Parteien auf den Wechsel der Umsatzsteuerschuldnerschaft hinzuweisen und eine entsprechende Änderung des Grundstückskaufvertrages zu empfehlen.

6. Einholung steuerrechtlichen Rates

Unberührt lassen die vorstehenden Ausführungen im Übrigen die allgemeingültige Empfehlung, die beurkundungswilligen Parteien jedenfalls bei komplexeren steuerrechtlichen Fragen auf die Beratung durch einen Steuerberater zu verweisen, um drohende Haftungsrisiken für den beurkundenden Notar zu vermeiden.

Formulierungsvorschlag für eine Umsatzsteuerregelung in einem Grundstückskaufvertrag mit Option zur Umsatzsteuer:

...

1. Der Verkäufer optiert hiermit gem. § 9 Abs. 1 UStG zur Umsatzsteuer und verpflichtet sich, diese Option nicht zu widerrufen. Der Verkäufer wird den für die Umsatzbesteuerung von Verkäufer und Käufer zuständigen Finanzämtern zu Steuernummer ... des Verkäufers (FA...) und zu Steuernummer ... des Käufers (FA...) unter Bezugnahme auf den hier beurkundeten Kaufvertrag mitteilen, dass seitens des Verkäufers zur Umsatzsteuer optiert wurde. Von der Mitteilung wird der Verkäufer dem Käufer bis ... eine Abschrift überlassen. Sollte diese nicht innerhalb der genannten Frist eingehen, ist der Käufer berechtigt, seinerseits die vorgenannte Mitteilung an die Finanzämter zu machen.

2. Der Verkäufer wird dem Käufer gemäß § 14 Abs. 4 UStG nach Vorliegen der Bestätigung des Notars gemäß Ziffer ... (Bestätigung der Kaufpreisfälligkeitsvoraussetzungen) eine Rechnung über den Kaufpreis, jedoch ohne Umsatzsteuerausweis, ausstellen. In der Rechnung ist auf die Steuerschuldnerschaft des Käufers zur Zahlung der Umsatzsteuer hinzuweisen.

Die Parteien stellen ausdrücklich klar, dass dieser Vertrag noch keine Rechnung im Sinne von § 14 Abs. 4 UStG darstellt.

3. Der Notar hat darüber belehrt, dass die Veräußerung des Kaufgegenstandes nur dann der Umsatzsteuer unterliegt, wenn der Verkäufer Unternehmer i.S.v. § 2 UStG ist und er die Veräußerung im Rahmen seines Unternehmens ausführt und keine Betriebsveräußerung i.S.v. § 1 Abs. 1a UStG vorliegt. Nach Belehrung über Inhalt und Bedeutung dieser gesetzlichen Bestimmungen erklärt der Verkäufer, dass diese Voraussetzungen für die Veräußerung des Kaufgegenstandes erfüllt sind.
4. Der Notar hat ferner darüber belehrt, dass ungeachtet der Voraussetzungen gemäß Ziffer 3. ein umsatzsteuerbarer und -pflichtiger Vorgang nur vorliegt, wenn der Verkäufer die Option gemäß § 9 Abs. 1 UStG wirksam in dieser Urkunde ausübt, was wiederum voraussetzt, dass auch der Käufer Unternehmer i.S.v. § 2 UStG ist und der Erwerb des Kaufgegenstandes für sein Unternehmen erfolgt. Der Käufer erklärt, dass diese Voraussetzungen vorliegen.
5. Der Notar hat weiterhin darüber belehrt, dass der Käufer gemäß § 13 b UStG die Zahlung der Umsatzsteuer an das Finanzamt schuldet. Der Notar belehrte weiterhin darüber, dass die gesetzliche Umsatzsteuer auch auf 50 % der Grunderwerbsteuer (berechnet auf der Grundlage des Netto-Kaufpreises) gezahlt werden muss und dass nach Auffassung der Finanzverwaltung zur früheren Rechtslage zur Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer auch die gesetzliche Umsatzsteuer (berechnet auf der Grundlage des Netto-Kaufpreises) rechnet.

Verleihung der Ehrendoktorwürde an Professor Dr. jur. Dieter Schwab

Dr. Stefan Zimmermann, Präsident des Deutschen Notarvereins, Köln

Professor Dr. Dieter Schwab, Emeritus der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität Regensburg und einer der bedeutendsten Familienrechtler Deutschlands, wurde durch die Rechtswissenschaftliche Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena die Ehrendoktorwürde verliehen. Die Fakultät beging dieses Ereignis in einem Festakt am 1. Juni 2004 in der Jenaer Universität. Sowohl im Grußwort der Bundesjustizministerin als auch in der Laudatio durch Professor Dr. Dietrich Simon, ehemaliger Präsident der Phillips-Universität Marburg, wurden die besonderen Verdienste von Professor Schwab bei der Entwicklung des modernen Familienrechts einerseits sowie in der rechtshistorischen Forschung andererseits gewürdigt. Schwab gilt als derjenige Wissenschaftler, der die große Familienrechtsreform 1977 von Anfang an begleitet und in ihrer Ausprägung maßgeblich mitbestimmt hat. Er tat dies in vielfältiger Funktion, nicht nur als Wissenschaftler, sondern auch als lang-

jähriger Vorsitzender der Wissenschaftlichen Vereinigung für Familienrecht und als Herausgeber der FamRZ. Besonders unterstrichen wurde in der Laudatio sein Gespür für Ungereimtheiten und verfassungsrechtliche Bedenken in den verschiedenen Neuregelungen, die regelmäßig zu späterer Zeit zu entsprechenden Korrekturen über das Bundesverfassungsgericht führten.

Als ebenso bemerkenswert wurden die rechtshistorischen Forschungen Schwabs gewürdigt, die die gesamte Neuzeit umfassen und vor allem im Eherecht maßgebliche Grundlagen für ein besseres Verständnis der Institution Ehe in heutiger Zeit liefern. Nicht von ungefähr war auch der anschließende Vortrag des Geehrten diesem Themenkreis gewidmet unter dem Titel „Jena und die Entdeckung der romantischen Ehe“. Schwab befasste sich mit dem Wirken von Johann Gottlieb Fichte an der Universität Jena Ende des 18./Anfang des 19. Jahr-

hunderts, der in einem geistig-politischen Umfeld, das geprägt war von vorangegangener Aufklärung, französischer Revolution und beginnender Romantik, ein Ehebild entwickelte, das dem modernen Eheverständnis möglicherweise näher kommt, als man vermuten möchte. Fichte betrachtete die Ehe als psychisch-vernünftige naturrechtliche Erscheinung, gegründet auf der psychischen Übereinstimmung von Mann und Frau. Lediglich sekundär stehe das staatliche Recht daneben. Die Eheschließung wird als deklaratorischer Akt im Sinne eines Schutzversprechens betrachtet, weniger als staatlicher Ordnungsakt. Dem entspricht die Einordnung der Scheidung als einer selbsterklärten Trennung des Paares, die vom Staat nachvollzogen wird. Schwab zeigte überraschende Übereinstimmungen mit den Gedanken des modernen Scheidungsrechts insoweit auf, als er die Grundlagen des Zerrüttungsprinzips und die Funktion des staatlichen Scheidungsverfahrens als Instrument zur Regelung des Scheidungsfolgenrechts unterstrich – eine Erkenntnis, zu deren Durchbruch es immerhin eines Zeitraums von fast 200 Jahren brauchte. Die Zwischenzeit freilich sah Schwab auch historisch geprägt durch den Anspruch des Staates auf ordnungspolitische Einwirkung im Eherecht. Bemerkenswert ist aus notarieller Sicht, dass Schwab an diese Überlegungen anknüpfend wiederum betonte, der weitere Rückzug des Staates aus dem Scheidungsrecht sei bei Konventionalscheidungen logisch folgerichtig. Er plädierte für die Übertragung der Regelungszuständigkeit auf Notare, die anschließend die formale Beendigung der Ehe durch Registrierung des Standesbeamten veranlassen könnten. Schwab zeigte zum Eheverständnis eine Fülle von gedanklichen Querverbindungen – Übereinstimmungen und



Professor Dr. Karl-Ulrich Meyn, Rektor der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Professor (em.) Dr. jur. Dieter Schwab, Regensburg, Professor Dr. Michael Brenner, Dekan des Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Friedrich-Schiller-Universität Jena.

Gegensätzen – zwischen den großen deutschen Denkern auf, genannt seien nur Kant, Hegel sowie die Rechtshistoriker Savigny, Windscheid und Gierke, eine Darstellung, die für alle an der Entwicklung des Familienrechts Mit-

wirkenden das Grundverständnis vom Wesen der Ehe erweitern dürfte.

Die Notare sehen in der Vergangenheit wie auch sicher noch in Zukunft in Schwab einen konstruktiven

Fürsprecher und Gesprächspartner. Nicht zuletzt deshalb sei dem Geehrten zu dieser herausragenden Würdigung seines Lebenswerkes besonders herzlich gratuliert.

Aktuelle Themen/Gesetzgebungsvorhaben

Das Bundeskabinett hat am 12. Mai 2004 auf Initiative des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit 29 Verfahrensregelungen verabschiedet, mit denen die **Deregulierung und Entbürokratisierung** in Deutschland vorangebracht werden sollen. Aus notarieller Sicht sind dabei folgende Überlegungen von besonderem Interesse: Der Maßnahmenkatalog sieht vor, die IHK als Handelsregisterannahmestellen mit Beglaubigungsfunktion auszustatten, den Zugriff auf Abteilung I des Grundbuchs (Verzicht auf berechtigtes Interesse) zu erweitern und die Bildung von Wohnungseigentum zu vereinfachen. Zu letzterem Vorschlag besteht die Überlegung, den Notaren die Zuständigkeit zur Bescheinigung der Abgeschlossenheit zu übertragen bzw. auf das Erfordernis der Abgeschlossenheitsbescheinigung ganz zu verzichten. Der Deutsche Notarverein hat in einem Brief an Wirtschaftsminister Clement ablehnend zu dem Vorschlag der Übertragung der Beglaubigungszuständigkeit auf die IHK Stellung genommen.

Die Bundesrepublik Deutschland ist durch die Richtlinie 2003/58/EG (Neufassung der Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG) verpflichtet, bis zum 1.1.2007 einen **elektronischen Handelsregisterverkehr** einzuführen.

Anfang Mai 2004 hat in diesem Zusammenhang die Bund-Länder-Kommission für Datenverarbeitung und Rationalisierung in der Justiz in Erfurt einen Gesetzentwurf vorgelegt.

Dieser sieht die elektronische Einreichung von Registeranmeldungen in öffentlich beglaubigter Form vor. Auf den Notar würde danach die Aufgabe zukommen, die ihm in beglaubigter Form vorliegende Papieranmeldung in ein elektronisches für die registergerichtliche Bearbeitung geeignetes Dokument zu konvertieren. Das Beurkundungsgesetz würde um das hierbei zu beachtende Verfahren ergänzt werden. Das Bundesjustizministerium hingegen arbeitet an einem alternativen Gesetzentwurf, in dem es nach jetzigen Ankündigungen auf die notarielle Beglaubigung bei Registeranmeldungen verzichten will.

Der Deutsche Notarverein hat sich in einem Schreiben an die Justizministerkonferenz, die am 17./18. Juni 2004 stattfindet und unter anderem den elektronischen Rechtsverkehr auf ihrer Tagesordnung hat, mit Nachdruck gegen die Abschaffung der notariellen Beglaubigung ausgesprochen. Der Deutsche Notarverein hat insbesondere die Bedeutung der beratenden und prüfenden Mitwirkung des Notars bei der Handelsregisteranmeldung für ein sicheres, effektives und schnelles Registerverfahren hervorgehoben.

Die Regelungen zur **zentralen Registrierung von Vorsorgeverfügungen** durch die Bundesnotarkammer sind verabschiedet (BR-Drs. 254/04) und werden zum 1. Juli 2004 in Kraft treten. Die Zuständigkeit der Bundesnotarkammer ist in § 78 a BNotO n.F. geregelt.

Der am 19.11.2003 mit BR-Drs. 865/03 von den Ländern Nordrhein-Westfalen, Bayern und Sachsen eingebrachte Entwurf eines **Betreuungsrechtsänderungsgesetzes** (s. *notar* 4/2003, S.144) wurde am 19.12.2003 mit BT-Drs. 15/2494 vom Bundesrat beschlossen und dem Bundestag zur Beschlussfassung übersandt. Dieser hat den Gesetzentwurf am 4.3.2004 unter anderem an seinen Rechtsausschuss überwiesen. Im Rechtsausschuss fanden am 26. Mai und 16. Juni 2004 öffentliche Anhörungen statt. Bemühungen, hier auch einen Notar als Sachverständigen zu platzieren, waren leider fehlgeschlagen. Dies lag daran, dass sehr viele Verbände daran interessiert waren, dort vertreten zu sein. Thema der ersten Anhörung war insbesondere die gesetzliche Vertretungsmacht für Ehegatten und die Schaffung einer Beglaubigungszuständigkeit der Betreuungsbehörden für Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen. Die Sachverständigen begrüßen die gesetzliche Vertretungsmacht für den Bereich der Gesundheitssorge. Die Beglaubigungszuständigkeit der Betreuungsbehörden wird kritisch gesehen und insbesondere von einer Sachverständigen unter Hinweis auf die dafür mangelnde finanzielle und personelle Ausstattung der Betreuungsbehörden abgelehnt. Vielmehr seien aus Sicht dieser Sachverständigen wie bisher die Notare die richtigen Anlaufstellen und dürften in der Diskussion nicht immer vergessen werden. *KLG*

Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung – Steigende Prämien auch für Notare

Notare beurkunden in ihrer Praxis nicht selten hohe Vermögenswerte, was große Kompetenz und Sorgfalt verlangt. Fehlerhafte Tätigkeit hat konsequenterweise hohe Regressforderungen zur Folge, gegen die der Berufsträger gewappnet sein sollte. Herr Ass.-jur. Hans-Jürgen Rütter, Geschäftsführer der von Lauff und Bolz Versicherungsmakler GmbH, erläutert Fragen zu dem immer aktuellen und wichtigen Thema Vermögensschaden-Haftpflicht.

Wie hat sich die Prämiensituation für die Notare entwickelt?

Rütter: Wie bei allen Berufsträgern der wirtschafts- und rechtsberatenden Berufe mussten auch die Notare Prämien erhöhungen für ihre Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung hinnehmen. Die Jahre 2002 bis 2004 waren geprägt durch eine zum Teil deutliche Steigerung, insbesondere für die Notare, für die in der Vergangenheit die Versicherer Schadenzahlungen erbracht hatten.

Gegenwärtig ist nicht abzusehen, dass es hier eine Entspannung gibt.

Welche Anbieter beherrschen den Markt?

Rütter: Marktführer ist die Allianz-Versicherung. Andere Anbieter sind u.a. die Victoria, die AXA sowie der Gerling-Konzern. An dieser Stelle muss man darauf hinweisen, dass das Geschäft aus Sicht der Assekuranz wegen der relativ geringen Zahl von Verträgen nicht zum Kerngeschäft zählt. Hinzu kommt das erforderliche Know-how, das den Einsatz besonders qualifizierter Mitarbeiter voraussetzt.

Welchen Anforderungen sieht sich der Notar in seiner Praxis gegenüber?

Rütter: Zum einen steigen die Werte der zu bearbeitenden Vorgänge stetig, so dass allein von dieser Seite eine Inanspruchnahme der Höhe nach für den Notar eine potenzielle Gefahr darstellt. Weiterhin führt das insgesamt festzustellende Erstarken der Anspruchsmentalität zu einer niedrigeren Hemmschwelle, den Notar in Regress zu nehmen. Und schließlich wird die Tätigkeit immer komplexer und die Wahrscheinlichkeit, einen Vermögensschaden zu verursachen damit größer. Dabei spielt eine wesentliche Rolle, dass der Notar für seine Mitarbeiter haftet und sich deren Fehler zu rechnen lassen muss.

Gibt es in puncto Vermögensschaden-Haftpflicht notarspezifische Risiken?

Rütter: Diese gibt es sicherlich. Allerdings werden hierüber meines Wissens keine aussagekräftigen Statistiken geführt. Derzeit wird ein Testfeld gestartet, um immer wiederkehrende Fehler zu erfassen und zu analysieren. Letztendlich sollen daraus Möglichkeiten eines Risk Managements abgeleitet werden.

Was halten Sie von der Pflichtversicherung?

Rütter: Die Pflichtversicherung, die wir ja auch aus anderen Bereichen kennen, hat nach meinem Verständnis die Aufgabe, bei fehlerhafter Bearbeitung durch den Notar diesen vor einem finanziellen Debakel zu schützen und auf der anderen Seite dem Anspruchsteller einen Rückgriff auf einen potenten Schuldner (Versicherer) zu ermöglichen. Allerdings ist hervorzuheben, dass die Pflichtversicherung und die daran anschließende Kammerdeckung in aller Regel keinen hinreichenden Schutz bieten. Jeder Notar sollte sorgfältig prüfen, welche Regressforderungen im schlimmsten Fall

auf ihn zukommen können und das mit Blick auf die 30-jährige Verjährungsfrist.

Was kann der Spezialmakler in „schwierigen“ Versicherungsfällen, wie Verweigerung der Neueindeckung, für den Notar tun?

Rütter: Aufgrund unserer Markstellung ist es uns bisher stets gelungen, für den betroffenen Berufsträger eine Versicherungslösung zu finden. Wir analysieren das individuelle Versicherungsbedürfnis im Gespräch vor Ort, auch im Hinblick auf die Schadenssituation, sondieren die Möglichkeiten auf der Anbieterseite und erarbeiten auf dieser Grundlage einen Lösungsvorschlag. Wir legen größten Wert auf eine langfristige Betreuung, die auf Offenheit und Vertrauen basiert. Dies wird von den Versicherern, die auf der anderen Seite stehen, mit konstruktiven Vereinbarungen honoriert.

Gibt es Unterschiede in den Bedingungenwerken der Versicherer?

Rütter: Grundsätzlich basiert der Versicherungsschutz auf den Allgemeinen Vermögensschaden-Haftpflichtbedingungen (AVB), die sich bei den Anbietern materiell inhaltlich nicht unterscheiden. Wir haben jedoch für unsere Kunden gewisse Deckungserweiterungen durchgesetzt, die wir für bedeutsam erachten. Beispielfhaft darf ich hier den Versicherungsschutz für die vermeintliche oder unwirksame Vertreterbestellung nennen oder die vermeintliche oder unwirksame Vollzugsbevollmächtigung von Mitarbeitern. An diesen Beispielen mag deutlich werden, wie Gewinn bringend die Einschaltung eines spezialisierten Vermittlers ist, dessen Beauftragung im Übrigen für den Notar keinerlei Mehrkosten bedeutet.

Nachrichten aus Brüssel

Bericht des Europäischen Parlaments zur Verbraucherkreditrichtlinie

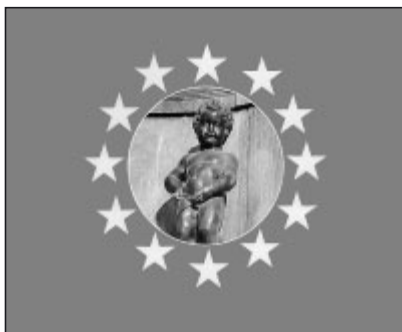
Das Europäische Parlament hat am 20. April 2004 seinen Bericht über den Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zum Verbraucherkredit verabschiedet. Der Bericht enthält substantielle Veränderungen gegenüber dem Kommissionsvorschlag und setzt beispielsweise auf Mindeststandards und kompakte Verbraucherinformationen anstelle der von der Kommission angestrebten „Maximalharmonisierung“.

Das Parlament trägt der Verbraucherschützenden Funktion des Notars lateinischer Prägung Rechnung durch einen Änderungsantrag gegenüber dem Vorschlag der Kommission: Nach dem Änderungsantrag sollen solche Verträge vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden, bei denen „die Erklärungen des Verbrauchers unter Mitwirkung eines Notars (civil law notary) oder eines anderen Amtsträgers abgegeben wurden“. In der Begründung des Änderungsantrags heißt es, dass die objektive und intensive Beratung durch den Notar die Verbraucher ausreichend schütze, so dass es der anderen Schutzmechanismen der Richtlinie nicht mehr bedürfe.

Konferenz zum Europäischen Vertragsrecht in Brüssel

Am 28. April 2004 veranstalteten die Europäische Kommission und das Europäische Parlament eine gemeinsame Konferenz zum Europäischen Vertragsrecht, an der rund 150 Vertreter der Organe der Europäischen Union, der Mitgliedstaaten, der Rechtspraxis und der Interessengruppen teilnahmen. Die Kommission stellte ihr „Non-Paper“ vor, das die weiteren Schritte zur Schaffung des im Ak-

tionsplan vom 12. Februar 2003 (*notar* 2/2003, S. 54 ff.) vorgesehenen gemeinsamen Referenzrahmens skizziert: In einem ersten Schritt soll bis 2007 ein Abschlussbericht der Rechtswissenschaft unter Einbindung der Rechtspraxis und der Interessengruppen erarbeitet werden. Dieser Abschlussbericht wird von Seiten der Kommission einer Überprüfung u.a. auf die Praxistauglichkeit der Vorschläge unterzogen. Endprodukt soll dann der Entwurf des gemeinsamen Referenzrahmens sein. Nach der Übersetzung in alle 20 Amtssprachen wird die Kommission den Referenzrahmen in einem Weißbuch zur Diskussion stellen. Mit einer Verabschiedung des gemeinsamen Referenzrahmens, dessen Rechtsqualität nach wie vor umstritten ist, ist 2009 zu rechnen.



Wie man sich den gemeinsamen Referenzrahmen genau vorzustellen hat, ist auch durch die Konferenz nicht viel klarer geworden; es soll sich um eine systematisierte Sammlung zentraler Begriffe und Prinzipien des Vertragsrechts handeln. Inwieweit der Referenzrahmen darüber hinaus gehen und womöglich schon den Charakter eines Allgemeinen Teils eines Europäischen Zivilrechts haben soll, bleibt umstritten.

Anlass für die Konferenz war die unmittelbar bevorstehende Vergabe des Forschungsauftrages für den genannten Abschlussbericht an ein internationales Konsortium von Rechtswissenschaftlern. In die Erarbeitung dieses Forschungsberichts sollen

nach den Vorstellungen von Parlament und Kommission die Interessengruppen und insbesondere die Rechtspraktiker einbezogen werden. Auf der Konferenz wurden zahlreiche Vorschläge für die konkrete Ausgestaltung der Einbeziehung gemacht (u.a. Workshops zu Einzelfragen, Schaffung einer speziellen Internetseite, auf der die Arbeit der Forschergruppe zeitnah verfolgt und interaktiv begleitet werden kann, Bildung eines Netzwerks von Sachverständigen).

Der Deutsche Notarverein, der das Europäische Vertragsrecht seit der ersten Mitteilung der Kommission vom 11. Juli 2001 begleitet hat (*notar* 2001, 110 ff.), betonte in der Konferenz seine Bereitschaft, an der praktischen Ausgestaltung aktiv mitzuwirken. Bedingung für ein Gelingen des ehrgeizigen Projekts sei allerdings, dass die Rechtspraxis bei der Erarbeitung und Formulierung „mit am Tisch“ sitze und nicht nur die Möglichkeit bekomme, zu fertigen tausendseitigen Forschungsberichten der Wissenschaft Stellung zu nehmen. Der Deutsche Notarverein forderte dazu ein transparentes Verfahren und einen Ansatz, der von den in der Praxis des grenzüberschreitenden Rechtsverkehrs auftretenden Problemen ausgeht und Lösungen erarbeitet.

Europäischer Vollstreckungstitel für unbestrittene Forderungen

Am 30. April 2004 ist die Verordnung (EG) Nr. 805/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung eines Europäischen Vollstreckungstitels für unbestrittene Forderungen vom 21. April 2004 im Amtsblatt veröffentlicht worden. Die Verordnung wird in vollem Umfang in den Mitgliedstaaten ab dem 21. Oktober 2005 gelten.

Die Verordnung, die neben die EuGVVO (VERORDNUNG (EG) Nr.

44/2001 DES RATES vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen) tritt, schafft das sogenannte Exequaturverfahren zur Anerkennung und Vollstreckbarerklärung für eine Reihe gerichtlicher Entscheidungen ab. Die Verordnung erfasst Entscheidungen über Geldforderungen, die vom Schuldner anerkannt oder nicht bestritten worden sind, insbesondere Versäumnis- und Anerkenntnisurteile. Ebenfalls von der Verordnung umfasst sind vollstreckbare öffentliche Urkunden, in denen sich der Schuldner einer Zahlungspflicht unterwirft. Die Verordnung enthält eine Definition der öffent-

lichen Urkunde, die sich an den vom EuGH in der Unibank-Entscheidung herausgearbeiteten Merkmalen orientiert.

Entscheidungen werden auf Antrag des Gläubigers im Gerichtsstaat auf einem vereinheitlichten Formblatt als Europäische Vollstreckungstitel bestätigt. Nach Artikel 25 wird eine in einem Mitgliedstaat vollstreckbare Urkunde auf Antrag als Europäischer Vollstreckungstitel bestätigt. Die hierzu zuständige Stelle bestimmt der Mitgliedstaat. Ob die Zuständigkeit für deutsche notarielle Urkunden beim Urkundsnotar liegen wird, obliegt nun der Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber.

Bundesregierung beschließt Regierungsentwurf zur Societas Europaea

Das Bundeskabinett hat am 26. Mai 2004 den Regierungsentwurf zur Einführung der Europäischen Aktiengesellschaft (Societas Europaea) beschlossen (*notar* 3 /2003, S.94 ff.). Die Stellungnahme des Bundesrates soll noch im Juli erfolgen, die Beratungen im Bundestag beginnen nach der Sommerpause. Zentraler Streitpunkt ist die Frage der Mitbestimmung. Der Gesetzentwurf kann auf der Internetseite des Bundesjustizministeriums (<http://www.bmj.bund.de/enid/.html>) eingesehen werden. *TF*

Breslauer Notare zu Gast in Sachsen

Notarassessor Detlef Heins, Dresden

Wrocław oder Breslau? Als Wiesbaden und Breslau vor knapp zwanzig Jahren einen Partnerschaftsvertrag schlossen, musste sogar ein Verwaltungsgericht entscheiden, ob die polnische oder die deutsche Schreibweise des Namens im deutschen Vertragstext verwendet werden sollte.

Im Verhältnis sächsischer und polnisch-niederschlesischer Notare spielen die politischen Fußangeln aus den Ängsten des vorigen Jahrhunderts keine Rolle mehr, auch wenn die institutionalisierte Freundschaft jung ist. Der erste förmliche Besuch wurde Breslau im Jahr 2001 abgestattet. Seitdem finden regelmäßige Treffen statt. Notarassessoren aus Breslau sind regelmäßig Gäste der Notarkammer Sachsen bei der traditionellen Herbstfortbildung in Bad Schandau und auf der Bastei. Der kollegiale, freundschaftliche Gedankenaustausch wird durch die gemeinsame Erfahrung eines tiefgreifenden Reformprozesses getragen. Grundstücksrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht und die eigenverantwortliche Gestaltung weiterer bür-

gerlicher Rechtsverhältnisse haben wieder einen hohen Stellenwert. Mit zunehmender Individualisierung der Rechtsuchenden einhergehend ist die Rolle der Notare sogar über die klassische Funktion hinaus gewachsen. Die moderne Ausstattung der Gerichte und Notariate in Polen und in Sachsen schafft die technischen Voraussetzungen für eine leistungsfähige vorsorgende Rechtspflege. Gerade im Hinblick auf die Mitgliedschaft der Repu-

blik Polen in der Europäischen Union zum 1. Mai 2004 eint das Bedürfnis, das europäische Notariat in der Qualität seiner Leistung und der öffentlichen Anerkennung seiner Nützlichkeit, ja Notwendigkeit gut aufzustellen.

Vom 2. bis 4. April 2004 hatte die Notarkammer Sachsen die östlichen Nachbarn zu einem Treffen mit Vorstandsmitgliedern der Notarkammer und des Sächsischen Notarverbundes in



Präsident OLG Budewig, Vizepräsidentin Notarkammer Breslau Olpinska



Präsident Notarkammer Sachsen Dr. Püls, Vizepräsidentin Notarkammer Breslau Olpińska

den Freistaat eingeladen. Ein Höhepunkt war der Empfang durch den Präsidenten des Oberlandesgerichts Dresden Budewig im Ständehaus auf der Brühl'schen Terrasse – modern ausgestattetes Gerichtsgebäude und Repräsentationsbau des Landtages zugleich. In seiner Rede würdigte Präsident Budewig die Tätigkeit der Notare als Teil der Rechtspflege. Notare erfüllten hoheitliche, originär staatliche Aufgaben. Er halte die Dienstaufsicht durch die Justiz für unverzichtbar, und die Justiz nehme diese Aufgabe gern wahr. Er hob hervor, dass die sächsische Justiz insgesamt den Gedankenaustausch mit den Nachbarn in Tschechien und Polen pflege. An einigen Gerichten hätten sich bereits Netzwerke gebildet. Der Präsident der Notarkammer Sachsen, Notar Dr. Püls, zeigte mit den Beispielen Vertragsverletzungsverfahren, Dienstleistungsrichtlinie, Wettbewerbsrecht und der Ge-

sellschaftsrechtsentscheidung „Inspire Art“ des EuGH zentrale Herausforderungen an den Berufsstand auf und unterstrich die Bedeutung enger Zusammenarbeit, die mit dieser Begegnung intensiviert werden solle. Die Vizepräsidentin des Rates der Notarkammer in Wrocław Frau Notarin Olpińska berichtete, dass auch in Polen die Funktion der Notare leicht missverstanden werde. Rechtliche Ausgestaltungen des Berufs wie ein Werbeverbot dürften nicht unter dem Blickwinkel der Einschränkung gesehen werden; derartige Regeln sorgten erst für die notwendige Freiheit und Unabhängigkeit von solchen Marktzwängen, die mit dem Amt unvereinbar sind. Als Gastgeschenk überreichte sie Aquarelle der Stadt Wrocław und einen großzügigen Scheck für den Wiederaufbau der Frauenkirche, mit dem sich die Notarkammer Wrocław in den Kreis vieler Stifter einreihet.

Während des Empfangs und der Führung durch das Gerichtsgebäude, die fachkundig zu leiten Herr Präsident Budewig sich nicht nehmen ließ, kamen gleich lebhaft Gespräche zwischen Richtern des Oberlandesgerichts und Notaren zustande.

Am Nachmittag besichtigten die deutschen und polnischen Notare das liebevoll restaurierte Gebäude des Bundesverwaltungsgerichts in Leipzig. Im beeindruckenden Schwurgerichtssaal des vormaligen Reichsgerichts zeigen die Stadtwappen der früheren OLG-Sitze auch Breslau, das als polnisches Wrocław 1990 das von Kaiser Karl V. verliehene Wappen wieder angenommen und damit an seine wechselvolle Geschichte angeknüpft hat.

Das Rahmenprogramm erfüllte seinen Zweck, offene und lebhaft Gespräche zu fördern, so vortrefflich, dass sogar ein als polnisch-sächsischer König August der Starke gekleideter Unterhalter im Sophienkeller resigniert aufgab: Diese Stimmung konnte er nicht mehr steigern. Der Besuch wurde am Sonntag durch eine Elbfahrt zum Schloss Pillnitz abgeschlossen.

Die Izba Notarialna we Wrocławiu, die Notarkammer Breslau, stellt unter www.inw.wroc.pl hilfreiche Informationen, z.B. Darstellungen des Berufsrechts und ein Notarverzeichnis auch in deutscher Sprache bereit. Die Stadt Breslau unterhält ebenfalls deutschsprachige Seiten: www.wroclaw.pl.

GEBRÜDER WEISS & CIE. MÜNCHEN

seit  1830

älteste Spezialfirma für Notare

80469 München · Reichenbachstraße 18

Telefon 089-2015642 · Fax 089-2013179

e-mail: notarbedarf@t-online.de · <http://www.notarbedarf.com>

Kommissions-Vorschlag für eine Rahmenrichtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Dienstleistungen im Binnenmarkt, KOM (2004) 2.

Professor (em.) Dr. Dr. h. c. Hans Jürgen Sonnenberger*

Stellungnahme

Im Anhörungsverfahren des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit hat der Autor als Vorsitzender der 2. Kommission des Deutschen Rates für Internationales Privatrecht die folgende Stellungnahme zu dem Vorschlag der Richtlinie abgegeben.

I. Rechtszersplitterung

1. Neue Rechtsgrundlage im EG-Vertrag

Lange Zeit gab es keine spezielle Rechtssetzungskompetenz zur Regelung internationalprivatrechtlicher Sachverhalte im EG-Vertrag, so dass Kollisionsnormen lediglich als Annexvorschriften zu Regelungen erlassen worden sind, für die eine Kompetenz im EG-Vertrag vorhanden war (z. B. Artikel 95 Abs. 1 EG-Vertrag). Durch den Amsterdamer Vertrag wurde die Gesetzgebungskompetenz zur justiziellen Zusammenarbeit in Zivilsachen vergemeinschaftet und eine Spezialkompetenz zum Erlass auch internationalprivatrechtlicher Vorschriften geschaffen. Aufgrund dieser Kompetenz in Artikel 61 lit. c i.V.m. Artikel 65 lit. b 1. Alternative EGV wurden bereits Ar-

beiten zum anwendbaren Recht in Angriff genommen.

2. Arbeiten an einer Rom I-Verordnung

Das auf Dienstleistungen anzuwendende Recht wird in den 15 EG-Mitgliedstaaten bislang durch das Übereinkommen vom 19. 6. 1980 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht bestimmt (sog. Rom Übereinkommen, abgekürzt EVÜ). Dieses Übereinkommen, das nicht auf EU-interne Sachverhalte beschränkt ist, gehört zum *acquis communautaire*, den neue Mitgliedstaaten bei ihrem Beitritt zur Europäischen Union zu akzeptieren haben.

Das EVÜ soll demnächst in Form eines Gemeinschaftsrechtsaktes ins Gemeinschaftsrecht übernommen und dabei überarbeitet werden. Diese Initiative geht auf den Wiener Aktionsplan des Rates und der Kommission vom 3. 12. 1998, einen Beschluss von zwei entscheidenden Gemeinschaftsinstitutionen, zur bestmöglichen Umsetzung der Bestimmungen des Amsterdamer Vertrages über den Aufbau eines Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Amtsblatt EG 1999, C 19/1) zurück. Besondere Erwähnung sollen in diesem Zusammenhang die Verbraucherverträge finden, die in Artikel 5 des EVÜ hervorgehoben werden. Hier hat sich der Rat anlässlich des Beitritts Österreichs zur Europäischen Union und zum EVÜ festgelegt, demnächst eine Überarbeitung in Angriff zu nehmen. Dabei sollen die speziellen Bestimmungen über das anwendbare Recht, die inzwischen in Gemeinschaftsrechtsakte zum Verbraucherschutz eingestellt

worden sind (z. B. die Klausel-Richtlinie und die Verbrauchsgüter-Richtlinie), mitberücksichtigt werden. Auf diese Weise wollen die Gemeinschaftsinstitutionen durch IPR-Spezialisten auf Gemeinschaftsebene Kohärenz im Internationalen Privatrecht schaffen und die derzeitige Rechtszersplitterung beenden, die durch ein Zusammenwirken von Vorschriften auf unterschiedlichen Rechtsebenen und in unterschiedlichen Rechtsinstrumenten gekennzeichnet ist.

Die Generaldirektion Justiz und Inneres der Kommission hat in Verfolgung dieses Gemeinschaftskonzepts ein Grünbuch an die Mitgliedstaaten versandt. In diesem Grünbuch wurden 20 Fragen zur etwaigen Überarbeitung des EVÜ gestellt. Der Deutsche Rat für Internationales Privatrecht hat zu diesem Grünbuch eine umfangreiche Stellungnahme abgegeben. Am 27. 1. 2004 führte die Kommission eine Anhörung zu diesem Grünbuch durch, in der dem im EVÜ gewählten Ansatz gute Noten ausgestellt und der differenzierte internationalprivatrechtliche Ansatz gelobt wurde. Gegen das pauschale Herkunftslandprinzip als Regelungsmodus wurden dagegen Bedenken laut. Auf der Basis der Antworten zum Grünbuch und der Anhörung soll nun bald ein Verordnungsvorschlag ausgearbeitet werden.

Diese Arbeiten, die auf ein *einheitliches* Rechtsinstrument (Rom I als EG-Verordnung) für möglichst viele schuldvertragliche Sachverhalte abzielen, torpediert unnötigerweise der Vor-

* Der Autor war bis Februar 2002 Ordinarius für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht sowie Direktor des Instituts für Internationales Recht der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Der vorstehende Beitrag wurde erstmals in der RIW, Heft 5, 2004, S. 321 ff. veröffentlicht. Der Nachdruck geschieht mit freundlicher Genehmigung von Professor (em.) Dr. Dr. h. c. Hans Jürgen Sonnenberger und des Verlages Recht und Wirtschaft.

schlag für eine Richtlinie über Dienstleistungen im Binnenmarkt (nachfolgend: Dienstleistungs-Richtlinie). Denn er bestimmt in Artikel 16 das anwendbare Recht für Teilaspekte des Rom I-Projekts. Hinsichtlich der Aufnahme als auch der Ausübung der Dienstleistung sollen „holzschnittartig“ nicht nur für öffentlich-rechtliche Fragen, sondern auch für privatrechtliche Rechtsverhältnisse (grundsätzlich einschließlich der Form der Verträge) die Vorschriften am Sitz des Dienstleistungserbringers maßgeblich sein.

Das Herkunftslandprinzip gilt nicht für alle Dienstleistungen, sondern nur für diejenigen, die in den Anwendungsbereich der Dienstleistungs-Richtlinie fallen. Diese enthält aber umfassende Ausnahmekataloge in Artikel 17 (Allgemeine Ausnahmen) und in Artikel 18 (Vorübergehende Ausnahmen). Weitere Einschränkungen ergeben sich daraus, dass die Richtlinie bei den von ihr erfassten Dienstleistungen nicht alle Fragen des anwendbaren Rechts regelt. Denn sie gilt nicht hinsichtlich des anwendbaren Rechts für Verbraucherverträge (Artikel 17 Nr. 21), sofern das Gemeinschaftsrecht nicht vollständig harmonisiert ist. Wann eine vollständige Harmonisierung (nicht: Rechtsangleichung) vorliegt, ist im Übrigen unklar und führt zu Rechtsunsicherheit. Zu Rechtsunsicherheit führt die Regel des Artikels 16 Abs. 1 auch, wenn an einem Vertrag mehrere Dienstleister beteiligt sind, die in verschiedenen Mitgliedstaaten niedergelassen sind. Vom Anwendungsbereich ausgenommen ist darüber hinaus die Rechtswahl (Artikel 17 Nr. 20), wobei offen bleibt, ob damit nur die ausdrückliche oder auch die stillschweigende Rechtswahl gemeint ist, und wie beispielsweise dann vorzugehen ist, wenn sich die Rechtswahl nur auf einen Teil des Vertrages erstreckt. Sie erfasst die Form von Immobilienverträgen, unterwirft diese aber ansonsten der Generalregel des Artikels 16. Der Unterschied leuchtet nicht ein. Dass Formfragen grundsätzlich ebenfalls dem Recht des Dienstleistungserbringers unterstellt werden,

schränkt dessen Befugnisse im Vergleich zum geltenden Recht ein und liegt nicht in seinem Interesse.

Anstelle vereinheitlichten Rechts sollen also zwei Rechtsinstrumente mit unterschiedlicher Integrationstiefe (Richtlinie/EG-Verordnung) geschaffen werden, wobei das eine noch nicht einmal alle Dienstleistungen abdeckt. Ein Dienstleistungserbringer hätte zukünftig nationales Recht (nach Umsetzung der Richtlinie) und die Vorschriften der Rom I-Verordnung anzuwenden.

3. Rom II-Verordnungsentwurf

Der Entwurf der Dienstleistungs-Richtlinie führt auch zu einer Atomisierung des Internationalen Privatrechts im Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse, wie sie durch die – im Wiener Aktionsplan ebenfalls angelegte – Rom II-Verordnung gerade vermieden werden soll. Die Dienstleistungsfreiheit erlangt besonders für den Bereich der unerlaubten Handlungen Bedeutung, weil sie auch die haftungsrechtlichen Folgen der Dienstleistungserbringung umfasst. Folgt man dem Vorschlag der Dienstleistungs-Richtlinie, soll offenbar keine umfassende Rom II-Verordnung mehr entstehen. Statt dessen werden zwei Rechtsinstrumente geschaffen, die zudem noch so ineinander verschachtelt sind, dass sich die Rechtsbetroffenen (Dienstleistungserbringer, Dienstleistungsempfänger und einbezogene Dritte) kaum mehr zurechtfinden werden. Denn für die Dienstleistungserbringer soll für außervertragliche Schuldverhältnisse zum einen das nationale Recht aufgrund der umgesetzten Dienstleistungs-Richtlinie gelten und zum anderen die Rom II-Verordnung. Hintergrund hierfür ist Artikel 17 der Richtlinie, der die außervertragliche Haftung für Dienstleistungsanbieter im Fall von Personenschäden vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausklammert, wenn das schadensstiftende Ereignis in dem Staat eintritt, in den dieser An-

bieter sich zum Zweck der Leistungserbringung begeben hat. Ein sachlicher Grund für diese Differenzierung, die zu einer Rechtszersplitterung führt, ist nicht ersichtlich.

Die Abgrenzungsnorm in Artikel 23 Abs. 2 des Rom II-Vorschlags löst die dargestellte Problematik nicht. Denn diese Vorschrift räumt der Dienstleistungs-Richtlinie Priorität ein und führt zu der oben aufgezeigten Rechtslage.

II. Inhaltliche Mängel

Das Herkunftslandprinzip mag im öffentlichen Recht der Aufsicht über den Zugang zu und über die Ausübung von Tätigkeiten der Dienstleistung gerechtfertigt sein und wird in der Begründung des Vorschlags (3 b, vgl. auch 5 b) ausschließlich damit begründet. Im Privatrecht fehlt es ihm jedoch an einem vertretbaren Geltungsgrund. Dies gilt sowohl europa- als auch privatrechtlich. Europarechtlich hat sich der EuGH bereits im Jahre 1997 gegen die Verankerung eines kollisionsrechtlichen Herkunftslandprinzips ausgesprochen und dem ist die ganz herrschende Meinung der Lehre nicht nur in Deutschland gefolgt.¹ Privatrechtlich haben die Verfasser des Entwurfs der Dienstleistungs-Richtlinie selbst bereits erkannt, dass das Herkunftslandprinzip auf manche Frage des anwendbaren Privatrechts nicht passt. Denn es gilt nach Maßgabe des Artikels 17 Nr. 21 nicht für Verbraucherverträge und zudem auch nicht im Falle einer Rechtswahl (Artikel 17 Nr. 20). Das Herkunftslandprinzip kann im Bereich privatrechtlicher Rechtsverhältnisse aber auch ansonsten inhaltlich nicht überzeugen.

Gegen das Herkunftslandprinzip bei der Frage des anwendbaren Rechts spricht im Ausgangspunkt, dass an privatrechtlichen Beziehungen, wie Verträgen, mindestens zwei Parteien beteiligt sind. Will man das auf diese

¹ EuGH, Slg. 1997 I, 2405, 2463.

Beziehung anwendbare Recht bestimmen, so darf nicht von vornherein ausschließlich auf das am Sitz *einer* Partei anwendbare Recht abgestellt werden. Auch im Bereich des materiellen Privatrechts wird der Dienstleistungserbringer nicht einseitig bevorzugt, sondern wird nach einem gerechten Ausgleich zwischen den Interessen beider Vertragsparteien gesucht. Dieselbe Sichtweise hat im Bereich des Internationalen Privatrechts hinsichtlich der Anknüpfung zur Bestimmung des anwendbaren Rechts zu gelten, bei der die Interessen *beider* Parteien zu berücksichtigen sind. Dies wird daran deutlich, dass das Herkunftslandprinzip nicht weiterhilft, wenn ein Vertrag zwischen zwei Dienstleistungserbringern mit Sitz in unterschiedlichen EG-Mitgliedstaaten geschlossen wird (welches Recht soll dann gelten?).

Der in der Dienstleistungs-Richtlinie vorgesehene Anknüpfung an das Recht des Staates, in dem der Dienstleistungserbringer niedergelassen ist, mangelt es an Regelungstiefe. Im Gegensatz zu den geplanten Verordnungen Rom I und Rom II muss diese Richtlinie mit dem Herkunftslandprinzip national umgesetzt werden. Es ist nicht auszuschließen, dass demnächst 25 verschiedene Ausprägungen dieses Prinzips die europäische Rechtslandschaft zieren, die Rechtsbetroffenen aber wohl eher verwirren.

Das Herkunftslandprinzip bedarf der internationalprivatrechtlichen Lückenfüllung auf Gemeinschaftsebene. Ergänzende Verordnungen wie Rom I und Rom II mit wahrscheinlich abweichenden Anknüpfungen bleiben notwendig. Das Herkunftslandprinzip vermittelt nur vordergründig den Eindruck, damit seien alle Fragen des anwendbaren Rechts gelöst. Denn es ist holzschnittartig und lückenhaft.

Der Regelungsbereich der Richtlinie ist aufgrund der unbestimmten Rechtsbegriffe (Rechtswahl, Verbrauchervertrag) unklar. Undeutlich bleibt, auf welche Fragen sich das Herkunftslandprinzip im Einzelnen bezieht (z.B.

hinsichtlich Verjährungsfragen, die in manchen Staaten prozessual qualifiziert werden). Nur schwer bestimmen lässt sich auch, welche Rechtsordnung nach diesem Prinzip überhaupt berufen ist, da es nach dem Richtlinienentwurf nur darauf ankommt, wo ein Unternehmen eine feste Einrichtung auf unbestimmte Zeit zur Teilnahme am Wirtschaftsverkehr unterhält (Artikel 4 Nr. 4 und 5). Ein Unternehmen kann innerhalb der Europäischen Union durchaus mehrere feste Einrichtungen dieser Art mit der Folge einer Kumulation anzuwendender Rechte unterhalten.

Darüber hinaus bietet das Herkunftslandprinzip mit seinem neu konzipierten konturenlosen Artikel 19 eine Handhabe, ausländisches Recht, das gegen die Grundordnung des Gerichtsstaats verstößt, möglicherweise noch in stärkerem Maße von der Anwendung auszuschließen als die in den EG-Verordnungen Rom I und Rom II angedachten Lösungen, die traditionell eng auslegt werden. Der ordre public-Vorbehalt, der allgemein auf dem Rückzug ist, erlebt so im Gemeinschaftsrecht eine Art Wiedergeburt und dies in einer völlig konturlosen Weise.

III. Gespaltenes Kollisionsrecht für EU-interne und für sonstige Sachverhalte

Die geplanten EG-Verordnungen zum anwendbaren Recht auf vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse verfolgen einen universellen Ansatz. Denn sie regeln mit derselben Anknüpfung das Internationale Privatrecht sowohl für EU-interne als auch für Drittstaaten-Sachverhalte. Dies kommt dem Rechtsanwender zugute, da er für interne und für Drittstaaten-Sachverhalte dasselbe Rechtsinstrument heranziehen kann. Diese „Außenwirkung“ kann das Herkunftslandprinzip nicht leisten, weil es sich nur auf Dienstleistungen bezieht, die von in einem Mitgliedstaat niedergelassenen Anbietern in einem anderen

Mitgliedstaat offeriert werden. Dienstleistungen in Drittstaaten sind, soweit ersichtlich, nicht erfasst. Das anzuwendende Recht für Verträge, die sich auf solche grenzüberschreitenden Dienstleistungen beziehen bzw. das auf Haftungskonstellationen, die sich daraus ergeben, anzuwendende Recht müsste ergänzend nach nationalem oder vereinheitlichtem Kollisionsrecht bestimmt werden. Dieses kann sich je nach Interessengewichtung auch vom plakativen Herkunftslandprinzip unterscheiden. Auch insoweit verkompliziert die Richtlinie, die nicht deutlich macht, weshalb EU-interne Sachverhalte anders als Sachverhalte mit Drittstaaten-Bezug geregelt werden sollen, die bestehende Rechtslage.

IV. Zwischenergebnis

Das in Artikel 16 Abs. 1 der Dienstleistungs-Richtlinie vorgesehene Herkunftslandprinzip verfehlt im Hinblick auf das auf private Rechtsverhältnisse anwendbare Recht sein Ziel, den Dienstleistungsanbietern und anderen Rechtsbetroffenen eine klare und einfache Regelung zur Verfügung zu stellen. Statt dessen trägt es zu Rechtsunsicherheit bei. Denn die vorgeschlagene Regelung

- führt aufgrund des holzschnittartigen Zuschnitts der Regelung zu unterschiedlichen Umsetzungen in 25 Mitgliedstaaten,
- führt zu einer Rechtszersplitterung, indem anstelle je eines Rechtsinstruments für vertragliche und außervertragliche Schuldverhältnisse jeweils zwei Rechtsinstrumente geschaffen werden,
- führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den verschiedenen Rechtsakten,
- ist inhaltlich nicht überzeugend, weil sie einseitig die Interessen des Dienstleistungserbringers berücksichtigt und dabei ausschließlich denjenigen Dienstleistungserbringer begünstigt, der seinen Sitz in ei-

nem Staat mit „niedrigen Standards“ hat.

Insgesamt gesehen beinhaltet der Ansatz für das internationale Vertragsrecht einen Rückschritt, da ausdifferenziertes einheitliches Recht in einem Rechtsinstrument (EVÜ) durch ein verwirrendes Geflecht nationaler und europäischer Regelungen ersetzt werden soll. Im Bereich der außerver-

traglichen Schuldverhältnisse wird der Weg zu einem in sich geschlossenen kohärenten System mit großer Integrationstiefe (EG-Verordnung) verbaut.

V. Lösung

Eine Lösung kann nur darin gesehen werden, das Herkunftsland-

prinzip nicht auf die internationalprivatrechtliche (kollisionsrechtliche) Behandlung der vertraglichen und außervertraglichen Schuldverhältnisse einschließlich der Form von Verträgen zu beziehen. Rechtstechnisch kann dies durch die Aufnahme eines weit gefassten Ausnahmetatbestands in Artikel 17 des Dienstleistungs-Richtlinienentwurfs erfolgen, der dies sicherstellt.

Rechtsberatungsprojekt in Serbien

Wie bereits im vergangenen Jahr (*notar* 2003, S. 83 ff.) hat die DNotV GmbH gemeinsam mit der Deutschen Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH ein Rechtsberatungsprojekt in Serbien durchgeführt. Zwar hat die Republik Serbien immer noch kein Notargesetz. Die im Frühjahr neugewählte Regierungskoalition beabsichtigt aber, im Herbst einen neuen Gesetzentwurf in das Parlament einzubringen, der nach Möglichkeit noch in diesem Jahr verabschiedet werden soll. Vorgesehen ist dabei die Einführung eines Notariats lateinischer Prägung. Erfahrungen aus der Vergangenheit lehren allerdings, dass entsprechende Pläne nicht unbedingt in die Praxis umgesetzt werden. Eigentlich hätte das lateinische Notariat in Serbien längst eingeführt werden sollen. Es wird sich zeigen, ob der politische Wille dieses Mal stark genug ist und nicht wieder Neuwahlen alle guten Absichten durchkreuzen. Der Bedarf nach einem funktionierenden Notariat lateinischer Prägung ist in Serbien sehr hoch, denn Rechtssicherheit ist eine Mangelware. Das Notariat könnte nicht zuletzt bei der Einrichtung funktionierender Grundbücher und Handelsregister helfen. Die Beweiskraft öffentlicher Urkunden würde die oft langwierigen Gerichtsverfahren verkürzen und die Voll-

streckbarkeit notarieller Urkunden könnte ganz allgemein die Investitionsbereitschaft stärken.

Ein starker Verfechter der Einführung des lateinischen Notariats in Serbien ist Professor Dr. Nebojsa Sarkic, der Prodekan der Faculty of Business Law in Belgrad und frühere stellvertretende Justizminister der Bundesrepublik Jugoslawien. Dabei wird er von dem Dekan der Fakultät Professor Dr. Vladimir Vodinelic sowie dem Projektbüro Rechtsberatung der GTZ in Belgrad und dessen Leiter, Dr. Thomas Meyer, unterstützt. Teil der Unterstützung durch die GTZ war die Beauftra-

gung der DNotV GmbH mit der Durchführung einer Vorlesungsveranstaltung an der Faculty of Business Law, mit der interessierte serbische Juristen auf die Einführung des lateinischen Notariats in ihrem Land vorbereitet werden sollten.

Zu diesem Zweck hielten die beiden Geschäftsführer des Deutschen Notarvereins, Till Franzmann und Dr. Thomas Schwerin, vom 24. bis 28. Mai 2004 Veranstaltungen an der Faculty of Business Law in Belgrad ab, die simultan von der deutschen in die serbische Sprache übersetzt wurden. An den Kursen nahmen etwa 20 serbi-



Professor Dr. Vladimir Vodinelic, Dekan Faculty of Business Law, Belgrad.



Dr. Thomas Meyer, GTZ, Dr. Thomas Schwerin, Deutscher Notarverein.

sche Juristen teil, die ein post-graduierten Programm an der Faculty of Business Law absolvierten und sich auf das Notarrecht spezialisierten.

Den Auftakt bildete die Einführung in die Geschichte des Notariats in Europa. Beginnend bei den Tabellionen der römischen Kaiserzeit über die Reichsnotarordnung 1512 bis zur loi ventôse und der Entwicklung zum modernen lateinischen Notariat wurden die geschichtlichen Hintergründe erläutert. Im nächsten Abschnitt wurden Rolle und Bedeutung des Notars im Rechtssystem erklärt. Dabei wurde auf die Nähe des Notaramtes zum Richteramt hingewiesen und das öffentliche Amt gegenüber gewerblicher Tätigkeit abgegrenzt. Es folgte eine Einführung in die Tätigkeit der notariellen Berufsorganisationen. Dabei standen die Notarkammern und -kassen im Mittelpunkt, deren Aufgaben erläutert wurden. Eingehend wurden Fragen der Einkommensergänzung durch die

Notarkasse erörtert. Weiter wurde auf die Bedeutung anderer berufsständischer Organisationen, insbesondere auf Notarvereine eingegangen und deren berufspolitische Arbeit erklärt. Grundzüge des Beurkundungsverfahrens sowie die notariellen Prüfungs- und Belehrungspflichten bildeten weitere Themenblöcke.

Besonderes Interesse bei den Teilnehmern fanden die Ausführungen zur personellen und materiellen Ausstattung einer Notarstelle sowie die Hinweise zum Aufbau einer Nullstelle. Bei der Erläuterung der Gestaltung und Überwachung von Arbeitsabläufen im Notariat konnten die Teilnehmer interessante Details aus ihrer eigenen beruflichen Praxis beisteuern. Sodann wurde im Rahmen einer Fallstudie praxisnah erläutert, wie der notarielle Arbeitsalltag verläuft. Hierbei war die aktive Mitarbeit der Kursteilnehmer gefragt. Im Rahmen der Erläuterungen zum Grundbuchrecht er-

fuhren die Referenten interessante Details darüber, welchen Schwierigkeiten das Grundstücksgeschäft in Serbien begegnet. So fehlt eine einheitliche Stelle, die Grundstücksverträge abwickelt, Kaufpreise werden oft in bar entrichtet und verlässliche Grundbücher sind die Ausnahme. Erwerber von Grundbesitz in Serbien nehmen deshalb den Grundbesitz nach Zahlung des Kaufpreises regelmäßig sofort in Besitz und lassen an dem Haus bzw. der Wohnung die Schlösser austauschen, weil der Besitz eine gewisse Schutzposition vermittelt. Das deutsche System mit notariellem Kaufvertrag, Eintragung der Vormerkung, Sicherstellung der Lastenfreistellung und notarieller Fälligkeitsmitteilung leuchtete den Teilnehmern dementsprechend unmittelbar ein. Dabei wurde auch auf den Notar als Dienstleister eingegangen, der die gesamte Vertragsabwicklung übernimmt. Den Abschluss bildete eine Darstellung der das Notariat betreffenden europarechtlichen Fragen, die aufgrund des von Serbien gewünschten Beitritts zur Europäischen Union auf besonderes Interesse stieß.

Außerhalb des Kursprogramms fand am Donnerstag, den 27. Mai 2004, ein sogenannter „Round Table“ statt, bei dem außer Till Franzmann und Dr. Thomas Schwerin auch Mitglieder der Fakultät Vorträge zu verschiedenen Aspekten des Notarrechts hielten. Bemerkenswert war die Resonanz dieser Veranstaltung, an der mehr als 100 Zuhörer teilnahmen, obwohl ein Kostenbeitrag erhoben wurde. Hier zeigte sich das große Interesse, das der Einführung des lateinischen Notariats in serbischen Juristenkreisen entgegengebracht wird. 75

Vorankündigungen

Institut für Notarrecht an der Humboldt- Universität zu Berlin

Am 24. August 2004 findet, von 16:00–20:00 Uhr ein Kolloquium zum Thema „Insolvenz und Notariatspraxis“ in den Räumen der wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät, Spandauer Str. 1, Saal 201 statt. Herr Dr. Reul, Notar in Würzburg und Herr Rattunde, Rechtsanwalt und Notar in Berlin, beleuchten verschiedene Fragen der Insolvenz und deren Auswirkungen auf die Praxis eines Notars. Zum Beispiel wird der Problemkreis der Auswirkung einer Insolvenz auf die laufende Beurkundung behandelt werden.

Im Hinblick auf die spätere Praxis-Erfahrung richtet sich diese Veranstal-

tung auch an interessierte Studenten der höheren Fachsemester und Referendare. Für Referendare und Studenten sowie für Mitglieder des Förderkreises des Instituts für Notarrecht ist die Teilnahme kostenlos.

Für die übrigen Teilnehmer beträgt die Teilnahmegebühr 50,- €.

Anmeldungen sind ab sofort möglich bei Frau Ragna Kretschmer, wissenschaftliche Mitarbeiterin am Institut für Notarrecht, entweder unter der E-Mail Adresse notarinstitut@rewi.hu-berlin.de oder per Fax unter 030/2093-3663. Den Teilnahmebeitrag überweisen Sie bitte vorab auf folgendes Konto: Professor Dr. Rainer Schröder, Sparda Bank Berlin, BLZ: 120 965 97, Kontonummer: 1497650.

XXIV. Internationaler Kongress des Latei- nischen Notariats in Mexiko

Aus: DNotZ, 4/2004, S. 241 mit freundlicher Genehmigung der Schriftleitung der DNotz.

Vom 17.10. bis 22.10.2004 findet in Mexico City der XXIV. Internationale Kongress des Lateinischen Notariats statt. Das Thema des Kongresses lautet „Mehrwert durch notarielle Tätigkeit“. Als wissenschaftliche Themen werden behandelt: „Die Unparteilichkeit des Notars: eine Garantie des Vertragsrechts“, „Notar und Vertragsabschluss im elektronischen Rechtsverkehr“, „Die juristische Person in der nationalen und internationalen

Das Ende der Kapital-Lebensversicherung

Die Kapital-Lebensversicherung ist eine dem Deutschen lieb gewordene und verbreitete Kapitalanlageform. Nach vielen vergeblichen Versuchen macht die Politik nun ernst. Derartige Verträge sollen, wenn sie nach dem 31.12.04 abgeschlossen werden, nicht mehr begünstigt sein. Auch Direktversicherungen mit den bekannten zusätzlichen Steuervorteilen soll es von da an nicht mehr geben. Verträge, die zu diesem Stichtag allerdings bereits bestanden, sind von der Neuregelung nicht betroffen (Besitzstandswahrung). Das Gesetzgebungsverfahren soll noch vor der parlamentarischen Sommerpause abgeschlossen sein. Ihre Beliebtheit verdankt diese Form der Lebensversicherung im wesentlichen 3 besonderen Vorzügen:

- Freie Vererbbarkeit an jedweden Dritten.
- Erhebliche erbschaftssteuerliche Vergünstigung.
- Steuerfreie Kapitalauszahlung bei Ablauf.



Funk Gruppe

Internationale Versicherungsmakler
& Risk Consultants

Ihr Ansprechpartner: Herr Knoche
Budapester Str. 31 10787 Berlin
fon +49 (0)30 250092-971
fax +49 (0)30 250092-999

www.funk-gruppe.com ▪ welcome@funk-gruppe.de

Auf Grund dieser Vorzüge ließ sich die Lebensversicherung nicht nur beim Aufbau einer Altersversorgung - insbesondere in Form der Direktversicherung -, sondern darüber hinaus vielfältig einsetzen, wie nachfolgend beispielhaft gezeigt:

- Zur Minderung der Erbschaftsteuer.
- Zur jederzeitigen Sicherung der zur Erbschaftsteuerzahlung erforderlichen Liquidität.
- Als steueroptimierte Vermögensanlage mit überlanger Laufzeit (z.B. bis Alter 85).
- Zur Vermögensumschichtung mit Steuernutzen ohne Veränderung in der Geldanlage.
- U.U. zur Finanzierung gewerblicher und nicht eigengenutzter privater Immobilien.

Die verschiedenen Einsatzmöglichkeiten werden zwar deutlich; die daraus resultierenden Vorteile sind aber noch erläuterungsbedürftig. Außerdem ist die Vertragsgestaltung in Bezug auf Laufzeit, Prämienzahlungsdauer und der am Vertrag beteiligten Personen zur Erreichung des jeweils angestrebten Zieles (oder sogar gleich mehrerer) situationsabhängig und so komplex, dass persönliche Gespräche erforderlich werden. Dafür steht die Funk Gruppe mit ihren Fachleuten in gewohnter Weise zur Verfügung.

Aber: Zum Handeln bleibt nicht mehr viel Zeit das Jahr ist schnell vorbei! Informieren Sie sich jetzt, damit Sie mit Inkrafttreten der Gesetze handlungsfähig sind.

Rechtspraxis". Ferner wird sich ein internationales Forum mit dem Thema „Der Abschluss von Verträgen in den Ländern mit kodifiziertem Recht und in den Ländern des Common law“ beschäftigen.

Der Teilnehmerbeitrag beträgt 700,- US \$, für Fördermitglieder 630,- US \$ und für Begleitpersonen 450,- US \$. Die Sitzungen der Fachausschüsse und des internationalen Forums werden durch eine Eröffnungszereemonie mit Empfang, eine mexikanische Nacht, einen ganztägi-

gen Ausflug zur archäologischen Stätte Teotihuacan, einen Kulturabend sowie ein abschließendes Galadiner umrahmt.

Für die Begleitpersonen sind außerdem Führungen durch das historische Zentrum von Mexico City und durch verschiedene Museen vorgesehen.

Weitere Informationen sowie ein Anmeldeformular sind über die Geschäftsstelle der Bundesnotarkammer, Mohrenstr. 34, 10117 Berlin, Telefon: 030/38 38 660, Telefax: 030/38 66

66 und über die Homepage der Bundesnotarkammer: www.bnotk.de erhältlich.

4. Tagung Berufspolitik in Berlin

Die 4. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins wird am 26. und 27. Januar 2005 in Berlin stattfinden. Thema soll unter anderem die Aufgabenübertragung auf Notare sein. Weitere Informationen finden Sie im *notar* 3/2004.

Zwischenruf: Toll Collect

Mitgeteilt von Notar Dr. Hans Wolfsteiner, München

Am 18. März 2004 beantwortete die Parlamentarische Staatssekretärin im Bundesministerium für Verkehr, Bau und Wohnungswesen, Angelika Mertens, eine schriftliche Anfrage des Bundestagsabgeordneten Herbert Frankenhauser wie folgt:

Frage:

Aus welchen Gründen haben die Bundesregierung und das Betreiberkonsortium Toll Collect den Vertrag über die Maut-Zusammenarbeit vor einem schweizerischen Notar verbrieft?

Antwort:

Nach dem Betreibervertrag trägt der Auftragnehmer die Kosten des Vertrags einschließlich seiner Beurkundung selbst. Die Auswahl des beurkundenden Notars ist deshalb dem Auftragnehmer überlassen worden. Der Auftragnehmer hat sich aus Kostengründen für einen Notar in der Schweiz entschieden.

Frage:

Wie hoch waren die Beurkundungskosten insgesamt und welche Kostenersparnis ergab sich durch die Verbriefung in der Schweiz?

Antwort:

Da der Auftragnehmer den schweizerischen Notar unmittelbar beauftragt hat, ist der Bundesregierung nicht bekannt, wie hoch die Beurkundungskosten waren und welche Ersparnis sich für den Auftragnehmer ergeben hat.



Damit Werte Zukunft haben

Mit Spenden und Nachlässen die Zukunft sichern

Auf der Basis des christlichen Menschenbildes fördert die Konrad-Adenauer-Stiftung die Werte des friedlichen und demokratischen Zusammenlebens in Deutschland und weltweit. Dazu sind wir in Kontakt mit den Entscheidungsträgern aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, mit Journalisten, Wissenschaftlern, sozialen und kulturellen Einrichtungen, mit 7.500 Stipendiaten und Altstipendiaten, mit weltweit mehr als 200 Projektpartnern sowie politischen Führern und Staatsoberhäuptern in 120 Ländern unserer Erde. Über 150.000 Bürgerinnen und Bürger nehmen jährlich das Angebot unserer politischen Bildungsarbeit wahr.

Größere Nachlässe und Legate verwaltet die Konrad-Adenauer-Stiftung – auf Wunsch unter Beibehaltung des Spendernamens – in eigens für den Spenderzweck eingerichteten Fonds, so z.B. den Theodor und Elisa-Weimar-Fonds (Förderung begabter Studenten) oder den Else-Heiliger-Fonds (Förderung von Kunst und Kultur).



Konrad
Adenauer
Stiftung



Weiterführende Informationen:

Petra Kulcsar • Tel: 02241/24 66 16 • Fax: 02241/24 65 39 • E-Mail: petra.kulcsar@kas.de

Bestellformular

DNotV GmbH
Kronenstr. 73/74

10117 Berlin

Absender: (Stempel)

DNotV GmbH - Telefax (030) 20 61 57 50

Informationsbroschüren

Die bestellte Stückzahl muss pro Titel durch 50 teilbar sein. Alle Preise verstehen sich zuzüglich Versandkosten und 16% Umsatzsteuer, die in der Rechnung ausgewiesen wird.

Die Broschüren sind auf der Homepage des Deutschen Notarvereins und der DNotV GmbH unter www.dnotv.de im pdf-Format zur Ansicht eingestellt.

Hiermit bestelle ich

	Titel	Preis pro Stück	Stückzahl	Gesamtwarenwert
1.	Grundstückskauf und Finanzierung (2. ergänzte Auflage)	€ 0,25		€
2.	Erbe und Schenkung	€ 0,25		€
3.	Ehe, Partnerschaft und Familie	€ 0,25		€
4.	Unternehmen gründen, erwerben, übertragen	€ 0,25		€
5.	Verein	€ 0,25		€
6.	Streit vermeiden – Streit beilegen	€ 0,25		€
7	Beizeiten vorsorgen – mit Vollmacht, Betreuungs- und Patientenverfügung	€ 0,25		€

	Titel	Preis pro Stück	Stückzahl	Gesamtwarenwert
	Jiri Brazda, Pitaval eines Notars	€ 12,00		€

Ich bitte um Übersendung

- ☐ Informationsmappe Schlichtungs- und Schiedsgerichtshof Deutscher Notare – SGH
- ☐ Empfehlungen des Deutschen Notarvereins für die Vergütung des Testamentsvollstreckers (aus: *notar* 2000, S. 2 ff.)

Ort, Datum, Unterschrift