

**Herausgeber**

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

**Schriftleiter**

Notar Dr. Jens Jeep, Hamburg  
Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

alles wichtige praxisnah

eins 2012

**editorial**

Kaiserliche Notariatsordnung – 500 Jahre deutsche  
Notariatsgeschichte (*Hans-Christoph Schüller*) 1

**beitrag des monats**

Übernahme einer Notarstelle (*Sebastian Bäuml*) 3

**jahresrückblick**

Registerrecht – Aktuelle Entwicklungen (*Thomas Kilian*) 12

**praxisforum**

Französische Fonds und deutsche Register (*Oliver Vossius*) 24

Wer den Heller nicht ehrt – oder: das wahre Mindeststamm-  
kapital einer kontoführenden GmbH i. G. (*Daniel Seebach*) 27

**Jetzt bestellen!**  
**Einbanddecken 2011**  
**Tel. 0800/66827830**  
(kostenlos)



### Kaiserliche Notariatsordnung – 500 Jahre deutsche Notariatsgeschichte

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

in diesem Jahr blicken wir auf ein ganz besonderes Jubiläum unseres Berufsstandes zurück: 2012 jährt sich der Erlass der Kaiserlichen Notariatsordnung zum fünfhundertsten Mal. Die von Kaiser Maximilian I. im Jahre 1512 auf dem Reichstag zu Köln erlassene Notariatsordnung kodifizierte erstmals das gemeinrechtliche Notarrecht. Sie bildete den rechtlichen Rahmen unseres Berufsstandes bis zur Auflösung des Heiligen Römischen Reiches im Jahre 1806. Es finden sich darin bereits Vorgaben zur Qualitätssicherung der notariellen Amtstätigkeit, Regelungen zur Fortbildungspflicht des Notars sowie Normen zu Beurkundungs- und Ernennungshindernissen. Dass das Notaramt auch schon im 16. Jahrhundert als ein öffentliches Amt begriffen wurde, zeigt sich insbesondere in dem kodifizierten Erfordernis der offiziellen Amtseinsetzung (*Investitur*) sowie darin, dass der Notar ausdrücklich auf den „gemeinen Nutzen“ verpflichtet wurde. Damit enthält die Kaiserliche Notariatsordnung bereits wesentliche und bis heute prägende Elemente des lateinischen Notariats.

*Tempora mutantur et nos mutamur in illis* – unser Beruf hat sich seitdem natürlich gewandelt. Die ausdifferenzierten Grundsätze des deutschen Notariats, wie auch die Grundsätze vieler anderer reglementierter Berufe, sind in vielfältiger Hinsicht überprüft und angepasst worden. Aus jüngerer Zeit ist das Urteil des Europäischen Gerichtshofes im Vertragsverletzungsverfahren zu nennen. Es hat vorläufig Klarheit in der bis dahin offenen Frage geschaffen, wie die notarielle Tätigkeit auf europäischer Ebene einzuordnen ist. Eine zentrale Botschaft dieses Urteils lautet, dass die notarielle Tätigkeit dem Allgemeinwohl dient – die Bestätigung eines nunmehr 500-jährigen Auftrags, der sich in der Kaiserlichen Notariatsordnung findet.

Verfahren wie das Vertragsverletzungsverfahren erinnern uns daran, die Strukturen unseres Berufs nicht als eine Selbstverständlichkeit zu betrachten. Sie sollten uns Ansporn sein, die Grundlagen des notariellen Berufsrechts stets aufmerksam im Blick zu behalten. Sie sollten insbesondere einen jeden von uns dazu animieren, das eigene Amt in einer Art und Weise auszuüben, die dem öffentlichen Auftrag gerecht wird. Wenn jeder Einzelne von uns dies beherzigt, werden wir das Notariat lateinischer Prägung auch auf europäischer Ebene im Spannungsfeld zwischen beruflicher Freiheit und den zwingenden Erfordernissen des öffentlichen Amtes weiterentwickeln können.

Vom 29. August bis zum 1. September 2012 wird der 28. Deutsche Notartag in Köln das Forum für einen fachlichen und berufspolitischen Austausch zwischen Kolleginnen, Kollegen und Gästen gerade auch im Hinblick auf die Zukunft unseres Berufsstandes sein. Sie werden zudem Gelegenheit haben, sich im Rahmen von Vorträgen und einer Ausstellung intensiv über die Geschichte des Notariats zu informieren und damit auseinanderzusetzen. Ein festliches Rahmenprogramm wird die Veranstaltung begleiten und Ihnen die Möglichkeit bieten, persönliche Kontakte zu vertiefen und neue Verbindungen zu knüpfen.

Im Namen der Rheinischen Notarkammer würde ich mich freuen, wenn Sie der Einladung der Bundesnotarkammer Folge leisten und wir Sie im Spätsommer 2012 in Köln begrüßen dürfen.

*Ihr*

*Dr. Hans-Christoph Schüller,*

Präsident der Rheinischen Notarkammer

## inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	Kaiserliche Notariatsordnung – 500 Jahre deutsche Notariatsgeschichte ( <i>Dr. Hans-Christoph Schüller</i> )	1
<b>inhalt</b>		2
<b>impressum</b>		28
<b>beitrag des monats</b>	Übernahme einer Notarstelle ( <i>Sebastian Bäumler</i> )	3
<b>jahresrückblick</b>	Registerrecht – Aktuelle Entwicklungen ( <i>Dr. Thomas Kilian</i> )	12
<b>rechtsprechung</b>	BFH: Das ErbStG auf dem Prüfstand des BFH (mit Anmerkung von <i>Dr. Jörg Ihle</i> )	19
	BGH: Kein Erfordernis eines berechtigten Interesses bei der Bestellung eines Eigentümersießbrauches (mit Anmerkung von <i>Dr. Yvonne Abicht</i> )	20
	OLG München: Nachweis der Vertretungsverhältnisse bei GbR abweichend von §§ 709, 714 BGB; keine entsprechende Anwendung des § 172 Abs. 2 BGB auf Gesellschaftsverträge (mit Anmerkung von <i>Dr. Yvonne Abicht</i> )	21
	BGH: Lebzeitiges Eigeninteresse gemäß § 2287 BGB als Rechtfertigung eines Teils der Schenkung (mit Anmerkung von <i>Dr. Felix Odersky</i> )	22
<b>praxisforum</b>	Französische Fonds und deutsche Register ( <i>Dr. Oliver Vossius</i> )	24
	Wer den Heller nicht ehrt – oder: das wahre Mindeststammkapital einer kontoführenden GmbH i. G. ( <i>Dr. Daniel Seebach</i> )	27
<b>notarprüfung</b>		29
<b>service</b>	Notarversicherungsverein auf Gegenseitigkeit	30
<b>rückblick</b>	Drei Jahre nach dem MoMiG – 6. Verleihung des Helmut- Schippe-Preises ( <i>Dr. Susanne Fairlie</i> )	30
<b>nachrichten</b>		32
<b>literatur</b>	Meyer/Ball: Umsatzsteuer und Immobilien (besprochen von <i>Dr. Jörg Ihle</i> )	34
<b>schlussvermerk</b>	Mitternacht rückt näher schon ...	35
<b>cartoon</b>	notar bene	36

## beitrag des monats

Sebastian Bäumler

## Übernahme einer Notarstelle

Der Beitrag soll eine Orientierungshilfe und Anregung für Kollegen geben, die vor der Übernahme ihrer ersten Notarstelle stehen. Er wendet sich dabei besonders an Anwärter aus dem hauptberuflichen Notariat (§ 3 Abs. 1 BNotO). Die „Übernahme einer Notarstelle“ ist ein Phänomen des hauptberuflichen Notariats, besteht doch hauptsächlich in diesen Gebieten die Praxis der Justizverwaltung, die Akten eines ausscheidenden oder amtsitzverlegenden Notars auf den Notar zu übertragen, der als dessen „Amtsnachfolger“<sup>1</sup> anzusehen ist.<sup>2</sup>

Darüber hinaus ist im hauptberuflichen Notariat die Ernennung zum Notar zumeist auch dessen erster Schritt in die Selbständigkeit, was im Anwaltsnotariat schon wegen der allgemeinen und örtlichen Wartezeit für einen Anwaltsnotar nach § 6 Abs. 2 Ziffern 1 und 2 BNotO eher selten der Fall sein dürfte.

Einzelne Notarkammern halten ebenfalls Informationen zur Übernahme einer Notarstelle vor. Exemplarisch genannt sei das diesbezügliche Merkblatt der Landesnotarkammer Bayern, das ich sowohl bei meiner eigenen Amtsübernahme als auch bei der Abfassung dieses Beitrages dankbar aufgegriffen habe. Im Vergleich zu diesen kammer-spezifischen Informationen, die auch über die besonderen Regelungen des jeweiligen Landes bzw. der jeweiligen Kammer Auskunft geben, kann dieser Beitrag nur Ergänzungsfunktion haben.

## I. Vor der Bewerbung

Mit dem Eintritt in den Anwärterdienst eines Bundeslandes als Notarassessor ist grundsätzlich der Berufsweg als Notar in diesem Bundesland vorgezeichnet, § 7 Abs. 1 BNotO.

Welche „Notarstelle“, hier verstanden als abstrakte organisatorische Einheit<sup>3</sup> von Amtssitz des Notars und den ihm nach § 51 Abs. 1 S. 2 BNotO übertragenen Akten, Büchern und Urkunden, einem Notarassessor bei der Ernennung zum Notar zugewiesen wird, ist jedoch

weder für diesen noch für die Justizverwaltung verlässlich vorherzusehen, und dies im Zweifel noch bis kurz vor der Ernennung.

Zwar werden von den Landesjustizverwaltungen in Zusammenarbeit mit den Notarkammern Bedarfsprognosen erstellt; aufgrund des nicht vorhersehbaren Zeitpunkts des Erlöschens eines konkreten Amtes (§ 47 BNotO), der vor jeder Ausschreibung von der Justizverwaltung durchzuführenden Bedürfnisprüfung (§ 4 BNotO) und des sogenannten Vorrücksystems, wonach bei einer Konkurrenzsituation zwischen Notarassessor und Notar aus dem gleichen Bundesland bei der Bewerbung um eine ausgeschriebene Notarstelle grundsätzlich der Amtssitzverlegung nach § 10 BNotO Vorrang vor der Neuernennung nach § 6 BNotO einzuräumen ist,<sup>4</sup> ist eine sichere individuelle Vorhersage nicht möglich.

Von einem Notarassessor wird erwartet, dass er seinen Berufswunsch „Notar“ zügig umsetzt. Die Nichtbewerbung auf eine Notarstelle ohne hinreichenden Grund trotz Aufforderung durch die Landesjustizverwaltung nach Ableistung des dreijährigen Anwärterdienstes kann, wenn eine ausgeschriebene Notarstelle wegen einer unterbliebenen Bewerbung nicht besetzt werden kann, die Entlassung aus dem Anwärterdienst nach sich ziehen, § 7 Abs. 7 Ziffer 3 BNotO. Gerechtfertigt wird dieses Druckmittel damit, dass auch für die rechtsuchende Bevölkerung in abgelegenen und strukturschwachen Gebieten die Versorgung mit Notarstellen zu gewährleisten ist und durch den grundsätzlichen Vorrang der Amtssitzverlegung (s. o.) die spätere Möglichkeit des Wechsels auf eine attraktivere Stelle besteht.<sup>5</sup> Selbst wenn die Landesjustizverwaltung nicht auf das Instrumentarium des Aufforderungsverfahrens zurückgreift, sondern die ausgeschriebene Stelle mangels geeigneter Bewerber aus dem Anwärterdienst des eigenen Landes mit Seiteneinsteigern oder Notaren bzw. Notarassessoren aus anderen Bundesländern besetzt,

<sup>1</sup> So ausdrücklich 5.2.1. VVNot RhPf.

<sup>2</sup> Schippel/Bracker/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 51 Rn 2, 45.

<sup>3</sup> Schippel/Bracker/Görk, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 6b Rn 3.

<sup>4</sup> Schippel/Bracker/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 7 Rn 95 und Piils, § 10 Rn 10 f. mit Erläuterung bestehender Ausnahmen.

<sup>5</sup> Schippel/Bracker/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 7 Rn 94, 107.



sollte man sich vergegenwärtigen, dass dies zu einer Verlängerung der Wartezeit der nicht bewerbungsreifen Notarassessoren führt.

Aus diesen Gründen sollte anhand einer frühzeitig aufgestellten eigenen Prioritätenliste sehr genau geprüft werden, ob man sich als Anwärter auf eine ausgeschriebene Notarstelle bewirbt oder nicht. Bei mir selbst hat die Nichtbewerbung auf eine ausgeschriebene Stelle aufgrund Einziehung der danach frei werdenen Notarstellen und langwieriger Besetzungsverfahren dazu geführt, dass ich eineinhalb Jahre später als möglich zum Notar ernannt wurde.

## II. Ausschreibung einer Notarstelle

Die Art und Veröffentlichung der Ausschreibung einer Notarstelle sind den Notarbekanntmachungen der einzelnen Länder zu entnehmen.

## III. Nach Ausschreibung und vor der Bewerbung: Kontaktaufnahme mit dem ausscheidenden Kollegen und gegebenenfalls mit dessen Sozium

Bei aussichtsreicher Bewerberstellung sollte, selbstverständlich aber erst nach Ausschreibung der Notarstelle bzw. nach Ankündigung der Amtsniederlegung bzw. der Amtssitzverlegung, ein persönliches Gespräch mit dem ausscheidenden bzw. amtsitzverlegenden Kollegen in dessen Räumen geführt werden, um sich ein erstes Bild von der Notarstelle, insbesondere bezüglich der Lage, der Räumlichkeiten, der Ausstattung, der Mitarbeiter usw. zu machen.

Welche Auskünfte hierbei gegeben werden müssen, bestimmt allein das Gebot der Kollegialität (RLE/BNotK XI 1.1 und die entsprechenden Richtlinien der einzelnen Notarkammern). Dieses gebietet es, dem Bewerber über die Besonderheiten der Notarstelle ein korrektes und aussagefähiges Bild zu geben. Soweit möglich sollten folgende Themen geklärt werden:

- Charakter der Notarstelle bzw. der Mandantenstruktur (städtisch, ländlich, Bauträger, gewerbliche Kundschaft, Steuerberater, Rechtsanwälte vor Ort)
- Personalsituation (Erfahrung, Alter, Umgang mit Computern, Betriebsklima, Arbeitsverteilung)
- Ertragssituation (Umsatz; inwieweit bestehen besondere persönliche Bindungen der Mandanten zum Vorgänger bzw. zu den einzelnen Sachbearbeitern)
- Kostensituation der Notarstelle (Gesamtsituation und Einzelposten wie Gehälter der Angestellten, Raummiete, evtl. Leasingraten, sonstige Fixkosten; gegebenenfalls Bindung an langfristige Dauerverträge wie Raummietvertrag, Leasingverträge)
- Lage, Ausstattung, Größe, Zustand, Parkplatzsituation der Amträume
- „Altlasten“ der Notarstelle (Straßengrundabtretungen, alte Veränderungsnachweise, nicht vollzogene Bauträgerobjekte)

Die Bewerbung um eine Sozietätsstelle birgt besondere tatsächliche und rechtliche Probleme, sind doch die Interessen des verbleibenden Soziums mit den gesetzlichen Prinzipien der Besetzung einer Notarstelle, insbesondere der zu treffenden Auswahlentscheidung bei einer Konkurrenzsituation in Übereinstimmung zu bringen.

Das persönliche Gespräch mit dem verbleibenden Sozium vor der Bewerbung ist in jedem Fall ein Gebot der Höflichkeit und dessen Versäumnis sogar möglicherweise ein Ablehnungsgrund (vgl. z. B. Abschnitt V Nr. 5 der Richtlinien der Notarkammer Bayern).

Bei dem Gespräch mit dem verbleibenden Sozium sollte neben den ämterbezogenen Fragen auch geklärt werden, ob der Sozium einen anderen, bevorzugten Bewerber hat.

Sollte dies der Fall sein, ist zusätzlich in die Abwägung über die Bewerbung einzubeziehen, dass weder eine aufgedrängte Sozietät noch eine Sozietätstrennung angenehm sind. § 6 Abs. 3 S. 1 BNotO gibt vor, dass für die Reihenfolge bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern die persönliche und die fachliche Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen maßgeblich sind. Diesem Grundsatz und dem der Bestellung der Notare durch die Justizverwaltung gemäß dem Erfordernis der Rechtspflege (§§ 12, 4 Abs. 1 BNotO) steht es entgegen, dass beim Ausscheiden eines Notars aus einer Sozietät der verbleibende Sozium oder die verbleibenden Sozium unangemessen Einfluss auf die Entscheidung der Ernennungsbehörde ausüben können.<sup>6</sup>

Die länderspezifischen Besonderheiten der Bewerbung und Besetzung von Sozietätsstellen sollten vor der Bewerbung auf eine Sozietätsstelle bei der zuständigen Notarkammer erfragt werden.

## IV. Bewerbung auf eine Notarstelle

Inhalt und Formalien der Bewerbung auf eine ausgeschriebene Notarstelle sind den Notarbekanntmachungen der einzelnen Länder zu entnehmen.

## V. Vor der Ernennung

Die Ernennung erfolgt teilweise erst kurz vor Amtsantritt. Die Klärung der nachfolgenden Punkte sollte daher frühzeitig erfolgen, da teilweise längere Lieferzeiten bestehen bzw. geeignete neue Räume oder Mitarbeiter nicht sofort zur Verfügung stehen. Bei Abschluss von Verträgen vor der Ernennung sollte vorsichtshalber ein Rücktrittsrecht vereinbart werden.

### 1. Berufshaftpflichtversicherung

Die Bestellung zum Notar ist zu versagen, wenn der Bewerber weder nachweist, dass eine Berufshaftpflichtversicherung (§ 19a BNotO) besteht, noch eine vorläufige Deckungszusage vorgelegt wird, § 6a BNotO.

Die gesetzlichen Mindestanforderungen an die Haftpflichtversicherung ergeben sich aus § 19a BNotO. Hierbei handelt es sich um eine Basisversicherung, welche vom Notar als Versicherungsnehmer und versicherte Person selbst abzuschließen ist.<sup>7</sup>

Gruppenversicherungen bestehen nur im Bereich der Notarkasse in München und der Ländernotarkasse in Leipzig, § 113 Abs. 3 Nr. 3 und § 113a Abs. 3 Nr. 3 BNotO.

Im Übrigen ist es Aufgabe des Notars, zu prüfen, ob die angebotene Versicherung den Anforderungen des § 19a BNotO entspricht.

<sup>6</sup> BVerfG, Beschl. v. 22.4.2009 – 1 BvR 121/08; Schippel/Bracker/Görk, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 9 Rn 13.

<sup>7</sup> Eylmann/Vaasen/Franz, BNotO, § 19a Rn 3.

Die Haftpflichtversicherung darf dabei mit jedem im Inland zum Geschäftsbetrieb befugten Versicherungsunternehmen abgeschlossen werden, nach Maßgabe der allgemeinen Versicherungsbedingungen, welche das Unternehmen beim Versicherungsaufsichtsausschuss eingereicht hat, § 19a Abs. 1 BNotO. Geprüfte und von der BNotK gebilligte Bedingungen sind in der DNotZ 1995, 721 ff. veröffentlicht.

Vom Versicherungsschutz ausgeschlossen werden können Ansprüche wegen wissentlicher Pflichtverletzung, Ersatzansprüche in Zusammenhang mit der Beratung über außereuropäisches Recht sowie Ansprüche wegen Veruntreuung durch das Personal des Notars, § 19a Abs. 2 BNotO.

Die Mindestversicherungssumme beträgt € 500.000 je Versicherungsfall begrenzt auf € 1.000.000 je Versicherungsjahr. Die Vereinbarung eines Selbstbehalts von einem Prozent der Versicherungssumme ist möglich, § 19a Abs. 3 und 4 BNotO.

Wegen der zwingenden Mitteilungspflichten des Versicherers gegenüber Landesjustizverwaltung und Notarkammer betreffend Beginn, Änderung und Beendigung des Versicherungsvertrages siehe § 19 Abs. 3 S. 3 BNotO.

Darüber hinaus haben die Notarkammern zwingend eine Gruppenanschlussversicherung mit weiteren € 500.000 für jeden Haftpflicht- bzw. Versicherungsfall zu unterhalten, § 67 Abs. 3 Ziffer 3 BNotO.

Die Vereinbarung einer darüber hinausgehenden individuellen Anschlussversicherung empfiehlt sich von Anfang an und nicht erst, wenn der erste „große“ Auftrag ansteht. Möglich sind auch sogenannte Objektversicherungen für einzelne Amtsgeschäfte.

## 2. Vereinbarungen mit dem „Amtsvorgänger“

Das Amt des Notars ist ein persönliches. Jede Bestellung zum Notar beinhaltet die Errichtung einer Notarstelle. Es besteht zwischen der frei gewordenen und der neu zu besetzenden Notarstelle grundsätzlich keine Kontinuität.<sup>8</sup> Dem Notar, dem als „Amtsnachfolger“ die Verwahrung der Akten, Bücher und Urkunden eines Notars gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 BNotO übertragen wird (siehe hierzu Abschnitt „Aktenübertragung und -verwahrung“), steht es daher grundsätzlich frei, ob er die Amtsstelle seines Amtsvorgängers mit dessen Zustimmung fortführt oder eine neue einrichtet. Das „Ob“ und „Wie“ der Übernahme der Amtsräume, der Anstellungsverhältnisse und der Büroeinrichtung ist der Vereinbarung überlassen. Auch wenn das Amt des Notars ein persönliches ist, besteht ein Interesse der Rechtspflege an einer tatsächlichen Kontinuität der Notarstelle („Ämterkontinuität“), um die ungestörte Betreuung der rechtsuchenden Bevölkerung zu gewährleisten. Dieses Interesse findet im Bereich des hauptamtlichen Notariats in der Übertragung der Akten und Bücher des ausscheidenden bzw. amtsitzverlegenden Notars an den neu bestellten Notar seinen Ausdruck. Dies ist neben dem Gebot der Kollegialität bei der zu treffenden Vereinbarung zwischen Amtsvorgänger und Amtsnachfolger zu berücksichtigen.<sup>9</sup>

### a) Arbeitsverhältnisse

#### Übernahme von Arbeitsverhältnissen

Für den Amtsinhaber und den neu ernannten Notar stellt sich die Frage, ob dessen Bestellung zu einem Betriebsübergang nach § 613a BGB führt, insbesondere wenn der neu ernannte Notar (im Wesent-

lichen) das Personal des Amtsinhabers übernimmt bzw. die neue Sozietät die Arbeitsverhältnisse (im Wesentlichen) weiterführt.

Konsequenz der Anwendbarkeit von § 613a BGB ist für den Amtsinhaber, dass eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse wegen Betriebsstilllegung nicht möglich wäre und er im Rahmen von § 613a Abs. 2 BGB weiterhin haftet.

Für den neu ernannten Notar bedeutet das Vorliegen eines Betriebsübergangs i. S. v. § 613a BGB, dass er nicht nur keine Entscheidungsfreiheit über das „Ob“ der Weiterbeschäftigung, sondern auch nicht über die vertraglichen Grundlagen der Weiterbeschäftigung der Angestellten des Amtsvorgängers hat. Die bestehenden Arbeitsverhältnisse gehen mit allen im Zeitpunkt des Betriebsübergangs bestehenden Rechten und Pflichten aus Vergangenheit, Gegenwart und Zukunft auf ihn über.<sup>10</sup> Bei der Berechnung von Kündigungsfristen und sonstiger Fristen wie z. B. wegen Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall werden die Beschäftigungszeiten beim Amtsvorgänger mitgerechnet. Die Neuvereinbarung von Befristungen und Probezeiten ist dann nicht möglich.

Für Amtsinhaber und Amtsübernehmer gelten die besonderen Informationspflichten des § 613a BGB.

Mit Urte. v. 26.8.1999 hat das Bundesarbeitsgericht (Az. 8 AZR 827/98<sup>11</sup>) entschieden, dass die Amtsnachfolge eines Notars kein rechtsgeschäftlicher Betriebsübergang i. S. d. § 613a BGB ist. Dabei hat das BAG darauf abgestellt, dass die Neuvergabe nicht durch Rechtsgeschäft, sondern durch Hoheitsakt erfolgt, weshalb es jedenfalls an einem rechtsgeschäftlichen Übergang fehlt. Allein die Übernahme des Personals und der Räume reicht für die Begründung einer rechtsgeschäftlichen Übernahme nicht aus.<sup>12</sup> Damit ist eine Kündigung der Arbeitsverhältnisse auch im Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes wegen Betriebsstilllegung möglich, § 1 Abs. 2 KSchG.

Ob dies auch für die Amtsnachfolge eines Notars gilt, der mit einem anderen Notar in gemeinschaftlicher Berufsausübung verbunden war, hat das BAG bisher nicht entschieden. Das Arbeitsgericht Düsseldorf (Urte. v. 17.2.2003 – 12 Ca 6918/02<sup>13</sup>) und das Arbeitsgericht Mönchengladbach (Urte. v. 16.11.2006 – 1 Ca 2860/06) haben unter Bezugnahme auf die vorgenannte Entscheidung des BAG einen Betriebsübergang auch im Falle einer Sozietät verneint. Dagegen hat das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz (Urte. v. 6.10.2005 – 6 Sa 461/05) für den Fall der Amtsnachfolge in einer Sozietät einen Betriebsübergang bejaht. Die Arbeitsgerichte Düsseldorf und Mönchengladbach haben wegen der Übertragung der Notarbefugnisse durch Hoheitsakt darauf abgestellt, dass keine Kontinuität i. S. d. Fortbestehens der arbeitsorganisatorischen Einheit vorliegt, wenn ein Notar aus der Einheit austritt und vielleicht ein neuer Notar eintritt. Vielmehr wird mit dem Eintritt eine neue Einheit begründet und die ursprüngliche Einheit erledigt. Es liegt mithin ein Fall der Betriebsstilllegung vor. Das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz ist dagegen von einem Übergang des Arbeitsverhältnisses auf eine BGB-Gesellschaft mit wechselndem Gesellschafterbestand ausgegangen und hat deswegen eine Betriebsstilllegung verneint.

Unabhängig von der Anwendbarkeit des § 613a BGB ist die Kündigung jedenfalls sämtlicher beim Amtsinhaber bestehender Arbeitsverhältnisse zu vermeiden.

<sup>10</sup> Palandt/Weidenkaff, § 613a Rn 26.

<sup>11</sup> MittBayNot 2000, 130.

<sup>12</sup> Dr. Christoph Roos, Arbeitsrechtliche Aspekte im Notariat, notar 2006, 113.

<sup>13</sup> RNotZ 2003, 467.

<sup>8</sup> Schippel/Bracker/Görk, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 6b Rn 3.

<sup>9</sup> Schippel/Bracker/Bracker, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 51 Rn 69.

Für den neu ernannten Notar besteht bei einer Kündigung das Risiko, dass gerade die Leistungsträger unter den Angestellten die unsichere Situation bis zum Abschluss neuer Arbeitsverträge mit dem Amtsnachfolger nicht hinnehmen und sich um eine neue Arbeitsstelle bemühen. Dies birgt das Risiko des Verlusts der Funktionsfähigkeit der Notarstelle und des Verlusts von Mandantenbeziehungen, bestehen doch gerade bei „Stammkunden“ oft persönliche Bindungen an bestimmte Mitarbeiter, die stärker sind als die Bindung an den jeweiligen Notar.

Für den Amtsinhaber ist zu beachten, dass allenfalls ordentliche Kündigungen möglich sind. Bis zum Ablauf der Kündigungsfristen sind die Arbeitsentgelte daher fortzuzahlen.

Im Übrigen wirft die Kündigung aller Mitarbeiter ein schlechtes Licht auf die Notarstelle im Besonderen und auf den Notarstand im Allgemeinen.

Auf die Informationspflicht des Arbeitgebers bei Beendigung von Arbeitsverhältnissen nach § 2 Abs. 2 S. 2 SGB III sei hingewiesen.

Wenn möglich sollten zwischen dem neu ernannten Notar und den übernommenen Angestellten neue Verträge geschlossen oder durch Vereinbarung mit den Angestellten ausdrücklich in bestehende Verträge (gegebenenfalls unter Anpassung der Bedingungen) eingetreten werden, jeweils unter ausdrücklicher Entlassung des Amtsvorgängers. Die Erfahrung zeigt, dass die Arbeitnehmer bei der Verhandlung der Bedingungen in nicht unerheblichem Maß zu Kompromissen bereit sind. Diese Verhandlungen erfordern viele Einzelgespräche und das Wissen um den „Wert“ eines jeden Mitarbeiters für die Notarstelle sowie ein gewisses Feingefühl, damit durch die beabsichtigte Anpassung der Verträge nicht die Motivation der einzelnen Mitarbeiter und das Betriebsklima insgesamt leidet. Bewährt hat sich nach meiner Erfahrung das Gewähren einer Perspektive, die Stärkung des Gemeinschaftsgefühls und des Selbstwertgefühls der Angestellten durch Betonung der Kontinuität der Notarstelle und durch Zurückgreifen auf das Wissen und die Erfahrung der Mitarbeiter bezüglich Mandanten und Büroorganisation. Änderungen in den an der Amtsstelle bekannten und bewährten Abläufen und verwendeten Texten sollten, soweit diese nicht aus rechtlichen, wirtschaftlichen oder sonstigen Gründen zwingend geboten sind, behutsam eingeführt werden. In keinem Fall sollte den Mitarbeitern vermittelt werden, dass das, was sie beim Amtsvorgänger seit Jahren und Jahrzehnten geleistet haben, schlecht oder gar falsch war.

Eine Vereinbarung mit dem Amtsvorgänger über Urlaubsgewährung und -abgeltung sowie die Verteilung eines etwaigen Weihnachts- und Urlaubsgelds für das laufende Jahr sollten erfolgen. „Ruhende“ Arbeitsverhältnisse (Angestellte in Elternzeit o. Ä.) sind zu klären.

Zu beachten sind kammerspezifische Regelungen wie beispielsweise in Bayern. Nach Nr. 2.3.2 Notarbekanntmachungen Bayern fordert die Landesnotarkammer Bayern die aussichtsreichen Bewerber zur Erklärung auf, ob sie zur Weiterbeschäftigung des an der Notarstelle tätigen Personals bereit sind. Sofern der Amtsnachfolger nicht alle Privatangestellten übernehmen will, ist diesen zu kündigen. Sofern eine einvernehmliche Regelung über Vornahme der Kündigung, Kostentragung usw. zwischen dem amtierenden Notar und seinem Nachfolger nicht zustande kommt, ist dies ein Grund, die Notarstelle bis zum Ablauf der Kündigungsfristen zu verwalten.

Das Bestehen derartiger Regelungen ist bei der jeweiligen Notarkammer zu erfragen.

### Neue Arbeitsverhältnisse

Bei der Begründung neuer Arbeitsverhältnisse sollte die Stelle gegebenenfalls über die Lokalzeitung unter Beachtung von § 611b BGB geschlechtsneutral ausgeschrieben werden. Daneben können über die Agentur für Arbeit kostenfrei Vermittlungsvorschläge angefordert werden. Eine anonyme Stellenausschreibung ist auch dort möglich.

Die neuen Arbeitsverhältnisse sollten sich dem Betriebsklima zuliebe in Bezug auf die vertraglichen Hauptleistungen (Arbeitszeit, Gehalt, Urlaubsanspruch usw.) leistungsbezogen in das Betriebsgefüge einpassen.

Probearbeitsverhältnisse sollten vereinbart werden. In den ersten vier Jahren nach der Gründung eines Unternehmens ist die kalendermäßige Befristung eines Arbeitsvertrages ohne Vorliegen eines sachlichen Grundes bis zur Dauer von vier Jahren zulässig, § 14 Abs. 2a TzBfG.

Zu den „Arbeitsrechtlichen Aspekten im Notariat“ verweise ich im Übrigen auf den umfassenden Beitrag von *Dr. Christoph Roos, notar*, 2006, 60 ff. und 102 ff.

### b) Amtsräume

In der Regel wird es ein Gebot der Kollegialität und der Zweckmäßigkeit sein, die bisherigen Räume unter Eintritt in das bestehende Mietverhältnis nach Absprache mit Vorgänger und Vermieter zu übernehmen. Eine Genehmigung nach § 53 Abs. 1 BNotO ist hierfür nicht erforderlich. Anstehende Renovierungsmaßnahmen sollten nach Absprache mit dem Vorgänger, Vermieter und gegebenenfalls Notariatsverwalter vorgenommen werden.

Die Nichtübernahme der bisherigen Amtsräume bzw. ein sofortiger Auszug sollten, auch wenn die Räume des Amtsvorgängers nicht optimal sind, vermieden werden. Hierdurch werden die durch den Notarwechsel sowieso bestehenden Umstellungsschwierigkeiten potenziert und die wechselbedingten Mandantenverluste erhöht. Insbesondere wenn mehrere Notare ihren Amtssitz vor Ort haben, ordnet die Bevölkerung „ihr“ Notariat in hohem Maße auch anhand der Lage der Amtsräume örtlich zu („Notariat X-Straße“). Darüber hinaus benötigt die Suche nach den optimalen Räumlichkeiten Zeit, die man am Anfang nicht hat.

Werden die Amtsräume verlegt, kann der neu bestellte Notar sowohl gegenüber dem Amtsvorgänger als auch gegenüber dem Vermieter der bisherigen Amtsräume vorübergehend die Duldung eines Hinweises auf die neue Geschäftsstelle verlangen.<sup>14</sup>

Wer die Übernahme von Amtsräumen eines anderen vormaligen Notars als des „Amtsvorgängers“ beabsichtigt, hat die Genehmigungspflicht gemäß § 53 Abs. 1 BNotO zu beachten.

### c) Büroausstattung und -technik

#### Übernahme von Einrichtungsgegenständen

Eine Verpflichtung zur vorübergehenden Überlassung der Büroausstattung besteht für den ausscheidenden Notar nur gegenüber dem Notariatsverwalter (RLE/BNotK 3.1.), gegenüber dem Amtsnachfolger aber regelmäßig nicht.

Ist der ausscheidende Notar bereit, brauchbare Einrichtungsgegenstände zu veräußern, wird die Übernahme, auch im Hinblick auf die Angestellten, die beste Lösung sein. Eine fair bemessene Ablöse ist selbstverständlich ein Gebot der Kollegialität und

<sup>14</sup> Bracker, a. a. O., Rn 73.



eine Sache der Höflichkeit. Möglich sind ein Pauschalpreis für die gesamte Ausstattung (umsatzsteuerfrei) oder die Ablösung einzelner Gegenstände (umsatzsteuerpflichtig).

Bei der Bemessung der Ablöse ist der Gesichtspunkt der Unveräußerlichkeit des Notaramtes zu beachten. Anhaltspunkt für die Höhe der Ablöse kann beispielsweise der steuerliche Wert der Einrichtung sein.

Die Urkundenkästen sind Teil der Urkundensammlung. Eine Ablösung kann nicht verlangt werden.<sup>15</sup>

#### *Telefon und Telefax*

Die Rücksichtnahme auf die Bedürfnisse des Publikums und die Kollegialität gebieten es, auch wo dies in den Kammerrichtlinien nicht ausdrücklich geregelt wird, den bisherigen Telefon- und Faxanschluss dem Nachfolger zu überlassen. Im Gegenzug ist es üblich, die vorhandene Telefonanlage einschließlich Miet- und/oder Wartungsverträgen zu übernehmen.

Die Anschlüsse sind auf den Amtsnachfolger umzumelden. Hierbei ist das vorhandene Optimierungspotenzial wie beispielsweise der Wechsel zu einem günstigeren Anbieter zu prüfen.

Die Anzahl der Anschlüsse sollte so dimensioniert sein, dass ein gleichzeitiges Telefonieren aller Mitarbeiter möglich ist. Sowohl das Senden als auch das Empfangen von Faxen sollte über den Computer möglich sein.

#### *Kopiergerät/Drucker/Scanner*

Soweit Geräte vorhanden sind, sollten diese wie üblich samt bestehender Leasing- und/oder Wartungsverträge übernommen werden.

Beim Abschluss bzw. der Verlängerung von Wartungsverträgen besteht erheblicher Verhandlungsspielraum. Die Mindestkopiermenge sollte deutlich unter den Erwartungen und die Laufzeiten nicht zu lang angesetzt werden.

Bewährt hat sich aus meiner Erfahrung ein sehr schnelles und leistungsfähiges Multifunktionsgerät (Kopieren/Drucken/Scannen/Faxen jeweils in Schwarz-Weiß und Farbe) und Schwarz-Weiß-Drucker an den einzelnen Arbeitsplätzen. Sämtliche Geräte sollten in das Netzwerk eingebunden sein.

#### *Computer Hard- und Software – Übergabe und Übernahme eines vorhandenen Systems*

Nach RLE/BNotK XI 3.1 besteht eine Verpflichtung zur vorübergehenden Überlassung der Hard- und Software nur gegenüber dem Notariatsverwalter, nicht gegenüber dem neuen Inhaber der Notarstelle.

Gemäß RLE/BNotK XI 3.2 hat der ausscheidende Notar, der seine Bücher und Akten mittels EDV führt, dem Notariatsverwalter und dem neuen Inhaber der Notarstelle den Zugriff auf die gespeicherten Daten (Dateien) kostenlos zu ermöglichen. Die Weitergabe der Datenträger bzw. die Bereithaltung der Daten (Dateien) zur Übertragung auf ein anderes System hat ebenfalls unentgeltlich zu erfolgen. Etwaige Kosten einer notwendigen Datenkonvertierung braucht der die Daten überlassende Notar nicht zu übernehmen.

Darüber hinaus ist der bisherige Inhaber der Notarstelle nicht verpflichtet, Hard- und Software sowie Textbausteine dem Nachfolger zu überlassen. Die gebotene Rücksichtnahme auf die Interessen der Mandanten, auf das Personal der Notarstelle und die Kollegialität verbieten gleichwohl in der Regel einen sofortigen

Abzug von Hard- und Software. Die Funktionsfähigkeit der Notarstelle könnte durch eine solche Maßnahme ohne Grund in Frage gestellt werden. Selbst wenn der Nachfolger zeitgerecht Hard- und Software bereitstellen kann, ist es fast unmöglich, neue Programme und Textbausteine von heute auf morgen einzuführen. Sofern Hard- und Software noch brauchbar sind und vom bisherigen Inhaber der Notarstelle nicht zwingend sofort wegen Amtssitzverlegung benötigt werden, ist es daher geboten, diese sowie die (Standard-)Textbausteine dem Nachfolger wenigstens vorübergehend (bis zu sechs Monaten) gegen angemessenes Entgelt zur Verfügung zu stellen. Ob Textbausteine Urheberrechtlichen Schutz genießen, ist zweifelhaft.

Trotzdem sollte frühzeitig in der Anwärterzeit mit dem Aufbau einer eigenen Urkundenbaustein- und Anschreibensammlung begonnen werden.

Bei der Übernahme von Hard- und Software sind Lizenz- und Serviceverträge zu beachten.

#### *Neuanschaffung*

Die Anschaffung der Hardware getrennt von der Software wird häufig billiger sein, erschwert aber später eine evtl. nötige Fehlersuche. In der Regel ist es sinnvoll, Hardware, Software und gegebenenfalls Verkabelung aus einer Hand zu erwerben, um hinterher nur einen Ansprechpartner zu haben.

#### *Anbieter/Programme*

Folgende notarspezifische Programme werden angeboten, wobei diese Auflistung keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt:

- *Advoware Notariat* von Rosbach Lösungen für Juristen, Alte Heerstr. 5, 32049 Herford, [www.advoware-kanzleissoftware.de](http://www.advoware-kanzleissoftware.de)
- *ArnoTop* von Ralf Schirm GmbH, Weißinger Straße 11, 89275 Elchingen, [www.schirm-gmbh.com](http://www.schirm-gmbh.com)
- *NOAH* von Dr. Westernacher & Partner Unternehmensberatung AG, Münchäckerweg 1, 69168 Wiesloch, [www.westernacher.com](http://www.westernacher.com)
- *Notre* von CVC GmbH, Dorotheenstraße 159, 22299 Hamburg, [www.cvc.ag](http://www.cvc.ag)
- *Pactum* von Gesellschaft für elektronische Datenverarbeitung im Notariat mbH, Kutschweg 7, 53947 Nettersheim-Pesch, [www.pactum.de](http://www.pactum.de)
- *ProNotar* von Andreas Krauß, Hard- und Software-Service GmbH, Grub 91, 94539 Grafing, [www.Pronotar.de](http://www.Pronotar.de)
- *SIGMA NOTAR 2010* von iFD AG, Schulstraße 38, 09125 Chemnitz, [www.sigmanotar.de](http://www.sigmanotar.de)
- *SyncFrame XML 32/64* von SyncLine GmbH, Eleonorenstraße 128, 55252 Mainz-Kastel, [www.syncframe.de](http://www.syncframe.de)
- *TriNotar* von Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Robert-Bosch-Str. 6, 50354 Hürth, [www.trinotar.de](http://www.trinotar.de)

Soweit einem nicht aus der Ausbildung bekannt, sollte man sich die Programme mindestens ausführlich vorführen lassen. Besser ist es, sich eine Demo- oder Vollversion zum Probetrieb auf einen Einzelrechner für mehrere Wochen installieren zu lassen. Darüber hinaus sollte man sich Referenzlisten geben lassen und die betreffenden Kollegen befragen. Wichtig für die Entscheidung für ein neues System dürfte neben der eigentlichen Funktionalität und Bedienerfreundlichkeit sein, inwieweit und zu welchem Preis die vom Vorgänger überlassenen Daten und eigenen Muster integriert werden können.

Ein Internetanschluss mit E-Mail-Adresse ist selbstverständlich; die Sicherheit des eigenen Netzwerkes muss gewährleistet sein.

<sup>15</sup> Thüringer OLG, Beschl. v. 16.12.2004 – 1 U 479/04.



Die Entwicklung auf diesem Gebiet geht rasend schnell voran; eine Information über den aktuellen Stand der Technik ist daher unerlässlich. Für den sicheren Internet-Zugang aus dem Netzwerk ist eine Firewall erforderlich. Ist diese konservativ konfiguriert und wird sie regelmäßig gewartet, darf nach Auffassung der meisten Notarkammern auch der für die Grundbucheinsicht verwendete PC vernetzt sein.

#### Sonstiger Bürobedarf

Für den sonstigen, insbesondere notarspezifischen, Bürobedarf wie Tekturen, Siegeloblaten, Urkundengarn, Siegelpresse usw. sind Bedarfslisten zu erstellen und diese rechtzeitig zu beschaffen. Gleiches gilt für Visitenkarten usw.

#### d) Siegel und Signaturkarte

Farbdruck- und Prägiesiegel sollten rechtzeitig bestellt werden. Die für die Herstellung zuständigen Stellen bzw. lizenzierte Betriebe können bei der Notarkammer erfragt werden. Die Ernennungsurkunde kann üblicherweise nachgereicht werden.

Signaturkarte(n) mit Notarattribut sind unter <http://www.elrv.info/de/signaturkarte/signaturkarte-bestellen.php> rechtzeitig zu bestellen. Die Lieferzeit beträgt ca. vier Wochen; der Gültigkeitsbeginn der Karte kann während des Bestellvorgangs festgelegt werden. Die bisherige Signaturkarte ohne Attribut sollte zum nächstmöglichen Zeitpunkt gekündigt werden. Mit Vorliegen der Bestätigung durch die Justizverwaltung über die Ernennung bestätigt die Notarkammer die Notareigenschaft am künftigen Amtssitz.

Lizenzen für die Programme „XNotar“ und „Signotar“ sind bei der NotarNet GmbH zu erwerben ([www.elrv.de](http://www.elrv.de)). Diese sind ebenso wie EGVP ([www.egvp.de](http://www.egvp.de)) auf dem eigenen System zu installieren.

#### e) Finanzierung, Banken, Versicherungen

Soweit Finanzierungsbedarf für die Notarstellenübernahme und die Erstausrüstung besteht, sollten die Kredite bei einem örtlichen Kreditinstitut aufgenommen werden. Gegebenenfalls kann über dieses auf geförderte Existenzgründerdarlehen der KfW (z. B. KfW-Gründerkredit – Start Geld) oder der Investitions- und Strukturbanken der Länder zurückgegriffen werden. Eine Übersicht über die Förderprogramme des Bundes, der Länder und der EU gibt die Förderdatenbank des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie ([www.foerderdatenbank.de](http://www.foerderdatenbank.de)).

Bei der Liquiditätsplanung ist zu berücksichtigen, dass Rechnungen im Durchschnitt erst ein bis zwei Monate nach Rechnungsstellung beglichen werden, so dass die laufenden Betriebs- und Lebenshaltungskosten für diesen Zeitraum vorfinanziert werden müssen. Einkommenssteuerrückstellungen sind rechtzeitig und in ausreichendem Maße zu bilden.

Gegebenenfalls kann zugunsten der Liquidität bei Einzelinvestitionen, insbesondere in Bürotechnik (Kopierer, Telefonanlage, Hard- und Software) sowie Pkw auf Miet- bzw. Leasingangebote zurückgegriffen werden.

Jedenfalls in ländlichen Gebieten sollte bei allen örtlichen Kreditinstituten ein Geschäftskonto unterhalten werden. Zur Vereinfachung der Buchhaltung und Bündelung der Liquidität kann ein zentrales Ausgabenkonto eingerichtet werden, auf welchem die Gutschriften der auf den Rechnungen angegebenen Einnahmekonten gepoolt werden. Kurzfristige Spitzen des Liquiditätsbedarfs können durch Einrichtung eines ausreichenden Kontokorrents aufgefangen werden.

Aufgrund der Statusänderung vom Notarassessor im Landesdienst in die Selbständigkeit ist die eigene Krankenversicherung

anzupassen und gegebenenfalls zu überprüfen. Gleiches gilt für die Vorsorge für das Alter und den Fall der Arbeitsunfähigkeit.

Der Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung, insbesondere für den Fall, dass ein Kunde im Büro verunfallt, ist empfehlenswert. Ob Betriebsmittelversicherungen, insbesondere Elektronikversicherungen, z. B. wegen Überspannungsschäden oder Betriebsunterbrechungsversicherung sinnvoll sind, hat jeder individuell zu entscheiden.

## VI. Bestellung

Die Bestellung zum Notar erfolgt durch Aushändigung der Bestallungsurkunde, § 12 BNotO. Auszuhändigen ist die mit der eigenhändigen Unterschrift des für die Ernennung zuständigen Organs oder seines Stellvertreters oder eines von ihm beauftragten Beamten versehene Urschrift der Bestallungsurkunde.<sup>16</sup>

Die Einzelheiten hierüber und der aufzunehmenden Niederschrift ergeben sich aus den AVNot der einzelnen Länder. In der Regel händigt der Präsident des Landgerichts, in dessen Bezirk der Amtssitz des neuen Notars liegt, die Urkunde aus und nimmt sodann dem Notar den Amtseid nach § 13 BNotO ab.

Anders als bei Richtern und Rechtsanwälten erfolgt die Abnahme des Notareids nicht in öffentlicher Sitzung.<sup>17</sup>

## VII. Nach der Bestellung

### 1. Aktenübertragung und -verwahrung

Im Hinblick darauf, dass im Bereich des hauptberuflichen Notariats entgegen dem gesetzlichen Regelfall der Aktenverwahrung durch das Amtsgericht, § 51 Abs. 1 S. 2 BNotO, die Bücher, Verzeichnisse und Akten des ausgeschiedenen Notars „in der Regel der Amtsperson in Verwahrung zu geben (sind), die als Amtsnachfolgerin oder Amtsnachfolger anzusehen ist (§ 51 Abs. 1 S. 2 BNotO)“,<sup>18</sup> ist ein vom Vorgänger bzw. Notariatsverwalter und vom neuen Notar zu unterschreibendes Übergabeprotokoll zu fertigen.

Dieses ist in die Generalakte des neuen Notars zu nehmen und, soweit eine solche Verpflichtung in den einzelnen Ländern besteht, dem Landgericht und/oder der Notarkammer gegebenenfalls verbunden mit der Amtsantrittsanzeige in Kopie zu übersenden.

Die Übertragung der Verwahrung der Bücher, Verzeichnisse und Akten des ausgeschiedenen Notars auf den Amtsnachfolger ist ein nach §§ 111 ff. BNotO anfechtbarer Justizverwaltungsakt.

Gegenstand der Übertragung auf den neu ernannten Notar sind die beim ausscheidenden Notar vorhandenen Bestände an Akten und Urkunden bestehend aus:

- den vom Notar zu führenden Büchern und Verzeichnissen (§ 5 Abs. 1 S. 1 DONot) bzw. den anstelle der Verzeichnisse errichteten Karteien (§§ 14 Abs. 2, 9 Abs. 2 DONot),
- der Urkundensammlung (§§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, 18 DONot),
- den Protestsammelbänden (§§ 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, 21 DONot),
- den Nebenakten (§ 22 DONot) einschließlich derjenigen über die Verwahrungsgeschäfte i. S. v. § 23 BNotO und die Betreuungstätigkeit i. S. v. § 24 BNotO, auch soweit sie der Vorbereitung noch nicht durchgeführter Amtsgeschäfte dienen,<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Schippel/Bracker/Görk, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 12 Rn 6.

<sup>17</sup> Schippel/Bracker/Görk, Bundesnotarordnung, 9. Aufl. 2011, § 13 Rn 5.

<sup>18</sup> 5.2.1. VVNot RhPf.

<sup>19</sup> Bracker, a. a. O., Rn 49.

- den Generalakten (§ 23 DONot) und
- im Bereich der Notarkasse und der Ländernotarkasse den Kostenregistern.

Auch wenn eine ausdrückliche Regelung hierfür fehlt, sind nach dem Sinn und Zweck der Übertragung der Akten des ausscheidenden Notars auf seinen Amtsnachfolger auch die Wertpapiere und Kostbarkeiten, die der Notar im Rahmen eines Verwahrungsgeschäfts i. S. d. § 23 BNotO körperlich aufbewahrt, kraft Übertragungsaktes der Justizverwaltung analog § 58 Abs. 1 BNotO in die Verwahrung und Verfügungsmacht des Amtsnachfolgers zu übergeben.<sup>20</sup> Gleiches gilt für Urkunden, die ihm im Zusammenhang mit Amtsgeschäften übergeben wurden, und zwar unabhängig davon, ob sie wie Genehmigungen, Vollmachten oder Vorkaufsrechtezeugnisse der Gemeinden gemäß § 19 Abs. 4 und 5 DONot den Niederschriften beizufügen sind oder beigefügt werden können (dann sind sie Teil der Urkundensammlung), oder ob dies nicht der Fall ist, wie z. B. Löschungsbewilligungen abzulösender Gläubiger.

Zu übergeben und zu übernehmen sind, anders als bei der Verwahrung durch das Amtsgericht,<sup>21</sup> alle Amtsbestände, d. h. insbesondere alle Nebenakten soweit nicht die Aufbewahrungsfrist nach § 5 Abs. 4 DONot abgelaufen ist und diese zu vernichten sind. Der Amtsvorgänger darf, auch soweit er den Amtssitz verlegt hat, solche weder in Urschrift noch in Kopie mitnehmen.<sup>22</sup>

Zu übergeben sind auch die zur Urkundensammlung gehörenden Behältnisse, nicht aber die Möbel, in denen die Behältnisse untergebracht sind.<sup>23</sup>

Die Übertragung umfasst auch nicht den Bestand des Amtsvorgängers an den nach § 32 BNotO zu haltenden Amtsblättern.

Anderkonten und Anderdepots sind gemäß § 54b Abs. 3 S. 2 BeurkG durch die Justizverwaltung in die Verfügungsbefugnis des Aktenverwahrers zu übertragen.

Mit der Übertragung der Verwahrung wird der aktenverwahrende Notar zuständig für die Amtsgeschäfte, die an die amtliche Verwahrung der Urkunden geknüpft sind. Dies sind insbesondere die Erteilung von (vollstreckbaren) Ausfertigungen und Abschriften (§ 48 BeurkG), die Gestattung von Akteneinsicht sowie Ablieferung von in seiner Verwahrung befindlichen Erbverträgen oder sonstigen Urkunden, deren Inhalt die Erbfolge ändert, § 34a Abs. 2 BeurkG.

Der aktenverwahrende Notar erteilt die Ausfertigungen der in seiner Verwahrung befindlichen Urkunden in eigener Zuständigkeit. Ob wegen der Verweisung in § 51 Abs. 1 S. 3 BNotO auf § 45 Abs. 4 BNotO der die Ausfertigung erteilende Notar gleichwohl auf die Amtsnachfolge hinzuweisen hat, ist umstritten.<sup>24</sup> Unabhängig hiervon ist ein Hinweis auf die Amtsnachfolge aus praktischen Erwägungen anzuraten, da hierdurch Unsicherheiten und Nachfragen der Beteiligten und der Vollstreckungsorgane vermieden werden.

Da die Verwahrung der Amtsbestände durch einen Notar einen umfassenderen Zweck als die Verwahrung durch das Amtsgericht hat (s. o.), gehen bezüglich dieser Amtsbestände alle

Befugnisse und Pflichten entsprechend dem Rechtsgedanken des § 64 Abs. 3 S. 1 BNotO auf den Aktenverwahrer über, wie sie einen Notar auch hinsichtlich seiner eigenen Urkunden und Akten treffen, d. h. insbesondere, dass er verpflichtet ist, die begonnenen Amtsgeschäfte abzuwickeln (RLE/BNotK XI 2). Dies betrifft nicht nur die Urkunden-, sondern auch Verwahrungs- und Betreuungsgeschäfte einschließlich die übergebenen Urkunden betreffende Treuhandverhältnisse, z. B. hinsichtlich Vorlagensperren und abzulösender Grundpfandrechtsgläubiger.

Vollmachten, insbesondere Vollzugsvollmachten und solche, für die eine gesetzliche Vermutung besteht (§ 15 GBO, 378 Abs. 2 FamFG), gehen auf den Amtsnachfolger über. Vollmachten, insbesondere Finanzierungs- und Änderungsvollmachten, die in ihrer Ausübung auf den „beurkundenden Notar“ beschränkt sind, können auch ohne ausdrückliche Benennung des „Amtsnachfolgers“ vor diesem ausgeübt werden. Dies ergibt sich aus dem Schutzzweck der Beschränkung. Durch die Beschränkung wird gewährleistet, dass die im Innen- und Außenverhältnis bestehenden Einschränkungen der Vollmacht beachtet werden und ein abgestimmter Vollzug mit der „Haupturkunde“ erfolgt. Dieser Schutzzweck kann nur durch den aktenverwahrenden Notar gewährleistet werden. Um Unsicherheiten zu vermeiden, sollten die Vollmachten besser auf den „die Urkunde vollziehenden Notar“ beschränkt werden.

Die Gebühren für die Erteilung von vollstreckbaren Ausfertigungen der verwahrten Urkunden (§ 133 KostO) stehen dem verwahrenden Notar zu. Für die Aufteilung der durch die laufenden Amtsgeschäfte erwachsenden Kostenforderungen und geleisteten Kostenvorschüsse zwischen Amtsvorgänger und -nachfolger gilt § 64 Abs. 3 S. 2 und 3 BNotO entsprechend,<sup>25</sup> d. h. die nach Übernahme des Amtes fällig werdenden Kostenforderungen stehen dem Amtsnachfolger zu; er muss sich aber im Verhältnis zum Kostenschuldner die vor der Übernahme des Amtes gezahlten Vorschüsse anrechnen lassen. Gebühren für vom Vorgänger gefertigte Entwürfe stehen diesem nur zu, soweit die Voraussetzungen des § 145 Abs. 3 KostO vorliegen oder Entwürfe nach § 145 Abs. 1 oder 2 KostO in Rechnung gestellt werden können, was selten der Fall sein wird, weil in aller Regel nicht nur ein Urkundsentwurf angefordert, sondern gleichzeitig ein Beurkundungsauftrag erteilt wird (dann kein Fall des § 145 Abs. 1 KostO) bzw. die Beurkundung nicht aus einem Grund unterblieben ist, der gerade nicht in der Person des Notars liegt (dann kein Fall des § 145 Abs. 3 KostO). Auf einen Ausgleich zwischen Amtsvorgänger und Amtsnachfolger wird im hauptberuflichen Notariat regelmäßig verzichtet, kommen doch die vom Amtsvorgänger eingeleiteten Vorbereitungen dem Amtsnachfolger zugute, wohingegen dieser den Vollzug der Urkunden des Vorgängers übernimmt.<sup>26</sup>

Wegen der Einziehung der Kostenforderungen des Amtsvorgängers und der Zuständigkeit für die Erteilung (vollstreckbarer) Kostenrechnungen wird verwiesen auf *Bracker*, in: Schippel/Bracker, BNotO, § 51 Rn 61 f.

## 2. Sonstige Verpflichtungen anlässlich der Übernahme

Eine Unterschrifts- und Siegelprobe ist beim Präsidenten des Landgerichts einzureichen, §§ 1 und 2 DONot.

<sup>20</sup> *Bracker*, a. a. O., Rn 52.

<sup>21</sup> Zu den vom Amtsgericht zu verwahrenden Akten und dessen Aufgaben siehe *Bracker*, a. a. O., Rn 8 ff.

<sup>22</sup> *Bracker*, a. a. O., Rn 49.

<sup>23</sup> *Bracker*, a. a. O., Rn 9.

<sup>24</sup> Dagegen *Bracker*, a. a. O., Rn 22; dafür *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl. 2011, Rn 37, 42.

<sup>25</sup> *Bracker*, a. a. O., Rn 60.

<sup>26</sup> *Bracker*, a. a. O., Rn 58, ausdrückliche Regelungen hierzu enthalten die Richtlinien der Notarkammern Koblenz, Mecklenburg-Vorpommern, Pfalz und der Rheinischen Notarkammer.

Die Siegel und Stempel des Amtsvorgängers sind beim Amtsgericht zur Vernichtung abzuliefern, § 51 Abs. 2 BNotO. Die Pflicht hierzu trifft sowohl den an seinem bisherigen Amtssitz aus dem Amt geschiedenen Notar als auch seinen bestellten Amtsnachfolger bzw. dessen Notariatsverwalter.<sup>27</sup> Wohin die Siegel und Stempel des Notariatsverwalters nach Beendigung seines Amtes abzuliefern sind, ergibt sich aus der AVNot des jeweiligen Landes.

Der neu ernannte Notar hat seine Amts- und Namensschilder (§ 3 DONot) an der Amtsstelle anbringen zu lassen. Dabei kann er sein Amtsschild vorübergehend mit einem Hinweis auf den früheren Amtsinhaber versehen.<sup>28</sup>

Sämtliche beschäftigte Personen sind gemäß § 26 BNotO i. V. m. § 1 VerpflichtungsG zu verpflichten. Dies gilt auch, wenn zwischen denselben Personen bereits früher ein Beschäftigungsverhältnis bestand oder Beschäftigte eines anderen Notars übernommen werden, § 4 DONot. Die über die Verpflichtung aufzunehmende Niederschrift ist zu den Generalakten zu nehmen. Darüber hinaus sind die Angestellten zur Beachtung der Bestimmungen des jeweiligen Landesdatenschutzgesetzes zu verpflichten (z. B. § 8 Abs. 2 LDSG Rh-Pf).

Die Neu- bzw. Umbestellung der Amtsblätter gemäß § 32 BNotO ist zu veranlassen.

### 3. Elektronisches Grundbuch und andere elektronische Register

Die Teilnahme am automatisierten Abrufverfahren zum Elektronischen Grundbuch der einzelnen Bundesländer ist zu beantragen. Da die früher für die Zulassung in jedem Bundesland erhobene einmalige Einrichtungsgebühr mit der Neuordnung der Abrufgebühren entfallen ist, sollte jedenfalls in den Bundesländern, in denen voraussichtlich Einsicht in Grundbücher zu nehmen ist, die Teilnahme beantragt werden. Die Angestellten, denen eine Abrufberechtigung eingeräumt wird, sind zur Einhaltung der jeweils bestehenden „Mindestmaßnahmen zur Sicherheit des automatisierten Abrufverfahrens“<sup>29</sup> zu verpflichten.

Zu beantragen sind des Weiteren der Online-Zugang zum:

- Zentralen Vorsorgeregister und Testamentsregister der Bundesnotarkammer; ein Zugang zum Zentralen Testamentsregister setzt einen Notarnetzzugang oder eine auf die Notarstelle zugelassene und konfigurierte Registerbox voraus,
- Gemeinsamen Registerportal der Länder ([www.handelsregister.de](http://www.handelsregister.de)).

Sinnvoll sind des Weiteren Online-Zugänge zum elektronischen Bundesanzeiger ([www.ebundesanzeiger.de](http://www.ebundesanzeiger.de)), zum Companies House ([www.companieshouse.gov.uk](http://www.companieshouse.gov.uk)) und gegebenenfalls zu weiteren ausländischen Handelsregistern.

### 4. Steuern, Soziales, Meldepflichten

#### a) Steuern

Eine neue Steuernummer ist beim Finanzamt formlos, aber unverzüglich zu beantragen, da ohne diese keine Rechnungen erstellt werden dürfen. Die steuerrechtlichen Mindestangaben auf der Rechnung ergeben sich im Übrigen aus § 14 Abs. 4 UStG.

Der „Fragebogen zur steuerlichen Erfassung“ ist ausgefüllt beim Finanzamt einzureichen. Dabei ist insbesondere zu beachten, dass:

- die Teilnahme am Lastschriftverfahren einerseits Säumniszuschläge verhindert, andererseits eine vorausschauende Liquiditätsplanung voraussetzt,
- zu hohe Angaben bei der Festsetzung der Vorauszahlungen zur Einkommensteuer unnötigen Liquiditätsverlust bedeuten, zu niedrige Angaben von der Finanzverwaltung aber als Steuerverkürzungstatbestand aufgegriffen werden können,
- bei der Umsatzsteuer aus Liquiditäts- und Vereinfachungsgesichtspunkten betreffend uneinbringlicher Forderungen die „Istversteuerung“ gewählt werden sollte.

Soweit noch nicht vorhanden ist für innergemeinschaftliche Umsätze eine Umsatzsteuer-Identifikationsnummer zu beantragen. Auf die Meldepflicht nach § 18a UStG für umsatzsteuerfreie innergemeinschaftliche Lieferungen sei hingewiesen.

Wegen der monatlichen Umsatzsteuervor- bzw. Lohnsteueranmeldungen ist die Teilnahme am elektronischen ELSTER-Verfahren obligatorisch. Die Umsatzsteueranmeldung hat auf elektronischem Weg bis zum 10. des Folgemonats zu erfolgen. Ob von der Möglichkeit der Dauerfristverlängerung nach §§ 18 Abs. 6 UStG, 46 ff. UStDV Gebrauch gemacht werden sollte, ist angesichts der überschaubaren Anzahl von Buchungen fraglich.

Auf die Möglichkeit des „Investitionsabzugsbetrages“ und der „Mittelstandsonderabschreibung“ nach § 7g EStG sei hingewiesen. Die Entscheidung hierüber sollte aber nicht ohne steuerlichen Rat getroffen werden. Überhaupt ist es anzuraten, jedenfalls die Lohnbuchhaltung auf einen Steuerberater, externe Lohnbuchhalter usw. zu übertragen.

#### b) Soziales

Eine neue Betriebsnummer ist bei der örtlichen Agentur für Arbeit zu beantragen.

Die Angestellten sind bei der Verwaltungsberufsgenossenschaft (obligatorische Berufsunfallversicherung) anzumelden. Unfallanzeigen bei der Berufsgenossenschaft haben für alle Mitarbeiter innerhalb von drei Tagen zu erfolgen.

Nach den Regelungen der einzelnen Landesdatenschutzgesetze ist gegebenenfalls ein Datenschutzbeauftragter zu bestellen und dieser und die an der Notarstelle eingesetzten automatisierten Verfahren, mit denen personenbezogene Daten verarbeitet werden, beim Landesdatenschutzbeauftragten anzumelden.

### 5. Sonstiges

Die Eintragung in die örtlichen Telefonbücher und Gelben Seiten sind ebenso wie in elektronische Verzeichnisse wie Google usw. zu veranlassen.

Eine eigene Homepage ist, da die Notarsuche immer mehr über das Internet erfolgt, heute unerlässlich. In der Internet-Domain darf der Notar nach Abschnitt VII Nr. 7 RLE/BNotK keine Begriffe verwenden, die eine gleichartige Beziehung zu anderen Notaren aufweisen und nicht mit individualisierenden Zusätzen versehen sind. Dies gilt insbesondere für Internet-Domainnamen, die notarbezogene Gattungsbegriffe ohne individualisierenden Zusatz enthalten oder mit Bezeichnungen von Gemeinden oder sonstigen geografischen oder politischen Einheiten kombinieren, es sei denn, die angegebene Gemeinde oder Einheit liegt im Amtsbereich keines anderen Notars.

<sup>27</sup> Bracker, a. a. O., Rn 71.

<sup>28</sup> Bracker, a. a. O., Rn 73.

<sup>29</sup> Vgl. z. B. „Merkblatt über Mindestmaßnahmen zur Sicherheit des automatisierten Abrufverfahrens“ des Elektronischen Grundbuches Rheinland-Pfalz.



Nach Auffassung der meisten Notarkammern ist der Name des Notars kein „Begriff“ im Sinne der Richtlinien, weshalb Adressen wie „notar-müller.de“ zulässig sind.

Wegen des Werbeverbotes (§ 29 BNotO) ist weiter Folgendes zu beachten:

Die Homepage kann neben allgemeinen Erläuterungen zu den Aufgaben und Tätigkeiten des Notars Angaben zum Lebenslauf des Notars mit Foto, zu wissenschaftlichen Publikationen und Fremdsprachenkenntnissen sowie zur Geschäftsstelle (Anfahrtskizze, Öffnungszeiten, Parkplätze) und den Mitarbeitern enthalten. Es können auch Hinweise aufgenommen werden, dass der Notar Mediationen durchführt und bestimmte genehmigungsfreie Tätigkeiten, z. B. das Amt eines Testamentsvollstreckers, Schiedsrichters oder Betreuers, übernimmt.

Günstige Homepages mit Mustertexten über Aufgaben und Tätigkeiten des Notars bietet die Bundesnotarkammer und für seine Mitglieder der Bayerische Notarverein e. V. an.

Eine Zeitungsannonce zur Notarstellenübernahme sowie ein sachlicher Bericht in den örtlichen Tageszeitungen des Amtsbezirks mit einer persönlichen Vorstellung des neuen Amtsinhabers kann angeregt werden. Die hierfür geltenden berufsrechtlichen Grenzen der Darstellung sind zu beachten und Zweifelsfälle sollten mit der Notarkammer abgestimmt werden.

Üblich ist darüber hinaus jedenfalls außerhalb der Großstädte die persönliche Vorstellung bei den Kollegen vor Ort sowie bei den Leitern von Verwaltung, Gericht, ortsansässigen Kreditinstituten usw.

## VIII. Schluss

Verständlicherweise ist man nach seiner Ernennung zum Notar und bei der Übernahme der ersten Notarstelle voller Tatendrang

und Enthusiasmus und möchte seine eigenen inhaltlichen, organisatorischen und technischen Vorstellungen über eine Notarstelle zügig verwirklichen. Der eigene Tatendrang wird von denjenigen, mit denen man arbeiten will und muss, aber nicht notwendigerweise geteilt. Soweit es für einen selbst vertretbar ist, sollten daher Neuerungen und Änderungen in einem Tempo eingeführt werden, welche die Angestellten und die Mandanten mitnimmt und nicht überfordert oder verstört. Soweit eine Weiterentwicklung des an der Notarstelle Vorgefundenen möglich ist, ist diese einer völligen Neuausrichtung der Notarstelle in der Regel vorzuziehen. Wenn man wieder einmal an die Grenze des „Das haben wir schon immer so gemacht“ stößt, sollte man daher prüfen, ob es hierfür nicht gute Gründe geben mag, schließlich hat die Notarstelle seit Jahren oder Jahrzehnten funktioniert und das im Zweifel gut.

Nicht beunruhigen sollte einen ein anlässlich des Notarwechsels auftretender geringfügiger Mandantenverlust. Dieser ist wohl typisch und kann durch gute Leistung und entsprechendes Auftreten mehr als kompensiert werden.



Sebastian Bäumler

ist Notar in Ludwigshafen.

E-Mail: Sebastian.Baeumler@notar-baeumler.de

## Kontinentales Recht – global, sicher, flexibel, kostengünstig Beziehen Sie Stellung im Wettbewerb der Rechtsordnungen!

Das kontinentale Recht ist besser als sein Ruf. Dank der Kodifikation ist es vorhersehbar und für jedermann zugänglich. Es müssen nur solche Punkte vertraglich geregelt werden, in denen die Beteiligten vom geschriebenen Recht abweichen. Das macht Verträge kurz, prägnant und kostengünstig. Das kontinentale Prozessrecht ist ausgewogen und effizient. Einen entscheidenden Trumpf des kontinentalen Rechts stellt zuletzt das System der vorsorgenden Rechtspflege dar. Es sorgt für Rechtssicherheit und Vertrauen bei geringen Kosten. Dies führt zu einem internationalen Spitzenplatz beim Eigentumsschutz.

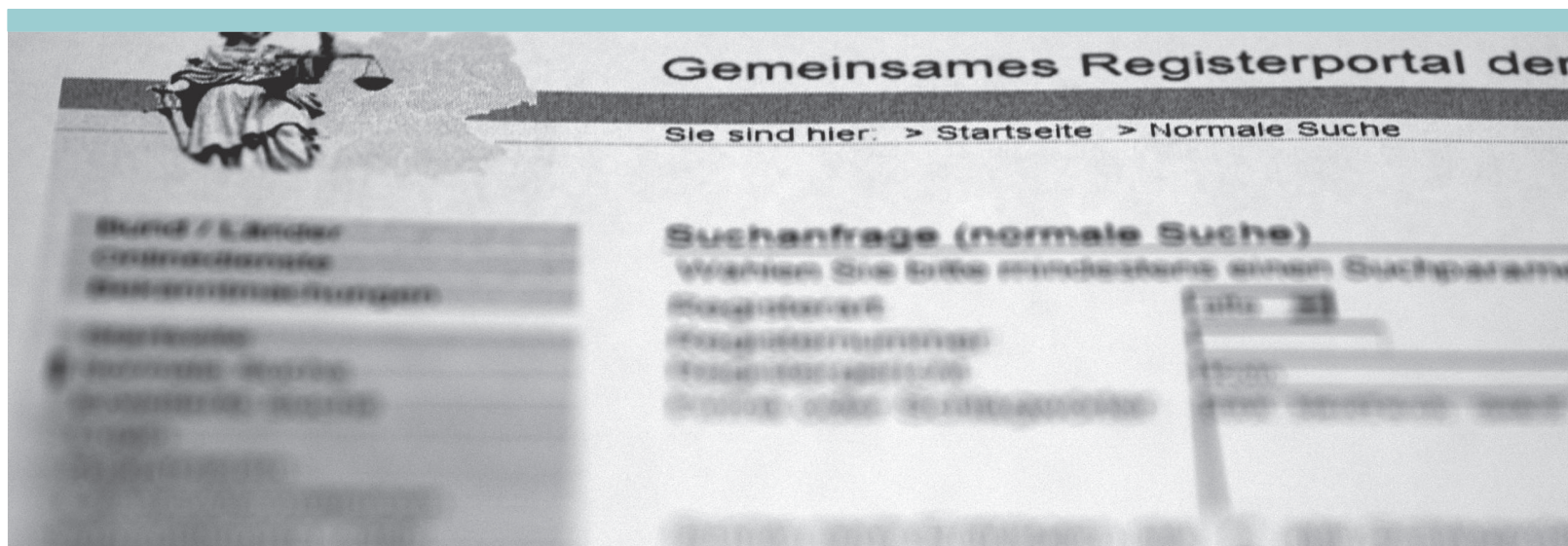
Um auch gegenüber einer breiten (juristischen wie nichtjuristischen) Öffentlichkeit die Vorteile des kontinentalen Rechts zu betonen und für dessen Anwendung zu werben, haben die fünf großen deutschen juristischen Berufsorganisationen – Bundesrechtsanwaltskammer, Bundesnotarkammer, Deutscher Anwaltverein, Deutscher Richterbund und Deutscher Notarverein – gemeinsam mit der französischen „Fondation pour le droit continental“ eine Broschüre zum kontinentalen Recht erarbeitet. Diese stellt die wesentlichen Strukturelemente des kontinentalen Rechts anschaulich und ansprechend aufbereitet dar. Ein Schwerpunkt wird hierbei auch auf das Gesellschafts- und Immobilienrecht sowie auf die Finanzierung im kontinentalen Recht gelegt.

Zeigen auch Sie Flagge für das kontinentale Recht! Durch das Auslegen der Broschüre in Ihrem Wartezimmer können Sie Ihre Mandanten für diese Initiative sensibilisieren und deutlich machen, dass Sie sich als Notar zu dem grenzüberschreitenden Werte- und Rechtskanon des kontinentalen Rechts bekennen.

Die deutsch-englische Broschüre können Sie gegen eine Schutzgebühr online bestellen unter [www.kontinentalesrecht.de](http://www.kontinentalesrecht.de).







## jahresrückblick

Thomas Kilian

# Registerrecht

## Aktuelle Entwicklungen

Im Berichtszeitraum wurden einige Gerichtsentscheidungen zu den durch das MoMiG entstandenen registerrechtlichen Streitfragen veröffentlicht. Außerdem erging neue Rechtsprechung zu weiteren Themen. Gesetzesänderungen gab es im vergangenen Jahr nicht. Die EU-Kommission hat allerdings den Entwurf einer Richtlinie zur Verknüpfung der Handels- und Unternehmensregister der Mitgliedstaaten veröffentlicht und damit ein europäisches Gesetzgebungsverfahren auf den Weg gebracht.

### A. Rechtsprechung

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

Im Berichtszeitraum ist weiterführende Rechtsprechung zu Zweifelsfragen des modernisierten GmbH-Rechts ergangen, insbesondere Entscheidungen zur Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG.

##### 1. Beschwerderecht bei Zurückweisung einer Gesellschafterliste nach § 40 GmbHG

Aufgrund einer Entscheidung des BGH steht nunmehr fest, dass dem Notar ein eigenes Beschwerderecht gegen die Zurückweisung einer von ihm eingereichten Gesellschafterliste durch das Registergericht zusteht.<sup>1</sup> Dies folgt nach Auffassung des Gerichts zwar noch nicht aus § 59 Abs. 2 FamFG. Nach dieser Norm steht die Beschwerde allein dem Antragsteller zu, wenn ein Beschluss nur auf Antrag erlassen werden kann und der Antrag zurückgewiesen worden ist. Nach § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde aber ebenso demjenigen zu, der durch den Beschluss in eigenen Rechten beeinträchtigt ist. Der BGH bestätigt nun, dass (auch) der Notar durch die Ablehnung des Registergerichts, die von ihm gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG eingereichte Gesellschafterliste in den Registerordner aufzunehmen, in eigenen Rechten beeinträchtigt wird. Damit wendet er sich ausdrücklich gegen die Rechtsprechung einiger Instanzgerichte,

die die Beschwerdebefugnis des Notars mit dem Argument verneint hatten, dass der Notar seiner Amtspflicht bereits mit der Einreichung der Liste genüge, so dass ihn die Zurückweisung der Liste durch das Registergericht nicht mehr in eigenen Rechten beeinträchtigen könne.<sup>2</sup>

Materiell-rechtlich ging es in der vorgenannten Entscheidung um den im letzten Jahresbericht genannten Beschluss des OLG Bamberg<sup>3</sup> zu der umstrittenen Frage, ob eine einmal vergebene Nummerierung der Geschäftsanteile einer Gesellschafterliste beibehalten werden muss, wenn aufgrund einer Veränderung im Bestand der Gesellschafter nach § 40 GmbHG eine neue Gesellschafterliste erstellt und beim Registergericht eingereicht wird. Teilweise wird insoweit die Beibehaltung der ursprünglichen Nummerierung der Geschäftsanteile für nicht notwendig erachtet, da ausreichend sei, dass aus der Liste die aktuellen Gesellschafter mit den diesen zuzuordnenden Geschäftsanteilen zu entnehmen seien.<sup>4</sup> Nach anderer Ansicht ist die einmal vergebene Nummerierung der Geschäftsanteile dagegen beizubehalten.<sup>5</sup> Das OLG Bamberg schloss sich unter Berufung auf den Wortlaut und den Sinn und Zweck des § 40 GmbHG der letztgenannten Auffassung an.

Der BGH wandte sich gegen diese Gesetzesauslegung und erklärte die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile unter Kennzeichnung ihrer Herkunft für zulässig.<sup>6</sup> Der Gesetzgeber habe den Grundsatz der Gliederungskontinuität, wie er beispielsweise für den Jahresabschluss angeordnet ist (§ 265 Abs. 1 HGB), in Bezug auf die Gesellschafterliste nicht aufgestellt. Ohnehin könne eine Stetigkeit der Nummerierung nicht in allen

<sup>1</sup> BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, NJW 2011, 1809.

<sup>2</sup> Z. B. OLG Köln, Beschl. v. 7.5.2010 – 2 Wx 20/10, FGPrax 2010, 202.

<sup>3</sup> OLG Bamberg, Beschl. v. 2.2.2010 – 6 W 40/09, MittBayNot 2010, 331.

<sup>4</sup> LG Stendal, Beschl. v. 21.9.2009 – 31 T 14/09, NotBZ 2009, 422.

<sup>5</sup> LG Augsburg, Beschl. v. 28.4.2009 – 2 HKT 902/09, NZG 2009, 1032; Zöller/Noack, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rn 13.

<sup>6</sup> BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, NJW 2011, 1809, 1810.

Fällen durchgehalten werden, etwa nach einer Teilung oder Zusammenlegung von Geschäftsanteilen, erst recht wenn vormals geteilte Geschäftsanteile anschließend mit anderen Geschäftsanteilen zusammengelegt werden. In solchen Fällen wird teils die Vergabe von Abschnittsnummern (1.1, 1.2,...), teils die Verwendung ergänzender Buchstaben (1a, 1b,...) und teils die Vergabe der nächst freien Nummern vorgeschlagen.<sup>7</sup> Der BGH führte aus, dass das Gesetz hierzu – soweit der Begriff der „laufenden Nummern“ erfüllt bleibe – keine zwingende Vorgabe macht, obwohl das Problem bereits im Gesetzgebungsverfahren bekannt war.<sup>8</sup> Sofern in manchen Fällen Brüche in der Gliederungskontinuität unvermeidlich seien, bestehe keine Notwendigkeit, in allen übrigen Abtretungsfällen die Stetigkeit der Nummerierung zu fordern, solange die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse unter einer Umnummerierung nicht leidet und jeder Geschäftsanteil durch die Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt. Reine Zweckmäßigkeitsgesichtspunkte, die allerdings regelmäßig für eine Beibehaltung der Nummerierung sprechen, berühren die Rechtsgültigkeit der eingereichten Liste danach nicht. In dem vom BGH entschiedenen Fall waren die mit den laufenden Nummern 1 bis 12 gekennzeichneten Anteile durchgestrichen worden und unter den laufenden Nummern 13 bis 24 unter Hinweis auf die bisherige Nummerierung neu vorgetragen worden. Ein derartiger Aufbau der Gesellschafterliste ist damit künftig als gesetzeskonform anzusehen.

#### PRAXISTIPP

##### Nummerierung der Gesellschafterliste:

Aus Praktikabilitätsgründen empfiehlt es sich auch künftig, eine einmal vergebene Nummerierung eines Geschäftsanteils bei Änderungen in der Person des Inhabers beizubehalten.

## 2. Prüfungsbefugnis des Registergerichts nach Listeneinreichung

Der BGH ließ in der vorstehend zitierten Entscheidung leider erneut offen, **ob** und gegebenenfalls in welchem Umfang das **Registergericht das Recht oder die Pflicht hat, die eingereichte Gesellschafterliste auf ihre Richtigkeit zu prüfen.**<sup>9</sup> Etwas Licht ins Dunkel brachte hierzu jedoch zumindest eine Entscheidung des OLG Frankfurt/Main,<sup>10</sup> welche die nicht seltene Konstellation sich widersprechender Listeneinreichungen betraf. Zunächst hatte hier ein Notar im Anschluss an eine Anteilsabtretung eine nach § 40 Abs. 2 GmbHG bescheinigte Gesellschafterliste eingereicht. Diese Liste wurde auch vom Gericht in den Registerordner eingestellt und veröffentlicht. Im Anschluss daran reichte der Geschäftsführer der Gesellschaft eine formell ordnungsgemäße Gesellschafterliste ein. Er beantragte, diese Liste einzustellen und begründete dies damit, dass der Vertrag unwirksam sei, der der zuvor eingereichten bescheinigten Liste zugrunde lag. Im Laufe des Verfahrens trug der Geschäftsführer konkretisierend vor, dass dieser Vertrag angefochten worden sei, und legte dem Registergericht die entsprechende Anfechtungserklärung vor.

Das OLG Frankfurt/Main hielt die zurückweisende Zwischenverfügung aufrecht und entschied, dass das Registergericht **nur eine formelle, jedoch grundsätzlich keine inhaltliche Prü-**

**fungspflicht** hinsichtlich eingereicherter Gesellschafterlisten trifft.<sup>11</sup> Allerdings könne es die Aufnahme einer Gesellschafterliste in den Registerordner dann verweigern, wenn es sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit der eingereichten Liste hat. So sei eine Zurückweisung mit der Begründung, dass eine nicht dazu berechtigte Person die Gesellschafterliste unterschrieben habe, nur dann zulässig, wenn ohne Weiteres sicher feststeht, dass die falsche Person (Notar bzw. Geschäftsführer) die Liste unterzeichnet hat. In diesem Zusammenhang sehr bedeutsam für die Praxis ist auch die Feststellung des Gerichts, dass **das Registergericht nicht berechtigt ist, die Aufnahme einer Gesellschafterliste zum Handelsregister davon abhängig zu machen, dass die der neuen Liste zugrunde liegenden Übertragungsakte gegenüber dem Registergericht offenbart werden.**

Im vorliegenden Fall stellte das Gericht darauf ab, dass eine Anfechtung als solche nach BGB-AT keinen Sachverhalt darstellt, mit dem automatisch die Rückübertragung des Geschäftsanteils auf den verfügenden Gesellschafter einhergehe. Erforderlich ist nämlich noch das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes und die Einhaltung der Frist. Auch ist unklar, ob eine Anfechtung des schuldrechtlichen Geschäfts im konkreten Fall auch auf die Abtretung durchschlägt oder nicht. Es fehlte damit an einem „Wirksamwerden“ der Gesellschafterveränderung i. S. v. § 40 Abs. 1 S. 1 GmbHG. Das Registergericht hatte daher nach Auffassung des OLG die Aufnahme der vom Geschäftsführer eingereichten Liste zu Recht verweigert. Das **Registergericht dürfe** nämlich im Hinblick auf die durch die Aufnahme der Gesellschafterliste in den Registerordner eintretende Legitimations- und Rechtsscheinwirkung nach § 16 GmbHG **nicht wesentlich an der Schaffung eines falschen Rechtsscheins mitwirken** und damit möglicherweise die Grundlage für Schädigungen Dritter oder von Gesellschaftern schaffen.

## 3. Wortlaut der Notarbescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG

In einem Verfahren des OLG Stuttgart<sup>12</sup> hatte die Streitgegenständliche Notarbescheinigung auf der Gesellschafterliste folgenden Wortlaut:

*Die vorstehende Gesellschafterliste enthält mit Ausnahme der bislang nicht im Handelsregister vollzogenen Beschlüsse in Abschnitt B. I. meiner Urkunde vom [...] die Veränderungen, die sich aufgrund meiner vorgenannten Urkunde nach Vollzug der Kapitalerhöhung im Handelsregister ergeben und stimmt ansonsten mit der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste vom [...] überein.*

Das Registergericht wies die Liste mit dem Bemerkten zurück, die Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 GmbHG habe nur den Gesetzestext zu enthalten. Dem folgte das OLG Stuttgart nicht. Es bestand dem **Notar das Recht zu, Auslegungszweifel in Bezug auf den Inhalt der Bescheinigung zu vermeiden** und eine entsprechende Einschränkung aufzunehmen, wenn sich sonst für den Leser der unrichtige Eindruck ergeben würde, auch dieser Teil der Urkunde sei wirksam geworden. Voraussetzung sei nur, dass die Notarbescheinigung ihrem Sinngehalt nach dem Gesetzestext des § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG entspreche.

<sup>7</sup> OLG Jena, ZIP 2010, 831, 832; *Wicke*, MittBayNot 2010, 283, 284; DNotI-Report 2010, 147, 148 f.

<sup>8</sup> Vgl. die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des Deutschen Anwaltvereins Nr. 43/07 vom 5.9.2007 zum Regierungsentwurf des MoMiG, Rn 28.

<sup>9</sup> BGH, Beschl. v. 1.3.2011 – II ZB 6/10, NJW 2011, 1809, 1810.

<sup>10</sup> OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 22.11.2010 – 20 W 333/10.

<sup>11</sup> Ebenso Thüringer Oberlandesgericht, Beschl. v. 22.3.2010 – 6 W 110/10; OLG München, Beschl. v. 8.9.2009 – 31 Wx 082/09, jeweils zitiert nach juris; *Zöllner/Noack*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rn 75; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 2009, § 40 Rn 11; *Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1039.

<sup>12</sup> OLG Stuttgart, Beschl. v. 7.4.2011 – 8 W 120/11, MittBayNot 2011, 334.



#### 4. Nachweiserfordernisse beim Cashpooling

Im Berichtszeitraum ist eine erste Entscheidung zur neuen Cashpooling-Vorschrift in § 19 Abs. 5 GmbHG ergangen. In der Gründungsurkunde der betroffenen GmbH war die Teilnahme am Cashpool offengelegt und angegeben worden, dass der Rückgewähranspruch der Gesellschaft jederzeit durch fristlose Kündigung fällig gestellt und vollwertig sei. Im Hinblick darauf, dass es sich bei deren Alleingesellschafter um eine international tätige, börsennotierte Aktiengesellschaft handelte, war bei der Anmeldung auf die Beifügung eines Ratings des Gesellschafters und die Beifügung einer Abschrift des Cashpoolingvertrages verzichtet worden. In der Praxis kann in solchen Fällen z. B. die nachfolgende Formulierung verwendet werden:

##### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

###### Anmeldung des Cashpoolings:

*Ich versichere, dass auf den Geschäftsanteil zu € 25.000 einbarer Geldbetrag in Höhe von € 25.000 auf ein Konto der in Gründung befindlichen Gesellschaft einbezahlt wurde und sich der einbezahlte Betrag endgültig zu meiner freien Verfügung befindet. Der eingezahlte Betrag wird aufgrund eines Vertrages zwischen der Gesellschaft und der S. AG an diese als verzinstes Darlehen zurückgewährt. Der Vertrag sieht vor, dass der Rückgewähranspruch der Gesellschaft jederzeit durch fristlose Kündigung fällig gestellt werden kann. Aufgrund der Vermögensverhältnisse des Gesellschafters ist der Rückgewähranspruch vollwertig. Dies ergibt sich auch aus der beigefügten Bewertung des Gesellschafters durch die Ratingagentur Standard & Poor's vom.... Das Vermögen der Gesellschaft ist – abgesehen von den im Gesellschaftsvertrag festgesetzten Gründungskosten – durch keinerlei Verbindlichkeiten vorbelastet.*

Von der Vorlage dieser Dokumente machte das Registergericht jedoch dann die Eintragung der Gesellschaft abhängig. Das OLG München hielt die entsprechende Zwischenverfügung aufrecht.<sup>13</sup> Es berief sich in erster Linie auf den Zweck der Offenlegungsvorschrift des § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG. Mit der Pflicht zur Offenlegung der Tatsache, dass die neu gegründete Gesellschaft an einem Cashpool teilnimmt, solle die Prüfung der Erfüllungswirkung der Einlageleistung nach § 19 Abs. 5 S. 1 GmbHG durch den Registerrichter ermöglicht werden. Die Vorlage von Nachweisen oder Unterlagen wird im Gesetz zwar nicht ausdrücklich angeordnet. **Allerdings sei die nach dem Willen des Gesetzgebers vorzunehmende Prüfung nur möglich, wenn das Registergericht in die Lage versetzt werde**, die vom Geschäftsführer vorgenommene **Bewertung nachzuvollziehen**, ob der Rückgewähranspruch der Gesellschaft vollwertig und liquide ist. Dazu ist es erforderlich, dass die für die Liquidität und Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs maßgeblichen Angaben nicht nur mitgeteilt, sondern auch belegt werden.

Entsprechend dem Sinn und Zweck des § 19 Abs. 5 S. 2 GmbHG **sind deshalb** nach Ansicht des Gerichts regelmäßig **die schuldrechtlichen Vereinbarungen** (z. B. Darlehensvertrag) vorzulegen, auf denen der Rückgewähranspruch beruht und darüber hinaus ein **Beleg für die Vollwertigkeit des Rückgewähranspruchs**.

Das Gericht **ließ offen, welche Nachweise** im Allgemeinen geeignet sind, zu belegen, dass die Leistung durch einen vollwertigen Rückgewähranspruch gedeckt ist. So sei der Nachweis durch das Rating einer international anerkannten Agentur möglich, jedoch genüge es nicht, auf die „aktuellen, öffentlich zugänglichen Ratings“ zu verweisen. Das Registergericht sei nämlich nicht gehalten, sich die benötigten Informationen selbst zu verschaffen. Vielmehr obliege es der Gesellschaft aufgrund ihrer

Mitwirkungspflicht im Anmeldeverfahren, das Rating, nach dem „kein Zweifel an der Bonität“ der Muttergesellschaft bestehen soll, konkret vorzutragen und zu belegen.

Wie bereits in meiner Entscheidungsbesprechung<sup>14</sup> dargelegt, werden mit einer derartigen Gesetzesauslegung die Anforderungen an die Geschäftsführer und Gründer in der Praxis deutlich überspannt.<sup>15</sup> Die Fälligkeit des Rückgewähranspruchs lässt sich noch relativ leicht nachweisen, indem ein Auszug des Darlehens- oder Cashpoolingvertrags vorgelegt wird. Hinsichtlich des Nachweises der Vollwertigkeit sollte es jedoch genügen, die Ratingagentur sowie das Rating als solches zu nennen und dessen Erläuterung anzugeben. **Alternativ muss es möglich sein, die Vollwertigkeit durch das Gutachten** eines Steuerberaters oder Wirtschaftsprüfers oder durch den Nachweis, dass werthaltige Sicherheiten gestellt wurden, oder durch Vorlage einer zeitnah erfolgten Bonitätsprüfung durch ein Kreditinstitut **zu belegen**.<sup>16</sup> Die weitere Entwicklung in Sachen Cashpoolnachweis bleibt abzuwarten.

## II. Internationales Registerrecht

In einer im Berichtszeitraum veröffentlichten Entscheidung des OLG Hamm<sup>17</sup> ging es um die Frage, wie sich die Tatsache, dass nach englischem Recht zur **Gründung einer private limited (Ltd.)** die Einreichung eines einfachen elektronischen Dokuments (**E-Mail**) **ausreicht**, auf die deutschen Registerformvorschriften auswirkt. Das Registergericht hatte im Rahmen der Anmeldung einer Zweigniederlassung verlangt, dass eine öffentlich beglaubigte Abschrift des unterschiedenen Gesellschaftsvertrages eingereicht werde. Die ordnungsgemäße Gründung und Eintragung der Gesellschaft sei mit den von der Bescheinigung eines englischen notary public umfassten Vertragsunterlagen (nicht unterschriebene Kopien) nicht nachgewiesen. Im Kern ging es darum, dass es an einer beglaubigten Abschrift dieser Dokumente im Sinne des § 13g Abs. 2 S. 1 HGB schon deshalb fehlte, weil von einer einfachen Kopie eben keine solche beglaubigte Abschrift gefertigt werden kann. Mit dieser dogmatischen Frage befasste sich das OLG jedoch nicht, sondern führte ohne weitere Begründung aus, dass die Einreichung einer „**beglaubigten Abschrift**“ **des Gesellschaftsvertrages in der beim Companies House archivierten Form ausreiche**. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen es an einem in unserem Sinne beglaubigungsfähigen Dokument fehlt, wird man um eine entsprechende Gesetzesauslegung jedoch nicht umhinkommen, will man im Hinblick auf Art. 2 der Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>18</sup> dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung nachkommen.<sup>19</sup>

## III. Weitere Entscheidungen

### 1. Auflösung einer Personengesellschaft und Prokura

Mit der Auflösung einer Personengesellschaft geht nicht notwendig das Erlöschen einer durch diese erteilten Prokura einher, wie das OLG München<sup>20</sup> in einer im Berichtszeitraum veröffentlichten

<sup>14</sup> *notar* 2011, 340, 341.

<sup>15</sup> Ebenso *Komo*, BB 2011, 2307, 2312; *Wachter*, GmbHR 2011, 423, 425; *Hangebrauck*, EWIR 2011, 383, 384.

<sup>16</sup> Ebenso *Herrler*, DStR 2011, 2255, 2261.

<sup>17</sup> Beschl. v. 4.1.2011 – I-15 W 270/10, DNotZ 2011, 794.

<sup>18</sup> RL 89/666/EWG.

<sup>19</sup> Im Ergebnis ebenso *Wachter*, ZNotP 2005, 122, 129, der einen Übereinstimmungsvermerk des Heimatregisters oder eines notary public genügen lassen will. Viel zu pauschal verneint hingegen *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel/Leuthner/Müther, Registerrecht § 13f Rn 28, § 13g Rn 22 die diesbezüglich bestehende mitgliedstaatliche Autonomie im Registerverfahrensrecht.

<sup>20</sup> Beschl. v. 9.8.2011 – 31Wx 314/11, NZG 2011, 1183.

<sup>13</sup> OLG München, Beschl. v. 17.2.2011 – 31 Wx 246/10, *notar* 2011, 340.

ten Entscheidung beschied. Es hob deshalb eine Zwischenverfügung auf, mit der das Registergericht die Eintragung der Auflösung davon abhängig machen wollte, **dass auch das Erlöschen der Prokura angemeldet** werde. Das OLG schloss sich damit der im Schrifttum vorherrschenden Meinung an. Die Gesellschaft verfolge mit der Auflösung zwar nicht mehr ihren ursprünglichen Zweck, sondern nurmehr das Ziel der Abwicklung. Das lässt aber ihre Rechtsnatur und ihren Status als Handelsgesellschaft unberührt. Zudem haben die Liquidatoren nicht nur die laufenden Geschäfte zu beenden, sondern können nach § 149 S. 1 HGB zur Beendigung schwebender Geschäfte auch neue Geschäfte eingehen.<sup>21</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Auflösung und Prokura:

Praktisch alle Muster für die Anmeldung der Auflösung einer Personengesellschaft sehen zugleich die Anmeldung des Erlöschens der Prokura vor, weil dies der Regelfall ist. Hier sollte der Mandant immer genau gefragt werden, ob die Prokura bis zur Vollbeendigung der Gesellschaft fortbesteht oder nicht, damit es später keine Probleme gibt, wenn der Prokurist noch Geschäfte zu Ende bringen soll.

## 2. Handelsregisteranmeldung der Sonderrechtsnachfolge bei einer KG durch Betreuer

Das OLG Hamm hatte einen Fall zu entscheiden, in dem eine Anmeldung der Sonderrechtsnachfolge in einen KG-Anteil durch einen zur Vertretung in Handelsregistersachen betreffend diese KG bestellten Betreuer durch das Registergericht zurückgewiesen worden war.<sup>22</sup> Hintergrund war, dass der **Betreuer zugleich Vorsorgebevollmächtigter** aufgrund einer nicht notariellen Vollmacht war und der Vorsorgefall eingetreten war. Das Registergericht verlangte die Vorlage einer betreuungsgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1822 Nr. 3 BGB als Nachweis dafür, dass die angemeldete Anteilsabtretung wirksam sei. Das OLG Hamm folgte dem nicht und grenzte zu einer früheren Entscheidung des OLG Köln<sup>23</sup> dahingehend ab, dass ein Vorsorgebevollmächtigter, der einen Kommanditanteil im Namen des Vollmachtgebers abtritt, keiner betreuungsgerichtlichen Genehmigung bedarf, da er nicht den Beschränkungen des gesetzlichen Vertreters unterliege, auch wenn der Vollmachtgeber inzwischen geschäftsunfähig geworden sei. Folglich kam der zur Betreuerin bestellten, zugleich mit der Vollmacht ausgestatteten Ehefrau zugute, **dass die Betreuung nur mit dem auf die Registeranmeldung beschränkten Aufgabenkreis angeordnet worden und nicht auch auf die Anteilsabtretung erstreckt** worden war.

Weiter führte das OLG aus, dass bei der Anmeldung der Sonderrechtsnachfolge in einen Kommanditanteil **keine weiteren urkundlichen Nachweise** vorgelegt werden müssen, sofern nicht begründete Zweifel an der Richtigkeit der angemeldeten Tatsachen bestehen. Dies gelte auch für den Eintritt der in der Vorsorgevollmacht vorgesehenen Bedingung, dass der Vorsorgefall eingetreten sei, wenn davon die Wirksamkeit der Vollmacht im Außenverhältnis abhängt. Das Bestehen der Vertretungsmacht zur Anteilsabtretung musste daher bei der Anmeldung zum Register nicht in der Form des § 12 HGB nachgewiesen werden.

<sup>21</sup> Vgl. nur Krafska/Willer/Kühn, Registerrecht, 8. Aufl., Rn 393 (im Gegensatz zur Voraufgabe).

<sup>22</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 6.7.2011 – I-27 W 88/11.

<sup>23</sup> NJW-RR 2001, 651.

#### PRAXISTIPP

##### Vorsorgevollmacht:

Letztgenannte Problematik sollte in der Praxis von vornherein durch eine klare Trennung des Außenverhältnisses von den im Innenverhältnis der Beteiligten geltenden Beschränkungen (Verwendung nur im Vorsorgefall zulässig) vermieden werden, d. h. die Vollmacht sollte im Außenverhältnis immer sofort unbeschränkt erteilt werden.

## 3. Zur Unzulässigkeit der elektronischen Einreichung der Beschwerde beim Registergericht

Ausgangspunkt einer Entscheidung des OLG Köln<sup>24</sup> war ein amtsgerichtlicher Beschluss, mit dem eine elektronisch eingereichte Registeranmeldung zurückgewiesen wurde. In seinem dem Registergericht wiederum elektronisch übermittelten Schriftsatz hatte der Urkundsnotar erklärt:

*Ich nehme Bezug auf den gerichtlichen Beschluss [...] und lege **Beschwerde** ein und beantrage die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister.*

Das OLG **wies diese Beschwerde** mit der Begründung **zurück**, dass die Beschwerde nicht binnen der Beschwerdefrist von einem Monat ab schriftlicher Bekanntgabe des angefochtenen Beschlusses (§ 63 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 FamFG) wirksam eingelegt wurde. Die **Übermittlung einer Erklärung als elektronisches Dokument** nach § 14 Abs. 2 FamFG **steht nämlich unter der Voraussetzung, dass durch Rechtsverordnung** gemäß § 14 Abs. 4 FamFG die Einreichung elektronischer Dokumente **ermöglicht ist**. Nur wenn und soweit das jeweilige Bundesland durch Rechtsverordnung diese Art der Einreichung für zulässig erklärt hat, kommt die Einlegung einer Beschwerde durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments in Betracht. Dieser Grundsatz gilt, obwohl die Registergerichte bereits jetzt über die technischen Voraussetzungen zur Entgegennahme elektronischer Erklärungen verfügen. Von dieser Verordnungsermächtigung hat Nordrhein-Westfalen für die Einreichung von Rechtsmittelschriften in Registersachen bisher noch keinen Gebrauch gemacht.<sup>25</sup> Eine Einreichung der Beschwerde als elektronisches Dokument (Bilddatei) war daher nicht zulässig, weshalb ihr Zugang nicht mit ihrer Aufzeichnung durch das Empfangsgerät (§ 14 Abs. 2 S. 2 FamFG i. V. m. § 130a Abs. 3 ZPO) bewirkt und die Beschwerde mithin nicht wirksam binnen der Beschwerdefrist erhoben worden war.

## 4. Zu den Anforderungen an das elektronische Zeugnis nach § 39a BeurkG

In einem vom OLG Brandenburg<sup>26</sup> entschiedenen Fall wurde die Sitzverlegung einer GmbH angemeldet. Die Anmeldeurkunde und die erforderlichen Anlagen (Gesellschafterbeschluss sowie Satzungsbescheinigung) enthielten wortlautgleiche Beglaubigungsvermerke, wonach „Übereinstimmung des Inhalts dieser Datei mit dem vorliegenden Papierdokument“ bescheinigt wurde. In Klammern hinzugesetzt waren sodann die Worte „Satzung“ oder „not. Satzungsbescheinigung“ und „Gesellschafterliste“. **Eine Auskunft darüber, ob die zugrunde liegenden Urkunden in Papierform als Urschrift, Ausfertigung, beglau-**

<sup>24</sup> Beschl. v. 17.2.2011 – 2 Wx 15/11, *notar* 2011, 261.

<sup>25</sup> Insbesondere greift nicht die Verordnung über die elektronische Registerführung und die Zuständigkeit der Amtsgerichte in Nordrhein-Westfalen in Registersachen (ERegisterVO) vom 19.12.2006 (GVBl. vom 27.12.2006, S. 606 ff.) ein, da diese – soweit das Handelsregister betroffen ist – auf den Ermächtigungen des § 8a Abs. 2 HGB sowie des § 125 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 FGG beruht und nur die elektronische Einreichung von Anmeldungen und Dokumenten im Sinne des § 12 Abs. 2 HGB regelt.

<sup>26</sup> Beschl. v. 28.10.2010 – 7 Wx 22/10, *notar* 2011, 30.



**bigte oder einfache Abschrift vorlagen, enthielt der Beglaubigungsvermerk aber nicht.** Dies wurde vom Registergericht beanstandet. Das OLG stellte fest, dass § 42 Abs. 1 BeurkG, wonach bei der Beglaubigung der Abschrift einer Urkunde festgestellt werden muss, in welcher Form die Urkunde vorlag, auch für das elektronische Zeugnis nach § 39a BeurkG gelte. Dabei handelt es sich um eine begrüßenswerte Entscheidung, da nur auf diese Weise sichergestellt wird, dass die hohen Standards aus der Papierwelt ohne Abstriche in die elektronische Welt übertragen werden.

### 5. Bekanntmachung der Kapitalherabsetzung im Bundesanzeiger

Einer im Berichtszeitraum veröffentlichten Entscheidung des OLG München<sup>27</sup> lag folgender Sachverhalt zugrunde: Angemeldet war eine GmbH-Kapitalherabsetzung von € 256.000 um € 231.000 auf € 25.000. Die zuvor rechtzeitig im elektronischen Bundesanzeiger verlautbarte Bekanntmachung des Kapitalherabsetzungsbeschlusses lautete aber wie folgt:

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

Das Registergericht lehnte die Eintragung mit der Begründung ab, die **Kapitalherabsetzung sei inhaltlich falsch bekanntgemacht worden.** Dem folgte das Beschwerdegericht, da die Informationen, die die öffentliche Bekanntmachung des Kapitalerhöhungsbeschlusses nach § 58 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG zu enthalten hat, dem Gläubigerschutz dienen.<sup>28</sup> Deshalb muss der Inhalt des bekanntgemachten Kapitalherabsetzungsbeschlusses aus sich selbst heraus verständlich, eindeutig und zweifelsfrei gefasst sein. Es dürfen insbesondere keine Zweifel verbleiben, wie hoch das Stammkapital künftig tatsächlich sein soll. Dies war aber vorliegend der Fall, da aufgrund der bekanntgemachten Fassung des Beschlusses nicht klar war, ob das nach Abzug des Herabsetzungsbetrages errechnete (€ 25.354,06) oder das benannte Stammkapital (€ 25.000,00) maßgebend sein soll.

### 6. Zur Versicherung des GmbH-Geschäftsführers in der Gründungsanmeldung

Der BGH<sup>29</sup> hatte einen Fall zu entscheiden, bei dem im Rahmen der Gründungsurkunde versichert wurde, dass „keine Umstände vorliegen, aufgrund derer der Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie S. 3 GmbHG von dem Amt als Geschäftsführer ausgeschlossen wäre: Während der letzten fünf Jahre erfolgte im Inland (bzw. im Ausland wegen mit nachstehenden Taten vergleichbaren Straftaten) **keine Verurteilung** wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten ...“. Das Registergericht hatte die Anmeldung beanstandet, weil die Geschäftsführerversicherung bei der Fünf-Jahresfrist nur auf den Zeitpunkt der Verurteilung, **nicht** aber auf den später liegenden **Zeitpunkt des Eintritts der Rechtskraft einer erfolgten Verurteilung** abstellte. Der BGH folgte dieser Auffassung mit der Begründung, dass es nach der abgegebenen Versicherung möglich sei, dass eine länger als fünf Jahre zurückliegende Verurteilung noch keine fünf Jahre rechtskräftig ist, so dass ein gesetzliches Bestimmungshindernis vorliegen könnte. Das Gericht grenzte zugleich zu der im vorhergehenden Jahresrückblick besprochenen Entscheidung ab, wonach die Versicherung, dass der Geschäftsführer „**noch nie, weder im In- noch im Ausland, wegen einer Straftat**

**verurteilt worden ist**“, nach wie vor den gesetzlichen Anforderungen genügt.<sup>30</sup> Auch die aktuelle Entscheidung des BGH ist wegen des identischen Regelungszwecks der entsprechenden Vorschriften auf die Versicherung des Vorstands einer AG sowie auf die Versicherung des Liquidators oder Abwicklers einer Gesellschaft auszudehnen.

#### PRAXISTIPP

##### Geschäftsführerversicherung:

Bei Verwendung des neuen Wortlauts der Versicherung, dass der Geschäftsführer „noch nie, weder im Inland noch im Ausland, wegen einer Straftat verurteilt worden ist“, ist sorgfältig darauf zu achten, dass es nicht zu einer versehentlichen Falschabgabe der Versicherung deshalb kommt, weil von ihr auch solche Straftaten erfasst werden, bei denen die Verurteilung bereits vor Beginn der Fünf-Jahres-Auskunftsfrist des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GmbHG erfolgte. Für den Fall, dass eine wie auch immer geartete frühere Verurteilung („Jugendsünde“) oder eine tatbestandlich nicht vom Amt ausschließende Verurteilung innerhalb der Frist vorliegt, sollte man in seiner Mustersammlung weiterhin die alte Formulierung bereithalten.

## B. EU-Richtlinienvorschlag zur Verknüpfung der nationalen Handels- und Unternehmensregister

Wie bereits im letzten Jahresrückblick berichtet, hat die EU-Kommission ein Gesetzgebungsverfahren mit dem Ziel der Verknüpfung der nationalen Handels- und Unternehmensregister eingeleitet. Ausgangspunkt war, dass es der **Europäische Gerichtshof** den Kapitalgesellschaften ermöglicht hat, sich in einem Mitgliedstaat der EU in das Handelsregister eintragen zu lassen und ihre Geschäftstätigkeit teilweise oder vollständig in einem anderen Mitgliedstaat auszuüben.<sup>31</sup> Zudem **setzen bereits einige Vorschriften des sekundären Gemeinschaftsrechts eine Zusammenarbeit der verschiedenen Register** voraus.<sup>32</sup> Obwohl diese Zusammenarbeit in der Praxis bisher ausgezeichnet auf freiwilliger Basis (**European Business Register (EBR)**<sup>33</sup> und des **Projekts „BRITE“** (Business Register Interoperability Throughout Europe))<sup>34</sup> funktionierte, hatte die **Kommission Ende des Jahres 2009** eine Konsultation auf der Basis eines **Grünbuchs über die Verknüpfung von Unternehmensregistern**<sup>35</sup> eingeleitet, die Anfang 2010 abgeschlossen worden war.

Das **Europäische Parlament** befürwortete das Vorhaben der Kommission, die nationalen Handelsregister elektronisch zu vernetzen und damit den Zugang zu Unternehmensinformationen zu verbessern.<sup>36</sup> Nunmehr hat die Kommission einen **Richtlinienentwurf** veröffentlicht.<sup>37</sup>

Die Kommission ist in ihrem Entwurf auf die von zahlreichen Mitgliedstaaten geäußerten Bedenken gegen eine Harmonisierung des Registerrechts nur sehr beschränkt eingegangen. Hintergrund

<sup>30</sup> BGH, Beschl. v. 17.5.2010 – II ZB 5/10, ZIP 2010, 1337.

<sup>31</sup> EuGH, Urte. v. 9.3.1999 – C-212/97 – Slg. I-1459 – Centros; Urte. v. 5.11.2002 – C-208/00 – Slg. I-9919 – Überseering; Urte. v. 30.9.2003 – C-167/01 – Slg. I-10155.

<sup>32</sup> RL 2005/56/EG (Richtlinie über grenzüberschreitende Fusionen), RL 89/666/EWG (Richtlinie über die Offenlegung von Zweigniederlassungen), VO (EG) 2157/2001 (Verordnung über die Europäische Aktiengesellschaft).

<sup>33</sup> <http://www.ebr.org>.

<sup>34</sup> [www.briteproject.eu](http://www.briteproject.eu).

<sup>35</sup> KOM (2009) 614 endgültig.

<sup>36</sup> Siehe auch die positive Stellungnahme des Ausschusses der Regionen, ABl C 267 vom 1.10.2010, S. 22–24.

<sup>37</sup> KOM (2011) 79 endg. vom 24.2.2011.

<sup>27</sup> OLG München, Beschl. v. 4.4.2011 – 31 Wx 131/11, *notar* 2011, 410 f.

<sup>28</sup> Ebenso Baumbach/Hueck/Zöllner, GmbHG, 19. Aufl., § 58 Rn 3; Lutter/Hommelhoff/Lutter, GmbHG, 17. Aufl., § 58 Rn 3.

<sup>29</sup> Beschl. v. 7.6.2011 – II ZB 24/10, DNotZ 2011, 790 mit Anm. Wohlrab.

dieser Kritik war, dass die **Registerstandards in den Mitgliedstaaten der EU** derzeit noch **sehr unterschiedlich** sind.<sup>38</sup> So weist das Handelsregister Deutschlands und zahlreicher anderer kontinentaleuropäischer Rechtsordnungen wie z. B. Italien, Spanien, Österreich, Niederlande und Estland weitreichende Publizitätswirkungen auf. Vergleichbare Standards finden sich keineswegs gemeinschaftsweit. **Vor allem** Gesellschaften, die im **englischen Companies House** registriert sind, haben **große Probleme** mit dem sog. company identity fraud,<sup>39</sup> **da dort weder** eine notarielle **Identitätskontrolle** der Anmeldenden noch eine **Authentifikationsprüfung** stattfindet. Wegen dieser **großen Unterschiede in den Registerstandards** wäre es fatal, wenn der Europäische Gesetzgeber versuchen würde, Register in Mitgliedstaaten mit hoher Richtigkeitsgewähr und öffentlichem Glauben dazu zu zwingen, Registerangaben aus Mitgliedstaaten mit niedrigeren Standards ungeprüft zu übernehmen.

Die Kommission will mit ihrem Entwurf keine neue Richtlinie schaffen, sondern drei bereits existierende Richtlinien abändern. Sie stützt die Maßnahme auf Artikel 50 Abs. 2 lit. g AEUV (Koordination von Schutzbestimmungen, die in den EU-Mitgliedstaaten den Gesellschaften im Sinne des Art. 54 Abs. 2 AEUV im Interesse der Gesellschafter sowie Dritter vorgeschrieben sind). Im Einzelnen sind folgende Änderungen vorgesehen:

### 1. Änderung der Publizitätsrichtlinie

Zunächst ist eine Anpassung der Publizitätsrichtlinie<sup>40</sup> vorgesehen. Hier soll eine Bestimmung eingefügt werden, **wonach Registereintragungen innerhalb von 15 Kalendertagen nach Änderung einer eintragungspflichtigen Tatsache aktualisiert sein müssen**. Zur Erfüllung dieser Anforderung sollen die Mitgliedstaaten sicherstellen, dass die Unternehmen die betreffenden Änderungen rechtzeitig übermitteln und die Änderung im Register unverzüglich erfasst wird.

Zudem sollen alle Kapitalgesellschaften eine europaweit **einheitliche Handelsregisternummer** („Kennung“) bekommen, um es zu erleichtern, sie auf europäischer Ebene zu ermitteln sowie um die Verbindung zwischen Gesellschaften und ihren ausländischen Zweigniederlassungen schneller feststellen zu können.

Außerdem soll der grenzübergreifende Zugang zu einem einheitlichen Mindestsatz an Unternehmensinformationen ermöglicht werden. Dazu sollen die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, **bestimmte Registereintragungen und Urkunden über eine zentrale europäische Plattform**, z. B. einen zentralen Web-Service, der eine Suche in allen EU-Handelsregistern ermöglicht, zur Verfügung zu stellen. Dabei soll bei jeder Datenübertragung erläutert werden, wie rechtsverbindlich die eingetragenen Unternehmensinformationen nach dem anwendbaren nationalen Gesellschaftsrecht sind, insbesondere, in welchem Umfang sich Dritte auf sie berufen können („**öffentlicher Glaube**“). Schließlich werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, ihre Handelsregisterysteme untereinander kompatibel zu machen, d. h. ein einheitliches elektronisches Netz zu schaffen. Die genauen Modalitäten dieser Zusammenarbeit sollen dabei nach Vorstellung der Kommission von „Experten“ ausgearbeitet und in Form eines delegierten Rechtsakts verabschiedet werden.

<sup>38</sup> Vgl. nur die Kurzdarstellungen zum ausländischen Handelsregisterrecht in Schmidt-Kessel/Leutner/Brunnschweiler, Handelsregisterrecht, S. 405 ff.

<sup>39</sup> Eine Richtigkeitsprüfung findet ebenfalls nicht statt, vgl. nur Schmidt-Kessel/Leutner, Abschnitt Handelsregisterrecht England und Wales, Rn 11.

<sup>40</sup> RL 2009/101/EG.

Während die geplante Darlegungspflicht bezüglich des Umfangs des mit der jeweiligen Registereintragung verbundenen Gutgläubensschutzes uneingeschränkt zu begrüßen ist, weil dies die Mängel des angelsächsischen Registersystems erstmals offen zu Tage treten lassen wird und neue Impulse im Wettbewerb der Rechtsordnungen verspricht, **begegnet die vorgeschlagene Umsetzungsfrist von 15 Kalendertagen für Änderungseintragungen erheblichen Bedenken**. Eine solche starre Frist wäre mit einem hohen Qualitätsstandard der Registerinformationen, wie ihn namentlich das deutsche Verfahrensrecht bietet, nicht zu vereinbaren.<sup>41</sup> Es ist nämlich zu berücksichtigen, dass eine Änderungseintragung häufig die Beschaffung eines Vertretungsnachweises, einer Genehmigung oder Apostille und die Einholung von Rechtsrat voraussetzt. Schon dies kann gerade bei Unternehmen mit Auslandsbezug auch innerhalb der EU deutlich länger als 15 Kalendertage in Anspruch nehmen. Mit dieser unangemessen kurzen und starren Frist würden außerdem die für eine Richtigkeitskontrolle unabdingbaren Prüfungs- und Bearbeitungszeiten beim Notar und bei den Registergerichten unverträglich eingeeengt und damit letztlich die Qualität des Registerinhalts – die Grundlage seines öffentlichen Glaubens ist – grundsätzlich in Frage gestellt.<sup>42</sup> Dringend klärungsbedürftig wäre zudem die Sanktion einer Fristüberschreitung (Bußgeld für das Unternehmen?) und die Verteilung diesbezüglicher Verantwortlichkeiten<sup>43</sup> (Staats- bzw. Amtshaftung?).

Ebenfalls kritisch zu sehen ist, dass hinsichtlich der Herstellung der Interoperabilität keine Aussage dazu getroffen wird, in welcher Form die künftige europäische Registerplattform betrieben werden soll. Die **Kommission sollte ausdrücklich festhalten, dass diese Plattform** aus Gründen der Kommunikations- und Datensicherheit sowie der Richtigkeitsgewähr und dem damit verbundenen öffentlichen Glauben der Registerinhalte **öffentlich-rechtlich organisiert sein muss**. Eine dem European Business Register (EBR) vergleichbare privatrechtliche Struktur ist entschieden abzulehnen.<sup>44</sup> Wichtig erscheint auch, dass im weiteren Gesetzgebungsverfahren klargestellt wird, dass das europäische Handelsregister nicht als eigene Datenbank parallel zu den nationalen Registern gedacht ist, weil mit dessen Aufbau unnötiger Aufwand und zusätzliche Fehlerquellen verbunden wären. Vielmehr sollte die europäische Registerplattform unmittelbaren Zugang zu den nationalen Registern eröffnen.<sup>45</sup>

Gleiches gilt für die geplante einheitliche Registerkennung für alle europäischen Gesellschaften. Die **Umstellung aller nationalen Registernummern** wäre mit einem **immensen bürokratischen Aufwand** verbunden und würde **hohen Kosten** für die Unternehmen auslösen, die durch den Zweck der Maßnahme nicht zu rechtfertigen sind. Deshalb sollte die Kommission bei der Überarbeitung ihres Entwurfs klarstellen, dass die europäische Kennung nur neben die nationale tritt und diese nicht ersetzen soll.

<sup>41</sup> Ebenso der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme gemäß §§ 3, 5 EUZBLG vom 15.4.2011, BR-Drucks 113/11.

<sup>42</sup> Ebenso der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme gemäß §§ 3, 5 EUZBLG vom 15.4.2011, a. a. O.

<sup>43</sup> Ebenso der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme gemäß §§ 3, 5 EUZBLG vom 15.4.2011, a. a. O., der vorschlägt die Frist durch das Kriterium „unverzögerlich“ analog § 121 BGB zu ersetzen.

<sup>44</sup> Ebenso der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme gemäß §§ 3, 5 EUZBLG vom 15.4.2011, a. a. O.

<sup>45</sup> Ebenso der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme gemäß §§ 3, 5 EUZBLG vom 15.4.2011, a. a. O., der die Integration der Plattform in das bereits bestehende europäische E-Justice-Portal vorschlägt.

## 2. Änderung der Zweigniederlassungsrichtlinie

Außerdem ist geplant, die Zweigniederlassungsrichtlinie<sup>46</sup> dahingehend zu ändern, dass auch jede Zweigniederlassung einer Kapitalgesellschaft **eine europaweit einheitliche Kennung** (Handelsregisternummer) bekommen soll, die ihre zweifelsfreie Ermittlung sowie Rückschlüsse auf die Identität der Muttergesellschaft ermöglichen muss. Auch diesbezüglich sollte in der Richtlinie klargestellt werden, dass diese neue Nummer nicht an die Stelle der bisherigen nationalen Kennung treten soll.

Zudem wird das Register einer ausländischen Zweigniederlassung dazu verpflichtet, **das Register der Muttergesellschaft** auf elektronischem Wege **über Änderungen** an der Eintragung der Zweigniederlassung **in Kenntnis zu setzen**. Positiv hervorzuheben ist, dass die Entscheidung darüber, wie mit einer solchen Mitteilung verfahren wird, d. h., ob ihr Rechtsverbindlichkeit zugestanden oder ob sie lediglich als Information betrachtet wird, im vorliegenden Entwurf den Mitgliedstaaten überlassen bleiben soll. Der Mitgliedstaat muss nur sicherstellen, dass Zweigniederlassungen aufgelöster ausländischer Gesellschaften so schnell wie möglich aus dem Register gelöscht werden. **Dies würde es Deutschland und den anderen Mitgliedstaaten mit hohen Sicherheitsstandards ermöglichen, an diesen festzuhalten**. So könnte etwa auf nationaler Ebene geregelt werden, dass die Registergerichte entsprechende Mitteilungen an die inländischen Rechtsträger weiterzuleiten haben. Damit könnte die Aufforderung verbunden werden, innerhalb einer bestimmten Frist einen Notar aufzusuchen und die Änderung in elektronisch beglaubigter Form zum Handelsregister anzumelden und die erforderlichen Nachweisurkunden in elektronisch beglaubigter Abschrift einzureichen. Weiter könnte mitgliedstaatlich vorgesehen werden, dass Inhaber von Zweigniederlassungen, die entsprechenden Aufforderungen nicht genüge tun, von Amts wegen aus dem Register zu löschen sind, um den nötigen Druck zu erzeugen, den Registereintrag aktuell zu halten. **Vergleichbar wäre dies etwa mit der Praxis im Vereinsrecht**. Hier fordern die Registergerichte Vereine von Amts wegen auf, Wechsel im Vorstand anzumelden, wenn sich diese längere Zeit nach Ablauf satzungsmäßiger Amtsperioden nicht von selbst melden. Dieses Verfahren ist sehr effektiv, da die häufig zugleich ausgesprochene Zwangsgeldandrohung dazu führt, dass die registergerichtliche Aufforderung zeitnah umgesetzt wird.

## 3. Änderung der Fusionsrichtlinie

In der Richtlinie betreffend die grenzüberschreitende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften<sup>47</sup> soll eine kleinere Änderung vorgenommen werden. Es ist vorgesehen, dass sich die Handelsregister bei grenzübergreifenden Verschmelzungen künftig **gegenseitig auf elektronischem Wege in standardisierter Form benachrichtigen müssen**. Derzeit werden solchen Mitteilun-

gen in der Regel per E-Mail in der Sprache des Registers versandt, das die Mitteilung verschickt, da keine besondere Form vorgeschrieben ist.<sup>48</sup>

## 4. Weitere Punkte

Im Richtlinienvorschlag will sich die Kommission ausgiebig gemäß Artikel 290 Abs. 1 Unterabs. 2 S. 2 AEUV zum **Erllass ausführender Rechtsakte** ermächtigen lassen. Diese Rechtsakte können mit Rechtsverordnungen im deutschen Recht verglichen werden. Deshalb werden die Grenzen einer solchen Ermächtigung in der Befugnisnorm auch dahingehend eng gezogen werden, dass „die wesentlichen Aspekte eines Bereichs [...] dem Gesetzgebungsakt vorbehalten“ bleiben müssen. Wesentlich in diesem Sinne sind die grundsätzlichen Gestaltungsentscheidungen einer Regelung, die nach den Prinzipien der Demokratie und Gewaltenteilung von den gesetzgebenden Organen selbst vorgenommen werden sollen.<sup>49</sup>

Was die Ausgestaltung des künftigen europäischen elektronischen Registernetzes (Art. 3 Nr. 4 des Richtlinienvorschlags) betrifft, **sollte deshalb bei der Überarbeitung des Richtlinienvorschlags klargestellt werden**, dass zumindest die Fragen seiner rechtlichen **Organisationsform**, seiner wesentlichen Binnenstrukturen, seiner Finanzierung, der Zutrittsbedingungen von Drittstaaten sowie der Gewährleistung von Mindeststandards der Datenqualität und -sicherheit **nicht von der Delegation erfasst sind**, denn die Entscheidung dieser Fragen ist grundlegend für Gestalt und Struktur, Wirkungsweise und Funktionsfähigkeit des künftigen „elektronischen Netzes“.<sup>50</sup> Sie sollte vom Gesetzgeber selbst getroffen werden.

### INFO

#### Hinweis:

Der *notar* wird seine Leser über den Fortgang des Gesetzgebungsverfahrens auf EU-Ebene auf dem Laufenden halten.



**Dr. Thomas Kilian**

ist Notar in Aichach, Lehrbeauftragter der Ludwig-Maximilians-Universität München und Fachredakteur für das Registerrecht.  
Dr.Kilian@notare-aichach.de

<sup>46</sup> RL 89/666/EWG.

<sup>47</sup> RL 2005/56/EG.

<sup>48</sup> KOM (2011) 79 endg., S. 7.

<sup>49</sup> Lenz/Borchardt/*Hetmeier*, EU-Verträge, 5. Aufl., Artikel 290 Rn 9 f.

<sup>50</sup> Ebenso der *Bundesrat* in seiner Stellungnahme gemäß §§ 3, 5 EUZBLG vom 15.4.2011, a. a. O.





## rechtsprechung

BFH

### Das ErbStG auf dem Prüfstand des BFH

**Der BFH hat das BMF aufgefordert, dem Verfahren zur Prüfung der Verfassungsmäßigkeit des ab dem 1.1.2009 geltenden ErbStG beizutreten. (redaktioneller Leitsatz)**

BFH, Beschl. v. 5.10.2011 – II R 9/11

GG Art. 3 Abs. 1; ErbStG §§ 19 Abs. 1, 13a, 13b

#### Entscheidung:

Dem Streitfall liegt die Besteuerung eines im Jahr 2009 anfallenden Erwerbs von Todes wegen zugrunde. Der Kläger (K) war Miterbe seines verstorbenen Onkels. Der Nachlass bestand aus Guthaben bei Kreditinstituten und einem Steuererstattungsanspruch. Davon entfiel auf K ein Wert von € 51.266. Das Finanzamt setzte nach Abzug des persönlichen Freibetrags von € 20.000 und Anwendung des im Jahr 2009 geltenden Steuersatzes von 30 % für einen steuerpflichtigen Erwerb in der Steuerklasse (StKl.) II Erbschaftsteuer von € 9.360 fest.

In dem Verfahren geht es zum einen um die vom BFH nicht weiter vertiefte Frage, ob es verfassungsrechtlich geboten ist, Personen der StKl. II (insbesondere Geschwister, Nichten und Neffen) erbschaftsteuerrechtlich besser zu behandeln als familienfremde Personen der StKl. III.<sup>1</sup> Zum anderen wird der BFH prüfen, ob die in §§ 13a und 13b ErbStG vorgesehenen weitreichenden **Steuerverschonungen für betriebliches Vermögen** nicht gegen den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG verstoßen. Dieser verlangt vor allem die prinzipielle Ausrichtung der Besteuerung an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, die gleichmäßige (rechtliche und tatsächliche) Belastung aller Steuerpflichtigen sowie das Vorliegen gewichtiger Gemeinwohl-

gründe als Rechtfertigung für die steuerliche Privilegierung bestimmter Personengruppen oder Sachverhalte.<sup>2</sup>

Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des seit dem 1.1.2009 geltenden Erbschaftsteuerrechts äußert der BFH insbesondere im Hinblick auf die bestehenden **Gestaltungsmöglichkeiten zur Erlangung einer Steuerbefreiung für den Erwerb von Vermögen jeder Art**, ohne dass ein tragfähiger Rechtfertigungsgrund für die Begünstigung zu erkennen sei. Exemplarisch erwähnt das Gericht folgende, in der steuerrechtlichen Literatur schon seit längerem propagierten, Gestaltungsvarianten:

Festgeldguthaben, Sichteinlagen und Sparanlagen gehören – anders als Wertpapiere und vergleichbare Forderungen – nicht zum steuerschädlichen **Verwaltungsvermögen**.<sup>3</sup> Deshalb können solche Finanzanlagen in das nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG begünstigte Betriebsvermögen einer gewerblich geprägten Personengesellschaft („**Festgeld KG**“) eingelegt und mittelbar durch Erwerb der Beteiligung in unbegrenzter Höhe ohne Anfall von Erbschaft- oder Schenkungsteuer übertragen werden. Die Umwandlung von nicht begünstigten Finanzanlagen im Privatvermögen in begünstigtes Betriebsvermögen kann auch durch Einbringung in eine Kapitalgesellschaft („**Festgeld GmbH**“) erfolgen, sofern der Erbe/Schenker die Mindestbeteiligungsgrenze von 25 % überschreitet oder seine Anteile gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 3 S. 2 ErbStG „gepoolt“ sind.

Die Anteile an einer GmbH (GmbH 1), deren Vermögen sich zu 100 % aus Wertpapieren oder anderem Verwaltungsvermögen i. S. d. § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG zusammensetzt, sind nicht begünstigt. Dies ändert sich jedoch, wenn der Gesellschafter eine weitere GmbH (GmbH 2) gründet und die GmbH 1 ihr Vermögen an die GmbH 2 unter Stundung des Kaufpreises verkauft. Nach dieser Transaktion besteht das Vermögen der GmbH 1 aus

<sup>1</sup> Verfassungsrechtliche Bedenken äußern beispielsweise *Jülicher*, in: Troll/Gebel/Jülicher, ErbStG, Stand: Januar 2010, § 19 Rn 2; *Geck*, in: Kapp/Ebeling, ErbStG, Stand: April 2010, § 19 Rn 1; a. A. dagegen *Piltz*, DStR 2010, 1913, 1922 unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 24.2.1989 – 1 BvR 136/86. Die Problematik stellt sich nach der zum 1.1.2010 in Kraft getretenen Absenkung der Steuersätze der StKl. II nur noch bei Erwerben zwischen € 0,6 Mio. und € 6,0 Mio.

<sup>2</sup> Näher dazu BVerfG, Beschl. v. 7.11.2006 – 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573 Rn 95 ff.; BVerfG, Beschl. v. 17.4.2008 – 2 BvL 4/05, DStRE 2008, 1206 Rn 43 ff.

<sup>3</sup> Vgl. § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 4 ErbStG; H 32 des Ländererlasses v. 25.6.2009 („ErbSt-Erlass“), BStBl I 2009, 713.



einer nicht mehr zum Verwaltungsvermögen zählenden Kaufpreisforderung (= Forderung an verbundenes Unternehmen).<sup>4</sup> Demgegenüber wird bei der GmbH 2 das auf sie übertragene Aktivvermögen durch eine gleich hohe Kaufpreisverbindlichkeit auf der Passivseite neutralisiert, so dass der Wert der Anteile an der GmbH 2 gleich null ist.<sup>5</sup>

Die dritte vom BFH aufgegriffene Vorgehensweise ist die Begründung einer Betriebsaufspaltung durch **Ausgliederung des Betriebsvermögens in eine Besitzgesellschaft mit nicht mehr als 20 Beschäftigten**. In diesem Fall spielt die Entwicklung der Lohnsumme bei der Besitzgesellschaft nach § 13b Abs. 1 S. 4 ErbStG keine Rolle, obwohl die Lohnsumme in den Augen des Gesetzgebers ein geeigneter Indikator für die Erhaltung der Arbeitsplätze in einem erworbenen Unternehmen sein sollte.<sup>6</sup> Bei der Prüfung, ob die Mindestarbeitnehmerzahl bei der Besitzgesellschaft erreicht wird, werden die Arbeitnehmer von Schwestergesellschaften und damit auch die Beschäftigten der Betriebsgesellschaft nicht mitgezählt.<sup>7</sup> Der Gewährung der Steuervergünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG steht auch nicht entgegen, dass die Besitzgesellschaft der Betriebsgesellschaft die in ihrem Eigentum befindlichen Wirtschaftsgüter (z. B. ein Betriebsgrundstück) im Rahmen der Betriebsaufspaltung zur Nutzung überlässt.<sup>8</sup>

#### Anmerkung:

Der Beschluss des BFH liest sich wie ein **Leitfaden für die Praxis zur Vermeidung von Erbschaft- und Schenkungsteuer**. Die vom BFH aufgegriffenen Beispiele belegen die provokante These von der Erbschaftsteuer als einer „Dummensteuer“, die hauptsächlich nur noch als Folge einer ungeschickten Nachfolge- und Vermögensplanung anfällt.<sup>9</sup> Insbesondere die nach wie vor bestehende Möglichkeit, durch **Schaffung gewillkürten Betriebsvermögens** in den Genuss der Unternehmensbegünstigungen zu gelangen, eröffnet große Steuerschlupflöcher. Beispielsweise können auch Wertpapiere begünstigt übertragen werden, wenn diese zwei Jahre vor der Übertragung in das Betriebsvermögen einer gewerblich geprägten Personengesellschaft oder einer GmbH eingelegt<sup>10</sup> und weitere, nicht zum schädlichen Verwaltungsvermögen rechnende Finanzanlagen mit einem Anteil von mehr als 50 % beigemischt werden, so dass der Verwaltungsvermögenstest gemäß § 13b Abs. 2 S. 1 ErbStG bestanden wird.

Nach den deutlich geäußerten Zweifeln des BFH an der Verfassungsmäßigkeit des neuen Erbschaftsteuerrechts ist damit zu rechnen, dass das Gericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG einen Vorlagebeschluss an das BVerfG fassen wird. Damit wäre die Situation vergleichbar mit dem Schwebezustand, wie er vor der Entscheidung des BVerfG v. 7.11.2006 herrschte. Es kann nur darüber spekuliert werden, ob das BVerfG eines Tages zumindest Teile des ErbStG rückwirkend zum 1.1.2009 als verfassungswidrig verwerfen oder dem Gesetzgeber noch einmal eine Frist zur Herstellung eines verfassungskonformen Rechtszustands einräumen

<sup>4</sup> Siehe dazu H 32 des ErbSt-Erlasses.

<sup>5</sup> Vgl. zu diesem Modell *Piltz*, DStR 2010, 1913, 1916.

<sup>6</sup> Vgl. dazu die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks 16/7918, S. 33.

<sup>7</sup> In diesem Sinne bereits *Scholten/Korezkij*, DStR 2009, 253, 254; *Rödler*, DStR 2008, 997, 1000. Auch in Abschn. 8 Abs. 2 S. 8 ErbSt-Erlass ist nur die Rede davon, dass die Arbeitnehmer nachgeordneter Gesellschaften einzubeziehen sind.

<sup>8</sup> Zu den Anforderungen an eine unschädliche Nutzungsüberlassung von Grundstücken vgl. § 13b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 Buchst. a ErbStG, Abschn. 25 ErbSt-Erlass.

<sup>9</sup> Pointiert dazu *Birk*, DStR 2009, 877, 881; *Piltz*, DStR 2010, 1913, 1916.

<sup>10</sup> Zum Ausschluss sog. jungen Verwaltungsvermögens aus dem begünstigten Vermögen vgl. § 13b Abs. 2 S. 3 ErbStG, Abschn. 34 ErbSt-Erlass.

wird. Bis zu einer Entscheidung des BVerfG ist den Steuerpflichtigen zu raten, gegen Steuerbescheide vorzugehen, die auf der Basis des geltenden Erbschaftsteuerrechts erlassen werden.

#### PRAXISTIPP

##### Haftungsrisiko für Testamentsvollstrecker:

Ein Testamentsvollstrecker, der nach § 31 Abs. 5 S. 1 ErbStG zur Abgabe einer Erbschaftsteuererklärung für die Erben verpflichtet ist, sollte zur Vermeidung einer eigenen Haftung gemäß § 2219 BGB Rechtsmittel gegen einen Steuerbescheid einlegen, um dessen Bestandskraft zu verhindern.<sup>11</sup>

Vorsorglich kann zudem in Übergabeverträgen ein Rückforderungs- oder Widerrufsrecht aufgenommen werden, wonach die Schenkung nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG rückgängig gemacht werden kann, wenn das ErbStG rückwirkend für verfassungswidrig erklärt wird oder in Zukunft eine Änderung der Rechtslage eintritt, nach der die Schenkungsteuerbelastung für die Übertragung geringer ausfiele.<sup>12</sup>

Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn

<sup>11</sup> Zu den strengen Maßstäben, die an die Sorgfaltspflichten eines mit der Wahrnehmung fremder Steuerinteressen Beauftragten bei der Prüfung eines Steuerbescheids auf die Verfassungsmäßigkeit der gesetzlichen Besteuerungsgrundlagen gestellt werden, siehe BGH, Urt. v. 6.11.2008 – IX ZR 140/07, NJW 2009, 1593.

<sup>12</sup> Siehe dazu bereits meinen Formulierungsvorschlag in *notar* 2010, 59, 65.

#### BGH

### Kein Erfordernis eines berechtigten Interesses bei der Bestellung eines Eigentümernießbrauches

**Ein Nießbrauch kann an dem eigenen Grundstück bestellt werden; der Nachweis eines berechtigten Interesses an der Bestellung ist nicht erforderlich. (amtlicher Leitsatz)**

BGH, Beschl. v. 14.7.2011 – V ZB 271/10

BGB § 1030

#### Entscheidung:

Bisher hatte der Bundesgerichtshof die Eintragung einer Eigentümerdienstbarkeit nur unter der Voraussetzung für zulässig erachtet, dass sie mit Rücksicht auf eine beabsichtigte Übertragung des Eigentums an dem belasteten Grundstück geschieht und aus diesem Grund ein Bedürfnis an der Bestellung zu bejahen ist.<sup>1</sup> Die überwiegende Ansicht im Schrifttum hatte demgegenüber das Erfordernis eines berechtigten Interesses des Grundstückseigentümers an der Bestellung einer Eigentümerdienstbarkeit als Voraussetzung zur deren wirksamer Bestellung abgelehnt.<sup>2</sup> Dieser Ansicht hat sich der Bundesgerichtshof nunmehr unter Aufgabe seiner früheren Rechtsprechung angeschlossen und entschieden, dass die Bestellung von Eigentümerdienstbarkeiten bereits im Hinblick auf die bloße Möglichkeit eines solchen Interesses als zulässig anzusehen sei. Zur Begründung verweist der Bundesgerichtshof auf die Rechtslage bei der Eigentümergrundschuld. Durch den Wegfall eines berechtigten Interesses als Voraussetzung der wirksamen Entstehung des Eigentümerrechtes werde dem Gebot genügt, im Grundstücksverkehr klare und sichere Rechtsverhältnisse zu schaffen, da die Entstehung des Rechtes mit dessen Eintragung nicht mehr mit dem Hinweis auf ein möglicherweise fehlendes berechtigtes Interesse

<sup>1</sup> BGH Beschl. v. 11.3.1964 – V ZR 78/62, BGHZ 41, 209, 211.

<sup>2</sup> *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn 1373 m. w. N.

des Eigentümers in Zweifel gezogen werden könne. Eine Benachteiligung der Gläubiger verneinte der Bundesgerichtshof mit dem Hinweis auf Möglichkeiten der Gläubigeranfechtung.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung des Bundesgerichtshofes betraf ausdrücklich nur eine Eigentümerdienstbarkeit sowie einen Eigentümergebrauch. Angesichts der Argumentation des Bundesgerichtshofes kann jedoch davon ausgegangen werden, dass die Entscheidung allgemein für alle beschränkt dinglichen Eigentümerrechte anzuwenden ist, so dass zur Eintragung solcher Rechte zukünftig weder ein berechtigtes Interesse nachzuweisen noch vom Grundbuchamt zu prüfen ist.

Dr. Yvonne Abicht, Köln

#### OLG München

### Nachweis der Vertretungsverhältnisse bei GbR abweichend von §§ 709, 714 BGB; keine entsprechende Anwendung des § 172 Abs. 2 BGB auf Gesellschaftsverträge

**Soll die Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr abweichend von der gesetzlichen Regelung vertreten werden, ist ein grundbuchtauglicher Vertretungsnachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO unerlässlich (siehe KG vom 8.3.2011 – 1 W 99/10, – 1 W 100/10). Die Vorlage eines – auch notariell beurkundeten – Gesellschaftsvertrages, der die Einzelvertretungsbefugnis des handelnden Gesellschafters ausweist, genügt hierfür nicht. (redaktioneller Leitsatz)**

OLG München, Beschl. v. 20.7.2011 – 34 Wx 131/10  
BGB §§ 172, 174, 709, 714, 899a; GBO §§ 29, 47 Abs. 2

#### Entscheidung:

Im notariellen Gesellschaftsvertrag einer aus vier Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts war zwei Gesellschaftern die Befugnis zur Einzelvertretung erteilt worden. Rund vier Jahre nach Beurkundung des Gesellschaftsvertrages bewilligte einer der gemäß dem Gesellschaftsvertrag einzelvertretungsberechtigten Gesellschafter die Löschung einer zugunsten der Gesellschaft eingetragenen Grundschuld. Das Grundbuchamt verlangte mit Zwischenverfügung die Zustimmung der im Grundbuch eingetragenen GbR, vertreten durch sämtliche eingetragenen Gesellschafter, da mit dem Verweis auf die Regelung im Gesellschaftsvertrag ein Vertretungsnachweis in grundbuchmäßiger Form nicht wirksam geführt werden könne. Das OLG München entschied, wie bereits in einer früheren Entscheidung,<sup>1</sup> dass gemäß § 47 Abs. 2 GBO, § 899a BGB im Grundbuchverfahren in Ansehung des jeweils eingetragenen Rechts die im Grundbuch eingetragenen Personen als die alleinigen Gesellschafter vermutet werden und diese somit gemäß der gesetzlichen Regelung in §§ 709 Abs. 1, 714 BGB nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt sind. Ein vor „geraumer“ Zeit abgeschlossener notarieller Gesellschaftsvertrag genügt nach Ansicht des OLG München nicht, um eine Abweichung von diesem gesetzlichen Regelfall der Vertretungsbefugnis in grundbuchtauglicher Form nachzuweisen, auch wenn keine konkreten Zweifel am Fortbestand der im Gesellschaftsvertrag getroffenen Regelungen bestehen. Eine entsprechende Anwendung der §§ 172, 173 BGB ist nach Entscheidung des OLG München ausgeschlossen. Zweck des Gesellschaftsvertrages sei es im Unterschied

zu einer Vollmacht nicht, eine Vertretungsbefugnis nachzuweisen, vor allem da spätere Änderungen des Gesellschaftsvertrages jederzeit möglich seien, ohne dass der ursprüngliche Gesellschaftsvertrag seine Bedeutung verliere.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung verdeutlicht erneut die Probleme, die sich im Umgang mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuchverkehr für alle Beteiligten ergeben und deren Ursache und ebenso Lösung in der Schaffung eines öffentlichen Registers für die GbR liegt. Bis dahin ist die Frage des grundbuchlichen Nachweises der von der gesetzlichen Gesamtvertretung abweichenden Vertretungsmacht insbesondere bei größeren Gesellschaften eine häufige Problematik in der notariellen Praxis. Von der Vermutungswirkung des § 899a BGB für das Grundbuchverfahren abgesehen, können im Grundbuchverfahren der Gesellschafterbestand und die Vertretungsregelung nur im Moment der Gründung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts durch den notariellen Gesellschaftsvertrag nachgewiesen werden. Der Gesellschaftsvertrag ist daher als Nachweismittel nur für solche Grundstücksgeschäfte geeignet, die unmittelbar zusammen mit der Gründung beurkundet werden. Bei späteren Rechtsgeschäften und Erklärungen der bereits im Grundbuch eingetragenen GbR taugt der Gesellschaftsvertrag nicht zum Nachweis der Vertretungsregelung, da ihm kein gesetzlich anerkannter Rechtschein zukommt. Insoweit ist in der Literatur zum Teil eine entsprechende Anwendung des § 172 BGB befürwortet worden,<sup>2</sup> um der im Gesellschaftsvertrag niedergelegten organschaftlichen Vertretungsregelung einen der Vollmacht entsprechenden gesetzlichen Rechtschein beizulegen.

Die dieses ablehnende Entscheidung des OLG München steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes. Auch der Bundesgerichtshof<sup>3</sup> hat in einer Entscheidung betreffend die GbR als Verwalterin eines Wohnungseigentums klargestellt, dass aufgrund des fehlenden Registers für die GbR das Vertrauen in die im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Vertretungsregelungen von der Rechtsordnung nicht geschützt wird. Der Gesellschaftsvertrag einer GbR genießt nach Auffassung des Bundesgerichtshofes nicht den öffentlichen Glauben eines Registers und kann zudem nur Auskunft über die Vertretungsbefugnisse zu einem bestimmten Zeitpunkt geben. Dass der Bundesgerichtshof von dieser Auffassung abweichen und die weitgehende Privilegierung der GbR im Grundbuchverfahren auch auf den Nachweis einer von der gesetzlichen Vermutung abweichenden Vertretungsbefugnis erstrecken wollte, lässt sich seiner Entscheidung<sup>4</sup> vom April 2011 nicht entnehmen, da der Bundesgerichtshof in dieser Entscheidung von einer Vertretung der GbR durch sämtliche im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter ausging. Ebenso wenig kann der Entscheidung des Bundesgerichtshofes<sup>5</sup> eine entsprechende Anwendung auch der §§ 172, 173 BGB auf Gesellschaftsverträge entnommen werden, wonach das Zurückweisungsrecht gemäß § 174 BGB bei einseitigen Erklärungen dann ausgeschlossen ist, wenn durch den vorgelegten Gesellschaftsvertrag die Vertretungsbefugnis belegt wird.

Ausdrücklich bejaht hat das OLG München dagegen die Möglichkeit, den Nachweis einer von der gesetzlichen Gesamtvertretung abweichenden Vertretungsregelung in grundbuchmäßiger Form

<sup>1</sup> OLG München, Beschl. v. 17.8.2010 – 34 Wx 98/10, NotBZ 2010, 425 f. = MittBayNot 2011, 75 ff.

<sup>2</sup> Wertenbruch, ZIP 2010, 1884 ff.; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 226; Lautner, MittBayNot 2011, 32 ff.; Reymann, ZNotP 2011, 90.

<sup>3</sup> BGH, Beschl. v. 26.1.2006 – V ZB 132/05, DNotZ 2006, 523 ff.

<sup>4</sup> BGH, Beschl. v. 28.4.2011 – V ZB 194/10, RNotZ 2011, 698 ff.

<sup>5</sup> BGH, Beschl. v. 9.11.2001 – LwZR 4/01, NJW 2002, 1194.

durch eine rechtsgeschäftliche Vollmacht in notarieller Form zu führen. Für die rechtsgeschäftliche Vollmacht ist gemäß § 172 BGB unabhängig vom Alter der Vollmachtsurkunde grundsätzlich von einem Fortbestehen der einmal wirksam erteilten Vollmacht auszugehen. Dies hat auch das KG Berlin bestätigt.<sup>6</sup> Darüber hinaus entschied das KG in dem genannten Beschluss, dass eine rechtsgeschäftliche Vollmacht nur dann als Legitimationsurkunde geeignet ist, wenn in grundbuchmäßiger Form die Identität der die Vollmacht erteilenden Gesellschaft und ihrer Gesellschafter nachweisbar ist. Danach ist der Vertretungsnachweis zum einen durch die bereits in der Literatur vielfach vorgeschlagene Erteilung einer sogenannten „Geburtsvollmacht“ möglich, bei der die Gründungsgesellschafter einer GbR die Vollmacht unmittelbar mit Gründung der Gesellschaft erteilen.

Darüber hinaus ist nach der genannten Entscheidung des KG Berlin – jedenfalls im Grundbuchverfahren – eine Vollmacht auch dann ein geeigneter Vertretungsnachweis, wenn sie von den im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern unterzeichnet wurde, da ab dem Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch die Vermutungswirkung des § 899a BGB greift. Damit besteht auch für bereits bestehende und im Grundbuch eingetragene Gesellschaften bürgerlichen Rechts die Möglichkeit, einen dauerhaften Vertretungsnachweis für das Grundbuchverfahren zu schaffen. Umgekehrt ist die zeitlich nach Gründung, aber vor Eintragung der Gesellschaft und deren Gesellschaftern im Grundbuch erteilte Vollmacht kein geeigneter Nachweis.

#### PRAXISTIPP

##### Vollmachtserteilung bei GbR:

Die einem Gesellschafter erteilte Vollmacht zur Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist als Vertretungsnachweis im Grundbuchverfahren geeignet, wenn sie entweder als Bestandteil der notariellen Gründungsurkunde durch die Gründungsgesellschafter erteilt oder später von allen im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern namens der GbR unterzeichnet wird. Die Vollmacht kann daher zeitlich entweder bei Gründung der GbR oder auch nach der Eintragung der Gesellschaft durch deren im Grundbuch eingetragene Gesellschafter erteilt werden.

Offengelassen hat das KG die Frage, ob eine spätere Änderung des Gesellschafterkreises Auswirkungen auf die von den Gründungsgesellschaftern bzw. den früher eingetragenen Gesellschaftern wirksam unterzeichnete Vollmacht hat. Die Frage ist zu verneinen. Soweit Vollmachtgeber die Gesellschaft bürgerlichen Rechts selbst ist, lag ungeachtet einer späteren Änderung im Gesellschafterkreis zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung eine wirksame Vertretung der GbR durch die Gründungsgesellschafter bzw. die bei Vollmachtserteilung im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter vor. Ebenso wenig wie die von den Gesellschaftern einer GbR in Ansehung eines im Grundbuch eingetragenen Rechtes zu einem bestimmten Zeitpunkt wirksam abgegebenen Erklärungen im Falle eines späteren Gesellschafterwechsels unwirksam werden, entfällt rückwirkend die durch die Gründungsurkunde belegte bzw. nach § 899a BGB vermutete gemeinschaftliche Vertretungsbefugnis der gründenden bzw. eingetragenen Gesellschafter zum Zeitpunkt der Vollmachtserteilung bei späterer Änderung des Gesellschafterkreises. Der einer wirksam erteilten Vollmacht gemäß § 172 BGB zukommende Rechtsschein bleibt daher auch bei späteren Änderungen im Gesellschafterkreis bestehen.

Dr. Yvonne Abicht, Köln

<sup>6</sup> KG Berlin, Beschl. v. 8.3.2011 – 1 W 99/10, – 1 W 100/10, NotBZ 2011, 292.

BGH

## Lebzeitiges Eigeninteresse gemäß § 2287 BGB als Rechtfertigung eines Teils der Schenkung

**Ein lebzeitiges Eigeninteresse des Erblassers an einer Schenkung kann auch dann vorliegen, wenn der Beschenkte ohne rechtliche Bindung Leistungen – etwa zur Betreuung im weiteren Sinne – übernimmt, tatsächlich erbringt und auch in der Zukunft vornehmen will. (amtl. Leitsatz)**

BGH, Beschl. v. 26.10.2011 – IV ZR 72/11  
BGB § 2287

### Entscheidung:

Im Rahmen einer Nichtzulassungsbeschwerde hatte der BGH über einen Herausgabeanspruch nach § 2287 BGB zu entscheiden. Ausgangspunkt war ein typisches Berliner Testament aus dem Jahr 1986, in dem ein Ehepaar seine zwei Kinder zu Schlusserben zu gleichen Teilen bestimmt hat. Auch wenn das Wohnhaus als wertvollster Vermögensgegenstand der Ehefrau gehörte, wurde diese Schlusserbregelung vom OLG München (revisionsfest) als wechselbezüglich zur gegenseitigen Erbeinsetzung eingeschätzt.

In den folgenden zwanzig Jahren und besonders nach dem Tod des Vaters im Jahr 1995 und einer Erkrankung der Mutter im Jahr 2003 hat sich der Sohn um das Haus und ihren Haushalt gekümmert, wobei er selbst den „Wert“ dieser Arbeitsleistungen (insb. Haus- und Gartenpflege, Erledigung von Einkäufen und Fahrten, zunehmend Führung des Haushalts) mit ca. € 90.000 bezifferte. Im Jahr 2006 überschrieb die Mutter ihm ihr Haus. Im Überlassungsvertrag wurde erwähnt, dass weitere Gegenleistungen, insbesondere die Vereinbarung von Wart- und Pflegeleistungen nicht gewünscht sind.

Nach dem Tod der Mutter (wohl im Jahr 2010) gab das OLG München dem auf § 2287 BGB gestützten Herausgabeanspruch der Schwester auf Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils statt, ohne Beweis zu den erbrachten Leistungen des Sohnes zu erheben. Begründet wurde dies damit, dass ein lebzeitiges Eigeninteresse der Mutter nicht vorliegen könne, da laut Überlassungsvertrag ausdrücklich keine Wart- und Pflegeleistungen gewünscht waren. Der BGH sah darin jedoch eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör und verwies die Sache zur weiteren Ermittlung und Entscheidung gemäß § 544 Abs. 7 ZPO an das OLG zurück. Grund dafür sei, dass – wie im Leitsatz ausgedrückt – die bereits erbrachten und für die Zukunft erwarteten Leistungen des Sohnes ein lebzeitiges Eigeninteresse der Mutter begründen können, auch wenn dies nicht in dem Übergabevertrag ausdrücklich vereinbart wurde. Dies ergebe sich schon daraus, dass eine vertraglich bindende Wart- und Pflegeverpflichtung zu einer echten Gegenleistung, also zu einem teilentgeltlichen Vertrag geführt hätte, bei dem § 2287 BGB ohnehin nur für den unentgeltlichen Teil der Schenkung anwendbar wäre. Ein lebzeitiges Eigeninteresse könne sich damit auch aus der sonstigen Interessenlage der Mutter ergeben, dass das Haus mit Hilfe des Sohnes erhalten wird und sie dort wohnen bleiben kann.

Ergänzend weist der BGH für das weitere Verfahren auf zwei Punkte hin:

- Zum einen müsse das lebzeitige Eigeninteresse nicht zwingend für den gesamten Schenkungsgegenstand angenommen werden, sondern könne auch nur einen Teil der Schenkung rechtfertigen. Es sei dann auf der Rechtsfolgen- seite wie bei einer teilentgeltlichen Schenkung zu prüfen, ob der geschenkte Gegenstand gegen Wertersatz heraus-



zugeben oder nur ein entsprechender anteiliger Geldersatz an den Vertragserben zu leisten sei.

- Zum anderen sind Schenkungen, die der klagende Vertragserbe selbst erhalten hat (wie im vorliegenden Fall die Tochter in Höhe von ca. € 40.000), nicht im Rahmen des § 2287 BGB zu berücksichtigen, sondern erst anschließend bei der Nachlassauseinandersetzung gemäß den dafür geltenden Ausgleichsregeln der §§ 2050 ff. BGB.

#### Anmerkung:

Der sehr knapp begründete Beschluss des BGH erscheint auf den ersten Blick recht unspektakulär. Zunächst wiederholt der BGH seine ständige Rechtsprechung zu § 2287 BGB, dass der Erblasser durch die Schenkung das ihm gebührende Recht zu lebzeitigen Verfügungen missbraucht haben müsse und dass ein solcher Missbrauch nicht vorliege, wenn der Erblasser ein lebzeitiges Eigeninteresse an der von ihm vorgenommenen Schenkung habe. Ein solches Eigeninteresse sei anzunehmen, wenn nach dem Urteil eines objektiven Beobachters die Verfügung auch unter Berücksichtigung der erbvertraglichen Bindung als billigenwert und gerechtfertigt erscheine.

Auch der Leitsatz scheint noch relativ unproblematisch zu den von der Literatur zu dieser Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen zu passen: als eine Art Mischung zwischen sittlich gerechtfertigter, belohnender Schenkung und beabsichtigter Sicherung der weiteren Altersversorgung. Allerdings verwendet der BGH diese Kategorisierungen nicht selbst, so dass auch der neue Beschluss als Fortsetzung der Rechtsprechung zu sehen ist, dass es bei § 2287 BGB nicht nur um die Prüfung eines lebzeitigen Eigeninteresses geht, sondern um eine umfassende Einzelabwägung zwischen den schutzwürdigen Erwerbsinteressen des Vertragserben und den lebzeitigen Verfügungsinteressen des Erblassers.<sup>1</sup>

Auf Grundlage dieser gängigen Rechtsprechung beinhaltet die neue Entscheidung jedoch einige Aussagen, die bislang keineswegs selbstverständlich waren:

- Die vertragliche Vereinbarung von Wart- und Pflegeleistungen ist eine echte Gegenleistung und führt zu einer teilentgeltlichen Schenkung, so dass § 2287 BGB nur für den unentgeltlichen Teil zur Anwendung kommt. Unklar bleibt dabei allerdings, ob der Charakter der Altersvorsorge bei Prüfung des Eigeninteresses dann nochmals gewertet werden kann oder „abgegolten“ ist.
- Die über die vertraglichen Gegenleistungen hinausgehenden Eigeninteressen des Erblassers können sich auch aus der Motivlage außerhalb der Urkunde ergeben.<sup>2</sup> Dies gilt sogar dann, wenn dies in der Urkunde vermeintlich ausgeschlossen wird. Diese Aussage des BGH ist sicherlich sachgerecht, wenn man in Betracht zieht, dass vielen Beteiligten weder bekannt ist, dass sie wechselbezüglich gebunden sind, noch dass es Herausgabeansprüche gegenüber der Schenkung geben kann. Der Grund, keine echten vertraglichen Gegenleistungen zu vereinbaren, mag sich dann aus völlig anderen Überlegungen ergeben (z. B. einem drohen-

den Sozialhilferegress vorzubeugen), schließt aber eine bei der Interessenabwägung des § 2287 BGB anzuerkennende Motivlage nicht aus.

- Zu einer völlig neuen Entwicklung führt schließlich der kurze Hinweis des BGH, dass die im Einzelfall vorzunehmende Interessenabwägung auch dazu führen könne, dass ein rechtfertigendes Eigeninteresse nicht zwingend für die ganze Übertragung angenommen werden muss, sondern möglicherweise auch nur einen Teil der Schenkung rechtfertige. Bezüglich des Umfangs der danach gerechtfertigten Leistung im Vergleich zum überschießenden Wert der Schenkung könne auf die Leistungen der Vergangenheit, die noch in der Zukunft erfolgenden Leistungen und auf die subjektive Wertung des Erblassers Rücksicht genommen werden, dass er sich die Leistungen „etwas kosten lassen dürfe“.

Mit seinem Beschluss betritt der BGH damit Neuland, da man bisher wohl einhellig davon ausging, dass das lebzeitige Eigeninteresse, wenn es ein ausreichendes Gewicht bei der Interessenabwägung mit den Rechten des Vertragserben erreichte, den Anspruch auf Herausgabe gemäß § 2287 BGB insgesamt ausschließe. In Zukunft wird die erforderliche Einzelfallprüfung nicht mehr nur die jeweilige Motivlage und die Abwägung der Interessen berücksichtigen, sondern auch noch eine Art finanzielle Bewertung vornehmen müssen – wobei völlig unklar bleibt, wie dieser Wert außerhalb der Fälle der belohnenden Schenkung und der echten vertraglichen Gegenleistungen bestimmt werden soll.

Und was bedeutet dies für die Vertragsgestaltung? Einerseits die beruhigende Aussage, dass die Eigeninteressen des Erblassers nicht zwingend in dem Vertrag Niederschlag finden müssen, zumal wenn deren Relevanz den Beteiligten und dem Notar möglicherweise überhaupt nicht erkennbar ist. Ist jedoch der mögliche Herausgabeanspruch erkennbar, wird es sich andererseits künftig immer empfehlen, nicht nur die echten vertraglichen Gegenleistungen (wie z. B. Wart und Pflege) aufzunehmen, sondern auch mögliche weitere Motive, wie z. B. den Dank für vorhergehende Leistungen und die Erwartung künftiger Leistungen zu formulieren (auch wenn damit keine rechtlichen Pflichten verbunden sind). Gerade für Letztere kann auch der Versuch lohnend sein, diese aus Sicht des Schenkers zu „quantifizieren“, da letztlich maßgeblich sein kann, was ihm die Leistung des Beschenkten „wert“ ist.

#### PRAXISTIPP

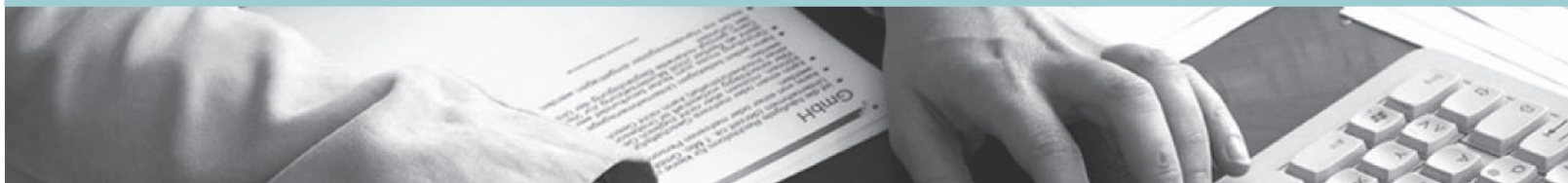
##### Überlassung bei drohendem § 2287 BGB-Anspruch:

Ist dem Notar und den Beteiligten bekannt, dass einer Überlassung möglicherweise ein Herausgabeanspruch des § 2287 BGB entgegenstehen kann, sollte eine ausführliche Darstellung der Eigeninteressen des Schenkers aufgenommen werden, um als Grundlage für die im Streitfall notwendig werdende Einzelfallabwägung und -bewertung des Gerichts zu dienen.

Dr. Felix Odersky, Dachau

<sup>1</sup> So deutlich Bengel/Reimann/J. Mayer in der Kommentierung zu § 2287 BGB; NomosKomm/Seiler, § 2287 BGB Rn 40 ff.

<sup>2</sup> A. A. bisher z. B. Bengel/Reimann/J. Mayer, § 2287 BGB Rn 62; OLG Oldenburg FamRZ 1994, 1423.



Oliver Vossius

## Französische Fonds und deutsche Register

### I. Problemstellung

Es war einmal, da begannen Rundschreiben der Landesnotarkammer Bayern oft mit dem Satz: „Es häufen sich die Fälle“. Auch dieser Beitrag ist aus einem solchen Anlass heraus entstanden.

Es häufen sich in der Tat die Fälle, in denen französische Investmentfonds in deutsche Gesellschaften investieren. Meist handelt es sich um Start-up-Unternehmen. In den Notariaten tauchen folgende Fallkonstellationen auf:

1. Der Fonds erwirbt GmbH-Geschäftsanteile.
2. Der Fonds nimmt an Gesellschafterversammlungen von GmbH oder AG teil.
3. Der Fonds übernimmt neue oder im Nennwert erhöhte GmbH-Geschäftsanteile bzw. zeichnet neue Aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung.

In diesen Fällen steht der Notar vor dem Problem, ob und gegebenenfalls in welchen Grenzen ein solcher Fonds rechtsfähig ist. Selbst wenn Dritte die Entwürfe erstellt haben, steht spätestens bei der notarbescheinigten Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG aufgrund einer Anteilsabtretung/Kapitalerhöhung der Notar vor der Gretchenfrage: „Wen soll ich in die Liste der Gesellschafter aufnehmen?“

Geprägt vom deutschen Recht, denkt der Notar zuerst an Investmentfonds. Investieren deutsche Investmentfonds, so sind die erworbenen Vermögensgegenstände Sondervermögen im Sinne von §§ 2 Abs. 2-4, 4, 30 ff. Investmentgesetz (InvG). Das Sondervermögen, gleich ob im Eigentum der Kapitalanlagegesellschaft oder im Miteigentum der Anteilseigner gehalten (§ 30 Abs. 1 InvG), wird von der Kapitalanlagegesellschaft nach § 31 Abs. 1 InvG im eigenen Namen gehalten. Nur die Kapitalanlagegesellschaft ist verfassungsbefugt.

#### Beispielfall 1:

*Der deutsche XYZ Super Performance Fonds III will sich an einer Gesellschaft beteiligen. Hier tritt als Zeichner die ihn verwaltende Kapitalanlagegesellschaft auf. Nur diese wird in die Liste der Gesellschafter (bei GmbH) bzw. das Aktienregister der Gesellschaft (bei AG) eingetragen.*

Doch so wie bei uns muss es andernorts nicht sein. Werfen wir einen Blick über den Rhein nach Frankreich.

### II. Rechtsstellung französischer Fonds

#### 1. Arten französischer Fonds

Französische Fonds sind geregelt im französischen *Code monétaire et financier* (CMF), geltend in der Fassung vom 19.8.2011 und zugänglich über [www.legisfrance.org](http://www.legisfrance.org). Nach Art. L211-2 CMF gibt

es drei Formen der Fonds als Emittenten von Finanztiteln („*titres financiers*“), nämlich den gewöhnlichen Platzierungsfonds („*fonds commun de placement*“), den Immobilien-Platzierungsfonds („*fonds de placement immobilier*“) und den gewöhnlichen Verbriefungsfonds („*fonds commun de titraison*“).

Hier interessieren nur die gewöhnlichen Platzierungsfonds, darunter die Sonderform der „*organismes de placement collectif en valeur mobilières*“ (OPCVM, etwa zu übersetzen mit: „Kapitalsammelstellen, die in bewegliches Vermögen investieren“) nach Art. L214-1 Abs. 1 Nr. 1 CMF im Sinne der Richtlinie 2009/65/EU vom 13.7.2009 (ABl L 302 vom 17.11.2009, S. 32).<sup>1</sup> Diese „*organismes*“ können als Investmentgesellschaft mit variablem Kapital („*société d'investissement à capital variable – SICAV*“) oder als gewöhnliche Platzierungsfonds („*fonds communs de placement*“) ausgestaltet sein (Art. L214-4 Abs. 1 CMF). SICAV sind nach Art. 214-7 CMF Aktiengesellschaften in Form der SA („*société anonyme*“) oder der SAS („*société par actions simplifiée*“ – vereinfachte Aktiengesellschaft) und als solche unproblematisch rechtsfähig. Damit verengt sich der Untersuchungsgegenstand auf diejenigen OPCVM, die als „*fonds communs de placement*“ ausgestaltet sind.

Normalerweise dürfen die OPCVM nur in Finanztitel im Sinne des Art. L211-1 CMF investieren, Art. L214-20 Abs. 1 CMF. Zu diesen gehören nach Art. L211-1 Abs. 2 Nr. 1 CMF insbesondere Aktien und andere von Aktiengesellschaften emittierte Titel (z. B. Wandel-, Optionsschuldverschreibungen, Genussscheine etc.). Daneben gibt es nach Art. L214 ff. CMF aber OPCVM, die nicht entsprechend der Richtlinie 2009/65/EU zugelassen sind.

Von Bedeutung sind hier vor allem die „*fonds communs de placement à risques*“<sup>2</sup> (FCPR) nach Art. L214-28 f. CMF, die „*fonds commun de placements dans l'innovation*“<sup>3</sup> (FCPI) nach Art. L214-30 CMF, die „*fonds d'investissement de proximité*“ (FIP) nach Art. L214-31 ff. CMF.

Diese dürfen allgemein in Titel an nicht börsennotierte Kapitalgesellschaften investieren, Artt. L214-28 Abs. 1, L-214-30 Abs. 1, L214-31 Abs. 1 CMF. Sie sind in ihrem Anlageportfolio also nicht auf Aktiengesellschaften beschränkt. Auch die Beteiligung an GmbH steht ihnen offen.

#### 2. Binnenstruktur französischer Fonds

Für die Binnenstruktur der genannten drei Arten von Fonds gelten allgemein die Vorschriften der Art. L214-8 bis Art. L214-9 CMF. Aus diesen Vorschriften lässt sich Folgendes entnehmen:

<sup>1</sup> Dort noch unbeholfener übersetzt mit „Organismen für gemeinsame Anlagen in Wertpapieren“.

<sup>2</sup> Etwa: „Risikoplatzierungsfonds“.

<sup>3</sup> Etwa: „Innovationsplatzierungsfonds“.

Tabelle 1

Art. CMF	Aussage
L214-8-1 i. V. m. L214-3 Abs. 1	Die Gründung erfolgt durch die Geschäftsführungsgesellschaft. Der Fonds bedarf der Zulassung durch die Finanzmarktaufsicht, die „Autorité des Marchés Financiers“ (= die französische Finanzmarktaufsichtsbehörde).
L214-8 Abs. 1 S. 1	Der Fonds ist keine juristische Person („n'a pas la personnalité morale“).
L214-8 Abs. 1 S. 1-2	Der Fonds ist eine Miteigentümergeinschaft der Anleger („une copropriété d'instruments financiers“), jedoch sind die allgemeinen Vorschriften über deren Teilbarkeit und die Art. 1871–1873 des Code civil nicht anwendbar.
L214-8-3	Im Rechtsverkehr kann der Fonds anstelle der Bezeichnung aller Miteigentümer unter seinem Namen auftreten.
L214-8-4	Das Recht der Miteigentümer, Teilung zu verlangen, ist ausgeschlossen.
L214-8-5	Die Miteigentümer haften neben dem Aktivvermögen des Fonds für dessen Schulden nur quotal.
L214-8-6	Die Geschäftsführungsgesellschaft bestellt für den Fonds einen Abschlussprüfer („commissaire aux comptes“).
L-214-8-8	Im Verhältnis zu Dritten wird der Fonds durch seine Geschäftsführungsgesellschaft vertreten. Diese kann für die Fondsanleger vor Gericht klagen oder verklagt werden.

### 3. Rechtsfähigkeit französischer Fonds

In der französischen Rechtspraxis treten die vorgenannten Fonds als Zeichner von Aktien auf, so etwa in den Beschlüssen der Hauptversammlung französischer Aktiengesellschaften über die Zulassung zur Zeichnung neuer Aktien im Zuge einer Kapitalerhöhung.<sup>4</sup> Im Rubrum von Entscheidungen französischer Gerichte wird der Fonds als Prozesspartei geführt, die Geschäftsführungsgesellschaft nur als deren Vertreter.<sup>5</sup>

Sucht man nach einem Analogon im deutschen Recht, so könnte man zum einen an § 124 HGB oder die Namens-GbR, zum anderen an § 10 Abs. 6-8 WEG denken. Gerade die Ähnlichkeit der quotalen Haftung nach § 10 Abs. 8 WEG zu Art. L214-8-5 CMF ist auffällig.

Die Behandlung dieser Fonds als rechtsfähig in der französischen Praxis ist nach Art. 54, 55 AEUV (Freiheit des Kapitalverkehrs) auch in Deutschland anzuerkennen.<sup>6</sup>

Nach alledem wird man die in Form des „fonds commun de placement“ gebildeten OPCVM als jedenfalls in Bezug auf ihr Fondsvermögen rechtsfähige Gebilde zu qualifizieren haben.<sup>7</sup> Dies hat zur Folge, dass FCPR, FCPI oder FIP im eigenen Namen

<sup>4</sup> Siehe etwa das Hauptversammlungsprotokoll der Adamence Groupe SAS vom 22.4.2011, S. 21 ff., zum download verfügbar unter RCS de Paris 511 156 291.

<sup>5</sup> So etwa im Urteil des Tribunal de Commerce de Paris vom 21.1.2011 (J2008006452), in dem der Fonds im Rubrum wie folgt bezeichnet wird: „FCPI..., domiciliée à sa société de gestion..., dont le siège social est..., prise en la personne de son président du directoire, Monsieur..., domicilié en cette qualité audit siège.“

<sup>6</sup> Zum Einfluss der EU-Grundfreiheiten auf das internationale Gesellschaftsrecht siehe jetzt auch *Frauke Wedemann*, Der Begriff der Gesellschaft im internationalen Privatrecht, *RabelsZ* 75 (2011) 541-580, 571-577.

<sup>7</sup> Für die beschränkte Rechtsfähigkeit auch *Daniel Schmidt/Florence Moulin*, Les Fonds de Capital d'Investissement. Principes juridiques et fiscaux, 2. ed., 2009, Rn 281 und 285.

für eigene Rechnung Anteile an GmbH oder Aktien und sonstige Titel an AG erwerben und veräußern können, sei es derivativ durch Abtretung oder originär durch Gründung oder Kapitalerhöhung.

#### PRAXISTIPP

##### Praxistipp 1:

Für den Urkundeneingang empfiehlt sich analog zum oben zitierten Rubrum französischer Gerichte folgende Fassung:

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

„Es erscheint

*Herr/Frau ..., geboren am ..., wohnhaft ..., geschäftsansässig wie nachstehend, persönlich bekannt, hier handelnd aufgrund beigefügter Vollmacht für den FCPI UP Innovation 2010 mit Sitz und Geschäftsanschrift in F-75001 Paris, 24, Boulevard Victor Hugo, gesetzlich vertreten durch seine Geschäftsführungsgesellschaft, die UP Ultrapformance Private Equity SA mit Sitz und Geschäftsanschrift ebenda, RCS de Paris No. 123 456 789.“*

#### PRAXISTIPP

##### Praxistipp 2:

In der Gesellschafterliste würde an sich die Bezeichnung des Fonds mit seinem Namen, seiner Rechtsform und seiner Anschrift reichen. Die Beifügung der Daten der Geschäftsführungsgesellschaft entsprechend dem obigen Beispiel eines Urkundeneingangs erleichtert die Abfassung künftiger Urkunden jedoch und empfiehlt sich daher.

### III. Existenz- und Vertretungsnachweis

Doch wie weist man gegenüber dem deutschen Handelsregister die Existenz eines solchen Fonds und die Vertretungsbefugnis seiner Organe nach?

#### 1. Der Fonds

Die genannten Fonds werden in Frankreich nicht in öffentliche Register eingetragen. Die Zulassung des Fonds durch die AMF wird mit einem entsprechenden Zulassungsschreiben an die Geschäftsführungsgesellschaft dokumentiert („lettre d'agrément“). Dieses Schreiben, das als Urkunde einer französischen Behörde die Qualität einer öffentlichen Urkunde nach § 415 ZPO hat (eine Apostille oder Legalisation ist im Verhältnis zu Frankreich nicht erforderlich<sup>8</sup>), kann in Abschrift mit Übersetzung dem deutschen Handelsregister als Existenznachweis vorgelegt werden. Insoweit ist die Rechtslage der bei einer Stiftung deutschen Rechts vergleichbar (vgl. §§ 80, 82 BGB i. V. m. den Stiftungsgesetzen der Länder). Im Zulassungsschreiben wird nicht nur der Fonds genannt, sondern auch seine Geschäftsführungsgesellschaft.

Sollte ein Handelsregister einen zeitnahen Existenznachweis verlangen, wird es allerdings schwierig. Entsprechende Bestätigungen der AMF sind erfahrungsgemäß nur schwer erhältlich. Da aber auch die Liquidation des Fonds der Genehmigung der AMF bedarf, wird man hier im Rahmen der Amtsermittlung nach § 26 FamFG auf den Grundsatz verweisen, dass die Fortexistenz einer auf einen Zeitpunkt bewiesenen Tatsache grundsätzlich vermutet werden kann.<sup>9</sup> Ohne Vorliegen ausreichender Anhalts-

<sup>8</sup> Siehe das deutsch-französische Abkommen vom 13.9.1971 (BGBl Teil II, 1980, 815 und Teil II 1981, 142).

<sup>9</sup> Bei Vorlage einer Heiratsurkunde wird trotz der hohen Scheidungsquote auch bis zum Beweis des Gegenteils davon ausgegangen, dass der Betreffende noch verheiratet ist.



punkte für das Gegenteil dürfte das Verlangen nach einem zeitnahen Existenznachweis daher über das Ziel hinausschießen.

Man kann die Angaben allerdings – wenngleich ohne öffentlichen Glauben – überprüfen, indem man unter [http://www.amf-france.org/bio/default.aspx?lang=fr&Id\\_Tab=0](http://www.amf-france.org/bio/default.aspx?lang=fr&Id_Tab=0) (eine Seite der AMF) ins Internet geht, dort auf die erste Registerkarte klickt („produit financier“), unter „nom du produit“ den Namen des Fonds eingibt und unter „type de produit“ die Rechtsform auswählt. Klickt man dann auf „ok“, liefert die Website die Firma der Geschäftsführungsgesellschaft.

## 2. Die Geschäftsführungsgesellschaft

Das Anerkennungsschreiben der AMF nennt neben dem Namen des Fonds auch die Firma der Geschäftsführungsgesellschaft. Diese, meist in Form der SA, der SAS oder der Sàrl („société à responsabilité limitée“ – das Pendant zur GmbH), steht im französischen Handelsregister („registre du commerce et des sociétés – RCS“). Soweit der Notar dieses Register nicht selbst online einsehrt,<sup>10</sup> lässt er sich zum Nachweis der Vertretung einen möglichst aktuellen beglaubigten Handelsregisterauszug vorlegen. Dem deutschen aktuellen Ausdruck entspricht der französische „*extrait Kbis*“. Die Beglaubigung nimmt der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle („*greffier*“) des RCS vor. Auch hierzu ist keine Apostille notwendig.

Der *Kbis* enthält jedoch nur Name und Funktion der Vertreter, nicht deren Vertretungsmacht. Diese ergibt sich in Frankreich unmittelbar aus dem Gesetz. Die einzelnen Rechtsgrundlagen sind in folgender Tabelle dargestellt.

Tabelle 2

Rechtsform	Art. des Code de commerce	Bezeichnung des Organs	Vertretungsmacht
monistische SA*	225-56 I bzw. II	<i>directeur général</i> oder <i>directeur général délégué</i>	je allein
dualistische SA**	225-66	<i>président du directoire</i> oder <i>directeur général</i>	je allein
SAS	227-6	<i>président</i> oder <i>directeur général (délégué)</i>	je allein
Sàrl	213-18 Abs. 5–7	<i>gérant(s)</i>	je allein

\* D. h. eine SA mit einem einheitlichen Verwaltungsrat („*conseil d'administration*“).

\*\* D. h. eine SA mit einem Vorstand („*directoire*“) und einem Aufsichtsrat („*conseil de surveillance*“).

Nach § 21 BNotO ist der Notar befugt, Vertretungsbescheinigungen auch aufgrund Einsicht in ausländische Register auszustellen, die dem deutschen Handelsregister vergleichbar sind. Diese wird dann durch eine allgemeine gutachterliche Feststellung über den Inhalt des französischen *Code de commerce* ergänzt (vergleichbar einer Rangbescheinigung). Eine Vertretungsfeststellung für eine französische (dualistische) SA könnte damit etwa wie folgt lauten:

## FORMULIERUNGSVORSCHLAG

### Feststellung:

*Aufgrund Einsicht in das Handelsregister des Handelsgerichts Paris vom heutigen Tage stelle ich fest, dass dort unter No. 123 456 789 RCS de Paris die Firma*

*UP Ultrapformance Private Equity S.A.*

*mit dem Sitz in Paris und Herr Jules Dupont als Vorsitzender des Vorstands (Président du directoire) eingetragen ist. Nach Art. 225-66 des französischen Handelsgesetzbuchs (Code de commerce) ist er allein zur Vertretung der vorbezeichneten Gesellschaft befugt.*

## 3. Geschäftsführungsvollmacht

Zulässig ist auch, dass eine Fonds-Geschäftsführungsgesellschaft ihre Geschäftsführungsaufgaben durch Vertrag auf eine andere solche Gesellschaft delegiert. Solche Vereinbarungen werden als „*convention de délégation de gestion financière*“ bezeichnet. Sie enthalten nach meinen Erfahrungen immer eine umfassende Geschäftsführungsvollmacht. Für eine Übernahmeerklärung bedarf diese Vollmacht allerdings nach § 55 GmbHG zumindest der notariellen Beglaubigung. Gleiches gilt für eine Gründungsvollmacht nach § 2 Abs. 2 GmbHG, § 23 Abs. 1 S. 2 AktG. Legen die Beteiligten dem Notar einen solchen Vertrag vor, so ist darauf zu achten, dass die Unterschrift der Auftraggeberin notariell beglaubigt und ein ausreichender Vertretungsnachweis erbracht ist (siehe oben).

## 4. Übersetzungsfragen

Bei deutschen Registergerichten sind zwar Englischkenntnisse weit verbreitet, für die Sprache unseres Nachbarlandes gilt dies jedoch nicht in diesem Ausmaß. Daher wird der entsprechende Vertretungsnachweis in der Regel nur mit Übersetzungen zu bewerkstelligen sein.

Erforderlich ist die Übersetzung des Zulassungsschreibens der AMF und des Handelsregisterauszugs der Geschäftsführungsgesellschaft, im Fall einer Delegation der Geschäftsführung auch die zumindest auszugsweise (hinsichtlich der Vollmacht) Übersetzung der *convention de délégation*. Die Frage, ob der des Französischen mächtige Notar nicht nur nach § 21 BNotO selbst die Vertretungsberechtigung feststellen, sondern auch entsprechende Übersetzungen selbst vornehmen kann, ist zu bejahen. Das Beurkundungsgesetz regelt diese Frage zwar nicht ausdrücklich. Jedoch folgt aus § 5 Abs. 2 i. V. m. § 50 BeurkG, dass der Notar, wenn er schon in einer Fremdsprache beurkunden bzw. die Richtigkeit der Übersetzung einer seiner Urkunden bescheinigen kann, erst recht befugt sein muss, fremde Privaturkunden zu übersetzen. Jedenfalls kann diese Übersetzung, soweit keine anderweitigen Anhaltspunkte vorliegen, als zulässiges Beweismittel im Rahmen des § 26 FamFG anerkannt werden.

## 5. Gutachten als Vertretungsnachweise

In der Praxis hat der Verfasser oft erlebt, dass anstelle der oben dargestellten Vertretungskette mittels Zulassungsschreiben der AMF und Handelsregisterauszug samt Vertretungsfeststellung Gutachten französischer Anwälte oder Notare vorgelegt werden, in denen Existenz und Vertretung französischer Fonds bescheinigt werden. Oft sind diese Gutachten in französischer oder englischer Sprache abgefasst, was vor Gericht wenig hilfreich ist. Derzeit ist dem deutschen Verfahrensrecht ein über § 21 BNotO hinausgehender Existenz- und Vollmachtsnachweis durch Bescheinigung („*legal opinion*“) fremd. Das Verfahrensrecht der *lex fori* bestimmt aber, welche Beweismittel

<sup>10</sup> Zugangsdaten sind online erhältlich; Abrufgebühren werden mit Kreditkarte bezahlt. Link: <http://www.infogreffe.fr/infogreffe/index.jsp>.

als zulässig anerkannt werden können. Derartige „Vollmachtsbescheinigungen“ in Gutachtenform zählen nicht dazu. Vorstehende Ausführungen haben jedoch gezeigt, dass wir auch uns zunächst exotisch anmutende Rechtsformen mit dem traditionellen „notariellen Handwerkszeug“ bewältigen können.



**Dr. Oliver Vossius**

ist Notar in München, Präsident des Deutschen Notarvereins und Mitherausgeber der Zeitschrift *notar*.  
o.vossius@dnotv.de

Daniel Seebach

## Wer den Heller nicht ehrt – oder: das wahre Mindeststammkapital einer kontoführenden GmbH i. G.

„Service inklusive. Der Notar.“ Dieser Slogan, angelehnt an die bekannte Imagekampagne des Deutschen Notarvereins,<sup>1</sup> ist auch bei GmbH-Gründungen häufig gelebte Praxis: So versenden die Notariatsmitarbeiter nach dem Erstkontakt eine Checkliste, die den Entwurf der Gründungsdokumentation vorbereiten soll und ggf. weitere Hinweise enthält. Die Mitarbeiter klären regelmäßig auch die Unbedenklichkeit der geplanten Firma mit der örtlichen IHK ab. Das spart nicht nur kostspielige spätere Änderungen, sondern beschleunigt vor allem die Neueintragung der Gesellschaft. Ebenfalls zur Verfahrensbeschleunigung wird nur die vollständig ausgefüllte XNotar-Eingabemaske übersandt, damit der zuständige Registerrichter diese Angaben nur noch zu übernehmen braucht. Die Liste ließe sich fortführen.

Solche „standardmäßig“ erbrachten Dienstleistungen rund um die GmbH- bzw. UG-Gründung<sup>2</sup> sollten hinsichtlich der Einzahlung des Stammkapitals um eine weitere Facette ergänzt werden. Immer wieder lässt sich beobachten, dass Geldinstitute eine besondere – und leider höchst unpassende – Form des „Gründungsservices“ bieten, nämlich die zeitnahe Belastung des Gesellschaftskontos mit Gebühren noch im Gründungsstadium. Ein typischer Sachverhalt lautet so: Für die Gesellschaft wird noch vor ihrer Neueintragung ein Gesellschaftskonto unter Vorlage der notariellen Gründungsurkunde eröffnet. Die Gesellschafter zahlen auf dieses Konto anschließend einen Betrag in genau derjenigen Höhe ein, die ihrer (sofort fälligen) baren Einlagepflicht entspricht. Dabei wird leider vergessen, dass sich an das Gesellschaftskonto die „üblichen“ Kontogebühren anknüpfen. Liegt nun beispielsweise ein Quartalsende zwischen Kontoeröffnung und Wirksamkeit der Handelsregisteranmeldung, sind die geleisteten Einlagen bereits um die Kosten zeitanteiliger Kontoführung und der Buchungen geschmälert.

Der wirtschaftliche Wert dieser Abzüge – es handelt sich um Cent-Beträge – steht dann in krassem Missverhältnis zu ihrer rechtlichen Wirkung. Denn in ihrer Anmeldung zum Handelsregister haben die Geschäftsführer zu versichern, dass das Geld sich endgültig und ungeschmälert in ihrer freien Verfügung befindet (§ 8 Abs. 2 S. 1 GmbHG). Diese Versicherung ist im geschilderten Szenario unrichtig, da es für ihre Rechtswirkungen bekanntlich auf den Eingang beim Registergericht ankommt.<sup>3</sup>

Nun könnte man darüber streiten, ob derartige Bankgebühren nicht auch zu den Gründungskosten zu zählen und – bei entsprechender Abwälzungsklausel im Gesellschaftsvertrag – von der Gesellschaft zu tragen sind. Soweit ersichtlich, schweigt die Kommentarliteratur zu dieser Frage, und zwar auch zu dem für das GmbH-Recht analog herangezogenen § 26 Abs. 2 AktG.<sup>4</sup>

### PRAXISTIPP

#### Geschäftsführerversicherung bezüglich der Gründungskosten:

Die Geschäftsführerversicherung müsste abweichend von etwai- gen Mustern, die nur auf die von den Gründungsgesellschaftern verauslagten Kosten abstellen, in jedem Fall einen pauschal auf sämtliche Gründungskosten bezogenen Vorbehalt aussprechen, da die Anlaufkosten für das Gesellschaftskonto die Gesellschaft direkt treffen.<sup>5</sup>

Auf dieses dünne Eis möchte man die frisch gebackenen Geschäftsführer nicht sehenden Auges schicken.

Der Notar sollte (nicht: muss) auf die Problematik daher hinweisen. Wer zugleich einen einfachen und sicheren Weg zu ihrer Vermeidung empfehlen möchte, könnte beispielsweise folgendermaßen vorgehen:

### PRAXISTIPP

#### Hinweise zur Eröffnung eines Bankkontos:

1. Im Vorfeld der Gründung ergeht der Hinweis, dass die Gründungsgesellschafter vor dem Beurkundungstermin von Einzahlungen auf ein etwa vorhandenes Gesellschaftskonto absehen mögen.
2. Im Anschluss an den Beurkundungstermin wird den (meist ohnehin anwesenden) Geschäftsführern aufgegeben, bei Verfügbarkeit einen Auszug des Gesellschaftskontos zu übermitteln, der die vollständige Leistung der sofort fälligen Einlagen nachweist.
3. Unter Hinweis auf die geschilderte Problematik schließt sich die Empfehlung an, dass die Gründungsgesellschafter (je nach Fallgestaltung) freiwillig ein oder zwei Euro zusätzlich zur Bildung eines Sicherheitspuffers einzahlen.

<sup>1</sup> Hierzu *Seeger, notar* 2009, 77.

<sup>2</sup> Im GmbH- bzw. UG-Kontext dürfte das vorliegende Praxisforum am häufigsten relevant werden.

<sup>3</sup> *Wicke, GmbHG*, 2. Aufl. 2011, § 8 Rn 10.

<sup>4</sup> Zu den Kriterien analog § 26 Abs. 2 AktG vgl. etwa *Hauschild/Kallrath/Wachter*, *Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht*, 2011, § 13 Rn 376.

<sup>5</sup> Vgl. *Elsing, DNotZ* 2011, 245, 246.

4. Ergibt sich aus dem sodann vorgelegten Kontoauszug, dass das Anfangskapital nicht gemindert ist, weil etwaige Kontogebühren nur den Sicherheitspuffer „angefressen“ haben, sollte die Registeranmeldung zeitnah dem Gericht übermittelt werden.

Zugegeben: Es gibt (wirtschaftlich) Wichtigeres in der Gründungsphase, zumal für betroffene Gesellschafter-Geschäftsführer. Die bestehenden (straf-)rechtlichen Risiken im Zusammenhang mit Bankgebühren im Gründungsstadium sind aber nicht zu vernachlässigen, wie die Praxis bisweilen lehrt.



Dr. Daniel Seebach, LL.M. (Chicago),  
ist Notarassessor in Köln

## Impressum

### notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

### Herausgeber

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

### Schriftleiter

Notar Dr. Jens Jeep, Hamburg (JJ)  
Notarvertreter Christian Rupp, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid (ASV)

### Redaktion

Carola Vonhof-Stolz  
Dr. Stephanie Michel (Mi)

### Bildnachweis

JJ (Rubrikköpfe außer S. 3), Ru (3)

### Fachredakteure

Handelsregister  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht  
Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn

Bauträgerrecht  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Gesellschaftsrecht  
Notar Dr. Simon Weiler, Bamberg

Wohnungseigentum  
Notar Dr. Gerd H. Langhein, Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht  
Notar Dr. Markus Stuppi, Landstuhl

Erbrecht  
Notar Dr. Felix Odersky, Dachau

Grundbuch  
Notarassessorin Dr. Yvonne Abicht, Köln

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

Immobilienkauf  
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, München

Immobilienzuwendung  
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht  
Notarassessor Dr. Jan Eickelberg, Berlin

### Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

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

### Manuskripte

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

### Urheber- und Verlagsrechte

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

### Erscheinungsweise

Monatlich

### Anzeigenverwaltung

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

### Bezugspreis

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

### Bestellungen

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

### Verlag

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

### Koordination im Verlag

Beate Eschbach

### Satz

Reemers Publishing Services GmbH,  
Krefeld

### Druck

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

### ISSN

1860-8760

### Hinweis

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



## Notar-Prüfungstraining

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

### Ausgangsfall

In einer notariellen Urkunde hat sich der geschiedene Ehemann M gegenüber seiner ehemaligen Ehefrau F, die 30 Jahre alt ist, zu einer monatlichen Unterhaltszahlung von € 1.000 verpflichtet. Zur Absicherung dieser Unterhaltsrente wurde auf dem Grundstück (Verkehrswert: € 500.000) des M eine Reallast für F eingetragen, und zwar an zweiter Rangstelle nach einer erstrangigen Grundschuld über € 300.000. In der notariellen Urkunde erklärte der Grundstückseigentümer auch die Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen der Ansprüche. Nachdem ein Unterhaltsrückstand von € 5.000 aufgelaufen ist, überlegt die Unterhaltsberechtigten F deshalb die Zwangsversteigerung des Grundstücks.

### Aufgaben:

1. Nehmen Sie zu dieser Überlegung und die sich daraus ergebenden Probleme gutachtlich Stellung.
2. Bietet sich zur Lösung der Probleme folgender Inhalt der Reallast an?  
*Zur Sicherung der Zahlungsverpflichtung wird eine Reallast mit dem Inhalt bestellt, dass Rückstände Rang nach den übrigen aus der Reallast folgenden Ansprüchen (Stammrecht) haben. Abweichend von § 12 ZVG ist deshalb im Falle der Zwangsversteigerung aus der Reallast das Stammrecht in das geringste Gebot aufzunehmen.*
3. Bietet folgende Formulierung eine taugliche Lösung?  
*Sollte die Reallast für M dadurch erlöschen, dass sie im Falle einer Zwangsversteigerung des belasteten Grundstücks nicht in das geringste Gebot aufgenommen wird, ist der Eigentümer des belasteten Grundstücks verpflichtet, zugunsten von M eine Reallast gleichen Inhalts an derselben Rangstelle neu zu bestellen. Die Verpflichtung besteht auch bei wiederholtem Erlöschen. Der Eigentümer des belasteten Grundstücks bewilligt und beantragt, für den damit begründeten Anspruch von M auf (unter Umständen mehrmalige) Begründung einer neuen Reallast vor der bestellten Reallast eine Vormerkung einzutragen.*
4. Zeigen Sie weitere Lösungsmöglichkeiten auf und machen Sie dazu auch Formulierungsvorschläge.

### 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](mailto:kontakt@dnotv.de) · [www.dnotv.de](http://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](http://www.dnotv.de).



## service

### Notarversicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Die seit dem Jahr 2001 vom Notarversicherungsfonds kontinuierlich verfolgten Überlegungen zur Gründung eines Notarversicherungsvereins, der sich an der Deckung des Vertrauensschadenrisikos in den bestehenden Verträgen beteiligen soll, haben am 3.11.2011 mit der Gründung des **Notarversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit** ihren erfolgreichen Abschluss gefunden.

Mitglieder des Notarversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit sind die Notarkammern Baden-Württemberg, Berlin, Braunschweig, Bremen, Celle, Frankfurt, Hamburg, Kassel, Koblenz, Oldenburg, die Rheinische Notarkammer, die Saarländische Notarkammer, die Schleswig-Holsteinische Notarkammer und die Westfälische Notarkammer sowie die Ländernotarkasse Leipzig und die Notarkasse München. Der Gründungsstock von € 1,2 Mio. wird aus dem Vermögen des Notarversicherungsfonds aufgebracht.

Die Gründungsversammlung bestellte *Dr. Herbert Schmitz*, Vorstandsmitglied i. R. der Gothaer Versicherungsbank VVaG, und Rechtsanwalt *Kurt Bresgen*, Geschäftsführer des Notarversicherungsfonds, zu Vorstandsmitgliedern des neuen Vereins.

Zu Mitgliedern des Beirats bestellten die Gründer des Notarversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit Rechtsanwalt und Notar *Dr. Wolfgang Gansweid*, Rechtsanwalt und Notar *Ernst Gesser*, Notarin *Dr. Helene Ludwig*, Notar *Konrad Selder* und Notar *Dr. Stefan Zimmermann*. Im Anschluss an die Gründungsversammlung konstituierte sich der Beirat und wählte Notar *Dr. Stefan Zimmermann* zu seinem Vorsitzenden und Rechtsanwalt und Notar *Ernst Gesser* zu dessen Stellvertreter.

Mit der Gründung des Notarversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit ist die Beteiligung aller Institutionen des Notarstandes an der Deckung des Vertrauens-

schadenrisikos auf Dauer gesichert, die der Gesetzgeber den Notarkammern und Notarkassen über die gesetzlichen Pflichtversicherungen in den §§ 67, 113 BNotO auferlegt hat. Rechtsgrundlage für die Gründung des Notarversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit sind die §§ 67 Abs. 4 Nr. 3, 113 Abs. 4 Nr. 2 BNotO.

Die laufenden Verträge zur Versicherung des Vertrauensschadenrisikos mit der Euler Hermes Kreditversicherung-AG, der AXA Versicherung AG und der Zurich Versicherung AG ermöglichen über eine Optionsklausel die Beteiligung des Notarversicherungsvereins auf Gegenseitigkeit mit 10 % an den bestehenden Vertrauensschadenversicherungsverträgen. Die Option soll zum 1.4.2012 in den laufenden Versicherungsverträgen, deren Bedingungen ansonsten unverändert bleiben, ausgeübt werden.



## rückblick

Susanne Fairlie

### Drei Jahre nach dem MoMiG – 6. Verleihung des Helmut-Schippel-Preises

– Symposium des Instituts für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin –

Für hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeiten auf dem Gebiet des Notarrechts verleiht die Deutsche Notar-

rechtliche Vereinigung e. V. im Zwei-Jahres-Rhythmus den Helmut-Schippel-Preis. Preisträger 2010 ist Akademischer Rat

Dr. Sebastian Omlor, LL.M (Eur.), Universität des Saarlandes mit seiner Doktorarbeit *Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht. Ein Beitrag de lege lata et ferenda zum System des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen*.

Die feierliche Preisverleihung fand im Rahmen eines von der NotRV e. V. gemeinsam mit dem Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin veranstalteten wissenschaftlichen Symposiums zum Thema *3 Jahre nach dem MoMiG* am 4. November 2011 im Senatssaal der Humboldt-Universität zu Berlin statt.

Neben dem Preisträger und seinen Angehörigen, seinem Doktorvater Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Michael Martinek, Frau Linde Schippel und ihrer Tochter, dem eigens aus Innsbruck angereisten ehemaligen Schippel-Preisträger Prof. Dr. Martin Häublein und prominenten Vorstandsmitgliedern der NotRV e. V. und des Instituts nahmen rund 70 Juristen und Juristinnen an der Festtagung teil – hauptsächlich Notare/innen und Rechtsanwälte/innen aus Berlin und den angrenzenden Bundesländern.

Nach einem einleitenden Grußwort von Prof. Dr. Rainer Schröder, Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, privates Bau- und Immobilienrecht sowie neuere und neueste Rechtsgeschichte an der Humboldt-Universität und geschäftsführender Vorstand des Instituts für Notarrecht, eröffnete der am 28.10.2011 neu gewählte Präsident der Bundesnotarkammer, Notar Dr. Timm Starke die Veranstaltung mit einer kurzen Rede, in der er die Verdienste von Prof. Dr. Helmut Schippel würdigte und seine tiefe persönliche Bewunderung für den ehemaligen Bundesnotarkammerpräsidenten zum Ausdruck brachte.

In ihrem einführenden Impulsreferat widmete sich Prof. Dr. Christine Windbichler, Humboldt-Universität zu Berlin, dem europäischen Bild der GmbH. Dabei spannte sie den Bogen von der GmbH als deutschem Produkt und Exportartikel, die seinerzeit „dem Gesetzgeber als Kopfgeburt entsprungen“ sei, über die Auseinandersetzung mit den mannigfaltigen Korrektur(versuch)en durch Gesetzesreformen und Rechtsprechung, zu den europäischen Äquivalenten, den Harmonisierungsversuchen auf internationaler Ebene bis hin zu einem Ausblick auf das europaeinheitliche Modell der SPE. Hinsichtlich der SPE kam sie zu dem Schluss, dass bei den getroffenen Regelungen noch vieles unklar sei und man hier noch lange nicht von einer „fix und fertigen“ „Kopfgeburt“ sprechen könne.

Im Anschluss daran trug Prof. Dr. Walter Bayer, Friedrich-Schiller-Universität Jena, seine Laudatio zur Arbeit des Preisträgers vor. Zunächst führte er kurz in die derzeitige gesetzliche Regelung des gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen und deren Unzulänglichkeiten ein. Es sei die Frage, ob die Regelung als eine hinzunehmende Kompromisslösung durch eine pragmatische Rechtsprechung korrigiert werden könne oder ob sie nur als eine Art „Einstieg“ anzusehen sei, die vom Gesetzgeber selbst nachgebessert werden müsse. Letztere Ansicht teile der Preisträger mit der herrschenden Meinung. In seiner Arbeit setze sich Omlor mit der neuen Gesetzeslage kritisch auseinander und erörtere die zahlreichen, sich daraus ergebenden Zweifelsfragen für die Praxis. Darüber hinaus sei er tief in die zivilrechtliche Dogmatik eingestiegen und habe eine eigenständige Konzeption des gutgläubigen Erwerbs erarbeitet, die er teilweise bereits in Anwendung der geltenden gesetzlichen Regelungen – de lege lata – und teilweise als rechtspolitische Forderung – de lege ferenda – durchsetzen wolle. Hiermit verdiene Omlor höchstes Lob, das ihm auch von allen Seiten zu Recht gezollt werde. Bayer führte weiter aus, dass es jedoch in der Natur der Juristerei liege, dass es zu jeder Argumentation und Schlussfolgerung, sei sie auch noch so „tiefgründig“, „kristallklar“ und „tiefgründig“ wie die von Omlor, eine entgegengesetzte Auffassung gebe, deren Vertreter von ihrer Richtigkeit ebenso zutiefst überzeugt sei. Er setze sich daher im Folgenden mit mehreren, in der Arbeit angesprochenen Einzelproblemen, wie dem gutgläubigen Erwerb nicht-existenter Geschäftsanteile und den hierzu jeweils vertretenen Ansichten in Rechtsprechung und Literatur auseinander, zu der der Preisträger fast immer die „abweichende Meinung“ vertrete, und ließ dabei auch seinen eigenen Standpunkt einfließen. Als Fazit hielt er fest, dass der Schippel-Preis 2010 einen hervorragenden Nachwuchsjuristen für eine äußerst anspruchsvolle und praxisnahe Dissertation ehre.

Sodann folgte die feierliche Preisübergabe durch Frau Linde Schippel an den sichtbar gerührten Preisträger, nachdem Notar a. D. Prof. Dr. Rainer Kanzleiter die Verleihungsurkunde verlesen hatte.

Nachdem Omlor kurz auf die wesentlichen von Bayer aufgeworfenen Punkte eingegangen war, setzte er sich in seinem Beitrag zum Thema *Verkehrsschutz im Kapitalgesellschaftsrecht. Überlegungen zum Anwartschaftsrecht am GmbH-Geschäftsanteil* detailliert auseinander. Da der Verweis in

§ 161 Abs. 3 BGB auch § 16 Abs. 3 GmbHG erfasse, sei hier ein gutgläubiger Erwerb möglich, der zum Erlöschen des Anwartschaftsrechts am GmbH-Geschäftsanteil führe. Dem Anwartschaftsinhaber stehe kein Präventivwiderspruch gegen die Listenrichtigkeit zu, sondern dieser sei durch einen Gleichlauf von Anwartschaftsrecht und Vollrecht zu schützen. Er sei als Inhaber des Anwartschaftsrechts analog § 4 Abs. 1 S. 1 GmbHG in die Gesellschafterliste einzutragen und die maßgebliche Bezugsperson für die für den Berechtigten in § 16 Abs. 3 GmbHG enthaltenen Schutzmechanismen. Omlor hielt ferner fest, dass die Verkehrsfähigkeit des Anwartschaftsrechts durch die Zulässigkeit eines gutgläubigen Erst- und grundsätzlich auch eines Zweiterwerbs analog § 16 Abs. 3 GmbHG gegeben sei. Der Anwartschaftsberechtigte erhalte durch die entsprechende Eintragung in der Gesellschafterliste einen hinreichenden Rechtsschein als Berechtigter. Infolge des so geschaffenen Rechtsscheins komme auch ein gutgläubiger Erwerb eines nicht bestehenden Anwartschaftsrechts in Betracht. Hierfür sei indes Voraussetzung, dass ein Bedingungseintritt grundsätzlich möglich sei, sprich beispielsweise ein wirksamer Kaufvertrag zugrunde liege. Am Ende des Vortrages bedankte sich Omlor noch einmal herzlich für die Zuerkennung des Schippel-Preises 2010.

Nach der Kaffeepause folgte Notar a. D. Prof. Dr. Hans-Joachim Priester, Hamburg mit seinem Vortrag zum Thema *Die UG (haftungsbeschränkt) – eine GmbH mit ernst zu nehmenden Sonderregeln*. Nach einem breit gefächerten und äußerst humorvoll vorgetragenen Überblick über diese Sonderform der GmbH kam er zu dem Fazit, dass die UG (haftungsbeschränkt) zwar eine GmbH mit einem schönen Sonderrecht, aber auch einigen ernstzunehmenden Sonderpflichten sei. Wer das Einstiegsinstrument UG wähle, müsse systembedingt strengere Regeln in Kauf nehmen und damit der sog. altdeutschen Tropfenregel Folge leisten: „Wer den guten Tropfen will, muss auch den schlechten nehmen.“

Prof. Dr. Jan Thiessen, Tübingen, schloss die äußerst spannende Tagung mit seinem Vortrag *Die Haftung von Geschäftsführern für Zahlungen nach Insolvenzzreife – eine unendliche (Rechts-)Geschichte?*. Anschaulich beleuchtete er die aktuelle Normsituation und deren dogmatische Hintergründe und setzte sich mit den hierzu geführten Diskussionen und Lösungsansätzen auseinander. Als Fazit hielt er fest, dass sich der historische Gesetzgeber seinerzeit ganz bewusst und nachvollziehbar aus einer



Vielzahl von Möglichkeiten für das gewählte Konzept entschieden habe. Gangbare Alternativen für den Geschäftsführer seien daher entweder der frühe Insolvenzantrag oder die Amtsniederlegung, ein *gambling for resurrection* sei dagegen nicht empfehlenswert. Oder um mit *Karsten Schmidt* zu sprechen: „Die besten Sanierungen geschehen früh, schnell und still.“<sup>1</sup> Ansonsten, so *Thiessen*, gingen sie

<sup>1</sup> K. Schmidt, DB 2010, Standpunkte 27, 28.

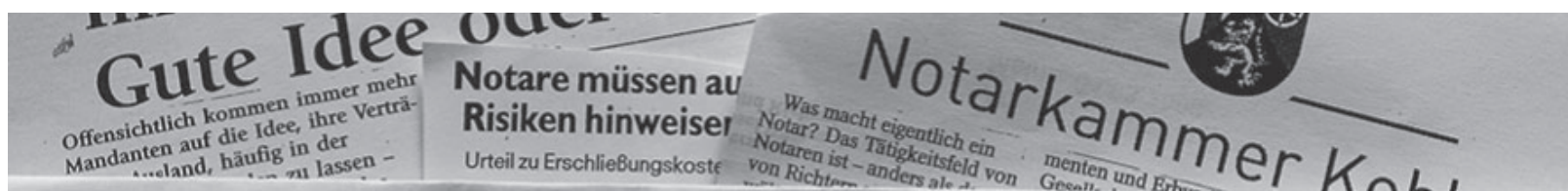
nach dem Gesetz auf Kosten des Geschäftsführers.

Die zunächst von *Schröder* und nach der Kaffeepause von Notar a. D. *Sebastian Herrler* moderierten lebhaften und oft kontroversen Diskussionen nach den einzelnen Vorträgen spiegelten das große Interesse und den hohen Informations- und Austauschbedarf der Zuhörer an den behandelten Themen wider.

Abgerundet wurde die Festveranstaltung durch einen anschließenden Sektempfang.

Alle Vorträge werden in einem Tagungsband publiziert. Dieser wird voraussichtlich Anfang 2012 beim Deutschen Notarverlag erscheinen.

Rechtsanwältin Dr. Susanne Fairlie,  
Humboldt-Universität zu Berlin



## nachrichten

### Nachrichten

#### Präsidium der Bundesnotarkammer neu gewählt

Am 28.10.2011 hat die 103. Vertreterversammlung in Wolfsburg Notar *Dr. Timm Starke*, Bonn, einstimmig zum neuen Präsidenten der Bundesnotarkammer gewählt. Notar *Dr. Tilman Götte*, der das Amt mehr als zehn Jahre bekleidete, wurde einstimmig zum Ehrenpräsidenten der Bundesnotarkammer gewählt.

*Starke* war von 1995 bis 2002 Hauptgeschäftsführer der BNotK in Köln und ist seit 2009 Präsidiumsmitglied.

Zu Vizepräsidenten wurden Rechtsanwalt und Notar *Ulrich Schäfer*, Hamm, und Notar *Justizrat Richard Bock*, Koblenz, gewählt.

Weitere Präsidiumsmitglieder sind:

- Notar *Dr. Stefan Görk*, München
- Notar *Professor Dr. Stefan Hügel*, Weimar
- Rechtsanwalt und Notar *Gerd-Walter Jung*, Lübeck und
- Rechtsanwalt und Notar *Dr. Ernst Wolfgang Schäfer*, Frankfurt.

Der Deutsche Notarverein gratuliert und wünscht dem Präsidium eine erfolgreiche Arbeit.

#### Bundesfinanzhof – neuer Präsident

Der Bundespräsident, *Christian Wulff*, hat Herrn *Prof. Dr. h. c. Rudolf Mellinghoff* am

31.10.2011 die Ernennungsurkunde zum Präsidenten des Bundesfinanzhofs überreicht. *Mellinghoff* folgt damit nach nur siebenmonatiger Vakanz dem Ende März 2011 ausgeschiedenen *Dr. h. c. Wolfgang Spindler*.

*Mellinghoff* war nach seinem Studium zunächst als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Finanz- und Steuerrecht der Universität Heidelberg tätig. 1987 trat er in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein und ging noch im selben Jahr als wissenschaftlicher Mitarbeiter an das Bundesverfassungsgericht. Nach vierjähriger Tätigkeit im Dezernat des damals neu nach Karlsruhe berufenen *Prof. Dr. Paul Kirchhof*, nahm er 1991 die durch die Wiedervereinigung hervorgerufenen juristischen Herausforderungen in den neuen Bundesländern an und leitete zunächst im Schweriner Justizministerium den Aufbau der Verwaltungsgerichte und des Finanzgerichts von Mecklenburg-Vorpommern. Anschließend wirkte *Mellinghoff* weitere vier Jahre als Richter und später als Vorsitzender Richter am Finanzgericht sowie im zweiten Hauptamt als Richter am Oberverwaltungsgericht des Landes Mecklenburg-Vorpommern. Die Wahl des Richterwahlausschusses zum Richter am Bundesfinanzhof führte ihn im Januar 1997 nach München. Als Mitglied im IX. Senat des obersten Gerichts in Steuer- und Zollsachen war er vier Jahre mit Streitfällen betreffend die Besteuerung von Einkünften aus Ver-

mietung und Verpachtung befasst, bevor er im Jahr 2001 an das Bundesverfassungsgericht nach Karlsruhe berufen wurde. Dort war er bis zur Ernennung zum Präsidenten des Bundesfinanzhofs Mitglied des zweiten Senats.

*Mellinghoff* ist seit 2006 Ehrendoktor der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald und seit 2007 Honorarprofessor an der Eberhard Karls Universität Tübingen. Er bekleidet eine Vielzahl von Ehrenämtern in juristischen Vereinigungen, ist Vorsitzender des Präsidiums der Deutschen Sektion der Internationalen Juristenkommission, Vorsitzender des Vorstands der Deutschen Steuerjuristischen Gesellschaft und Vorsitzender des wissenschaftlichen Beirats der Berliner Steuergespräche.

#### Mitgliederversammlung wählt neues Vorstandsmitglied

In der Mitgliederversammlung des Deutschen Notarvereins am 18.11.2011 in Saarbrücken wurde der Schriftführer des Deutschen Notarvereins neu gewählt.

Notar *Dr. Gerd H. Langhein*, seit dem 14.11.2004 Vorstandsmitglied und Schriftführer des Deutschen Notarvereins, war auf eigenen Wunsch ausgeschieden.

#### Verabschiedung des Vorstandsmitglieds Dr. Gerd Langhein

Notar *Dr. Gerd Langhein* schied am 18.11.2011 auf eigenen Wunsch aus dem Vorstand des Deutschen Notarvereins aus. *Dr. Oliver Vossius* dankte ihm für



seine engagierte Tätigkeit im Vorstand. *Langhein*, geboren 1956, studierte Rechtswissenschaften in Hamburg und absolvierte dort auch sein Referendariat. Nach

dreijähriger wissenschaftlicher Tätigkeit an der Universität Hamburg war er von 1985 bis 1988 Justitiar der Veba AG/RWE AG. 1989 war er im Londoner Notariat DePinna tätig.

Von 1990 bis 1992 war er Geschäftsführer der Hamburgischen Notarkammer und ist seit 1992 Notar in Hamburg. Sein besonderes Interesse gilt dem internationalen Kollisionsrecht der Registerurkunden und dem anglo-amerikanischen Notariat. *Langhein* ist durch zahlreiche Veröffentlichungen in Erscheinung getreten, u. a. Kommentierungen im Staudinger und MüKo, als Referent für das DAI – Fachinstitut für Notare – (Internationales Gesellschaftsrecht, Wohnungseigentumsrecht), Lehrbeauftragter des Norddeutschen Seminars/IDW (Grundstücksrecht). *Langhein* war bis Juni 2011 Vorsitzender des Hamburgischen Notarvereins.

Der Deutsche Notarverein hofft auch in Zukunft auf *Langheins* Expertise in der berufspolitischen Arbeit zählen zu können.

### Vorstellung Detlef Heins



Notar *Detlef Heins*, Jahrgang 1970, studierte Rechtswissenschaften an der Universität Passau, wo er 1996 die erste Juristische Staatsprüfung ablegte. Er verbrachte ein Jahr seiner Studienzeit an der Juristischen und philologischen Universität Ivanovo, Russische Föderation. Sein Referendariat absolvierte er am OLG München. Nach dreijähriger wissenschaftlicher Tätigkeit legte er 1998 seine Zweite Juristische Staatsprüfung ab.

Von 1999 bis 2007 war *Heins* Notarassessor in Sachsen, in dieser Zeit war er als Geschäftsführer beim Deutschen Notarverein in Berlin (von 2001 bis 2003) tätig. Im Anschluss an diese Tätigkeit war er stellvertretender Referatsleiter im Sächsi-

schen Justizministerium. Nach einjähriger Assessorzeit in Hamburg wurde *Heins* dort im Jahr 2008 zum Notar ernannt. Seit Juni 2011 ist er Stellvertretender Vorsitzender des Hamburgischen Notarvereins.

### Notar a. D. Prof. Dr. Gerrit Langenfeld verstorben

*Gerrit Langenfeld* machte um seine Person kein Aufheben. Wer ihn kannte, weiß, dass er sich einen Nekrolog strikt verbeten hätte. Dies ist auch kein Nachruf. Stellvertretend für mehr als eine ganze Notargeneration danke ich einem Kollegen, der Vertragsgestaltung lehr- und lernbar gemacht hat. Als ich Assessor wurde, war sein *Handbuch der Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen* frisch auf dem Markt. Die 6. Auflage 2011 hat er noch selbst besorgt. Seine Vertragsmuster zur *modifizierten Zugewinngemeinschaft* sind seither ebenso Stand der notariellen Technik wie die *Jastrow'sche Klausel* im Berliner Testament. Im Familien-, Erb- und Gesellschaftsrecht hat er Spuren gelegt. Seine Vertragstypenlehre, im *Handbuch* angelegt und mit *Vertragsgestaltung – Methode Verfahren Vertragstypen* auf ein wissenschaftliches Fundament gestellt, ist die Methode schlechthin auf dem *richtigen Weg zum gerechten Vertrag* (Notar Prof. Dr. Hans-Ulrich Jerschke). Seine *Diskrepanz* ist zum geflügelten Wort unter Juristen geworden. *Gerrit Langenfeld*, geboren 1941, war von 1971 bis 2004 badischer Richternotar. Von 1991 bis 2004 gehörte er dem Vorstand des Badischen Notarvereins an. Ende 1994 wurde er Honorarprofessor an der Universität Heidelberg. Am 21.11.2011 ist er verstorben. Lasst ihn uns nicht vergessen!

*Dr. Oliver Vossius*, Berlin

### 500 Jahre Reichsnotariatsordnung 28. Deutscher Notartag

Vom 29.8. bis zum 1.9.2012 findet im *Gürzenich in Köln* der 28. *Deutsche Notartag* statt. An diesem historischen Ort fand 1512 der Reichstag statt, der dem Erlass der Reichsnotariatsordnung vorausging. Weitere Informationen sowie das Fach- und Rahmenprogramm finden Sie rechtzeitig vor der Veranstaltung unter [www.notartag.de](http://www.notartag.de).

### Notarversicherungsverein auf Gegenseitigkeit

Am 3.11.2011 wurde der Notarversicherungsverein auf Gegenseitigkeit gegründet. Bitte lesen Sie hierzu den Servicebeitrag in diesem Heft (S. 30).

### BFB wählt neuen Präsidenten

Die Mitgliederversammlung des Bundesverbandes der Freien Berufe (BFB) wählte

21.11.2011 den bisherigen BFB-Vizepräsidenten *Dr. med. Rolf Koschorrek*, MdB, mit überwältigender Mehrheit zum neuen Präsidenten. Zum Jahreswechsel wird er *Dr. med. Ulrich Oesingmann* ablösen, der nicht wieder kandidierte. Der Allgemeinmediziner aus Dortmund, der den BFB dann über 16 Jahre geführt haben wird, wurde zum Ehrenpräsidenten gewählt.

Der 55-jährige Zahnarzt *Koschorrek* aus dem schleswig-holsteinischen Bad Bramstedt ist seit 2005 als direkt gewählter Abgeordneter im Deutschen Bundestag und wirkt im Vorstand des „Parlamentarischen Mittelstand“ (PKM) der Unionsbundestagsfraktion mit. Er ist u. a. Mitglied im Gesundheitsausschuss und stellvertretendes Mitglied im Ausschuss für Bildung, Forschung und Technologiefolgenabschätzung. 2008 wurde er als Mitglied in den Bundesfachausschuss „Arbeit und Soziales, Gesundheitspolitik“ der CDU Deutschland berufen.

Ab 1.1.2012 wird *Koschorrek* den BFB für die vierjährige Amtsperiode gemeinsam mit folgenden Vizepräsidenten führen:

- Bauingenieur *Dr.-Ing. Volker Cornelius*, Präsident des Verbandes Berater der Ingenieure, aus Darmstadt,
- Rechtsanwalt *Dr. Fritz-Eckehard Kemper*, Präsident des Verbandes der Freien Berufe in Bayern und Vizepräsident der Rechtsanwaltskammer München,
- Unternehmensberater *Dr. rer. pol. Lutz Mackebrandt* aus Berlin, Mitglied des Präsidiums des Bundesverbandes Deutscher Unternehmensberater,
- Rechtsanwalt und Notar *Ulrich Schellenberg*, Vorsitzender des Berliner Anwaltvereins,
- Apotheker Dipl.-Pharm. *Friedemann Schmidt* aus Leipzig, Vizepräsident der ABDA – Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände und Präsident der Sächsischen Apothekerkammer, und
- Steuerberater Dipl.-Volksw. *StB/vBP Edgar Wilk*, Mainz, Präsidiumsmitglied der Bundessteuerberaterkammer, Präsident der Steuerberaterkammer Rheinland-Pfalz und Präsident des Landesverbandes der Freien Berufe Rheinland-Pfalz.
- *Dr. med. Martina Wenker*, Ärztin aus Hildesheim, die Vizepräsidentin der Bundesärztekammer und Präsidentin der Ärztekammer Niedersachsen ist. Sie ist gleichzeitig Schatzmeisterin.

## Personen

### Hamburgische Notarkammer

#### Ernennung zum Notar

Dr. Markus Reski, zum 1.11.2011

### Landesnotarkammer Bayern

#### Ernennung zum Notar

Dr. Christian Vedder, Gunzenhausen, zum 1.12.2011

#### Verlegung des Amtssitzes

Notar Gregor Stein, nach Werneck, zum 1.12.2011

#### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar Dr. Hans-Ulrich Jerschke, Augsburg, zum 1.2.2012

Notar Dr. Dieter Keidel, Bad Aibling, zum 1.2.2012

### Notarkammer Baden-Württemberg

#### Verstorben

Notar Erich Braun, Notariat Laupheim, ist am 28.11.2011 verstorben.

## Termine

### Auf den Spuren des Bösen

#### Vorstudien zur vorsorgenden Rechtspflege im Dritten Reich

Zeit: 8.2.2012, 18:00 Uhr c. t.

Ort: Bonner Juridicum, Adenauerallee 24-42, 53113 Bonn, Hörsaal K

Referent: Notar Dr. Oliver Vossius

Kontakt: Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, Te-

lefon: 0228/73-4432, Fax: 0228/73-4041, E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de

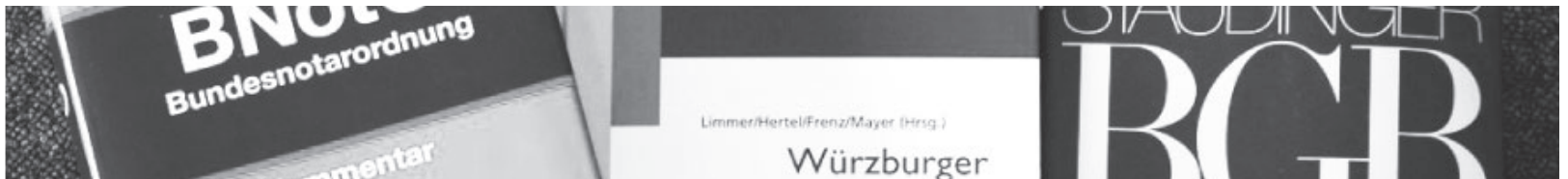
### Erbfälle mit Auslandsberührung

Zeit: 5.3.2012, 18:00 Uhr s. t. bis 20:00 Uhr

Ort: Juristische Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 9 („Gouverneurshaus“), Hörsaal 213

Referenten: Notar Dr. Ralf Wittkowski, Xanten, MdB, RA Memet Kiliç, LL.M. (Heidelberg), Berlin

Kontakt: Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin, Unter den Linden 6, 10099 Berlin, Tel.: 030/2093-3439, Fax: 030/2093-3560, E-Mail: Notarinstitut@rewi.hu-berlin.de



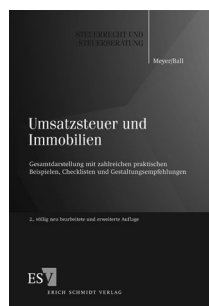
## literatur

## Terra incognita Umsatzsteuer

Meyer/Ball, Umsatzsteuer und Immobilien, 2. Aufl. 2011, 448 Seiten, Erich Schmidt Verlag, € 58,60

Die Umsatzsteuer ist für viele Notare – mehr noch als andere Gebiete des Steuerrechts – *Terra incognita*. Entsprechend groß sind die Berührungspunkte mit dieser Materie. Dabei ist die Umsatzsteuer – im amtlich-europäischen Sprachgebrauch als „Mehrwertsteuer“ bezeichnet – noch vor der Lohnsteuer die ertragreichste Einnahmequelle des Staates. Für den Notar stellt sich die Frage nach der umsatzsteuerlichen Behandlung von Immobilien in erster Linie bei der Beurkundung von Grundstücksgeschäften. Das in 2. Auflage erschienene Werk „Umsatzsteuer und Immobilien“ von Meyer und Ball führt dem Leser dazu anschaulich vor Augen, welche vielschichtigen umsatzsteuerlichen Probleme sich aus Sicht

des Veräußerers und des Erwerbers in der Praxis ergeben können.



Abs. 1a UStG vorliegt. Die Autoren gehen deshalb ausführlich auf die einzelnen Merkmale einer (nicht steuerbaren) Geschäftsveräußerung ein. Dabei werden die unterschiedlichen Fallgruppen übersichtlich und klar strukturiert abgehandelt. Die Bandbreite reicht von der Übertragung des Voll- und Miteigentums an Grundstü-

Nach § 4 Nr. 9a UStG bleibt die „Lieferung“ eines Grundstücks, die unter das Grunderwerbsteuergesetz fällt, umsatzsteuerfrei, sofern keine Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1

cken, der Einbringung vermieteter Immobilien in Personengesellschaften, Grundstücksveräußerungen mit (teilweiser) Übernahme der bestehenden Mietverträge über Sonderfälle (Betriebsaufspaltung, Organschaft) bis zu unentgeltlichen Übertragungen in vorweggenommener Erbfolge und unter Nießbrauchsvorbehalt.

Die anschließende Darstellung der Rechtsfolgen der Geschäftsveräußerung nach § 1 Abs. 1a UStG verdeutlicht, dass die umsatzsteuerlichen Risiken daraus in erster Linie den Erwerber treffen. Je nach bisheriger Nutzung durch den Veräußerer könne der Erwerber bei einer Änderung der Objektnutzung verpflichtet sein, die dem Veräußerer erstatteten Vorsteuerbeträge zu korrigieren und an das Finanzamt abzuführen. Der Käufer sei deshalb auf verbindliche Angaben des Verkäufers,



insbesondere zur bisherigen Immobilien-nutzung, angewiesen. Zusätzliches Haftungspotential ergebe sich für den Käufer aus § 75 AO (Haftung des Betriebsübernehmers), wenn neben dem Grundstück auch bewegliche Wirtschaftsgüter (Betriebsvorrichtungen, Inventar) mitverkauft würden. Die Autoren raten deshalb zur Aufnahme einer Freistellungsvereinbarung zugunsten des Erwerbers im Kaufvertrag.

Näher beleuchtet werden auch die umsatzsteuerlichen Konsequenzen, die für die Beteiligten aus einer irrtümlich nicht erkannten bzw. einer fälschlicherweise angenommenen Geschäftsveräußerung anstelle einer Grundstückslieferung resultieren. Liege in Wirklichkeit eine unter § 4 Nr. 9a UStG fallende steuerfreie Grundstückslieferung vor, könne das Finanzamt Vorsteuerbeträge nebst Nachzahlungszinsen vom Veräußerer zurückfordern. Dieser könne eine für ihn nachteilige Vorsteuerkorrektur nur vermeiden, wenn die Parteien nachträglich in einer notariellen Ergänzungsurkunde zur Steuerpflicht optieren würden. Allerdings sähe sich in diesem Fall der Erwerber mit dem Risiko einer späteren Vorsteuerkorrektur konfrontiert, wenn er die Immobilie während des bei ihm neu beginnenden

den zehnjährigen Korrekturzeitraums steuerfrei weiterveräußere oder zu einer steuerfreien Vermietung übergehe. Die Autoren diskutieren in diesem Zusammenhang auch, ob im Notarvertrag vorsorglich zur Steuerpflicht optiert werden sollte und welche Schlussfolgerungen daraus für die Vertragsgestaltung zu ziehen sind.

Für die notarielle Praxis aufschlussreich sind ferner die Erläuterungen zu den Voraussetzungen und der Ausübung der Umsatzsteueroption bei Grundstücksgeschäften, die nach § 9 Abs. 3 S. 2 UStG im Notarvertrag erklärt werden muss. Den Autoren gelingt es auch hier, den Blick des Lesers für die gegensätzlichen umsatzsteuerlichen Interessen der Parteien und deren Berücksichtigung im Grundstückskaufvertrag zu schärfen. Beispielhaft erwähnt sei an dieser Stelle nur der Hinweis, welche Bedeutung der Entscheidung des Erwerbers über die Zuordnung der Immobilie zu seinem Unternehmen zukomme. Kurz skizziert wird außerdem die umsatzsteuerliche Beurteilung notarieller Leistungen mit und ohne Grundstücksbezug. In weiteren Kapiteln widmen sich die Autoren der Ausführung steuerfreier und steuerpflichtiger Vermietungsleistungen, dem Vorsteuerabzug bei der Herstellung, An-

schaffung und laufenden Unterhaltung von Immobilien sowie dessen Berichtigung, der Steuerschuldnerschaft des Leistungsempfängers bei Grundstückslieferungen und Bauleistungen sowie der Steuerbefreiung von Leistungen gemäß § 4 Nr. 13 UStG, die Wohnungseigentümergemeinschaften an Wohnungs- und Teileigentümer erbringen.

Das Buch von Meyer und Ball überzeugt vor allem durch seine umfassende, verständliche Darstellung der zum Teil komplexen Problemstellungen und die dazu gegebenen Lösungsvorschläge. Die Sachverhalte werden zusätzlich anhand von mehr als 150 Beispielen, Übersichten und Checklisten praxisnah aufbereitet. Das Werk ist damit auch ein Gewinn für den mit umsatzsteuerlichen Themen bislang nicht vertrauten Notar. Einziges Manko aus Sicht des Vertragsgestalters ist, dass das Buch (bis auf eine Ausnahme) keine Formulierungsbeispiele für Umsatzsteuerklauseln enthält. Ungeachtet dessen kann es jedem Notar, der an fundierten Antworten auf umsatzsteuerliche Fragen im Umgang mit Immobilien interessiert ist, zur Anschaffung empfohlen werden.

Notarassessor Dr. Jörg Ihle, Bonn



## schlussvermerk

## Mitternacht rückt näher schon ...

### Weihnachtliche Poesie zum Jahresendgeschäft

Aus dem Bergischen Land, einer Industrie-region mitten im Herzen von Nordrhein-Westfalen erreichte die Redaktion der Zeitschrift *notar* der nachfolgende E-Mail-Schriftwechsel zwischen einem Notar, seinem Mandanten und dessen Steuerberater. Es ist erstaunlich, wie das Weihnachtsfest sogar den sehr bodenständigen und mit einer gewissen Sturköpfigkeit begabten Bewohnern des Bergischen Landes poetische Töne zu entlocken vermag.

### Ein Abend Ende Dezember

Herr Dr. Martin Donnersbach<sup>1</sup>, Patriarch einer Unternehmensgruppe im Familienbesitz, sitzt spätabends vor seinem Rechner und wartet auf den am Vormittag angekündigten überarbeiteten Vertragsentwurf des Notars. Schon in vier Tagen und in

jedem Fall noch bis zum Jahresende soll die Beurkundung stattfinden. Um 23.33 Uhr sendet er dem Notar die folgende Mail:

*Mitternacht rückt näher schon,  
doch hab' ich keinen Text im Fon  
und auch im Fax ist's grabesstill,  
obwohl ich Post bekommen will.  
Doch halt, da war was auf dem Schirm!  
Ich bin darin zwar nicht sehr firm,  
doch kann ich das Programm aufsperrn*

<sup>1</sup> Die Namen in diesem Text sind verändert worden.

*und den Text heraus dann zerren.  
So hab' ich, eh ich's hab bedacht  
auch Arbeit für die weit're Nacht!!*

Offenbar fallen nicht nur für Notare, sondern auch für Unternehmer im Dezember Nachtschichten an. Doch Herr *Dr. Donnersbach* hatte sich zu früh gefreut. Auf dem Schirm hatte er lediglich eine kurze Mitteilung des Notars, die ihn wegen des Entwurfs auf den nächsten Morgen vertröstete.

### Am nächsten Morgen

Herausgefordert durch die Reimkünste des *Dr. Donnersbach* spitzte auch der Notar seine Feder und tippte am Folgetag um 7:58 Uhr folgende Sentenzen in die Tastatur seines Rechners:

*Zur Geisterstund ins Bett verkrochen,  
und deshalb keinen Text verbrochen.*

*Doch Morgenstund hat Gold im Mund,  
so ging auch meine Mail schon rund,  
mit Änderungen in den Texten,  
wonach Sie sicher lange lechzten.  
Jetzt dürfen Sie dann wieder ran  
im Verbunde mit dem Steuermann,  
Unterberg wird er genannt  
und ist im ganzen Land bekannt,  
vermeidet gern mit Expertise  
eine Donnerbach'sche Steuerkrise.*

Offenbar mit einem anderen Biorhythmus ausgestattet als sein Mandant, war der Notar um Sprichwörter nicht verlegen und leitete schon im nächsten Satz höchst elegant die Verantwortung und das Haftungsrisiko an den „Steuermann“ weiter.

### Am frühen Nachmittag

Dessen Reaktion ließ ebenfalls nicht lange auf sich warten:

*In Anbetracht der Weihnachtslichter  
wird auch der Notar zum Dichter.  
Bei Dr. Donnersbach ist dieses ja bekannt,  
er dichtet oft mit leichter Hand.  
Doch auch Prosa können beide,  
worunter ich mitunter leide.  
Ein solches Werk wird bald beendet,  
wenn man nur laufend E-Mails sendet.  
Mit diesen wird zum guten Schluss  
ein Vertrag kreierte aus einem Guss.  
Noch ein paar Änderungen da und hier,  
dann steht das Weihnachtsfest vor unserer Tür.  
Der Vertrag, er soll dann fertig sein,  
damit wir uns auf's Christkind freu'n.*

Dem Vernehmen nach ist der Vertrag dann – in juristischer Prosa – tatsächlich noch vor dem Weihnachtsfest beurkundet worden.

