

Herausgeber

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena

Notar Dr. Peter Schmitz, Köln

Notar Dr. Oliver Vossius, München

Richter am BGH a. D. Roland Wendt, Karlsruhe

Schriftleiter

Notarassessor Dr. Stefan Schmitz, Berlin

Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

alles wichtige praxisnah

eins 2018

editorial

Unsere Mitarbeiter – unsere Zukunft (*Ulrich Dempfle*)

1

beitrag des monats

Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform in der notariellen Praxis
(*Jörg Ihle*)

3

jahresrückblick

Registerrecht – Aktuelle Entwicklungen (*Thomas Kilian*)

13

praxisforum

Notariatsverwaltung und Aktenverwahrung (*Volker Heinze*)

27

Jetzt bestellen!
Einbanddecken 2017
Tel. 0800/66827830
(kostenlos)



Unsere Mitarbeiter –
unsere Zukunft

Sehr geehrte Kolleginnen und Kollegen,

dem deutschen Notariat steht mit der Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs ab dem Jahr 2020 die wohl größte Veränderung seit seinem Bestehen bevor, die ein neues Zeitalter einläutet. Erstmals wird es neben der papiergebundenen Urschrift eine elektronische Urschrift geben. Zudem wird nach und nach der elektronische Grundbuchverkehr in den Bundesländern eingeführt. In einigen Jahren soll die Umstellung auf das Datenbankgrundbuch erfolgen, das rein digital als elektronische Datenbank geführt werden soll. All diese Umbrüche stellen die Notarinnen und Notare vor erhebliche Herausforderungen. In erster Linie treffen die tiefgreifenden Veränderungen im Arbeitsalltag allerdings nicht die Amtsinhaberin oder den Amtsinhaber, sondern die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Notariaten. Neben die ohnehin bereits immer anspruchsvoller werdende Tätigkeit der Notarfachangestellten treten neue technische und mit der Digitalisierung zusammenhängende rechtliche Anforderungen. Mit der Eröffnung des elektronischen Grundbuchverkehrs wird sich nahezu jede Sachbearbeiterin und jeder Sachbearbeiter die technischen Kenntnisse aneignen müssen, die für den Umgang mit der Notarsoftware erforderlich ist.

Das Augenmerk des gesamten Berufsstandes muss daher in Zukunft noch mehr als bisher auf der Ausbildung und der Qualifikation der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter in den Notariaten liegen. Zweifellos ist die Tätigkeit der/des Notarfachangestellten spannend und fordernd; zudem ist der Beruf krisensicher. Er muss sich nicht hinter anderen Berufen innerhalb der Rechtspflege verstecken, ganz im Gegenteil. Allerdings müssen wir alle kritisch hinterfragen, ob die Attraktivität des Berufs derzeit ausreicht, um auch in Zukunft qualifiziertes Personal in ausreichender Anzahl gewinnen zu können. Das Notariat leidet seit jähren an fehlender Bekanntheit und Anziehungskraft. Hinzu kommt, dass angesichts der zunehmenden Möglichkeiten, Hochschulabschlüsse – auch in bislang klassischen Ausbildungsberufen – zu erreichen, die Fortbildungsangebote für Notarfachangestellte nicht mehr als zeitgemäß empfunden werden. Nicht selten ist die Frage nach Fort- und Weiterbildungsmöglichkeiten (mit-)entscheidend für die Wahl des Ausbildungsberufs. Diesen Herausforderungen werden wir uns stellen müssen.

Aus meiner Sicht sind hierzu drei Schritte erforderlich:

1. Die Notarkammern und Notarvereine, aber insbesondere auch die Notarinnen und Notare vor Ort müssen bemüht sein, eine ausreichende Anzahl an Auszubildenden zu gewinnen. Hierfür müssen die Vorzüge der Arbeit in einem Notariat noch deutlicher als bisher herausgestellt werden.
2. Noch viel mehr als bisher werden die Notarinnen und Notare Weiterbildungen ihrer Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter fordern und fördern müssen. Hierbei ist nicht nur auf eine fachliche Weiterbildung Wert zu legen. Auch der einwandfreie Umgang mit der Notarsoftware muss von allen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern beherrscht werden.
3. Die Notarkammern werden immer wieder aufs Neue die tradierten Aus- und Weiterbildungswege auf den Prüfstand stellen und kritisch hinterfragen müssen, ob diese den jeweils aktuellen beruflichen Anforderungen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter gerecht werden. Hierbei gilt es, Veränderungen umsichtig vorzunehmen, aber auch neue Wege nicht zu tabuisieren und erst recht nicht den Fortbildungsmarkt Dritten zu überlassen.

Als Präsident der Notarkammer Koblenz werde ich mich nach Kräften bemühen, meinen Teil zur stetigen Verbesserung der Aus- und Weiterbildungsmöglichkeiten der Notarfachangestellten beizutragen. Auf uns alle kommen spannende Zeiten zu. Ich freue mich darauf.

Mit besten Grüßen

Ihr Justizrat Dr. Ulrich Dempfle
Präsident der Notarkammer Koblenz

inhaltsverzeichnis

editorial	Unsere Mitarbeiter – unsere Zukunft (<i>Justizrat Dr. Ulrich Dempfle</i>)	1
inhalt		2
impresum		12
beitrag des monats	Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform in der notariellen Praxis (<i>Dr. Jörg Ihle</i>)	3
jahresrückblick	Registerrecht – Aktuelle Entwicklungen (<i>Dr. Thomas Kilian</i>)	13
rechtsprechung	BGH: Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages (mit Anmerkung von <i>Michael Uerlings</i>)	21
	OLG Hamm: Makler als Auftraggeber des Notars II (mit Anmerkung von <i>Dr. Jens Neie</i>)	24
	OLG Düsseldorf: Zur Firma der Zweigniederlassung ausländischer Unternehmen im deutschen Handelsregister (mit Anmerkung von <i>Dr. Thomas Kilian</i>)	25
praxisforum	Notariatsverwaltung und Aktenverwahrung – Kostenrechtliche Fragen rund um die Amtsnachfolge (<i>Volker Heinze</i>)	27
rückblick	Drei Jahre als IRZ-Berater in Montenegro (<i>Michael Haußner</i>)	32
service	Der Notarberuf in England und Wales – Zusammenfassung seiner Geschichte, seines Status sowie der beruflichen Voraussetzungen und Praxis (<i>Michael Lightowler, LL.B., David Wheatley, BA (Hons.)</i>)	34
nachrichten		38
literatur	Harald Wilsch, <i>NotarFormulare Erbbaurecht</i> , 1. Auflage 2016 (besprochen von Notar <i>Christian Esbjörnsson</i>)	39
	Sebastian Herrler (Hrsg.), <i>Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis</i> , 2017 (besprochen von Notarassessor <i>Dr. Stefan Daniel Josef Schmitz</i>)	39

Abgabenordnung (AO)

§ 1 Anwendungsbereich

(1) Dieses Gesetz gilt für alle Steuern einschließlich Bundesrecht oder Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bundesfinanzbehörden oder durch Landesfinanzbehörden vorbehaltlich des Rechts der Europäischen Gemeinschaften.

(2) Für die Realsteuern gelten, soweit ihre Verwirklichung den folgenden Vorschriften dieses Gesetzes entspricht, die Vorschriften des Grundsteuergesetzes und Vier

beitrag des monats

Jörg Ihle

Auswirkungen der Erbschaftsteuerreform in der notariellen Praxis

Die Änderung der erbschaftsteuerlichen Begünstigungsvorschriften für unternehmerisch genutztes Vermögen durch die Erbschaftsteuerreform 2016 hat Folgen für die Gestaltung von letztwilligen Verfügungen und Schenkungsverträgen. Die Beratungspraxis ist hier aufgerufen, die neuen Verschonungsregelungen bei der Nachfolgeplanung zu berücksichtigen und Wege zu finden, die steuerliche Begünstigung eines Erwerbsvorgangs möglichst sicherzustellen. Der nachfolgende Beitrag soll dazu eine Hilfestellung für den Berater geben und Gestaltungsmöglichkeiten unter Beachtung des neuen Ländererlasses der Finanzverwaltung zur Erbschaftsteuerreform 2016 aufzeigen.

A. Einleitung

Mit der Veröffentlichung des Gesetzes zur Anpassung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des BVerfG am 9.11.2016 im Bundesgesetzblatt¹ ist eine längere Phase der Rechtsunsicherheit zu ihrem (vorläufigen) Ende gelangt, die mit der Entscheidung des BVerfG zur Verfassungswidrigkeit der bis dahin geltenden Verschonungsregeln für Unternehmensvermögen² begonnen hatte. Der Gesetzgeber ist damit dem Auftrag des Gerichts gefolgt, für eine grundrechtskonforme Ausgestaltung der Begünstigungsvorschriften zu sorgen. Die Reform konzentriert sich deshalb im Kern auf die verfassungsrechtlich gebotenen Änderungen der §§ 13a, 13b ErbStG sowie eine Erweiterung der Stundungs- und Erlassregelungen. Darüber hinaus wurde in § 13b Abs. 5 ErbStG eine neue Investitionsklausel für Erwerbe von Todes wegen und in § 13a Abs. 9 ErbStG ein gesonderter Wertabschlag für den Erwerb einer nach § 13b Abs. 2 ErbStG begünstigten Beteiligung an einer

Familiengesellschaft eingeführt. Die neuen Regelungen des ErbStG gelten prinzipiell für alle Erwerbe, für die die Steuer nach dem 30.6.2016 entstanden ist.

Das vom Gesetzgeber reformierte, äußerst komplexe Begünstigungssystem wirft eine Vielzahl von Fragen auf, die seitens der Finanzverwaltung nur zum Teil durch den 80-seitigen, koordinierten Ländererlass vom 22.6.2017 zur Anwendung der geänderten Vorschriften des ErbStG³ beantwortet werden.⁴ Ein Unikum ist dabei, dass die Länder aufgrund der abweichenden Haltung Bayerns zu einigen Erlassregelungen keinen gleichlautenden Erlass verabschieden konnten. Die Finanzverwaltung in Bayern könnte demzufolge einige Gesetzesregelungen möglicherweise weniger streng auslegen, als Finanzämter in anderen Bundesländern. Da die Erbschaftsteuer weder eine Bundes- noch eine Gemeinschaftsteuer ist, hat das Bundesfinanzministerium gegen diesen Sonderweg des Landes Bayerns keine Handhabe.

Die neuen Verschonungsregelungen stellen auch den Notar bei der Planung und Begleitung von Maßnahmen im Bereich der Unternehmensnachfolge vor neue Herausforderungen. Nach einem kurzen Überblick über die wesentlichen Neuerungen sollen im Folgenden einige Gestaltungshinweise zu ausgewählten Themen gegeben werden, die auch in der notariellen Praxis eine Rolle spielen können.⁵

¹ BGBl I 2016, 2464.

² Vgl. BVerfG, Urt. v. 17.12.2014 – 1 BvL 21/12, ZEV 2015, 19.

³ BStBl I 2017, S. 902 ff.

⁴ Näher dazu Geck, ZEV 2017, 481 ff.

⁵ Ausführlicher zu den durch die Erbschaftsteuerreform 2016 umgesetzten Änderungen im BewG und im ErbStG Riegel/Heynen, BB 2017, 23 ff.; Crezelius, ZEV 2016, 541 ff.; Geck, ZEV 2016, 546 ff.; Hammes, ZEV 2016, 554 ff.; Landsittel, ZErB 2016, 383 ff.; Wartenburger, Mitt-BayNot 2017, 220 ff.; Watrin/Linnemann, DStR 2017, 569 ff.; Wachter, FR 2016, 690 ff.

B. Das neue Begünstigungssystem im Überblick

I. Begünstigte Erwerbsvorgänge

§ 13b ErbStG unterscheidet für die Gewährung der Steuerver Schonungen zwischen dem begünstigungsfähigen Vermögen sowie dem begünstigten Vermögen und dem nicht begünstigten Verwaltungsvermögen.⁶

1. Erste Stufe der Prüfung: Vorliegen begünstigungsfähigen Vermögens

Da das BVerfG das bestehende Verschonungssystem für unternehmerisches Vermögen grundsätzlich gebilligt hat, hat der Gesetzgeber an der bisherigen Definition der begünstigungsfähigen Einheiten in § 13b Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 ErbStG in Form von land- und forstwirtschaftlichen Betrieben, Betriebsvermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften festgehalten. Gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG begünstigungsfähig sind nach wie vor auch Beteiligungen an gewerblich geprägten Personengesellschaften i. S. d. § 97 Abs. 1 Nr. 5 BewG, § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG. Nicht begünstigungsfähig ist dagegen der Anteil einer vermögensverwaltenden, nicht gewerblich geprägten Holdinggesellschaft in der Rechtsform einer Personengesellschaft, auch wenn diese zu mehr als 25 % an einer Kapitalgesellschaft beteiligt ist. Nach Auffassung des BFH steht der Steuerbefreiung in diesen Fällen entgegen, dass Gesellschafter der Kapitalgesellschaft zivilrechtlich nicht der Erblasser bzw. Schenker, sondern die Personengesellschaft ist.⁷

2. Zweite Stufe der Prüfung: Vorliegen begünstigten Vermögens

Ist begünstigungsfähiges Vermögen i. S. d. § 13b Abs. 1 Nrn. 1 bis 3 ErbStG vorhanden, ist in einem zweiten Schritt gemäß § 13b Abs. 2 S. 1 ErbStG das begünstigte Vermögen von dem nicht begünstigten Vermögen zu trennen. Denn nur für den Erwerb begünstigten Vermögens soll die Inanspruchnahme der alten und neuen Steuerver Schonungen für Unternehmensvermögen möglich sein.⁸ Der nach dem anteiligen Abzug von Schulden und dem unschädlichen Verwaltungsvermögen⁹ verbleibende Nettowert des nicht begünstigten Verwaltungsvermögens wird nunmehr – in Abkehr von dem zuvor geltenden Alles-oder-Nichts-Prinzip – in vollem Umfang ohne Verschonung der Besteuerung unterworfen. Der Zuschnitt des prinzipiell nicht begünstigten Verwaltungsvermögens ist dabei in § 13b Abs. 4 ErbStG nur geringfügig modifiziert¹⁰ und um Sonderregelungen für Altersversorgungsverpflichtungen in § 13b Abs. 3 ErbStG ergänzt worden.

Für Vermögen, das eigentlich die Kriterien für die Annahme begünstigungsschädlichen Verwaltungsvermögens erfüllt, wurde in § 13b Abs. 5 ErbStG eine weitere Rückausnahme geschaffen. Danach kann der Erwerber bei einem Erwerb von Todes wegen eine Besteuerung von Gegenständen des Verwaltungsvermögens vermeiden, wenn er diese innerhalb von zwei Jahren nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer innerhalb des vom Erblasser erworbenen, begünstigungsfähigen Vermögens zum Zwecke der Ausübung einer originären gewerblichen Tätigkeit investiert und es sich bei den dafür angeschafften Vermögensgegenständen um kein Verwaltungsvermögen handelt. Weitere Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung einer solchen Investition ist nach § 13b Abs. 5 S. 2 ErbStG jedoch, dass diese auf einem „vorgefassten Plan des Erblassers“ beruht (dazu siehe auch C. I.).¹¹

II. Steuerbefreiungen gemäß §§ 13a, 13b ErbStG

Beim Erwerb begünstigten Vermögens kann der Steuerpflichtige bei Vorliegen weiterer Voraussetzungen wie bisher zwischen der Regelverschonung von 85 % zuzüglich eines Abzugsbetrags von maximal 150.000 € gemäß § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG und der optionalen Vollverschonung von 100 % nach § 13a Abs. 10 Nr. 1 ErbStG wählen.¹² Voraussetzung für die Gewährung dieser Begünstigungen ist jedoch, dass das begünstigte Vermögen einschließlich der innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallenden Erwerbe einen Betrag von 26 Mio. € nicht übersteigt. Aus der Übergangsregelung in § 37 Abs. 12 S. 2 ErbStG folgt eigentlich, dass für diese Prüfschwelle nur Erwerbe berücksichtigt werden, für die die Steuer nach dem 30.6.2016 entsteht. Nach Auffassung der Finanzverwaltung sind einem nach dem 30.6.2016 getätigten Nacherwerb jedoch auch Vorerwerbe hinzuzurechnen, die vor dem 1.7.2016 verwirklicht wurden.¹³ Dies bedeutet, dass für die Abschätzung der schenkungsteuerlichen Folgen einer geplanten Übertragung von Unternehmensvermögen zu prüfen ist, ob in den letzten zehn Jahren Erwerbe von demselben Veräußerer vorliegen, auch wenn sich deren steuerliche Beurteilung nach altem Recht richtet.

Die in § 13a Abs. 3 ErbStG im Grundsatz beibehaltene Lohnsummenregelung ist in Abkehr von der früheren Regelung erst dann nicht mehr anzuwenden, wenn zu dem Betrieb – unter Berücksichtigung der in § 13a Abs. 3 S. 11 bis 13 ErbStG genannten Gesellschaften und Beteiligungen sowie der nach Maßgabe dieser Bestimmungen anteilig einzubeziehenden Beschäftigten – nicht mehr als fünf Beschäftigte gehören. Wird dieser Schwellenwert überschritten, hängt die einzuhaltende Mindestlohnsumme von der Art der in Anspruch genommenen Verschonung und der Anzahl der Beschäftigten ab. Einzelheiten können der nachfolgenden Tabelle entnommen werden.

⁶ Vgl. zu dieser Differenzierung auch *Brüggemann*, Das neue Erbschaftsteuergesetz, ErbStg Sonderausgabe 2016, 1, 9.

⁷ BFH, Urt. v. 11.6.2013 – II R 4/12, ZEV 2013, 464; Urt. v. 18.9.2013 – II R 63/11, MittBayNot 2014, 564.

⁸ Von der Begünstigung gänzlich ausgeschlossen ist allerdings zur Vermeidung von Missbrauchsgestaltungen gemäß § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG begünstigungsfähiges Vermögen, welches zu mindestens 90 % aus Verwaltungsvermögen besteht.

⁹ Gemäß § 13b Abs. 7 S. 1 ErbStG wird der Nettowert des Verwaltungsvermögens wie begünstigtes Vermögen behandelt, soweit er 10 % des um den Nettowert des Verwaltungsvermögens gekürzten gemeinen Wertes des Betriebsvermögens nicht übersteigt.

¹⁰ Etwa um die Aufnahme typischerweise der privaten Lebensführung dienender Gegenstände wie Kunstgegenstände, Oldtimer, Yachten und Segelflugzeuge in § 13b Abs. 4 Nr. 3 ErbStG.

¹¹ Näher zu den einzelnen Voraussetzungen für die Anwendung der Investitionsklausel Abschn. 13b.24 Abs. 2 S. 1 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

¹² Ein Antrag auf Optionsverschonung ist gemäß § 13a Abs. 10 S. 2 ErbStG aber nur zulässig, wenn das begünstigungsfähige Vermögen nach § 13b Abs. 1 ErbStG nicht zu mehr als 20 % aus Verwaltungsvermögen nach § 13b Abs. 3 und 4 ErbStG besteht; näher zur Berechnungsweise *Hannes*, ZEV 2016, 554, 559 f.

¹³ Vgl. Abschn. 13a.2 Abs. 2 S. 3 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017; zu Recht kritisch *Geck*, ZEV 2017, 481, 483.

Lohnsummenklausel/Anzahl der Beschäftigten:¹⁴

Anzahl der Beschäftigten im Betrieb	Verschonungsabschlag	Auswirkung auf die Lohnsummenregelung
nicht mehr als 5 Beschäftigte	85 %	Lohnsummenklausel gilt nicht
nicht mehr als 5 Beschäftigte	100 %	Lohnsummenklausel gilt nicht
mehr als 5 bis 10 Beschäftigte	85 %	Lohnsummenfrist 5 Jahre Lohnsumme mindestens 250 % der durchschnittlichen Ausgangslohnsumme der letzten 5 Jahre
mehr als 5 bis 10 Beschäftigte	100 %	Lohnsummenfrist 7 Jahre Lohnsumme mindestens 500 % der durchschnittlichen Ausgangslohnsumme der letzten 5 Jahre
mehr als 10 bis 15 Beschäftigte	85 %	Lohnsummenfrist 5 Jahre Lohnsumme mindestens 300 % der durchschnittlichen Ausgangslohnsumme der letzten 5 Jahre
mehr als 10 bis 15 Beschäftigte	100 %	Lohnsummenfrist 7 Jahre Lohnsumme mindestens 565 % der durchschnittlichen Ausgangslohnsumme der letzten 5 Jahre
mehr als 15 Beschäftigte	85 %	Lohnsummenfrist 5 Jahre Lohnsumme mindestens 400 % der durchschnittlichen Ausgangslohnsumme der letzten 5 Jahre
mehr als 15 Beschäftigte	100 %	Lohnsummenfrist 7 Jahre Lohnsumme mindestens 700 % der durchschnittlichen Ausgangslohnsumme der letzten 5 Jahre

Daneben ist die Inanspruchnahme des Verschonungsabschlags von 85 % bzw. 100 % weiterhin an die Einhaltung der in § 13a Abs. 6 ErbStG normierten Behaltensvorschriften während der fünf- bzw. siebenjährigen Nachsteuerperiode gebunden.

III. Abschmelzungsmodell bei Großerwerben (§ 13c ErbStG)

Wird infolge mehrerer innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallenden Erwerbe die Grenze von 26 Mio. € überschritten (sog. Großerwerb), verringert sich gemäß § 13c Abs. 1 S. 1 ErbStG auf unwiderruflichen Antrag des Erwerbers¹⁵ der Verschonungsabschlag von 85 % bzw. 100 % um jeweils einen Prozentpunkt für jede vollen 750.000 €, die der Wert des begünstigten Vermögens den Betrag von 26 Mio. € übersteigt. Hat das begünstigte Vermögen beispielsweise einen Wert von 50 Mio. €, reduziert sich der Abschlag bei einem Verschonungsabschlag von 85 % auf 53 %¹⁶ und bei einem Verschonungsabschlag von 100 % auf 68 %.¹⁷ Nach § 13c Abs. 1 S. 2 ErbStG scheidet bei einem Verschonungsabschlag von 100 % ab einem Erwerb von 90 Mio. € die Gewährung eines Verschonungsabschlags gänzlich aus.

Wird der Schwellenwert von 26 Mio. € durch mehrere Erwerbe von derselben Person innerhalb des maßgeblichen Zehn-Jahres-Zeit-

raums überschritten und fällt aufgrund dessen die Steuerbefreiung für die früheren Erwerbe nach § 13a Abs. 1 S. 3 ErbStG weg oder verringert sich diese dadurch, sieht § 13c Abs. 2 S. 3 ErbStG vor, dass der für den letzten Erwerb ermittelte Verschonungsabschlag auch auf die früheren Erwerbe Anwendung findet. Es gilt somit ein einheitlicher Verschonungsabschlag, dessen Höhe sich nach dem Gesamtwert aller einzubeziehenden Erwerbe richtet. Da die Abschmelzungsregelung des § 13c ErbStG nach § 37 Abs. 12 S. 3 ErbStG jedoch nur auf Erwerbe anzuwenden ist, für die die Steuer nach dem 30.6.2016 entsteht, bleiben frühere Erwerbe, für die die Steuer bereits vor diesem Zeitpunkt entstanden ist, außen vor. Ferner gelten im Rahmen des Abschmelzungsmodells gemäß § 13c Abs. 2 S. 1 ErbStG die in § 13a Abs. 3 bis 9 ErbStG enthaltenen Vorgaben und Regelungen (Weitergabeverpflichtungen, Lohnsummen- und Behaltensregelungen etc.) entsprechend.

IV. Verschonungsbedarfsprüfung bei Großerwerben (§ 28a ErbStG)

Liegt ein Großerwerb im vorgenannten Sinne vor, kann der Erwerber statt dem Abschmelzungsmodell nach § 28a ErbStG auch beantragen, dass ihm die Steuer auf den Erwerb des begünstigten Vermögens erlassen wird, soweit er persönlich nicht in der Lage ist, die Steuer aus seinem verfügbaren Vermögen zu begleichen. Zum verfügbaren Vermögen gehören 50 % des

- mit der Erbschaft oder Schenkung zugleich übernommenen Vermögens, das nicht zum begünstigten Vermögen i. S. d. § 13b Abs. 2 ErbStG zählt;
- dem Erwerber im Zeitpunkt der Steuerentstehung (§ 9 ErbStG) bereits gehörenden Vermögens, das nicht zum begünstigten Vermögen i. S. d. § 13b Abs. 2 ErbStG rechnet.

Steht dem Erwerber kein nicht begünstigtes Vermögen zur Verfügung, fällt somit keine Erbschaftsteuer an, auch wenn das erworbene begünstigte Vermögen den Betrag von 26 Mio. € um ein Vielfaches überschreitet.

Vererbtes oder geschenktes verfügbares Vermögen kann bei Gewährung eines Steuererlasses gemäß § 28a ErbStG steuerlich in doppelter Weise belastet werden. Zum einen muss ein solcher Hinzuerwerb von dem Erwerber für die Bezahlung der Steuer auf das begünstigte Vermögen eingesetzt werden. Zum anderen kann daneben für das vererbte oder geschenkte verfügbare Vermögen selbst Erbschaft- oder Schenkungsteuer anfallen. Die Finanzverwaltung steht dabei auf dem Standpunkt, dass die auf

¹⁴ Vgl. Brüggemann, ErbBstg 2016, 32 f.

¹⁵ Vgl. § 13c Abs. 2 S. 5 ErbStG.

¹⁶ 50 Mio. € ./ 26 Mio. € = 24 Mio. €; 24 Mio. € / 750.000 € = 32; 85 % ./ 32 % = 53 %.

¹⁷ 100 % ./ 32 % = 68 %.

den steuerpflichtigen Erwerb des verfügbaren Vermögens entfallende Steuer dessen Wert nicht mindert.¹⁸

Der nach § 28a ErbStG gewährte Steuererlass steht zudem unter der auflösenden Bedingung, dass der Erwerber die Lohnsummenklausel und die Behaltensregelung für sieben Jahre einhält und er in einem Zeitraum von zehn Jahren nach dem Besteuerungszeitpunkt kein weiteres verfügbares Vermögen i. S. d. § 28a Abs. 2 ErbStG durch Schenkung oder von Todes wegen hinzuerwirbt. Die zunächst erlassene Steuer wird in diesen Fällen auch dann nacherhoben, wenn der Erwerb des Vermögens von einer anderen Person als dem ursprünglichen Erblasser oder Schenker stammt. Dabei spielt es auch keine Rolle, ob der Nacherwerb (z. B. der Erwerb eines Familienheims) nach § 13 ErbStG steuerbefreit ist oder nicht. Der Erwerber hat lediglich die Möglichkeit, erneut einen Antrag auf Verschonungsbedarfsprüfung nach § 28a Abs. 1 ErbStG zu stellen, wobei dann das zum Besteuerungszeitpunkt des Erwerbs, für den der Erlass gewährt wurde, ermittelte verfügbare Vermögen um 50 % des Wertes des hinzuerworbenen Vermögens zu erhöhen ist.¹⁹

V. Gesonderter Wertabschlag für Familienunternehmen (§ 13a Abs. 9 ErbStG)

Für den Erwerb einer gemäß § 13b Abs. 2 ErbStG begünstigten Beteiligung an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft wird nach § 13a Abs. 9 ErbStG noch vor Anwendung des § 13a Abs. 1 ErbStG und damit unabhängig von einer ansonsten gewährten Verschonung und der Größe des Erwerbs ein gesonderter Wertabschlag gewährt, wenn der Gesellschaftsvertrag oder die Satzung der Gesellschaft Bestimmungen enthält, die

- die Entnahmen oder Ausschüttungen auf höchstens 37 % des um die auf den Gewinnanteil oder die Ausschüttungen aus der Gesellschaft entfallenden Steuern vom Einkommen gekürzten Betrags des steuerlichen Gewinns beschränken, wobei Entnahmen zur Bezahlung der auf den Gewinnanteil oder die Ausschüttungen aus der Gesellschaft entfallenden Steuern vom Einkommen bei der Beschränkung der Entnahme oder Ausschüttung unberücksichtigt bleiben (dazu im Einzelnen C. II. 1.),
- die Verfügung über die Beteiligung auf Mitgesellschafter, auf Angehörige i. S. d. § 15 AO oder auf eine Familienstiftung i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG begrenzen (dazu im Einzelnen C. II. 2.) und
- für den Fall des Ausscheidens des Gesellschafters aus der Gesellschaft eine Abfindung vorsehen, die unter dem gemeinen Wert der Beteiligung liegt und die Regelungen den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen (dazu im Einzelnen C. II. 3.).²⁰

Die Höhe des gewährten Abschlags entspricht gemäß § 13a Abs. 9 S. 2 ErbStG der im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung vorgesehenen prozentualen Minderung der Abfindung gegen-

über dem gemeinen Wert und darf 30 % nicht überschreiten. Der Höchstabschlag von 30 % führt zu einem Unterschreiten der Schwelle für die Annahme eines Großerwerbs bis zu einem Wert von ca. 37,125 Mio. €. ²¹ Die Voraussetzungen des § 13a Abs. 9 S. 1 ErbStG müssen überdies nach § 13a Abs. 9 S. 4 und 5 ErbStG zwei Jahre vor dem Zeitpunkt der Steuerentstehung vorliegen²² und in den folgenden zwanzig Jahren eingehalten werden (dazu im Einzelnen C. II. 4.).

Von der Steuerfreistellung ausgenommen ist wiederum das Verwaltungsvermögen der an sich begünstigten Gesellschaft. Ihre Inanspruchnahme kommt auch für Beteiligungen an Unternehmen mit Sitz in der EU bzw. im Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) in Betracht. Nicht begünstigt sind dagegen mittelbare Beteiligungen, die über eine vermögensverwaltende Personen- oder Kapitalgesellschaft gehalten werden.

VI. Stundung der Erbschaftsteuer bei einem Erwerb begünstigten Vermögens von Todes wegen (§ 28 ErbStG)

Beim Erwerb begünstigten Vermögens i. S. d. § 13b Abs. 2 ErbStG von Todes wegen kann der Erwerber nach § 28 Abs. 1 ErbStG eine Stundung der auf das begünstigte Vermögen entfallenden Steuer bis zu sieben Jahren beantragen, und zwar unabhängig davon, nach welchen Verschonungsregelungen (Regelverschonung, Abschmelzungsmodell oder Verschonungsbedarfsprüfung) eine Steuer auf das begünstigte Vermögen anfällt. Die Stundung erfolgt nur im ersten Jahr nach der Festsetzung der Steuer zinslos. Alle weiteren Jahresbeträge sind nach Maßgabe der §§ 234 bis 238 AO mit 6 % p. a. zu verzinsen. Die Stundung endet vorzeitig, wenn das erworbene begünstigte Vermögen verschenkt oder veräußert oder in anderer Weise gegen die Behaltens- oder Lohnsummenregelungen verstoßen wird.²³

C. Gestaltungsüberlegungen zur Inanspruchnahme der neuen Steuervergünstigungen für Unternehmensvermögen

I. Begünstigte Investitionen von Gegenständen des Verwaltungsvermögens aufgrund eines „vorgefassten Plans des Erblassers“ nach § 13b Abs. 5 ErbStG

Wie vorstehend ausgeführt, kann eine Besteuerung von Verwaltungsvermögen und Finanzmitteln, die vom Erblasser erworben wurden, gemäß § 13b Abs. 5 S. 2 ErbStG nur vermieden werden, wenn die Investition in begünstigungsfähiges Vermögen aufgrund eines im Zeitpunkt der Steuerentstehung (§ 9 ErbStG) vorgefassten Plans des Erblassers erfolgt. Ein solcher Plan könnte zu Dokumentations- und Beweis Zwecken auch in das Unternehmenserbstament aufgenommen werden. Eine Abfassung des Erblasserplans in Form einer letztwilligen Verfügung ist indes für die Nutzung der Investitionsklausel des § 13b Abs. 5 ErbStG durch

¹⁸ Vgl. Abschn. 28a.2 Abs. 2 S. 6 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017; a. A. dagegen Reich, DStR 2016, 1459, 1461; Brüggemann, Das neue Erbschaftsteuergesetz, ErbStg Sonderausgabe 2016, 1, 30; Geck, ZEV 2017, 481, 482.

¹⁹ Vgl. dazu Abschn. 28a.4 Abs. 2 S. 5 ff. des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

²⁰ Näher hierzu Hannes, ZEV 2016, 554, 556 ff.; S. D. J. Schmitz, RNotZ 2016, 649 ff.; Steger/Königer, BB 2016, 3099 ff.; Uhl-Ludäscher, ErbStB 2017, 42 ff.; Weber/Schwind, ZEV 2016, 688 ff.; Weber, DStZ 2017, 13 ff.

²¹ Höreth/Stelzer, DStZ 2016, 559, 562.

²² Bei Neugründung von Familiengesellschaften wird allerdings in der Literatur eine einschränkende Auslegung dieses zeitlichen Mindestfordernisses befürwortet, vgl. Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, ErbStG, Stand: Juni 2017, § 13a Rn 476; Söffing, ErbStB 2016, 235, 238. Da die Finanzverwaltung auf diese Frage in ihrem Ländererlass v. 22.6.2017 nicht eingegangen ist, sollten Beteiligungen an Gesellschaften, die neu gegründet worden sind, vorsorglich erst zwei Jahre nach Gründung übertragen werden.

²³ Näher dazu Abschn. 28 Abs. 3 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

den Unternehmensnachfolger nicht zwingend geboten. Es genügt auch ein (privat-)schriftlicher Investitionsplan des Erblassers,²⁴ damit der Erwerber seine in § 13b Abs. 5 S. 5 ErbStG normierte Nachweispflicht gegenüber dem Finanzamt erfüllen kann.²⁵ Nach Ansicht der Finanzverwaltung müssen in dem Plan die zu erwerbenden oder herzustellenden Gegenstände (z. B. ein Betriebsgebäude), nicht jedoch die zu ihrer Finanzierung einzusetzenden Gegenstände des Verwaltungsvermögens bezeichnet werden.²⁶

Die Niederlegung des Erblasserplans im Unternehmenserbstestament könnte zusätzlich mit einer Auflage für den Erwerber verbunden werden, den Plan des Erblassers umzusetzen. Die Berechtigung, die Vollziehung der Auflage zu verlangen, könnte dabei einem Testamentsvollstrecker eingeräumt werden. Bei Anordnung einer Testamentsvollstreckung für einen Unternehmensnachfolger könnte der Testamentsvollstrecker im Testament auch beauftragt werden, den Investitionsplan des Erblassers innerhalb der gesetzlich vorgeschriebenen Zweijahres-Frist umzusetzen.

Ist der Unternehmensnachfolger als Minderheitsgesellschafter nicht imstande, die Geschäftsleitung des Unternehmens maßgeblich zu beeinflussen, hängt die Verwirklichung des Investitionsplans des Erblassers von der Mitwirkung seiner Mitgesellschafter ab.

PRAXISTIPP

Absicherung des Investitionsplans:

In solchen Fällen könnte erwogen werden, entsprechende Investitionspläne in Beschlüssen der Gesellschafterversammlung festzuhalten, um die Vornahme der Investition im Erbfall eines Gesellschafters abzusichern. In Frage käme auch der Abschluss entsprechender schuldrechtlicher Vereinbarungen der Gesellschafter untereinander.

Die Finanzverwaltung hat dazu klargestellt, dass in Fällen, in denen der Erblasser als Minderheitsgesellschafter keinen Einfluss auf die Geschäftsleitung des Unternehmens hat, ein von dieser zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers konkret gefasster Investitionsplan den Anforderungen des § 13b Abs. 5 S. 2 ErbStG genügt, wenn der Plan innerhalb der Zweijahresfrist auch tatsächlich umgesetzt wird.²⁷

II. Kautelarjuristische Vorkehrungen zur Inanspruchnahme des gesonderten Wertabschlags für Familienunternehmen

Bei der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen von Personen- und Kapitalgesellschaften ist in geeigneten Fällen darauf zu achten, dass diese Bestimmungen enthalten, die die Gewährung des gesonderten Wertabschlags nach § 13a Abs. 9 ErbStG für den Erwerb einer Beteiligung an einem Familienunternehmen ermöglichen.²⁸ Die steuerliche Begünstigung eines solchen Anteilerwerbs kann damit gerechtfertigt werden, dass die Beteiligung an einer Familiengesellschaft aufgrund im Gesellschaftsvertrag häufig vorgesehener Entnahme-, Verfügungs- und Abfindungsbeschränkungen einen geringeren Nutzen ver-

mittelt und oftmals auch deren Verwertbarkeit bei einem Ausscheiden aus der Gesellschaft eingeschränkt ist. Einer Berücksichtigung dieser Restriktionen bei der Bewertung der Beteiligung an einer Familiengesellschaft steht dabei der Beschluss des BVerfG vom 7.11.2006²⁹ entgegen, in dem das Gericht eine klare Trennung der Bewertungs- und Verschönerungsebene angemahnt hat. Dementsprechend sieht § 9 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 BewG für die Bewertung einer Beteiligung vor, dass Verfügungsbeschränkungen und sonstige persönliche Umstände, die sich wertmindernd auswirken können, grundsätzlich unbeachtlich sind. Nach einer Entscheidung des FG Münster rechtfertigt eine gesellschaftsrechtliche Abfindungsbeschränkung auch keinen Billigkeitserlass.³⁰

Ein Korrektiv dazu ist der gesonderte Wertabschlag für qualifizierte Familiengesellschaften, der systematisch zutreffend auf der Verschönerungsebene ansetzt.³¹ Da der Vorwegabschlag gemäß § 13a Abs. 9 ErbStG allerdings nur für den Erwerb von Personen- und Kapitalgesellschaftsanteilen in Anspruch genommen werden kann, empfiehlt es sich, ein von der Begünstigung ausgeschlossenes Einzelunternehmen in eine Ein-Mann-GmbH oder eine GmbH & Co. KG einzubringen.³²

1. Entnahme- bzw. Ausschüttungsbeschränkungen (§ 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 1 ErbStG)

Bei der Anpassung von Gesellschaftsverträgen an die von § 13a Abs. 9 S. 1 ErbStG kumulativ verlangten Regelungen³³ ist zunächst zu prüfen, ob sich im Gesellschaftsvertrag bereits verankerte Entnahme- bzw. Ausschüttungsbeschränkungen nur auf den handelsrechtlichen Gewinn beziehen. Erforderlich ist in diesem Fall eine Umstellung entsprechender Klauseln auf den steuerrechtlichen Nettogewinn als Bemessungsgrundlage.³⁴ Um zudem die Einhaltung des Höchstbetrags von 37,5 % des steuerlichen Gewinns sicherzustellen, empfiehlt sich die Aufnahme einer gesellschaftsvertraglichen Verpflichtung der Gesellschafter, spätere Steuererstattungen (etwa aufgrund einer steuerlichen Betriebsprüfung), die zu den Höchstbetrag übersteigenden Entnahmen führen, durch entsprechende Einlagen in das Gesellschaftsvermögen wieder auszugleichen.

2. Verfügungsbeschränkungen (§ 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG)

Die in § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG vorgesehene Verfügungsbeschränkung zugunsten inländischer Familienstiftungen verstößt nach den Maßstäben der EuGH-Rechtsprechung,³⁵ die eine grundsätzliche Erstreckung sachlicher Begünstigungen auf den gesamten EU-/EWR-Raum verlangt, gegen die Kapitalverkehrsfreiheit gemäß Art. 63 Abs. 1 AEUV.³⁶ Die Begrenzung auf

²⁴ Nach Auffassung von *Wachter*, FR 2016, 690, 694, soll sogar ein mündlicher oder konkludenter Plan ausreichen.

²⁵ Vgl. *Kotzenberg/Jülicher*, GmbHR 2016, 1135, 1139; *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher*, ErbStG, Stand: Juni 2017, § 13b Rn 364.

²⁶ Siehe Abschn. 13b.24 Abs. 3 S. 2 und 3 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

²⁷ Vgl. Abschn. 13b.24 Abs. 3 S. 7 und 8 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

²⁸ Vgl. dazu auch meinen Jahresrückblick in *notar* 2017, 53, 56 f.

²⁹ BVerfG 1 BvL 10/02, NJW 2007, 573.

³⁰ FG Münster, Urt. v. 19.3.2015 – 3 K 735/14 F, DStRE 2017, 375.

³¹ In diesem Sinne auch *Landsittel*, ZErB 2015, 224, 226; *Wachter*, DB 2015, 1368, 1374.

³² Zu deren Begünstigung nach § 13a Abs. 9 S. 1 ErbStG vgl. auch *Weber/Schwind*, ZEV 2016, 689.

³³ Es genügt nicht, wenn die geforderten Bestimmungen in einem Poolvertrag enthalten sind, vgl. Abschn. 13a.19 Abs. 2 S. 1 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017; a. A. *Reich*, BB 2016, 1879, 1882; *Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher*, ErbStG, Stand: Juni 2017 § 13a Rn 487.

³⁴ Näher dazu Abschn. 13a.19 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017; vgl. auch *Weber/Schwind*, ZEV 2016, 689, 690 ff. mit Formulierungsvorschlägen für die Fassung der erforderlichen Ausschüttungsbeschränkungen bei Personen- und Kapitalgesellschaften.

³⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 17.1.2008 – C-256/06, ZEV 2008, 87.

³⁶ *Wachter*, FR 2016, 690, 700.

inländische Familienstiftungen steht zudem im Widerspruch zur Gewährung der übrigen Steuerverschonungen auch für den Erwerb von Beteiligungen an Personen- und Kapitalgesellschaften mit Sitz in der EU bzw. im EWR. Die Finanzverwaltung hat sich dieser Sichtweise offenbar angeschlossen und lässt eine Verfügung über die Beteiligung zugunsten einer „entsprechenden“ ausländischen Familienstiftung im Wege einer unionsrechtskonformen Auslegung der Vorschrift zu.³⁷

Die Finanzverwaltung hat ferner im Sinne der Steuerpflichtigen und der betroffenen Familienunternehmen klargestellt, dass sie unter einer Verfügung über die Beteiligung nur die Übertragung des Eigentums an dem Anteil versteht.³⁸

PRAXISTIPP

Belastungen des Gesellschaftsanteils sind unschädlich:

Die gesellschaftsvertraglich gestattete Einräumung von Unterbeteiligungen oder die Bestellung eines Nießbrauchs zugunsten anderer Personen, bei denen es sich nicht um Mitgesellschafter, Angehörige i. S. d. § 15 AO oder Familienstiftungen handelt, gefährdet damit die Inanspruchnahme des Vorwegabschlags nicht. Gleiches gilt für eine gesellschaftsvertraglich gestattete Verpfändung der Beteiligung an eine Bank zur Besicherung eines Kredits.³⁹

Vor dem Hintergrund der eigentumsrechtlichen Interpretation des Verfügungsbegriffs in § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG durch die Finanzverwaltung sollte die Beschränkung der Verfügung in personeller Hinsicht vorsorglich mit dinglicher Wirkung ausgestaltet werden. Eine im Gesellschaftsvertrag vorgesehene bloße Korrekturmöglichkeit von Verstößen durch Einziehungs- und Abtretungsklauseln dürfte dagegen nicht ausreichen. Die Finanzverwaltung ist auch einer in der Literatur vertretenen Meinung⁴⁰ entgegengetreten, wonach den Vorgaben des § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG auch dann hinreichend Rechnung getragen werde, wenn nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags eine Anteilsübertragung an eine andere Person mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter zulässig sei.⁴¹

PRAXISTIPP

Aufnahme von Neugesellschaftern nur im Wege der Kapitalerhöhung:

Um eine steuerschädliche Anteilsverfügung zu vermeiden, ist die Aufnahme von Neugesellschaftern daher nur im Wege der Kapitalerhöhung möglich.

Dogmatisch nicht haltbar ist dagegen die Auffassung, dass im Gesellschaftsvertrag der Familiengesellschaft auch eine Verfügung von Todes wegen zugunsten anderer, nicht in § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG genannter Personen ausgeschlossen sein muss.⁴² Die buchstabengetreue Umsetzung dieser Anforderung in Gestalt eines Testiervertrags würde nämlich auf

eine Beschränkung der Testierfreiheit hinauslaufen, die gemäß § 2302 BGB unwirksam wäre.⁴³ Die von der Finanzverwaltung geforderte Verfügungsbeschränkung kann demnach im Falle eines erbfallbedingten Erwerbs eines Geschäftsanteils an einer Kapitalgesellschaft nur so umgesetzt werden, dass in den Gesellschaftsvertrag der Kapitalgesellschaft Bestimmungen aufgenommen werden, die die übrigen Gesellschafter zur Einziehung oder Zwangsabtretung eines Anteils berechtigen, falls dieser bei Ableben eines Gesellschafters nicht an Mitgesellschafter, Angehörige i. S. d. § 15 AO oder Familienstiftungen als nachfolgeberechtigte Personen fällt. Bei Personengesellschaften kann dagegen im Gesellschaftsvertrag festgelegt werden, dass nur solche Personen nachfolgeberechtigt sind, die zu dem in § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG genannten Personenkreis zählen.

Da eine Vinkulierung bei Inhaberaktien an einer Aktiengesellschaft nach dem AktG nicht möglich ist, können Erwerber von Inhaberaktien an einer AG per se nicht in den Genuss des Wertabschlags kommen. Folgt man der wohl auch von der Finanzverwaltung vertretenen Auffassung, wonach eine Verfügung zugunsten anderer als den in § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG genannten Personen mit dinglicher Wirkung in der Satzung ausgeschlossen sein muss, würde auch eine Umstellung von Inhaber- auf Namensaktien nicht zur Inanspruchnahme des Vorwegabschlags berechtigen. Denn nach § 68 Abs. 2 AktG kann in der Satzung einer AG die Übertragung lediglich an die Zustimmung der Gesellschaft gebunden und können Gründe bestimmt werden, aus denen die Zustimmung verweigert werden darf. Abweichungen davon sind wegen des Grundsatzes der Satzungsstrenge gemäß § 23 Abs. 5 AktG nicht möglich. Jedenfalls kommt die Gewährung des Wertabschlags beim Erwerb von Anteilen an einer Aktiengesellschaft nach Abschn. 13a.19 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 des koordinierten Ländererlasses vom 22.6.2017 generell nicht in Betracht.

3. Abfindungsbeschränkung (§ 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 3 ErbStG)

Es empfiehlt sich, bei der Formulierung der Abfindungsbeschränkung im Gesellschaftsvertrag den in § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 3 ErbStG genannten Begriff des gemeinen Wertes und nicht den des Verkehrswertes zu verwenden. Denn der gemeine Wert einer Beteiligung, der sich nach den Vorschriften der §§ 9, 11 Abs. 2 BewG bestimmt, und der regelmäßig nach dem Standard S1 des IDW ermittelte Verkehrswert der Beteiligung sind nicht deckungsgleich und können im Einzelfall zu unterschiedlichen Ergebnissen führen.⁴⁴

Ohne weiteres zulässig ist eine unterschiedliche Regelung der Höhe der geschuldeten Abfindung nach dem Anlass des Ausscheidens des Gesellschafters aus der Gesellschaft bis hin zu einem vollständigen Abfindungsausschluss bei Ausscheiden durch Tod.⁴⁵ Der Gesetzeswortlaut, der von der Gewährung einer Abfindung spricht, steht dem nicht entgegen. Die Höhe der Abfindungsbeschränkung, d. h. die prozentuale Minderung der Abfindung gegenüber dem gemeinen Wert der erworbenen Beteiligung, ist nur maßgeblich für die Höhe des nach § 13a

³⁷ Vgl. Abschn. 13a.19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 S. 1 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

³⁸ Vgl. Abschn. 13a.19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 S. 1 i. V. m. Abschn. 13b.6 Abs. 4 S. 1 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

³⁹ Für eine entsprechende teleologische Reduktion des Verfügungsbegriffs zuvor schon *Wachter*, FR 2016, 690, 700.

⁴⁰ Vgl. *Geck*, ZEV 2016, 546, 551.

⁴¹ Siehe Abschn. 13a.19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 S. 2 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

⁴² Vgl. dazu Abschn. 13a.19 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 S. 1 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017.

⁴³ Vgl. nur *Weber/Schwind*, ZEV 2016, 689, 692 und *Wachter*, FR 2016, 690, 700, der sich deshalb für eine Beschränkung des Verfügungsbegriffs auf einen rechtsgeschäftlichen Anteilserwerb ausspricht.

⁴⁴ Näheres dazu *Hannes*, ZEV 2016, 554, 557.

⁴⁵ Zur gesellschaftsrechtlichen Statthaftigkeit eines vollständigen Abfindungsausschlusses in diesen Fällen vgl. nur BFH, Urt. v. 29.4.2014 – II R 216/13, DNotZ 2014, 788.

Abs. 9 ErbStG in Anspruch genommenen Pauschalabschlags. Sieht der Gesellschaftsvertrag unterschiedliche Abfindungsquoten abhängig vom Grund des Ausscheidens vor, ist für die Berechnung des Vorwegabschlags die höchste in Betracht kommende Abfindung maßgebend.⁴⁶ Steuerlich unerheblich sind dagegen weitere Bestimmungen zu Modalitäten der Abfindungszahlung.

4. Schutz von Minderheitsgesellschaftern vor einer nachsteuerschädlichen Änderung des Gesellschaftsvertrags des Familienunternehmens

Aus Sicht der Vertragsgestaltung von besonderem Interesse ist der Schutz eines Minderheitsgesellschafter vor einem rückwirkenden Wegfall des Vorwegabschlags durch eine Änderung der für seine Gewährung erforderlichen statutarischen Bestimmungen während des nachlaufenden Zeitraums von zwanzig Jahren gemäß § 13a Abs. 9 S. 5 ErbStG.

PRAXISTIPP

Gesellschaftsvertraglicher Schutz von Minderheitsgesellschaftern:

Zu diesem Zweck könnte im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass die einschlägigen Regelungen nur mit den Stimmen aller Gesellschafter oder zumindest nicht ohne Zustimmung des Anteilserwerbers geändert werden können.

Sollte der Erwerber vor Ablauf der Zwanzigjahresfrist aus der Gesellschaft ausscheiden, käme die Vereinbarung einer schuldrechtlichen Verpflichtung seines Nachfolgers in Betracht, einer nachsteuerschädlichen Änderung der maßgeblichen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags nicht ohne Einwilligung des aus der Gesellschaft ausgeschiedenen Veräußerers zuzustimmen. Zugleich könnte die drohende Verletzung dieser Verpflichtung durch ein Widerrufsrecht für den Anteilsveräußerer abgesichert werden, die diesem einen Anspruch auf eine nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerfreie Rückabwicklung der Anteilsübertragung geben würde.

III. Testamentarische Maßnahmen zur Sicherstellung der Verschonung unternehmerischen Vermögens

Eine steuerlich optimierte Unternehmensnachfolge kann natürlich besser geplant werden, wenn sie bereits zu Lebzeiten durchgeführt wird. Anders verhält es sich dagegen bei einem unerwartet eintretenden Erbfall. Dieser kann zur erbschaftsteuerlichen Unzeit eintreten, etwa wenn die Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Verschonungsregelungen noch nicht erfüllt sind. So kann im Zeitpunkt des Erbfalls die Quote des begünstigungsschädlichen Verwaltungsvermögens bei über 90 % liegen, mit der Folge, dass gemäß § 13b Abs. 2 S. 2 ErbStG eine Verschonung des von Todes wegen erworbenen Vermögens ausscheidet. Ähnlich liegt der Fall, wenn der Erwerber der begünstigten Vermögenseinheit an sich zur Vollverschonung optieren wollte, im Zeitpunkt des Erbfalls jedoch die dafür erforderliche Verwaltungsvermögensquote von höchstens 20 % nach § 13a Abs. 10 S. 2 ErbStG überschritten wird.

Ferner kann ein infolge eines Erbfalls eintretender vorzeitiger Hinzuerwerb weiteren Vermögens nach einem steuerbegünstigt erfolgten Unternehmenserwerb zum nachträglichen Wegfall der dafür ursprünglich gewährten Vergünstigungen führen. Beispielsweise kann es aufgrund der in § 13a Abs. 1 S. 2 ErbStG vorgesehenen Einbeziehung früherer begünstigter Erwerbe von derselben Person zu einer steuerschädlichen Überschreitung der

Wertobergrenze von 26 Mio. € kommen, die gemäß § 13a Abs. 1 S. 3 ErbStG einen Wegfall der Steuerbefreiung mit Wirkung für die Vergangenheit nach sich zieht. In gleicher Weise verringert sich der Verschonungsabschlag bei einem getätigten Großerwerb von über 26 Mio. € nach § 13c Abs. 2 ErbStG, wenn innerhalb von zehn Jahren weiteres begünstigtes Vermögen auf den Erwerber von Todes wegen übergeht. Im Fall einer Option zum Steuererlass nach § 28a ErbStG ist es sogar begünstigungsschädlich, wenn der Erwerber innerhalb von zehn Jahren nach dem Zeitpunkt der Entstehung der Steuer weiteres verfügbares Vermögen von dritter Seite erbt.

1. Letztwillige Verschiebung des Zeitpunkts der Steuerentstehung

In diesen Konstellationen stellt sich die Frage, ob der für das Vorliegen der Verschonungsvoraussetzungen maßgebliche Zeitpunkt der Entstehung der Steuer bzw. eines begünstigungsschädlichen weiteren Erwerbs durch entsprechende Vorkehrungen im Unternehmertestament verschoben werden kann.⁴⁷ Die dadurch entstehende Zwischenphase könnte sodann dafür genutzt werden, um die von dem Erblasser erworbene Unternehmenseinheit begünstigungsfreundlich umzustrukturieren oder noch fehlende Verschonungsvoraussetzungen herbeizuführen. Die einschlägigen erbschaftsteuerrechtlichen Begünstigungsvorschriften knüpfen dabei durchweg an den Zeitpunkt der Steuerentstehung gemäß § 9 ErbStG an. Dieser Zeitpunkt ist auch entscheidend für die Frage, wann ein womöglich nachsteuerschädlicher Hinzuerwerb durch den Erwerber des begünstigten Unternehmensvermögens getätigt wurde.

Bei einem Erwerb von Todes wegen entsteht die Steuer grundsätzlich nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG mit dem Tod des Erblassers. Abweichend davon entsteht die Steuer bei einem Erwerb von Todes wegen unter einer aufschiebenden Bedingung gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) ErbStG erst mit Eintritt der Bedingung. Bei Vollziehung einer vom Erblasser angeordneten Auflage oder Erfüllung einer von ihm gesetzten Bedingung wird der Erwerb erst im Zeitpunkt der Vollziehung der Auflage oder der Erfüllung der Bedingung verwirklicht.⁴⁸ Bei einer Vor- und Nacherbfolge tritt der Erwerb des Nacherben erst im Zeitpunkt des Eintritts des Nacherbfalls ein.

2. Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft bzw. eines Vor- und Nachvermächtnisses als Lösungsansatz?

Erbrechtlich könnte für eine Verschiebung des Erwerbszeitpunkts in erster Linie an eine Vor- und Nacherbschaft oder die Anordnung eines Vor- und Nachvermächtnisses gedacht werden. Dabei könnte der Eintritt der Nacherbfolge bzw. des Anfalls des Nachvermächtnisses an den Ablauf einer begünstigungsschädlichen Frist oder das Vorliegen der Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Verschonung geknüpft werden.

Erbschaftsteuerlich erweist sich jedoch die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft als wenig geeignet, das hier verfolgte Gestaltungsziel einer Verschiebung des Zeitpunkts der Steuerentstehung zu erreichen. Zunächst bestimmt § 6 Abs. 1 ErbStG, dass der Vorerbe als Erbe gilt, mit der Folge, dass der Nachlass sowohl beim Vorerben als auch beim Nacherben grundsätzlich in vollem Umfang der Besteuerung unterliegt. Dabei fingiert § 6 Abs. 2 ErbStG – abweichend von der zivilrechtlichen Beurteilung – einen Erwerb des Nachlasses durch den Nacherben als

⁴⁶ Abschn. 13a.19 Abs. 4 S. 4 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017; kritisch dazu *Geck*, ZEV 2017, 481, 485.

⁴⁷ Siehe dazu auch *Tipke/Spindler/Rödler/Hannes*, Steuerzentrierte Rechtsberatung, FS Schaumburg, 2009, S. 1005, 1007 ff.

⁴⁸ § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. d) ErbStG.

vom Vorerben stammend. Allerdings hat der Nacherbe bei Eintritt der Nacherbfolge durch den Tod des Vorerben die Möglichkeit, der Besteuerung sein Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser zugrunde legen zu lassen, wenn dies für ihn steuerlich günstiger ist.

Hängt der Eintritt der Nacherbfolge dagegen von einem anderen Ereignis als dem Tod des Vorerben ab, wird sowohl die Vorerbfolge als auch die Nacherbfolge nach § 6 Abs. 3 ErbStG als aufschiebend bedingter Erwerb vom Erblasser behandelt. Steuerlich nachteilig ist hier insbesondere, dass eine Korrektur der Steuerfestsetzung beim Vorerben bei Eintritt des Nacherbfalls nicht stattfindet. § 6 Abs. 3 S. 2 ErbStG sieht lediglich vor, dass der Nacherbe auf seine Steuerschuld aus der Nacherbschaft die vom Vorerben entrichtete Steuer anrechnen lassen kann. Die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft verspricht damit wegen der mangelnden Reduzierung der Steuerlast des Vorerben⁴⁹ keine Lösung des hier diskutierten Gestaltungsproblems, selbst wenn der vom Nacherben getätigte Erwerb – anders als noch beim Vorerben – begünstigt sein sollte. Gleiches gilt für die Anordnung eines Vor- und Nachvermächtnisses. Dieses wird nämlich in § 6 Abs. 4 ErbStG in erbschaftsteuerlicher Hinsicht der Vor- und Nacherbschaft gleichgestellt.

3. Anordnung eines aufschiebend bedingten Vermächtnisses für den Unternehmensnachfolger

Vielversprechender erscheint dagegen die Anordnung eines aufschiebend bedingten Vermächtnisses für den eigentlich ins Auge gefassten Unternehmensnachfolger. Dieses fällt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. a) ErbStG erst mit Bedingungseintritt an. In der Zeit zwischen Erbfall und Bedingungseintritt kann somit das vom Erblasser stammende Nachlassvermögen so umgestaltet werden, dass bei Anfall des Vermächtnisses die Verschonungsvoraussetzungen gegeben sind. In gleicher Weise kann der Hinzuwerb weiteren Vermögens auf einen Zeitpunkt verschoben werden, der den Erhalt der dem Unternehmensnachfolger gewährten Verschonungen nicht mehr gefährdet. Ein solcher Zweck des Vermächtnisses könnte im Testament auch ausdrücklich angegeben werden.

Der maßgebliche Zeitpunkt für die Bewertung des Vermächtnisgegenstandes und das Vorliegen der erbschaftsteuerrechtlichen Verschonungsvoraussetzungen ist der Eintritt der Bedingung, mit dem das Vermächtnis beim Erwerber anfällt. Der Erbe selbst muss zwar bei Eintritt des Erbfalls den vollen Wert des von ihm erworbenen Vermögens, das zu diesem Zeitpunkt möglicherweise nicht begünstigt ist, zunächst versteuern. Bei Anfall des Vermächtnisses ist jedoch die Steuerfestsetzung gegenüber dem Erben rückwirkend zu ändern und unter Berücksichtigung der Last nach § 6 Abs. 2 BewG i. V. m. § 5 Abs. 2 S. 1 BewG zu korrigieren.⁵⁰ Die zu berücksichtigende Vermächtnislast ist dabei auf den Todestag des Erblassers zu bewerten, ohne dass diese um eine erst vom Vermächtnisnehmer in Anspruch genommene Steuerbefreiung gekürzt werden kann. Für mögliche Zinsnachteile, die dem Erben aus der Versteuerung seines Erwerbs von Todes wegen zunächst ohne Berücksichtigung der Vermächtnislast entstehen können, kann der Erblasser im Testament einen Ausgleich vorsehen.

⁴⁹ Vgl. dazu auch Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, Stand: Juni 2017, § 6 Rn 117.

⁵⁰ Näher dazu Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gebel, ErbStG, Stand: Juni 2017, § 9 Rn 37.

4. Ausgestaltung der Bedingung für den Anfall des Vermächtnisses

Bei der Ausgestaltung der aufschiebenden Bedingung⁵¹ könnte daran gedacht werden, die Erfüllung der Verschonungsvoraussetzungen als Bedingung für den Anfall des Vermächtnisses festzulegen. Zielführender ist es jedoch, den Anfall des Vermächtnisses von einer entsprechenden Erklärung des Vermächtnisnehmers gegenüber dem Erben abhängig zu machen. Da die Person des Zuwendungsempfängers und des Gegenstands der Zuwendung nicht in die Hände eines Dritten gelegt werden, verstößt eine solche Potestativbedingung auch nicht gegen das in § 2065 BGB verankerte Gebot der Eigenverantwortlichkeit des Erblassers bei der Errichtung einer letztwilligen Verfügung.⁵² Infrage käme auch die Begründung einer Bestimmungs- und Verteilungsbefugnis für den Erben (z. B. den Ehegatten des Erblassers), der danach selbst innerhalb einer ihm gesetzten Frist über den Zeitpunkt des Vermächtnisanfalls an den Unternehmensnachfolger entscheiden könnte. Eine andere Gestaltungsmöglichkeit bestünde darin, den Erben mit einem Verschaffungsvermächtnis zu beschweren, wonach dieser verpflichtet wäre, dem eigentlichen Unternehmensnachfolger das Unternehmen in einer erbschaftsteuerlich begünstigungsfähigen (Beteiligungs-)Form oder Zusammensetzung zu verschaffen.

Zur Absicherung des Vermächtnisnehmers könnte auch die Anordnung einer Auflage für den Erben erwogen werden, noch fehlende Verschonungsvoraussetzungen bis zum Anfall des Vermächtnisses herbeizuführen. Die Vollziehung einer entsprechenden Auflage könnte in die Hände eines vom Erblasser eingesetzten Testamentsvollstreckers gelegt werden. Als Testamentsvollstecker käme dabei auch der Vermächtnisnehmer selbst in Betracht. Die Testamentsvollstreckung hätte zugleich den positiven Nebeneffekt, das Unternehmensvermögen gemäß § 2214 BGB vor dem Zugriff potentieller Gläubiger des Erben zu schützen.

IV. Neue Einsatzmöglichkeiten für Familienstiftungen in der Unternehmensnachfolge

Die Einschaltung von Familienstiftungen zur steuerlichen Optimierung der Unternehmensnachfolge wird in der Literatur⁵³ insbesondere für Fälle diskutiert, in denen das Unternehmensvermögen die Wertobergrenze von 26 Mio. € überschreitet. Ausgangspunkt solcher Gestaltungsüberlegungen ist, dass die Gewährung der Begünstigungen für Unternehmensvermögen sowohl für die Gründung einer Familienstiftung als auch für Zustiftungen und im Rahmen der Erbersatzsteuer in Betracht kommt. Dies folgt daraus, dass die Vergünstigungen der §§ 13c und 28a ErbStG an den Erwerb begünstigten Vermögens i. S. d. § 13b Abs. 2 ErbStG anknüpfen, was sowohl bei der Vermögensausstattung (Dotation) einer Stiftung, die von Todes wegen oder unter Lebenden neu gegründet wurde, als auch bei Zustiftungen der Fall ist.⁵⁴

Schließlich kann auch der Vorwegabschlag nach § 13a Abs. 9 ErbStG von einer Familienstiftung in Anspruch genommen werden, wenn diese eine Beteiligung an einer Personen- oder

⁵¹ Vgl. dazu auch Tipke/Spindler/Rödler/Hannes, Steuerzentrierte Rechtsberatung, FS Schaumburg, 2009, S. 1005, 1020 ff.

⁵² Siehe hierzu nur Palandt/Weidlich, BGB, 76. Aufl. 2017, § 2065 Rn 5 m. w. N.

⁵³ Vgl. dazu von Oertzen/Reich, Ubg 2015, 629 ff.; Theuffel-Werhahn, ZEV 2017, 17 ff.; Geck, ZEV 2017, 481, 488 f.

⁵⁴ Siehe auch Abschn. 13a21, 13c.5 S. 3 und 28a.6 S. 3 des koordinierten Ländererlasses v. 22.6.2017; zur Anwendung des Abschmelzungsmodells und der Verschonungsbedarfsprüfung bei der Bemessung der Erbersatzsteuer einer Familienstiftung vgl. §§ 13c Abs. 3, 28 Abs. 7 ErbStG.

Kapitalgesellschaft erwirbt.⁵⁵ Die Einbeziehung von Familienstiftungen in den Kreis der begünstigten Erwerber ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass die Möglichkeit der Verfügung über einen Gesellschaftsanteil zugunsten einer Familienstiftung der Gewährung des Wertabschlags nach § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG nicht im Wege steht. Die darüber hinaus erforderliche Begrenzung der Ausschüttungen der Beteiligungsgesellschaft auf höchstens 37 % ihres steuerlichen Gewinns führt auch zu keinem Verstoß gegen das stiftungsrechtliche, in den §§ 80 f. BGB verankerte Admassierungsverbot.⁵⁶ Vielmehr ist es zur permanenten Erhaltung der Leistungsfähigkeit des Stiftungsvermögens im Sinne einer realen Werterhaltung⁵⁷ sogar erforderlich, Erträge des Stiftungsvermögens in einem gewissen Umfang zu thesaurieren. Es sollte nur sichergestellt sein, dass die Beteiligung der Stiftung an der Personen- und Kapitalgesellschaft nicht dauerhaft ertraglos bleibt.

1. Einschaltung einer Familienstiftung zur Aufnahme „überschießenden“ Betriebsvermögens

Die Einschaltung einer Familienstiftung in die Unternehmensnachfolge bietet sich an, um „überschießendes“ Betriebsvermögen aufzunehmen, das die Wertgrenze von 26 Mio. € übersteigt. Da die Bewertung von Unternehmensvermögen mit Unsicherheiten behaftet ist, könnte sich der Unternehmensübergeber im Übergabevertrag ein Rückforderungsrecht gegenüber dem Unternehmensnachfolger vorbehalten, wenn und soweit sich später herausstellen sollte, dass das begünstigungsfähige Vermögen die Freigrenze von 26 Mio. € übersteigt. Der übersteigende Teil des begünstigungsfähigen Vermögens, den der Schenker von dem Beschenkten zurückverlangt hat, könnte sodann einer Familienstiftung zugewandt werden. Soll das Unternehmensvermögen erst von Todes wegen auf den Nachfolger übergehen, kann der Stiftung das „überschießende“ Betriebsvermögen auch dadurch zugewandt werden, dass der Erbe des Unternehmens mit einem entsprechenden Vermächtnis zugunsten der Familienstiftung beschwert wird.

PRAXISTIPP

Errichtung mehrerer Familienstiftungen bei Großerwerben:

Um die allgemeinen Verschonungsregelungen der §§ 13a, 13b ErbStG ohne Abschmelzung des Verschonungsprozentsatzes nach § 13c ErbStG auch bei Großerwerben beanspruchen zu können, könnten auch gleich mehrere Familienstiftungen errichtet werden, die jede für sich jeweils begünstigungsfähiges Vermögen bis zur Wertgrenze von 26 Mio. € aufnehmen könnte.

2. Gründung einer „bedürftigen“ Familienstiftung zu Zwecken der Verschonungsbedarfsprüfung nach § 28a ErbStG

Erbschaftsteuerlich besonders attraktiv erscheint die Gründung einer neuen oder die Nutzung einer bereits existierenden Familienstiftung als Erwerberin von Großvermögen im Rahmen der Verschonungsbedarfsprüfung nach § 28a Abs. 1 ErbStG. Die Stiftung sollte dabei neben dem (wertmäßig nicht beschränkten) begünstigten Unternehmensvermögen möglichst kein sonstiges verfügbares Vermögen i. S. d. § 28a Abs. 2 ErbStG erhalten oder bereits über solches verfügen, damit die Stiftung

die Verschonungsbedarfsprüfung besteht.⁵⁸ Sonstiges vorhandenes Vermögen sollte demnach direkt an andere Personen als die Familienstiftung fallen, während das auf die Stiftung übertragene Vermögen mittelbar der Versorgung der Angehörigen des Stifters als Destinatäre der Familienstiftung dient. Ein Gestaltungsmissbrauch ist darin auch bei einer Übertragung begünstigungsfähigen Vermögens auf mehrere Familienstiftungen nicht zu sehen.⁵⁹

Die Gründung der Familienstiftung zu Lebzeiten des Stifters ist dabei einer Stiftungserrichtung von Todes wegen prinzipiell vorzuziehen. Sie sollte frühzeitig geplant werden, um die Unternehmensnachfolge nicht zu gefährden. Denn schon die Ausarbeitung der Stiftungssatzung, deren vorherige Abstimmung mit der zuständigen Stiftungsaufsichtsbehörde und das sich daran anschließende Verfahren zur Anerkennung der Stiftung kosten Zeit. Auch wenn die Unternehmensbeteiligung des Stifters erst im Erbfall auf die Stiftung übergehen soll, empfiehlt sich deren Errichtung zu Lebzeiten des Stifters. Dadurch steht die Stiftung als Rechtsträger schon bereit und kann darauf vorbereitet werden, das Unternehmensvermögen des verstorbenen Stifters aufzunehmen.

Bei diesem Zweistufenmodell sollte der Kapitalstock, sofern bei Gründung der Stiftung kein begünstigungsfähiges Vermögen gemäß § 13b Abs. 2 ErbStG zur Verfügung steht, möglichst gering sein. Denn dieser muss von der Familienstiftung als verfügbares Vermögen nach § 28a Abs. 1 und Abs. 2 ErbStG im Erbfall zu 50 % zur Begleichung der Erbschaftsteuer für den Erwerb des begünstigten Vermögens eingesetzt werden. Zu beachten ist jedoch, dass nach § 80 Abs. 2 S. 1 BGB grundsätzlich nur solche Stiftungen als rechtsfähig anerkannt werden können, bei denen die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks gesichert erscheint. Das der Familienstiftung im ersten Schritt zu übertragende Grundstockvermögen muss deshalb ausreichen, um den Stiftungszweck zeitlich nicht nur vorübergehend⁶⁰ und der Sache nach nicht nur ganz unbedeutend zu fördern. Ob dabei die Bereitstellung eines bestimmten Mindestkapitals erforderlich ist, ist im Schrifttum umstritten und wird von den Stiftungsbehörden unterschiedlich gehandhabt.⁶¹

Bei der Ausgestaltung der Stiftungssatzung sollte auch eine mögliche Beendigung der Familienstiftung ins Auge gefasst werden.⁶² Diese könnte sich als notwendig erweisen, wenn eine Verschonung des unternehmerischen Vermögens der Stiftung im Rahmen der alle dreißig Jahre anfallenden Erbersatzsteuer aufgrund einer Änderung der derzeit geltenden Steuerbefreiungsregelungen nicht mehr möglich ist. Dem Stiftungsvorstand sollten dabei in der Satzung zum einen genügend Freiräume einschließlich der Möglichkeit zur Vornahme von Sachausschüttungen an Destinatäre eingeräumt werden, um das Stiftungsvermögen vor einem Erbersatzsteuertermin so umstrukturieren zu können, dass dieses zukünftig geltende Freigrenzen oder sonstige erbschaftsteuerrechtliche Begünstigungserfordernisse erfüllt.

⁵⁸ Vgl. auch Wachter, FR 2016, 690, 707; Werder/Wystrcil, BB 2016, 1558, 1563.

⁵⁹ Näher dazu Theuffel-Werhahn, ZEV 2017, 17, 18 f.

⁶⁰ Eine Ausnahme bildet die Gründung einer Verbrauchsstiftung gemäß § 80 Abs. 2 S. 2 BGB, die für eine bestimmte Zeit errichtet und deren Vermögen für die Zweckverfolgung verbraucht werden soll.

⁶¹ Teilweise wird ein Mindestkapital von 50.000 € verlangt, ausführlich dazu Schwake, NZG 2008, 248 ff.

⁶² Vgl. dazu auch Theuffel-Werhahn, ZEV 2017, 17, 20 f.

⁵⁵ Dagegen steht die Beteiligung einer gemeinnützigen Stiftung an dem Familienunternehmen der Gewährung des Vorwegabschlags nach § 13a Abs. 9 S. 1 Nr. 2 ErbStG entgegen.

⁵⁶ Näher dazu v. Campenhausen/Richter/Hof, Stiftungsrechts-Handbuch, 4. Aufl. 2014, § 9 Rn 137 ff.

⁵⁷ Vgl. dazu auch Carstensen, ZSt 2005, 90; Henß, ZSt 2004, 83, 86.

Die Auflösung einer Familienstiftung wird nach § 7 Abs. 1 Nr. 9 S. 1 ErbStG als steuerpflichtige Schenkung unter Lebenden behandelt. Die in der Satzung benannten Anfallberechtigten haben den Vermögensanfall gemäß § 15 Abs. 2 S. 2 ErbStG entsprechend ihrem persönlichen Verhältnis zum Stifter zu versteuern. Fällt das Stiftungsvermögen dabei an den Stifter zurück, unterliegt sein Rückwerb der Besteuerung nach der ungünstigen Steuerklasse III.⁶³ Der Stifter sollte sich deshalb zum anderen ausdrücklich ein Rückforderungsrecht im Stiftungsgeschäft vorbehalten oder die Übertragung des Grundstockvermögens sollte unter einer auflösenden Bedingung vorgenommen werden.⁶⁴ Der Umfang des Rückforderungsrechts kann dabei auch in der Weise gegenständlich beschränkt werden, dass der Stiftung nach einem Widerruf ein genügend großer Kapitalstock verbleiben muss, um deren Fortbestand

sicherzustellen, falls die Stiftungsaufsichtsbehörde dies zur Voraussetzung für die Anerkennung der Familienstiftung machen sollte.



Dr. Jörg Ihle

ist Notar in Bergisch-Gladbach und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für das Steuerrecht. Der Beitrag basiert in Teilen auf einem Vortrag, den der Verfasser anlässlich der vom Rheinischen Institut für Notarrecht ausgerichteten Tagung „Die Reform des Erbschaftsteuerrechts in der notariellen Praxis“ am 8.6.2017 in Bonn gehalten hat.

⁶³ Vgl. BFH, Urt. v. 25.11.1992 – II R 77/90, BB 1993, 1863; kritisch dazu *Binz/Sorg*, DStR 1994, 229, 232.

⁶⁴ Zum rückwirkenden Erlöschen der für die Vermögensübertragung auf die Stiftung festgesetzten Schenkungsteuer nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG sowie der Steuerfreiheit des Vermögensrückfalls in diesen Fällen siehe *Jülicher*, *StuW* 1999, 363, 371.

Impressum

notar

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

Herausgeber

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

Schriftleiter

Notarassessor Dr. Stefan Schmitz, Berlin
Notar Andreas Schmitz-Vornmoor, Remscheid

Redaktion

Carola Vonhof-Stolz

Bildnachweis

Notar Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe)

Fachredakteure

Handelsregister
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

Steuerrecht
Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

Bausträgerrecht
Notar Christian Esbjörnsson, Rosenheim

Gesellschaftsrecht
Notar Prof. Dr. Heribert Heckschen, Dresden
Korina Strnad, LL. M., Dresden

Wohnungseigentum
Notarin Dr. Ingrid Naumann, LL.M. (Harvard), Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht
Notar Dr. Tobias Genske, Erfurt

Erbrecht
Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

Grundbuch
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

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

Immobilienkauf
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan), München

Immobilienzuwendung
Notarassessor Richard Rachlitz, Berlin

Familienrecht
Notarassessorin Karin Raude, Würzburg

Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:

E-Mail: 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

Deutscher Notarverlag GmbH
Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn
E-Mail: anzeigen@notarverlag.de

Bezugspreis

Jahresabonnement: 137,00 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)
Einzelheft: 16,20 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

Bestellungen

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

Verlag

Deutscher Notarverlag
Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn
Tel. 0 800 - 66 82 78 30
Fax 0 800 - 66 82 78 39
E-Mail: riedel@notarverlag.de

Koordination im Verlag

Jana Riedel

Satz

Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

Druck

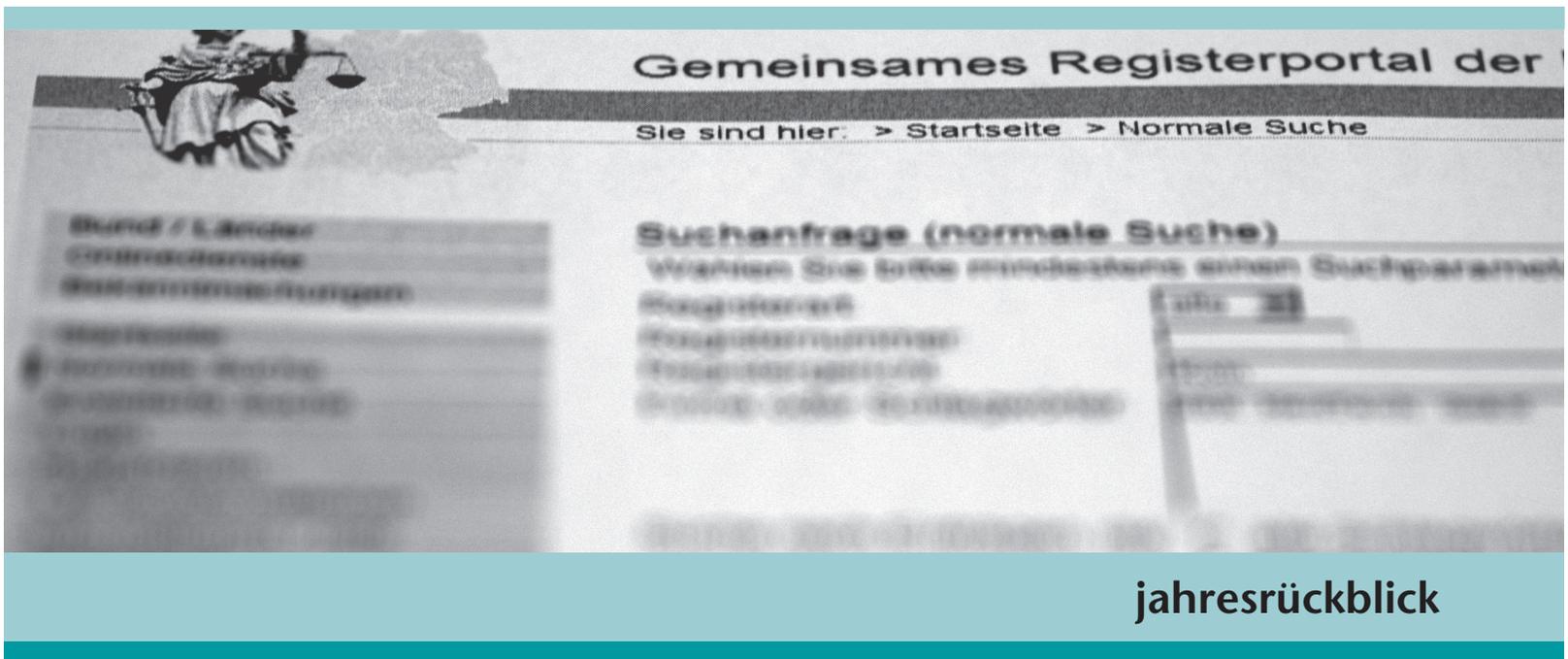
Hans Soldan Druck GmbH, Essen

ISSN

1860-8760

Hinweis

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



jahresrückblick

Thomas Kilian

Registerrecht

Aktuelle Entwicklungen

Im Berichtszeitraum Dezember 2016 bis November 2017 erging einige neue Rechtsprechung in den klassischen Schwerpunktbereichen des Registerrechts. Außerdem wurde das Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer beschlossen. Die Regelungen zur Einführung des Elektronischen Urkundenarchivs treten im Wesentlichen ab dem 1.1.2022 in Kraft. Die erweiterten notariellen Prüf- und Einreichungspflichten im Grundbuch- und Registerverfahren (insbesondere § 378 Abs. 3 FamFG und § 15 Abs. 3 GBO), die das Gesetz ebenfalls eingeführt hat, traten bereits am 9.6.2017 in Kraft. Schließlich wurde die EU-Richtlinie zur Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern mit der Freischaltung einer Online-Plattform zur grenzüberschreitenden Unternehmensuche praxisrelevant umgesetzt.

A. Rechtsprechung

I. Prokuraerteilung trotz § 7 Apothekengesetz

Zunächst sollte eine der seltenen Entscheidungen zum Verhältnis zwischen dem Handelsrecht und dem öffentlichen Recht erwähnt werden. In dem vom BGH¹ entschiedenen Fall ging es um das Unternehmen eines im Handelsregister eingetragenen einzelkaufmännisch tätigen Apothekers, der eine Einzelprokura erteilt hatte. Der im Register eingetragene Prokurist war jedoch kein approbierter Apotheker.

Das Registergericht kündigte daraufhin die Löschung der Prokuraeintragung gemäß § 395 FamFG an, da ein Apotheker gemäß § 7 Apothekengesetz (im Folgenden: ApoG) keine Prokura erteilen dürfe.

Der BGH führte im Rechtsbeschwerdeverfahren aus, dass die Frage, inwieweit die Erteilung einer Prokura der in § 7 ApoG vorgeschriebenen Pflicht zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung widerspricht, in Rechtsprechung und Schrifttum

insbesondere seit der beschränkten Zulassung des Mehrbesitzes an Apotheken durch das *Gesetz zur Modernisierung der gesetzlichen Krankenversicherung* vom 14.11.2003 umstritten sei.² Teilweise wird vertreten, mit der berufsrechtlichen Verpflichtung zur persönlichen Leitung der Apotheke in eigener Verantwortung sei es generell unvereinbar, einem Mitarbeiter die umfassende und gegenüber Dritten nicht beschränkbare Vertretungsbefugnis eines Prokuristen einzuräumen. Nach anderer Ansicht sei jedenfalls die Prokuraerteilung an einen Nichtapotheker unzulässig. Zunehmend wird jedoch unter Verweis auf eine schrittweise Liberalisierung des Apothekenrechts, insbesondere durch die Zulassung des beschränkten Mehrbesitzes, auch vertreten, dass die Erteilung einer Prokura durch einen Apotheker entweder generell, zumindest aber an einen Filialleiter gemäß § 2 Abs. 5 S. 1 Nr. 2 ApoG oder Vertreter gemäß § 2 Abs. 5 ApBetrO zulässig sei. Danach sei die Beachtung der Vorgaben des § 7 ApoG durch die konkrete Ausgestaltung des Prokuraverhältnisses und die Überwachung des Prokuristen sicherzustellen.

Die Streitfrage sei jedoch, so der BGH, im vorliegenden Fall nicht zu entscheiden, da die Prüfung eines Verstoßes der Prokuraerteilung gegen § 7 ApoG durch das Registergericht nach § 7 HGB ausgeschlossen sei. § 7 HGB bestimmt, dass die Anwendung der die Kaufleute betreffenden Vorschriften des Handelsgesetzbuchs durch die Vorschriften des öffentlichen Rechts, nach welchen die Befugnis zum Gewerbebetrieb ausgeschlossen oder von gewissen Voraussetzungen abhängig gemacht ist, nicht berührt wird. Die Bestimmung dient der Erleichterung des kaufmännischen Verkehrs durch Trennung des Handelsrechts von öffentlich-rechtlichen Vorschriften, namentlich dem Gewerberecht, und der damit verbundenen Schaffung von Rechtssicherheit und Rechtsklarheit für die Anwendbarkeit des Handelsgesetzbuchs.³

² BGBl I 2003, 2190.

³ BayObLGZ 1978, 44, 47; OLG Frankfurt ZIP 1983, 1203, 1204; MüKo-HGB/Krafka, 4. Aufl., § 7 Rn 1; Oetker/Körber, HGB, 5. Aufl., § 7 Rn 1; Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Röhrich, HGB, 4. Aufl., § 7 Rn 1, 2.

¹ Beschl. v. 25.7.2017 – II ZB 8/16, WM 2017, 2023.

§ 7 HGB beschränkt, so der BGH, zugleich die **Prüfungskompetenz des Registergerichts**. Durch die Trennung von Fragen der gewerberechtlichen Zulässigkeit soll das Eintragungsverfahren erleichtert und Rechtssicherheit geschaffen werden, indem die Eintragung nur von den handelsrechtlichen Vorgaben der §§ 1 ff. HGB abhängig gemacht wird. Daraus folge, dass das Registergericht die Einhaltung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, die eine Gewerbetätigkeit beschränken, grundsätzlich weder prüfen muss noch prüfen darf.⁴

Die öffentlich-rechtliche Unzulässigkeit steht daher nach Auffassung des BGH – bei Vorliegen der handelsrechtlichen Eintragungsvoraussetzungen – **der Eintragung im Handelsregister nicht entgegen** und rechtfertigt auch keine Amtslöschung.⁵

II. Eintragungsfähigkeit von Dokortiteln in das Partnerschaftsregister

In einer weiteren Entscheidung des BGH stand eine seit dem Jahr 2009 im Partnerschaftsregister eingetragene Partnerschaftsgesellschaft von Rechtsanwälten im Mittelpunkt.⁶ Im Jahr 2015 meldeten die Gesellschafter eine weitere Partnerin – Rechtsanwältin Dr. A. – zur Eintragung in das Partnerschaftsregister an. Ferner teilten sie mit, der als B., D. eingetragene Partner sei inzwischen promoviert. Das Registergericht trug die weitere Partnerin daraufhin ohne Angabe des Dokortitels in das Partnerschaftsregister ein. Bei dem Partner Dr. B. wurde kein Dokortitel nachgetragen. Außerdem rötete das Registergericht den Eintrag eines anderen, bereits eingetragenen Partners – Rechtsanwalt Dr. M. –, bei dem vor dem Familiennamen der Dokortitel angegeben war, und setzte den Hinweis hinzu: „*Von Amts wegen (ohne akademischen Grad) neu vorgetragen als Partner: M., G. (...)*“.

Das Beschwerdegericht führte aus, dass akademische Titel in das Partnerschaftsregister nicht eintragungsfähig seien. Für das Partnerschaftsregister gälten insoweit dieselben Grundsätze wie für das Handelsregister. Danach dürften Tatsachen und Rechtsverhältnisse nur dann eingetragen werden, wenn dies gesetzlich vorgesehen sei oder ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der entsprechenden Information bestehe. Beides sei hier nicht der Fall. Die gesetzliche Regelung in den §§ 5 Abs. 1, 3 Abs. 2 PartGG sehe die Eintragung eines Dokortitels der Partner in das Partnerschaftsregister nicht vor, da danach allein Name, Vorname, der in der Partnerschaft ausgeübte Beruf und der Wohnort des Partners einzutragen seien. Akademische Titel gehörten weder zum Namen noch seien sie Berufsangaben. Auch ein Bedürfnis des Rechtsverkehrs an der Eintragung des Dokortitels bestehe nicht, da dieser für die Rechtsbeziehungen der Partnerschaftsgesellschaft ohne Bedeutung sei.

Der BGH hob den Beschluss des Beschwerdegerichts auf, da die Eintragungsfähigkeit von Dokortiteln für das Handels- und das Partnerschaftsregister gewohnheitsrechtlich anerkannt sei. Es entspreche langjähriger ständiger Übung der Registergerichte, so der BGH, Dokortitel auf Wunsch der Beteiligten einzutragen. Dies zeige sich unter anderen an dem Muster in Anlage 1 zu § 2 Abs. 1 und 2 Partnerschaftsregister (PRV), in dem ein Partner mit Dokortitel eingetragen sei, und der Anlage 4 zu § 7 Abs. 1 S. 2

PRV, in dem mehrere Partner mit Dokortitel genannt seien. Auch nach allgemeiner Ansicht im handelsrechtlichen Schrifttum ist von der gewohnheitsrechtlichen Anerkennung der Eintragungsfähigkeit von Dokortiteln auszugehen. **Danach sollen Dokortitel** entweder als Namensbestandteil anzusehen sein⁷ oder zwar kein Namensbestandteil, dennoch aber **aufgrund Gewohnheitsrechts eintragungsfähig sein**.⁸

III. Mitteilung des Insolvenzverwalters an das Registergericht über die Rückkehr zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr der Gesellschaft statt förmlicher Handelsregisteranmeldung

In einer weiteren Registersache bestätigte der BGH⁹ eine frühere Entscheidung,¹⁰ wonach der Entschluss des Insolvenzverwalters, zum satzungsmäßigen Geschäftsjahr einer GmbH zurückzukehren, entweder durch eine Anmeldung zur Eintragung im Handelsregister oder durch eine sonstige Mitteilung an das Registergericht nach außen erkennbar werden könne. Wenn im Handelsregister nur der Insolvenzvermerk eingetragen sei, sei davon auszugehen, dass das mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens gemäß § 155 Abs. 2 S. 1 InsO begonnene neue Geschäftsjahr weiterläuft und sich dieser Geschäftsjahresrhythmus fortsetzt. Die Rückkehr zum vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltenden Geschäftsjahresrhythmus muss der Insolvenzverwalter daher gegenüber dem Registergericht erkennbar machen, auch wenn er erst später einen Eintragungsantrag stellt. Nach der BGH-Rechtsprechung kann die Eintragung in das Handelsregister nachgeholt werden, weil sie nicht konstitutiv für die Umstellung des Geschäftsjahres ist. Stelle der Insolvenzverwalter die Anmeldung zunächst zurück und mache nur eine einfache Mitteilung an das Registergericht, so müsse diese jedoch während des ersten laufenden Geschäftsjahres nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erfolgen. Daran fehlte es im vorliegenden Fall, da die Mitteilung nur gegenüber der Steuerberatungsgesellschaft, dem Finanzamt und einem Gläubiger der Gesellschaft erfolgt sei.

IV. Keine Irreführung durch Verwendung eines Personennamens in der Firma eines Internetautohauses

Das OLG Düsseldorf¹¹ entschied im Berichtszeitraum, dass die Verwendung eines Namens (im vorliegenden Fall des verstorbenen Urgroßvaters der Mehrheitsgesellschafter) in der Firma eines über das Internet handelnden Autohauses („A.L.D. GmbH & Co KG“) zur Irreführung im Sinne des § 18 Abs. 2 HGB solange nicht geeignet ist, wie eine hierdurch signalisierte personelle Beteiligung schon deshalb wirtschaftliche Entscheidungen nicht beeinflussen kann, weil die maßgeblichen Verkehrskreise mangels Kenntnis dieser Person ein Vertrauen mit ihr nicht verbinden.

V. Liquidation von GmbH

Im vergangenen Jahr ergingen wieder mehrere interessante Entscheidungen betreffend die Anmeldung der Liquidation bzw. Löschung von GmbH im Handelsregister.

⁴ BeckOK-HGB/Schwartz, Stand: 1. Juli 2017, § 7 Rn 5; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Kindler, HGB, 3. Aufl., § 7 Rn 9; MüKo-HGB/Krafka, 4. Aufl., § 7 Rn 1, 3; Oetker/Körber, HGB, 5. Aufl., § 7 Rn 4.

⁵ BeckOK-FamFG/Munzig, Stand: 1. Dezember 2016, § 395 Rn 25; Keidel/Heinemann, FamFG, 19. Aufl., § 395 Rn 16; Oetker/Körber, HGB, 5. Aufl., § 7 Rn 4.

⁶ Beschl. v. 4.4.2017 – II ZB 10/16, NZG 2017, 734.

⁷ Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub, HGB, 3. Aufl., § 8 Rn 121; MüKo-AktG/Spindler, 4. Aufl., § 81 AktG Rn 5; K. Schmidt/Lutter/Seibt, AktG, 3. Aufl., § 81 Rn 5.

⁸ Krafka/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl., Rn 86; Hüffer/Koch, AktG, 12. Aufl., § 81 Rn 3; MüKo-GmbHG/Stephan/Tieves, 2. Aufl., § 39 Rn 6.

⁹ Beschl. v. 21.2.2017 – II ZB 16/15, FGPrax 2017, 117; Behrens, notar 2017, 159, 163.

¹⁰ BGH, Beschl. v. 14.10.2014 – II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rn 13.

¹¹ Beschl. v. 11.1.2017 – 3 Wx 81/16, NZG 2017, 423.

1. Vollzugsreife des Antrags auf Eintragung der Löschung einer vermögenslosen GmbH trotz laufenden Steuerverfahrens

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, ob die Löschung einer vermögenslosen GmbH vor Erledigung ihrer steuerrechtlichen Verhältnisse erfolgen kann, ob eine entsprechende Anmeldung also statthaft ist, bevor das zuständige Finanzamt „grünes Licht“ gegeben hat. Das OLG Düsseldorf¹² entschied dazu, dass auch dann, wenn Steuernachforderungen im Raum stehen, ein „Antrag auf Eintragung der Löschung“ der GmbH jedenfalls dann vollzugsreif ist, wenn diese den Geschäftsbetrieb endgültig eingestellt hat und über kein Vermögen mehr verfügt. Die Steuernachforderungen hätten in diesem Fall keine potentielle Auswirkung auf das verwertbare Gesellschaftsvermögen. Der Registervollzug könne daher nicht von dem Einverständnis der Finanzverwaltung abhängig gemacht werden.

2. Pflicht zur Anmeldung der Liquidatoren auch bei Anmeldung der Löschung der Gesellschaft ohne Liquidationsverfahren wegen Vermögenslosigkeit

Erwähnen möchte ich an dieser Stelle einen bisher unveröffentlicht gebliebenen Beschluss des OLG München.¹³ Gegenstand der Entscheidung war die Frage, ob sich aus § 67 GmbHG auch dann eine Pflicht zur Anmeldung von Liquidatoren unter Angabe ihrer Vertretungsbefugnis ergibt, wenn kein verteilungsfähiges Vermögen mehr vorhanden ist und zugleich das Erlöschen der Firma der Gesellschaft angemeldet wird. Das frühere BayObLG hatte dies für erforderlich gehalten.¹⁴ Das OLG München bestätigt nunmehr diese Entscheidung des BayObLG und stellt sich damit gegen die im Standardwerk des Registerrechts von *Krafka/Kühn* vertretene Auffassung.¹⁵ Es ist bedauerlich, dass die Entscheidung eine Begründung vermissen lässt, worin der Zweck der Anmeldung von Liquidatoren liegt, wenn überhaupt keine Liquidation erfolgen soll.¹⁶ Im Bereich des OLG München ist dennoch bis auf weiteres zur Vermeidung von Zwischenverfügungen von der Verwendung des von *Krafka/Kühn* vorgeschlagenen Anmeldungstextes¹⁷ abzuraten. Es empfiehlt sich, beim Entwurf des Auflösungsbeschlusses auch dann die Bestellung eines Liquidators vorzusehen, wenn mangels zu verteilenden Vermögens eine sofortige Liquidation der Gesellschaft angestrebt wird.

3. Zulässigkeit einer Anmeldung der Liquidation einer GmbH vor Eintritt der angemeldeten Tatsache

Sehr praxisrelevant ist auch die Frage, ob eine sich erst künftig verwirklichende Tatsache bereits vor ihrem Eintritt zum Register angemeldet werden kann. Ein Bedürfnis danach gibt es häufig zum Jahresende, will man die Eintragung auf den ersten Werktag des neuen Jahres sicherstellen. So war auch ein Fall des OLG Thüringen gelagert.¹⁸

Mit Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 30.11.2016 wurde die Antragstellerin zum Ablauf des 31.12.2016 aufgelöst und der Geschäftsführer, Herr K, zum alleinvertretungsberechtigten Liquidator bestellt. Dies meldete der Geschäftsführer der Antragstellerin mit Erklärung vom 9.12.2016 zur Eintragung in das Handelsregister an. Der Notar übermittelte die Anmeldeerklärung am 20.12.2016 an das Registergericht. Mit Verfügung vom 22.12.2016 wies das Registergericht den Notar darauf hin, dass die Anmeldung nicht vollzugsreif und deswegen zurückzunehmen und zu gegebener Zeit neu einzureichen sei. Sie werde zurückgewiesen, wenn nicht bis zum 28.12.2016 die Rücknahme erfolge. Mit seiner Antwort vom 23.12.2016 regte der Verfahrensbevollmächtigte eine Bearbeitung am 2.1.2017 an. Mit dem angefochtenen Beschluss vom 9.1.2017 wies das Registergericht die Anmeldung kostenpflichtig zurück.

Auf die daraufhin erhobene Beschwerde entschied das OLG Thüringen, dass die Zurückweisung zu Unrecht erfolgte. Im vorliegenden Fall sei nicht die Anmeldung selbst – also der auf das Verfahren gerichtete Antrag – unter eine Bedingung oder eine Befristung gestellt worden, sondern die angemeldete Tatsache – hier die Auflösung der Gesellschaft und die Bestellung der Liquidatoren. Während ersteres unzulässig sei, sei eine Befristung der Tatsache selbst nicht zu beanstanden. Die Anmeldung als solche, d. h. der öffentlich beglaubigte Antrag, das Registerverfahren zum Zweck einer Eintragung einzuleiten, sei vorliegend weder durch Bedingungen noch Befristungen eingeschränkt.

Eine verfrühte Anmeldung wie im vorliegenden Fall sei daher immer dann zulässig, wenn die angemeldete Auflösung und Bestellung von Liquidatoren bereits erfolgte und der Eintritt der Rechtswirkungen nur noch von dem Eintritt des Kalenderdatums abhängt. Die Eintragung hat jedenfalls dann zu erfolgen, wenn im Zeitpunkt der Entscheidung über die Eintragung die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen, die Bedingung bzw. die Befristung also eingetreten ist.

VI. Amtsunfähigkeit des Geschäftsführers nach Verwarnung mit Strafvorbehalt wegen Insolvenzverschleppung

Wie jedes Jahr soll auch wieder eine Entscheidung betreffend die Inhabilität des GmbH-Geschäftsführers besonders erwähnt werden. Das OLG Sachsen-Anhalt¹⁹ entschied, dass als Verurteilung im Sinne des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 Buchst. a GmbHG nicht nur die Verhängung einer Geld- oder Freiheitsstrafe wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung anzusehen sei. Es genüge vielmehr, so das Gericht, dass der Geschäftsführer wegen einer solchen Tat unter Vorbehalt der Verhängung einer Geldstrafe verwarnet wurde (§ 59 Abs. 1 StGB).

Zur Begründung führte das OLG aus, dass dem gesetzlichen Begriff der Verurteilung, wie den §§ 3 Nr. 1 und 4 Nr. 3 BZRG zu entnehmen ist, auch die Verwarnung mit Strafvorbehalt unterfalle. Außerdem knüpfe § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3a GmbHG den Ausschluss vom Amt des Geschäftsführers einer GmbH ohne Rücksicht auf die verhängte Rechtsfolge allein an die mit dem rechtskräftigen Strafurteil festgestellte bewusste Missachtung der Insolvenzantragspflicht. Dass es auf die Rechtsfolge nicht ankommt, zeige auch der Vergleich mit § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3e GmbHG, der anders als Nr. 3a der Vorschrift die Verhängung einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr voraussetzt. Bestätigt werde diese Auslegung des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3a

¹² Beschl. v. 1.2.2017 – 3 Wx 300/16, NZG 2017, 663.

¹³ Beschl. v. 10.3.2014 – 31 Wx 52/14.

¹⁴ BayObLG RPfleger 1982, 429; ebenso Baumbach/Hueck, GmbHG, § 67 Rn 4.

¹⁵ *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn 1135, wobei es sich in der dortigen Fußnote 2 um ein Fehlzitat handelt. Die dort angesprochene Entscheidung des BayObLG betraf die Liquidation einer Personengesellschaft.

¹⁶ Vorzugswürdig daher die Auffassung von *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn 1135 und Rn 1150, wonach eine Anmeldung der Auflösung und des Erlöschens der Firma im Fall der Vermögenslosigkeit genügt.

¹⁷ *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rn 1150.

¹⁸ Beschl. v. 15.3.2017 – 2 W 26/17, NotBZ 2017, 276.

¹⁹ Beschl. v. 3.2.2017 – 5 Wx 2/17, ZIP 2017, 1519.

GmbHG, so das Gericht, durch den Vergleich mit § 290 Abs. 1 Nr. 1 InsO a. F. Nach dieser Vorschrift genügte für die Verurteilung der Restschuldbefreiung bereits die Verwarnung mit Strafvorbehalt wegen einer der dort aufgeführten Taten. § 290 Abs. 1 Nr. 1 InsO wurde mit Wirkung vom 1.7.2014 dahingehend geändert, dass er nunmehr eine Mindeststrafe voraussetzt. Damit sollte erreicht werden, dass Verurteilungen wegen verhältnismäßig geringfügiger Taten einer Restschuldbefreiung künftig nicht mehr im Wege stehen. Eine entsprechende Änderung des § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 3a GmbHG ist hingegen nicht erfolgt.

VII. Internationales Registerrecht

Im Berichtszeitraum sind zwei die Zweigniederlassungen ausländischer Gesellschaften betreffende Entscheidungen erwähnenswert:

1. Eintragungsfähigkeit der Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens bei identischer Firmierung mit der Hauptniederlassung

Das OLG Düsseldorf²⁰ entschied im Berichtszeitraum, dass der Eintragung der Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens in das deutsche Handelsregister nicht entgegensteht, dass die Zweigniederlassung identisch mit dem Unternehmen firmieren möchte, das seinen Sitz und seine Hauptniederlassung im Ausland hat. Solange für die Zweigniederlassung keine eigene Firma gebildet wurde, sei zudem ein Zusatz bei der Registereintragung, der die Einordnung als Zweigniederlassung ermöglicht, weder wegen einer sonst fehlenden Kennzeichnungskraft noch aus dem Gesichtspunkt einer zu vermeidenden Irreführung des Rechtsverkehrs erforderlich. Insoweit seien an ausländische Unternehmen keine strengeren Anforderungen zu stellen als an inländische, so das Gericht. Eine ausführliche Besprechung der Entscheidung finden Sie in diesem Heft.²¹

2. Anmelde- und Vorlageerfordernisse bei Zweigniederlassung einer englischen *private company limited by shares*

Das OLG Frankfurt a. M.²² hatte über einen Fall zu entscheiden, in dem ein deutscher Patentanwalt eine Zweigniederlassung einer englischen *Limited* zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden versuchte.

Das Gericht entschied, dass die nach § 12 Abs. 1 und 2 HGB elektronisch einzureichende Anmeldung der Zweigniederlassung nicht durch einen Patentanwalt unter Nutzung seiner qualifizierten Signatur erfolgen kann, da ein Patentanwalt nicht zur Fertigung einer elektronisch beglaubigten Abschrift im Sinne dieser Norm befugt ist. Dies setzt nämlich eine qualifizierte Signatur eines Notars, verbunden mit dem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG voraus.²³

Im vorliegenden Fall hatten die Gründer der *Limited* keine von den *model articles* nach englischem Recht abweichende Satzung beschlossen. Für die Gesellschaft galten daher diese *model articles* (ähnlich dem Musterprotokoll (Anlage zum GmbHG)) kraft Gesetzes. Bei einer solchen Fallgestaltung, so das OLG Frankfurt a. M., könne das Registergericht keine Vorlage des englischen Textes dieser *model articles* verlangen und damit auch keine Übersetzung dieser „*Mustersatzung*“ in die deutsche Sprache.

Das Registergericht könne aber in Fällen wie dem vorliegenden die Eintragung zumindest von der Vorlage einer beglaubigten Abschrift nebst Übersetzung des *memorandum of association* der in England gegründeten *Limited* verlangen, so das OLG.

Fraglich ist im notariellen Diskurs mit den Registergerichten häufig auch, wie der Vorgabe des § 13g Abs. 1 und 3 HGB i. V. m. § 10 Abs. 1 GmbHG zu genügen ist, in der Anmeldung der Zweigniederlassung das Stammkapital der englischen Gesellschaft anzugeben. Das Gericht stellt dazu in seinem Beschluss klar, dass die Angabe des von den Gesellschaftern der *Limited* gezeichneten Kapitals (*issued shares capital*) notwendig ist. Als Begründung führt das OLG Frankfurt a. M. an, dass das englische Recht nach einer Reform des Gesellschaftsrechts seit dem 1.10.2009 nicht mehr nur vorgibt, in der Gesellschaftssatzung ein Nennkapital (*nominal share capital*) zu beziffern. Dementsprechend müsse das tatsächlich gezeichnete Kapital (mindestens 1 £) im deutschen Handelsregister der Zweigniederlassung eingetragen werden.

Schließlich beschäftigte sich das Gericht in seiner Entscheidung noch mit der Frage, inwieweit eine „*Selbstbelehrung*“ eines den rechtsberatenden Berufen angehörenden Geschäftsführers über die unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht betreffend das Vorliegen eines Bestellungshindernisses in § 6 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 und 3 sowie S. 3 GmbHG den Anforderungen des Gesetzes genügt. Der Geschäftsführer trug vor, dass er nicht von einer dritten Person über die unbeschränkte Auskunftspflicht gem. § 53 Abs. 2 BZRG belehrt werden müsse, da ihm diese Pflicht als Patentanwalt bereits bekannt sei. Es trifft zwar zu, dass es seit dem Inkrafttreten des MoMiG gemäß § 8 Abs. 3 S. 2 GmbHG genügt, dass die Belehrung des Geschäftsführers über die unbeschränkte Auskunftspflicht durch einen Rechtsanwalt erfolgt. Das OLG führte jedoch aus, dass innere Kenntnisse des zu Belehrenden oder gar eine „*Selbstbelehrung*“ insoweit unbeachtlich sind und den gesetzlichen Vorgaben daher nicht genügen. Das Erfordernis der Belehrung durch einen Dritten im Sinne des § 8 Abs. 3 GmbHG entfällt daher nicht allein deshalb, weil der Geschäftsführer zugleich Patentanwalt ist.

Gegen die Entscheidung ist eine Revision beim BGH unter dem Az. II ZB 25/17 anhängig. Der *notar* wird über den Ausgang des Verfahrens berichten.

VIII. Kommanditgesellschaft

Es gilt noch über zwei wichtige Entscheidungen aus dem Bereich des Registerrechts der Kommanditgesellschaft zu berichten:

1. Rechtliche Einordnung eines von einem in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten erworbenen Kommanditanteils als Sondergut

Eine für die notarielle Praxis überraschende Entscheidung erging durch das OLG Nürnberg.²⁴ Zugrunde lag ihr die Anmeldung des Beitritts eines weiteren Kommanditisten zu einer Kommanditgesellschaft, der im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratet war. Nach dem Gesellschaftsvertrag sind Kommanditbeteiligungen rechtsgeschäftlich übertragbar, ohne dass dies einer Änderung des Gesellschaftsvertrags bedürfe. Das Registergericht vertrat die Auffassung, dass der Eintragung des in Gütergemeinschaft verheirateten Kommanditisten ein Vollzugshindernis entgegenstehe. Ein Kommanditanteil könne nicht Sondergut i. S. d. § 1417 Abs. 1, Abs. 2 BGB sein, da der

²⁰ Beschl. v. 22.2.2017 – 3 Wx 145/16, FGPRax 2017, 119.

²¹ Kilian, *notar* 2017, 25.

²² Beschl. v. 8.8.2017 – 20 W 229/17, juris.

²³ Apfelbaum/Bettendorf, RNotZ 2007, 89 ff.; Staub/Koch, HGB, 5. Aufl., 2009, § 12 Rn 24 ff.; MüKo-GmbHG/Herrler, 2. Aufl., 2015, § 7 Rn 39 ff.

²⁴ Beschl. v. 24.5.2017 – 12 W 643/17, NZG 2017, 1026 f.

Anteil übertragbar sei. Erforderlich sei daher die Feststellung, dass die Anteile zu Vorbehaltsgut i. S. d. § 1418 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB erklärt worden seien.

Der Notar vertrat dagegen die Ansicht, dass der Kommanditanteil ohne weiteres Sondergut geworden sei, da eine Gütergemeinschaft nicht Kommanditist sein könne. In der daraufhin erlassenen Zwischenverfügung wurde ausgeführt, die Gütergemeinschaft könne auch nicht als solche als Kommanditist eingetragen werden, da ein Kommanditanteil nicht als Gesamtgut i. S. d. § 1416 Abs. 1 S. 1 BGB gehalten werden könne.

In der Praxis behilft man sich in Fällen wie diesem damit, vorsorglich vor dem Beitritt des Kommanditisten einen Nachtrag zu dem die Gütergemeinschaft begründenden Ehevertrag zu beurkunden. In diesem Nachtrag wird die Gesellschaftsbeteiligung zu Vorbehaltsgut erklärt. Das Beschwerdegericht entschied überraschend anders: Der betreffende Kommanditanteil sei ohne weiteres Sondergut i. S. d. § 1417 Abs. 1, Abs. 2 BGB geworden, ohne dass es einer „Vorbehaltsguterklärung“ i. S. d. § 1418 Abs. 2 BGB bedurfte.²⁵ Es sei zutreffend, so das Gericht, dass die Gütergemeinschaft nach überwiegender Auffassung als solche nicht Kommanditist sein kann, mithin ein Kommanditanteil nicht im Gesamtgut gehalten werden könne.²⁶ In der Folge definiert das OLG Nürnberg den Normzweck des den Umfang des Sonderguts definierenden § 1417 Abs. 2 BGB dahingehend, Vermögensgegenstände einem einzelnen Ehegatten zuzuordnen, wenn diese Gegenstände nicht rechtswirksam in das Gesamtgut überführt werden können.²⁷ Aus Sicht des Beschwerdegerichts betreffe dies jedoch nicht nur den im Wortlaut des § 1417 Abs. 2 BGB ausdrücklich geregelten Fall, dass die Übertragung des Vermögenswerts, also der Übertragungsakt als solcher, aus Rechtsgründen unmöglich ist. Die Norm sei über ihren Wortlaut hinaus dahingehend auszulegen, dass der Normzweck genauso den Fall erfasst, dass zwar eine Übertragung des Vermögensgegenstands als solche möglich ist, jedoch gerade die gesamthänderische Beteiligung der Ehegatten an diesem Vermögensgegenstand aus Rechtsgründen nicht begründet werden kann. Die Vorschrift sei daher so zu lesen, dass Sondergut die Gegenstände sind, die nicht wirksam durch Rechtsgeschäft in das Gesamthandsvermögen der Gütergemeinschaft überführt werden können.²⁸

Da ein Kommanditanteil nicht von Ehegatten in Gütergemeinschaft gehalten werden kann, mithin der Kommanditanteil – selbst wenn er im Übrigen rechtsgeschäftlich übertragbar ist – nicht wirksam in das Gesamthandsvermögen der Gütergemeinschaft übertragen werden kann, falle er, so das OLG Nürnberg, nach § 1417 Abs. 2 BGB ohne weiteres ins Sondergut des beitretenden Ehegatten.²⁹ Bedauerlich ist, dass das Gericht eine Zuordnung zur dritten bei der Gütergemeinschaft vorgesehenen Vermögensmas-

se, dem Vorbehaltsgut, nicht in Betracht zieht. Den dafür vom Gesetz vorgesehenen Weg, nämlich die ehevertragliche Vorbehaltsgutsvereinbarung i. S. d. § 1418 Abs. 2 Nr. 1 BGB sieht das Gericht als nicht zielführend an.

Es sieht vielmehr Widersprüche aufkommen, wenn man der Gütergemeinschaft gesellschaftsrechtlich die Gesellschafterfähigkeit abspräche, jedoch gleichwohl den Kommanditanteil güterrechtlich – vorbehaltlich einer Vorbehaltsgutsvereinbarung – dem Gesamtgut zurechne. Die Konsequenz, dass ein von einem Ehegatten erworbener Vermögensgegenstand – bis zum Abschluss einer Vorbehaltsgutsvereinbarung – keiner der drei Vermögensmassen (Gesamtgut, Sondergut, Vorbehaltsgut) zugeordnet werden könnte, sieht das Gericht wohl als untragbar an. Die Argumentation, dass dies im Widerspruch zur Systematik der §§ 1416 ff. BGB steht, beruht meines Erachtens auf einem Zirkelschluss, da es den Ehegatten gerade freisteht, vor dem Gesellschaftsbeitritt ehevertraglich Vorbehaltsgut zu vereinbaren und damit im Rahmen der von den §§ 1416 ff. BGB vorgegebenen Kategorien zu bleiben. Es handelt sich vorliegend um eine reine Billigkeitsentscheidung, mit der das Gericht die Rechtsfolge der Unwirksamkeit des Erwerbs der Kommanditbeteiligung vermeiden wollte. Die dazu herangezogenen Argumente, dass die Unwirksamkeitssanktion der Rechtssicherheit abträglich sei und auf eine für den Verkehrsschutz problematische Begründung einer partiellen beschränkten Geschäftsfähigkeit in Gütergemeinschaft lebender Ehegatten beim Erwerb von Gesellschaftsbeteiligungen hinausliefe, trägt nämlich nicht. Das Gesetz sieht mit der ehevertraglichen Vorbehaltsgutsvereinbarung einen Weg vor, der es den in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten ermöglicht, eine Kommanditbeteiligung zu erwerben. Hinzu kommt, dass die Anmeldung des Beitritts zur Gesellschaft notariell beglaubigt werden muss. Im Rahmen der Entwurfsfertigung oder Unterschriftsbeglaubigung erfragt der Notar im Rahmen der Erfassung der Personendaten auch den Güterstand verheirateter Beteiligter. Kommt in diesem Zusammenhang auf, dass der Kommanditist im Güterstand der Gütergemeinschaft verheiratet ist, liegt jedenfalls bei Entwurfsfertigung durch den Notar ein Hinweis auf das Erfordernis einer Vorbehaltsgutsvereinbarung nahe, so dass es nur höchst selten zur Unwirksamkeit des Erwerbs der Kommanditbeteiligung kommen dürfte.

2. Übergang einer Kommanditeinlage durch Erbfolge, registermäßige Anmeldeerfordernisse bei gewillkürter Erbfolge und angeordneter Testamentsvollstreckung

Der Entscheidung des OLG Düsseldorf³⁰ lag eine in der Praxis häufige erbrechtliche Konstellation zu Grunde. Der verstorbene Kommanditist B (Beteiligung 10.000 €) einer Publikums-KG, der Windpark H. Nr. 38 GmbH & Co. KG, hatte ein privatschriftliches Testament hinterlassen, das auszugsweise lautete:

Im Falle meines Todes setze ich meine Söhne D und E, meine von mir getrennt lebende Ehefrau F sowie meine Partnerin G als Erben meiner Vermögenswerte mit folgender Aufteilung ein:

G erhält: Restauszahlungen einer Lebensversicherung und 6 Genossenschaftsanteile.

F erhält: Bausparvertrag, 3 Anteile an Bürgersolaranlage, Beteiligung an Kraftwärmeanlagen-KG sowie meine Beteiligung an Windpark H. Nr. 38 GmbH & Co. KG mit einer Einlage von 10.000 €.

²⁵ So für die Beteiligung an einer OHG und die Beteiligung als Komplementär an einer Kommanditgesellschaft: Palandt/Brudermüller, § 1416 Rn 2.

²⁶ BayObLG, Beschl. v. 22.1.2003 – 3Z BR 238/02, NJW-RR 2003, 899; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 37. Aufl., § 105 Rn 25.

²⁷ Ebenso MüKo-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 1417 Rn 1; Staudinger/Thiele, BGB, 2007, § 1417 Rn 2 f.

²⁸ A. A. Palandt/Brudermüller, § 1416 Rn 2 („Umfang des Sonderguts ist gesetzlich erschöpfend festgelegt“).

²⁹ Staudinger/Thiele, BGB, 2007, § 1417 Rn 5 § 1416 Rn 14; MüKo-BGB/Schäfer § 705 Rn 75 (zum Anteil an einer BGB-Gesellschaft); zweifelnd dagegen MüKo-BGB/Kanzleiter, 7. Aufl., § 1416 Rn 9; in Rn 10 führt er aus, dass die Beteiligung in das Gesamtgut fällt; a. A. BGHZ 65, 82 ff. für eine Personengesellschaft, deren Gesellschafter ausschließlich die Ehegatten sind: Begründung von Sondergut durch Rechtsgeschäft nicht möglich.

³⁰ Beschl. v. 9.6.2017 – 3 Wx 90/16, juris.

Meine Söhne D und E erhalten: je 50 % meines restlichen Vermögens einschließlich des Verkaufserlöses.

Als Testamentsvollstrecker setze ich meinen Sohn E ein.

Dem E wurde ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, das ausweist, dass er zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Mit notariell beglaubigter Erklärung wurde zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, dass der Kommanditist B durch Tod aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Seine Einlage in Höhe von 10.000 € ist durch Erbfolge im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf seine Erben übergegangen. Es wurde Testamentsvollstreckung angeordnet. Testamentsvollstrecker ist Herr E ausweislich des erteilten Testamentsvollstreckerzeugnisses. B ist hinsichtlich der Kommanditbeteiligung ausweislich des am ... eröffneten Testaments von Frau F beerbt worden. Frau F ist mit einer Einlage in Höhe von 10.000 € im Wege der Gesamtrechtsnachfolge in die Gesellschaft eingetreten.

Im Beschwerdeverfahren ging es unter anderem um die Notwendigkeit der Vorlage eines Erbscheins als Nachweis der Erbfolge, die Frage, ob zunächst die Erbengemeinschaft in das Register einzutragen sei, bevor Frau F als Kommanditistin eingetragen werden kann, und ob dem Testamentsvollstrecker die Anmeldebefugnis zusteht.

Das OLG bestätigte im vorliegenden Fall die herrschende Auffassung, dass eine Erbengemeinschaft als solche nicht Gesellschafter einer KG werden kann. Daher geht der Kommanditanteil nicht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Erbengemeinschaft über; vielmehr erwerben die Erben des Kommanditisten im Wege der Sondererbfolge (Einzelnachfolge außerhalb der Erbengemeinschaft) jeweils eigenständige Gesellschaftsanteile im Umfang ihrer Erbquoten. Auch wenn der Wechsel eines Kommanditisten auf Grund einer Gesamt- oder Sonderrechtsnachfolge eintritt, und auch dann, wenn mehrere Wechsel unmittelbar nacheinander erfolgen, sind der Eintritt eines Kommanditisten und das Ausscheiden eines solchen gemäß §§ 161 Abs. 2, 107, 143 Abs. 2, 162 Abs. 1 und 3 HGB gesondert anzumelden und in das Handelsregister einzutragen.

Hat der Erblasser nach § 2048 BGB Anordnungen für die Auseinandersetzung der Miterben getroffen, bedarf es daher, so das OLG Düsseldorf, zunächst der Eintragung sämtlicher „Miterben“, hernach der Eintragung des letztendlichen Erwerbers der Beteiligung. Gleiches gelte bei der Zuwendung eines Kommanditanteils im Wege des Vermächtnisses i. S. d. § 2147 BGB. Auch hier bedarf es zunächst wiederum der Eintragung der Erben, hernach des Vermächtnisnehmers als Sonderrechtsnachfolger.

Was den vom Registergericht verlangten Erbnachweis angeht, nahm das Gericht auf § 12 Abs. 1 S. 4 HGB Bezug. Danach ist die Rechtsnachfolge bei der Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister, soweit tunlich, durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Daher ist eine Erbfolge regelmäßig durch Erbschein, § 2353 BGB, nachzuweisen, soweit sie auf gesetzlicher Erbfolge oder einer privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen beruht. Beruht sie auf einer letztwilligen Verfügung in öffentlicher Urkunde, kann das Registergericht – in Anlehnung an die im Grundbuchverfahren geltende Vorschrift des § 35 Abs. 1 GBO – diese zusammen mit der Niederschrift über deren Eröffnung nach pflichtgemäßem Ermessen als ausreichend ansehen. Bedarf die Verfügung indes der Auslegung, reicht auch sie als Nachweis nicht aus, wenn bei der Auslegung Zweifel verbleiben und eine abschließende Würdigung nicht möglich ist, namentlich weil Ermittlungen in tatsächlicher Hinsicht anzustellen wären; sich

in solchem Fall ein Urteil über die Erbfolge zu bilden, ist dem Nachlassgericht vorbehalten, das darüber im Erbscheinsverfahren zu befinden hat.³¹

Zur Frage, ob anstelle der Erben der Testamentsvollstrecker die Anmeldepflichten wahrzunehmen hat, führte das Beschwerdegericht schließlich aus, dass dies davon abhängt, welche Aufgaben dem Testamentsvollstrecker nach den maßgeblichen letztwilligen Verfügungen übertragen sind. Zu prüfen sei also, ob der Erblasser eine sogenannte Abwicklungsvollstreckung angeordnet hat, bei der der Testamentsvollstrecker nur damit betraut ist, den Nachlass abzuwickeln und die Auseinandersetzung unter mehreren Erben zu bewirken. Hat er hingegen eine sogenannte Verwaltungsvollstreckung angeordnet, die insbesondere in der Form der Dauertestamentsvollstreckung vorkommt, § 2209 S. 1 BGB, so kann der Testamentsvollstrecker anstelle derjenigen Erben, die – wie oben dargestellt – im Wege der Sondererbfolge Kommanditisten geworden sind, den Gesellschafterwechsel anmelden. Das Registergericht kann die Frage, welche Aufgaben dem Testamentsvollstrecker im konkreten Fall übertragen sind, wenn bereits ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt ist, nur aufgrund dieses Zeugnisses beurteilen; es ist im Registerverfahren (nicht anders als im Grundbuchverfahren) allein maßgeblich. Da nach dem Gesetz der Regeltyp die Abwicklungsvollstreckung ist, wird in einem Zeugnis nicht diese vermerkt, sondern nur eine Sonderform angegeben, etwa nach § 2209 BGB. Daher gilt: Enthält ein Zeugnis keine Angaben, kommt damit zum Ausdruck, dass dem Testamentsvollstrecker nur die nach dem Regeltyp der Abwicklungsvollstreckung mit seinem Amt verbundenen Aufgaben und Befugnisse (§§ 2203–2206 BGB) zukommen.³²

B. Gesetzgebung

I. Erweiterung der notariellen Prüfungspflichten im Register- und Grundbuchverfahren

Eine Erweiterung erfuhren die notariellen Prüfungspflichten im Handelsregisterverfahren durch das *Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer sowie zur Änderung weiterer Gesetze* vom 1.6.2017.³³ Darin wird die Pflicht der Notare festgeschrieben, für die Gerichte eine Vorprüfung von Anmeldungen bzw. Anträgen auf ihre Eintragungsfähigkeit vorzunehmen. So soll eine bereits bis dahin gelebte Praxis einheitlich für alle Notare kodifiziert werden, um Qualität, Effizienz und Schnelligkeit des Handelsregisterverfahrens zu optimieren.³⁴ An dieser Stelle soll nur eine kurze Zusammenfassung der Neuregelungen erfolgen. Eine detaillierte Darstellung der Auswirkungen auf die Praxis findet sich in dem während des Berichtszeitraums im *notar* erschienenen Aufsatz von *Damm*.³⁵

1. Eintragungsfähigkeitsprüfung

Der neu geschaffene § 378 Abs. 3 S. 1 FamFG schreibt vor, dass **Anmeldungen zu den Handels-, Vereins- und Güterrechtsregistern** vor ihrer Einreichung für das Registergericht durch einen Notar auf ihre Eintragungsfähigkeit zu überprüfen sind. Im Zusammenspiel mit § 374 FamFG ergibt sich, dass Genossen-

³¹ KG NJW-RR 2003, 255 ff.; KG NJW-RR 2007, 692 ff.; OLG Köln FGPrax 2005, 41 f.; OLG Bremen NJW-RR 2014, 816 f.; Baumbach/Hopt, HGB, § 12 Rn 5.

³² KG NJW-RR 1991, 835 ff.; ferner OLG Hamm NZG 2011, 437 f.

³³ BGBl I 2017, 1396.

³⁴ Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks 18/10607, S. 101, 108.

³⁵ *notar* 2017, 323.

schafts- und Partnerschaftsregistersachen von der Eintragungsfähigkeitsprüfungspflicht ausgenommen sind. Dies ist bedauerlich, prüften doch die Notare weithin schon bisher in sämtlichen Registerangelegenheiten vor der Einreichung den Text der Anmeldung darauf, ob er der Eintragung entgegenstehende Fehler enthält. In den von der Neuregelung ausgenommenen Registersachen wird sich daran auch künftig nichts ändern, schließlich verbietet die neue Vorschrift nicht, an der bisherigen Praxis festzuhalten.

Die **Prüfungspflicht beschränkt sich auf den Wortlaut der Anmeldung** als solchen. Außerhalb des Textes der Anmeldung liegende Umstände (z. B. Vorliegen erforderlicher Genehmigungen oder der Vertretungsbefugnis) muss der Notar nicht prüfen. Dies bleibt weiterhin ausschließlich Aufgabe des Registergerichts. Dokumente, die lediglich einzureichen oder der Anmeldung beizufügen sind, hat der Notar ebenfalls nicht zu prüfen.³⁶

§ 378 Abs. 3 FamFG findet nach § 493 Abs. 3 FamFG nur auf Anmeldungen Anwendung, die **nach dem 8.6.2017 beglaubigt worden** sind.

2. Notar als „Kommunikationsmittler“

Der neu geschaffene § 378 Abs. 3 S. 2 FamFG schreibt vor, dass **Handelsregisteranmeldungen bei einem Notar zur Weiterleitung** an das zuständige Registergericht **einzureichen** sind. Der Bundesrat bezeichnete die Notare während des Gesetzgebungsverfahrens daher treffend als „*externe Rechtsantragsstelle des Gerichts*“.³⁷ Dem Notar kommt also die Rolle eines „Kommunikationsmittlers“³⁸ zu, der die papiergebundenen Anträge der Anmelder in die elektronische Form überträgt und die für die effiziente Justizarbeit erforderlichen XML-Strukturdaten erzeugt. In den übrigen Registersachen können die Anmeldungen und Anträge weiterhin durch die Beteiligten selbst bei Gericht eingereicht werden.

3. XML-Datenübermittlung

Nach dem neu geschaffenen § 378 Abs. 4 FamFG können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmen, dass **Notare** neben der elektronischen Registeranmeldung bestimmte darin enthaltene **Angaben in strukturierter maschinenlesbarer Form** (d. h. z. B. XML-Strukturdaten) **zu übermitteln haben**, sofern dies nicht bereits eine Bundesverordnung nach § 387 Abs. 2 FamFG vorschreibt. Eine entsprechende Rechtsgrundlage fehlte dafür bisher. Praxisrelevante Änderungen sind durch die neue Vorschrift nicht zu erwarten.

4. Ausnahmen

§ 486 Abs. 3 FamFG n. F. sieht eine Ausnahme für durch die baden-württembergischen Ratsschreiber, hessischen Ortsgerichtsvorsteher oder rheinland-pfälzischen Ortsbürgermeister, Gemeinde- und Stadtverwaltungen vorgenommenen Unterschriftsbeglaubigungen vor. **Diese nach Landesrecht zuständigen Stellen (vgl. § 68 BeurkG n. F.) brauchen wegen der regelmäßig nicht vorhandenen juristischen Kenntnisse die Vorschrift des § 378 Abs. 3 FamFG nicht zu beachten.**³⁹ Anders als zunächst im Gesetzgebungsverfahren vorgesehen⁴⁰ gilt der Vorbehalt nicht nur länderbezogen, sondern setzt an der Unterschriftsbeglaubigung als solcher an.⁴¹ Eine Vorprüfungs-

pflicht besteht daher auch dann nicht, wenn die von einer der vorgenannten, nach Landesrecht zuständigen Stelle beglaubigte Erklärung bei einem Gericht in einem anderen Bundesland zur Eintragung in das Register eingereicht wird.⁴²

II. Registerverknüpfung (BRIS) innerhalb der EU und des EWR

Nach dem am 31.12.2014 in Kraft getretenen Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie in Bezug auf die Verknüpfung von Zentral-, Handels- und Gesellschaftsregistern in der EU⁴³ wurde unter anderem ein neuer § 9b in das HGB eingefügt, um die Interoperabilität des Handelsregisters und des Unternehmensregisters mit einer noch zu schaffenden zentralen Europäischen Plattform nach der Verknüpfungsrichtlinie zu gewährleisten. Hierzu übermitteln unter anderem die Landesjustizverwaltungen die Daten des Handelsregisters an die zentrale Europäische Registerplattform, soweit die Übermittlung für die Eröffnung eines Zugangs zu den Originaldaten über den Suchdienst auf der Internetseite des Europäischen Justizportals erforderlich ist. Der Beginn der Datenübermittlung soll noch in der Handelsregisterverordnung festgelegt werden.

Wie bereits im letzten Jahresrückblick berichtet, wurde inzwischen durch eine europäische Durchführungsverordnung zur Festlegung technischer Spezifikationen und Verfahren für das System der Registervernetzung⁴⁴ geregelt, dass für die Verknüpfung der Register das *Business Register Interconnection System* „BRIS“ geschaffen wird. **Es ist am 1.8.2017 im europäischen Justizportal aktiviert worden, d. h. online verfügbar.**⁴⁵ Über eine Online-Plattform kann man nach Informationen aus nationalen Unternehmensregistern suchen und auf die entsprechenden Daten zugreifen. Verknüpft sind derzeit die Register von 20 EU-Mitgliedsländern (Belgien, Dänemark, Deutschland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Lettland, Litauen, Malta, die Niederlande, Polen, Schweden, die Slowakei, Slowenien, Spanien, Ungarn, das Vereinigte Königreich und Zypern) und Norwegen als Mitglied des Europäischen Wirtschaftsraums. Die weiteren Mitgliedstaaten sowie Island und Liechtenstein werden zu einem späteren Zeitpunkt in die Registerverknüpfung einbezogen.

Entsprechend den Vorgaben der Durchführungsverordnung können bei der Suche nach Gesellschaften nicht nur ein, sondern auch mehrere oder alle Mitgliedstaaten ausgewählt werden. **Als harmonisierte Suchkriterien werden auf der Online-Plattform nur die Firma der Gesellschaft und die Registernummer im inländischen Handelsregister angeboten.** Die geplante Implementierung weiterer Suchkriterien ist bisher nicht erfolgt.

Testweise habe ich den aktuellen Registerauszug der den Gegenstand eines aktuellen Vorabentscheidungsverfahrens vor dem EuGH⁴⁶ bildenden „POLBUD – WYKONAWSTWO“ sp. z o.o, einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung polnischen Rechts, abgerufen. Dies war kostenfrei möglich und funktionierte problemlos. Weniger erfolgreich verlief der Versuch, andere Dokumente wie den Gesellschaftsvertrag der Polbud sp. z o.o oder den

³⁶ Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks 18/10607, S. 101, 109.

³⁷ Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks 18/10607, S. 101, 106.

³⁸ Damm, *notar* 2017, 323, 324.

³⁹ Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks 18/10607, S. 101, 104.

⁴⁰ Stellungnahme des Bundesrats, BT-Drucks 18/10607, S. 101, 111.

⁴¹ Damm, *notar* 2017, 323, 325.

⁴² Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks 18/11636, S. 14.

⁴³ BGBl I 2014, 2409.

⁴⁴ DV (EU) 2015/884 v. 8.6.2015, Abl. L 144 vom 10.6.2015, S. 1–9.

⁴⁵ Die Suchmaske ist über folgenden Link abrufbar: https://e-justice.europa.eu/content_find_a_company-489-de.do?init=true.

⁴⁶ EuGH, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16; *Heckschen/Strnad*, *notar* 2017, 390, 391.

Handelsregisterauszug einer deutschen Gesellschaft abzurufen. In diesen Fällen erscheint nur der kurze Hinweis, dass der **Kauf von Registerdokumenten über das europäische Justizportal nicht unterstützt wird**.

Das bedeutet, dass kostenpflichtige Abrufe von Registerauszügen und Dokumenten auf dem E-Justiz-Portal der Kommission nicht möglich sind. Dies überrascht, schreibt doch die europäische Durchführungsverordnung im Detail vor, dass Registerauszüge und andere im nationalen Register hinterlegte Dokumente online per Kreditkarte, Banküberweisung und PayPal & Co. bezahlt werden können. Hier stellt sich die EU-Kommission selbst ein Armutszeugnis aus, bleibt doch die Realität weit hinter selbst gesteckten Zielen zurück. **Solange sich an diesem Zustand nichts ändert, wird dem europäischen Registerportal praktisch keinerlei Bedeutung zukommen.**

III. Referentenentwurf für eine Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste

Mit dem *Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen*⁴⁷ wurde das bisherige Geldwäschegesetz (GwG) vollständig durch eine Neuregelung ersetzt. Dabei sieht § 18 GwG nun die Errichtung eines Transparenzregisters vor, durch das Angaben zu wirtschaftlich Berechtigten (§ 19 GwG) von Vereinigungen und sonstigen Rechtsgestaltungen (§§ 20 und 21 GwG) nach der Maßgabe des § 23 GwG zugänglich gemacht werden sollen. Dieses Register vermittelt unter anderem den Zugang zu Daten betreffend den wirtschaftlich Berechtigten, die bereits in anderen Registern vorhanden sind. Um diese Daten, soweit sie die GmbH betreffen, für den Nutzer noch besser aufzubereiten und es ihm damit zu erleichtern, „gewichtige“ Beteiligungen zu ermitteln, wurden auch die **inhaltlichen Vorgaben für die Erstellung von GmbH-Gesellschafterlisten** erweitert.⁴⁸ Zugleich sieht § 40 Abs. 4 GmbHG nunmehr eine Ermächtigung des Bundesjustizministeriums zum Erlass einer Rechtsverordnung über die nähere Ausgestaltung der Gesellschafterliste vor. Bei Redaktionsschluss lag ein Referentenentwurf für diese Verordnung vom 8.9.2017 vor.⁴⁹

Die **Verordnung verfolgt das Ziel, die GmbH-Gesellschafterlisten** in inhaltlicher und struktureller Hinsicht **zu vereinheitlichen**. Zwar hat sich in vielen Fragen zu Struktur und Aufbau der Liste inzwischen eine gefestigte Praxis herauskristallisiert. Dennoch sind viele Fragen weiterhin streitig. Das OLG München⁵⁰ hatte sich z. B. schon mit der Frage zu beschäftigen, ob sich aus einer systematisch-teleologischen Auslegung der Schluss ergebe, dass es der Angabe des Prozentsatzes pro Anteil nicht bedürfe, sofern das Stammkapital der Gesellschaft in Geschäftsanteile zu je 1,00 € eingeteilt sei. Es trifft zwar zu, dass ein solcher Prozentsatz keinen nennenswerten Erkenntniswert für das Transparenzregister bringen kann, dennoch entschied das OLG München zu Recht unter Berufung auf den Gesetzeswortlaut und die -begründung gegen die Auffassung des Notars, dass es in diesen Fällen einer Prozentangabe nicht bedürfe. Weiter klärungsbedürftig ist die Frage der **Gliederungskontinuität**, d. h., wie im Detail die laufenden Nummern den einzelnen Gesellschaftsanteilen zugeordnet werden dürfen. Dies wird vor allem bei Teilungen von Anteilen, ihrer Übertragung oder nach Kapitalmaßnahmen derzeit ganz verschieden gehandhabt. Streitig sind aber auch die Fragen, in welcher Weise die **Prozentangaben** in der Liste **gerundet** werden können und welche Möglichkeiten es gibt, mit einer sogenannten **Veränderungsspalte** zu arbeiten. In diesem Bereich hat sich teilweise eine heterogene Praxis etabliert. Diese Uneinheitlichkeit widerspricht aber den Zielen der einfachen Identifikation der Gesellschafter und der Sicherstellung transparenter Gesellschafterverhältnisse und droht damit die Geldwäschebekämpfung zu erschweren.

Der *notar* wird über den Fortgang des Verfahrens berichten.



Dr. Thomas Kilian

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

⁴⁷ BGBl I 2017, 1822.

⁴⁸ Ausführlich dazu *Wegener, notar* 2017, 299.

⁴⁹ Abrufbar unter <http://www.gmbhr.de/49801.htm>, siehe die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins, abrufbar unter: <http://www.dnotv.de/stellungnahmen/verordnung-ueber-die-ausgestaltung-der-gesellschafterliste/>.

⁵⁰ Beschl. v. 12.11.2017 – 31 Wx 299/17, juris.



rechtsprechung

BGH

Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages

Zu den objektiven und subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit eines Ehevertrags aufgrund einer Gesamtschau der zu den Scheidungsfolgen getroffenen Regelungen im Fall der sog. Unternehmerehe (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 29. 1. 2014 – XII ZB 303/13 – FamRZ 2014, 629 und Senatsurteil vom 31.10. 2012 – XII ZR 129/10 – FamRZ 2013, 195). (...) (amtlicher Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 15.3.2017 – XII ZB 109/16

BGB §§ 138 Abs. 1, 1408; FamFG § 117 Abs. 1 S. 1

Entscheidung:

Im März 1993 gingen die Beteiligten die Ehe ein. Am 3.12.1995 wurde die gemeinsame Tochter geboren. Der Ehemann war im Unternehmen seiner Mutter angestellt, die Ehefrau, die bis zur Eheschließung in ihrem erlernten Beruf als Bürokauffrau gearbeitet hatte, wechselte mit Heirat in das Unternehmen der Mutter des Ehemannes.

In diesem Unternehmen erfolgte eine Umstrukturierung, es wurde von einem Einzelunternehmen in eine GmbH & Co. KG umgewandelt. 12 % der Geschäftsanteile der KG sollten auf den Ehemann übertragen werden. Nach Angaben des Ehemannes machte seine Mutter die Übertragung der Geschäftsanteile vom Abschluss eines Ehevertrags abhängig.

Am 28.12.1995 schlossen die Eheleute einen notariellen „Ehevertrag und Erbverzicht“, in dem sie den Zugewinnausgleich und den Versorgungsausgleich ausschlossen. Weiter verzichteten die Eheleute wechselseitig auf nachehelichen Unterhalt, ausgenommen den sog. Betreuungsunterhalt, der längstens bis zur Volljährigkeit des jüngsten Kindes befristet und auf monatlich 3.000,00 DM gedeckelt wurde, u. a. mit den Worten:

Ausgenommen hiervon ist der Fall, dass ein Ehegatte nach den gesetzlichen Vorschriften ... Unterhalt wegen der Betreuung eines Kindes verlangen könnte. Mit dem Abschluss der Kinderbetreuung tritt der Verzicht wieder in Kraft. Im Anschluss an die Kindesbetreuung kann der Unterhalt aus anderen gesetzlichen Gründen nicht verlangt werden.

Weiter wurde ein Erb- und Pflichtteilsverzicht vereinbart.

Die Ehefrau arbeitete im Unternehmen zunächst bis 1995 sowie von 1998 bis 2008 überwiegend in Teilzeit als Sekretärin. Nach der Geburt des Kindes und im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses war sie nicht berufstätig.

2008 übertrug die Mutter des Ehemannes ihrem Sohn weitere 33 % der Geschäftsanteile sowie 45 % seiner Schwester.

Erstmals 1997 wurde bei der Ehefrau Multiple Sklerose diagnostiziert. Infolgedessen wurde sie 100 % schwerbehindert und letztlich in Pflegestufe II eingestuft. Sie bezieht seit 2008 eine Erwerbsminderungsrente von 777,00 €.

2011 trennten sich die Eheleute, der Scheidungsantrag erfolgte 2012.

Die Ehefrau begehrte unter Berufung auf die Unwirksamkeit des Ehevertrages Ehegattenunterhalt wegen Krankheit sowie Durchführung des Versorgungsausgleichs.

Das AG lehnte beides ab.

Das OLG führte auf die Beschwerde der Ehefrau hin den Versorgungsausgleich durch und verpflichtete den Ehemann zu gestuften Unterhaltszahlungen. Aus der Begründung des OLG zitiert der BGH wie folgt:

Neben der für sich genommen nicht ausreichenden objektiven Benachteiligung liege im Sinne der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch eine subjektive Imparität infolge der Ausnutzung der sozialen und wirtschaftlichen Abhängigkeit der Ehefrau vor. Diese sei in die Verhandlungen, die dem Abschluss der Verträge vorausgingen, nicht mit eingebunden gewesen. Diese hätten der Ehemann und seine Verwandten unter sich geführt, ohne die Ehefrau hierin einzubeziehen. Sie habe keinen Einfluss auf die Vertragsgestaltung gehabt und ihr sei vor dem Abschluss des Ehevertrages kein Vertragsentwurf zur Durchsicht und Prüfung zugeleitet worden. Zum Notartermin sei sie mitgenommen worden mit der Begründung, sie müsse mit. Im Termin sei der Vertrag vorgelesen worden. Sie habe diesen unterschrieben, ohne

den Vertrag zum Durchlesen in der Hand gehabt zu haben. Die Ehefrau sei gegenüber dem Ehemann in einer unterlegenen Verhandlungsposition gewesen, sie sei in einer lediglich passiven Rolle gewesen. Diese Konstellation habe letztlich auf der wirtschaftlichen und sozialen Überlegenheit des Ehemanns beruht, die dieser bei Vertragsschluss ausgenutzt habe. Beim Notartermin sei das noch nicht einen Monat alte Kind dabei gewesen. Die Ehefrau habe befürchtet, dass das Kind schreien würde, und habe den Beurkundungstermin möglichst schnell hinter sich bringen wollen.

Vom BGH verlangt der Ehemann die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses. Der BGH aber bestätigt die Entscheidung des OLG und erachtet den Ehevertrag für unwirksam.

Anmerkung:

Wieder einmal ein Ehevertrag, der mit seiner Gesamtwirkung über das eigentlich notwendige Ziel hinausschießt, deshalb unwirksam ist und am Ende dem Verzichtsempfänger nichts mehr von dem bietet, was er sich erhofft hat. Das Urteil hat in mehrfacher Hinsicht erzieherische Wirkung. Und es beunruhigt etwas!

Zunächst vermittelt es uns Vertragsgestaltern eine gewisse Entspannung, wenn der BGH ausdrücklich feststellt:

Der Ausschluss der einzelnen Scheidungsfolgen vermag (...) jeweils für sich genommen (...) den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu begründen.

Im konkreten Fall ging die Problematik weniger vom Versorgungsausgleich aus, da die Ehefrau im Zeitpunkt des Vertragsschlusses über höhere Versorgungsansparungen in der gesetzlichen Rentenversicherung verfügte als der Ehemann.

In der Einzelbetrachtung bestätigt der BGH auch den Unterhaltsverzicht (Rn 30 ff. der Entscheidung), weil er weder die Kindesinteressen beeinträchtigt noch bei Vertragsschluss absehbar war, wann und warum ein Ehegatte wegen Alters oder Krankheit unterhaltsbedürftig werden könnte. Die Erkrankung wurde erst 1997 festgestellt, der Ehevertrag datiert vom 28.12.1995. Insoweit ist also noch einmal bestätigt, dass es auf den Zeitpunkt der Vereinbarung ankommt und das Risiko einer Verschlechterung der wirtschaftlichen Situation etwa durch Erkrankung vom Verzichtenden selbst getragen werden kann. Damit lässt sich feststellen: Der maßgeschneiderte, jedenfalls der nicht über das Ziel hinausschießende, Unterhaltsverzicht auch des kinderbetreuenden Ehegatten ist gerichtsfest möglich. Stellt sich später heraus, dass die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verzichtenden sich unverschuldet verschlechtern, macht dies den Verzicht für sich gesehen nicht unwirksam und die Berufung auf diesen Verzicht nicht unrechtmäßig. Es gibt keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen, wie der BGH erneut ausdrücklich bestätigt. Allerdings kann die Gesamtschau dieses Einzelergebnis noch „überholen“ und den Vertrag insgesamt zu Fall bringen.

Isoliert betrachtet erachtet der BGH auch den Verzicht auf den Zugewinnausgleich für wirksam. Für mich etwas überraschend wird mit keinem Wort erwähnt, dass der Verzicht, was die sittliche Berechtigung dieses Interesses angeht, eigentlich etwas über das Ziel hinausschießt, denn zur Berücksichtigung der Interessen des Ehemannes auf Sicherung seiner Unternehmensbeteiligung hätte auch der partielle Verzicht auf Ausgleich

für die Unternehmensbeteiligung oder die Vermögensgegenstände i. S. d. § 1374 BGB ausgereicht. Stattdessen wurde der Zugewinn umfassend ausgeschlossen.

Für mich alarmierend liest man allerdings in Rn 41 den Satz:

Im Unterschied zu einem vor Eheschließung abgeschlossenen Ehevertrag verzichtete die Ehefrau im vorliegenden Fall auf in der bestehenden Ehe bereits erlangte Rechtspositionen, ohne dass ihr hierfür von Seiten des Ehemanns eine Kompensation geleistet wurde.

Ich will, obwohl dieser Ansatz auch in anderen Entscheidungen anklingt,¹ nicht glauben, dass der BGH **nach** Eheschließung eingegangene Eheverträge strenger behandeln will, als die **vor** Ehebeginn geschlossenen Verträge. Der erst **nach** Eheschließung geschlossene Verzichtsvertrag spricht doch in der Regel für die bessere Vertrauensgrundlage der Eheleute. Es kann nicht damit gedroht werden: „Ohne Vertrag keine Ehe!“ Der Verzicht in bestehender Ehe ist eher freiwillig, als der davor.² Manch ein Ehevertrag ist wohl auch erst nach Eheschließung geschlossen worden, weil der Berater dies empfohlen hat, um den Vertrag von dem Makel einer alternativlosen Paketlösung von Ehe und Verzicht zu befreien. Oder soll etwa, so lässt der BGH vermuten, die Eheschließung bereits einen Anspruch auf Teilhabe am Zugewinn des Ehegatten vermitteln, der kompensationslos nicht verzichtbar ist?³ Muss man nun in der Praxis gleich den Ehegatten kritisch beäugen, der in bestehender Ehe auf Zugewinnausgleich ohne Gegenleistung verzichtet? Wo bleibt da die Privatautonomie? In der Praxis zeigt sich, dass gerade in der Unternehmerehe der Nicht-Unternehmer oft den Wunsch des Unternehmers nach Freistellung seines Unternehmens vom Zugewinnausgleich respektiert, ob der Vertrag nun vor oder in der Ehe geschlossen wird. Dasselbe gilt für Freiberufler. Es geht eben bei der Freistellung des Unternehmens vom Zugewinn nicht unbedingt um persönliche Bereicherung oder einseitige Benachteiligung, sondern um Unternehmenskontinuität, Schutz von Arbeitsplätzen und Liquidität etc. Oft ist es auch der Respekt vor der Tradition des (Familien-)Unternehmens, für das sich unter Umständen bereits Generationen zuvor opferbereit eingesetzt haben; zuweilen ist es gar die Achtung vor der Leistung oder den besonderen Fähigkeiten des Partners, die den anderen Ehegatten verzichten lässt, ohne dass er überhaupt auf die Idee kommt, dafür eine Kompensation zu verlangen. Im konkreten Fall ist vor allem irritierend, dass bis zum Ehevertragsabschluss noch keine Unternehmensteile übertragen waren, sich die Frage der Kompensation demnach nur auf den Zeitraum von der Eheschließung im März 1993 bis zum Vertragsabschluss Ende 1995 und eigentlich nur auf den unternehmensfremden Vermögensbereich der Ehegatten beziehen konnte. Oder will der BGH noch weiter gehen und auch den nach Vertragsschluss eintretenden zukünftigen Zugewinn einem Teilhabeanspruch unterstellen oder wenigstens für kompensationspflichtig erachten? Hätte die Mutter ihrem Sohn das Unternehmen nicht übertragen, wären die ehelichen Lebensverhältnisse sicher nicht verbessert worden. Die Übertragung selbst hätte man unter Umständen auch so konzipieren können, dass die Mutter sich ein Rückübertragungsrecht für den Fall der Scheidung der Ehe ihres Sohnes hätte

¹ BGH, 29.1.2014 – XII ZB 303/13 Rn 32 = DNotZ 2014, 361, 366.

² Vgl. Bergschneider, Verträge in Familiensachen, Rn 145; von Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn 892.

³ Befürwortend scheinbar Born, NJW 2017, 1883, 1887; zur Diskussion um Teilhabegerechtigkeit in der Ehe Münch, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, Rn 960 ff. m. w. N.

vorbehalten können. Vertragsfreiheit muss doch auch heißen, dass man für sich nachteilige Regelungen treffen kann.⁴

Aber zur Beruhigung und bevor man die Felle der Privatautonomie in bestehender Ehe dahinschwimmen sieht, muss man sich in Erinnerung rufen, dass der BGH in isolierter Betrachtung den Verzicht auf den Ausgleich des Zugewinns nicht als sittenwidrig angesehen hat. Die meines Erachtens kritisch zu sehende Begründung in Rn 41 fällt erst im Rahmen der Gesamtwürdigung und Feststellung der einseitigen Benachteiligung der Ehefrau: Der Ehevertrag verlangte dem Ehemann nichts ab. Der befristet und in der Höhe gedeckelt vereinbarte Ehegattenunterhalt bleibt hinter dem zurück, was das Gesetz der Ehefrau bieten würde. Insoweit ist es, wenn man alle Verzichte und deren Wirkungen zusammennimmt, ein einseitig sich zu Lasten der Ehefrau auswirkender Ehevertrag. Aber selbst die in der Gesamtschau festzustellende einseitige Benachteiligung des die Kinderbetreuung und Haushaltsführung übernehmenden Ehegatten macht laut BGH allein den Vertrag nicht sittenwidrig; es muss die subjektive Komponente der Imparität hinzutreten.

Es bleibt also festzuhalten: Hier war nicht der Inhalt des Ehevertrages als solcher sittenwidrig. Nicht das allgemeine Lebensrisiko, das sich durch einen Verzicht im Nachhinein schicksalhaft einseitig nachteilig auswirkt, noch nicht einmal die im Zusammenwirken der Verzichte einseitige Lastenverteilung auf die Schultern des Kindes- und haushaltsbetreuenden Ehegatten machen diesen Vertrag unwirksam. Erst der Weg zum Ehevertrag, die Art und Weise wie er zustande kam, macht ihn sittenwidrig! Erst die mit Unausgewogenheit gepaarte Imparität versetzt dem Vertrag den Todesstoß.⁵

Der zur Begründung der Imparität geschilderte Sachverhalt hält uns die Lebens- und unsere Beratungswirklichkeit vor Augen:

Wer von uns erlebt es nicht, dass Beteiligte die Entwürfe nicht lesen, die man ihnen zugeschickt hat, dass Besprechungstermine nicht von beiden Seiten oder nur zögerlich und mit Unverständnis wahrgenommen werden? Wer kennt sie nicht, die von Interessenvertretern einer Seite⁶ vorentworfenen Verträge, für die der notarielle Segen erwartet wird, und zwar kurzfristig? Fordert man eine Seite auf, sich anwaltliche und damit nur ihrer Interessenwahrnehmung verpflichtete Rechtsberatung einzuholen, fängt man sich eine Ablehnung meist mit dem Hinweis auf die Kosten ein. Wer kennt nicht den Blick Beteiligter, die wie Lämmer vor der Schlachtbank auf Nachfrage höchstens zu sagen wissen: „... hab' ich nicht darüber nachgedacht ...“, „... wenn mein Partner das so will ...“, „ich dachte, das sei Standard, meine Unterschrift nur Formsache!“, „Meine Schwiegereltern wollen das so ...“, „Ich versteh das alles nicht ...“! Wenn unsere Rechtsordnung dieses Verhalten schützt, kommt dann der Ignorante in dieser nicht besser weg als der Engagierte? Und wer von uns machte sich nicht zum Kinderfeind, wenn er darauf hinweist, dass die Komplexität der Beurkundungsverhandlung die Anwesenheit von Kleinkindern eigentlich nicht zulässt?

Man muss sich an dieser Stelle an die gesetzlichen Aufgaben des Notars und den Sinn der Beurkundungspflicht erinnern. Ziel der unparteilichen Vertragsgestaltung kann es nicht sein, die Grenzen des Verzichtbaren auszuloten, für den wirtschaftlich Stärkeren

die Belastbarkeit des Schwächeren bis zur gerade noch zulässigen Grenze auszutarieren und dann auf die Gegenwehr des Schwachen zu warten.

Wo Unausgewogenheit besteht, ist es gesetzliche Aufgabe des Notars, die Vertragsparteien miteinander auf Augenhöhe zu bringen. Privatautonomie ist nur zwischen den Rechtssubjekten gerechtfertigt, die ihre Interessen auch wahrnehmen. Der Fall macht deutlich, dass es nicht ausreicht, dem Benachteiligten die Chance zu geben, seine Rechte wahrnehmen zu können; er muss sie auch tatsächlich wahrnehmen! Dem Notar darf es nicht genügen, dass ein Beteiligter sie aus Ignoranz, Nachlässigkeit, intellektueller Überforderung oder warum auch immer nicht wahrnimmt. Hier kann der Schutz des notariellen Beurkundungsverfahrens seine Überlegenheit gegenüber der angeblich verbraucherschützenden Rechtstechnik befristeter Widerrufsrechte unter Beweis stellen. Der Unterlegene, der Benachteiligte und Unbedarfte ist der besondere Schutzbefohlene des Notars! Der Notar ist damit nicht parteiisch (zugunsten des Schwachen), sondern Garant der Parität, des Verbraucherschutzes und rechtfertigt damit letztlich Privatautonomie.

PRAXISTIPP

„Weniger ist mehr!“:

Für jeden Ehevertrag gilt: „Weniger ist mehr!“ Sogenannte Totalverzichte stehen bereits unter dem Anfangsverdacht, über das Ziel hinauszuschießen. Dieser Überschuss bringt einen Gesamtvertrag zu Fall, den man in Teilen rechtswirksam hätte vereinbaren können. Deshalb sollten sich die Beteiligten möglichst auf das wesentliche Vertragsziel konzentrieren. Mit jedem weiter hinzutretenden Verzichtselement ist zu überprüfen, inwieweit es den Verzichtenden „überlastet“ und damit den Vertrag in die Gefahr der Gesamtwirksamkeit bringt. Insbesondere ehebedingte Versorgungs Nachteile des Kindes- und haushaltsbetreuenden Ehegatten sollten vermieden und ihm die Opferrolle mit entsprechenden Kompensationsleistungen erspart werden.

Besonders bei erheblichen Einkommens- und Vermögensunterschieden sollte bei der Ehevertragsanbahnung sorgfältig darauf geachtet werden, dass der Schwächere nicht aus unterlegener Verhandlungsposition heraus verzichtet. In Vorbereitung des Ehevertrages und in der Beurkundungsverhandlung sollte nicht nur jedes mögliche Defizit in Gestaltung, Belehrung und konkreter Beurkundungssituation vermieden, das Beurkundungsverfahren sollte zum Ausgleich der Schwäche optimiert werden. Jede Ablenkung, und sei es die eines anwesenden Kindes, sollte unterbleiben, damit nicht unnötig Angriffspunkte geschaffen werden.

Wird der Ehevertrag in bestehender Ehe geschlossen, sollte man prüfen, ob es nötig ist, dass kompensationslos verzichtet wird. Weil der BGH scheinbar den in bestehender Ehe geschlossenen Verzichtvertrag kritischer sieht, muss wohl doch der Rat erteilt werden, den Vertrag vorsorglich vor Ehebeginn zu schließen. Und zwar rechtzeitig vor Ehebeginn, nicht kurz davor!

Das Ehevertragsthema ist eines der sensibelsten der notariellen Berufsausübung. In ihm haben sich die notariellen Berufspflichten zu beweisen. Wir sollten mit der fast überobligatorischen Aufgabe⁷ nicht hadern, sondern sie als Daseinsrechtfertigung unseres Amtes begreifen. Im Familienrecht haben wir mehr und mehr die Aufgabe, Verpflichteter ausgewogener Verhältnisse zu sein. Der Notar ist hier Rechts-Coach des Schwachen und Unbedarften, Personaltrainer für Privatautonomie.

⁴ Vgl. *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 4. Aufl. 2015, Rn 914 m. w. N.

⁵ Zur sog. subjektiven Imparität *Münch*, NZFam 2015, 243, 244 f.

⁶ In die Richtung rückt den sog. Hausnotar *Graba*, NZFam 2017, 413, 414.

⁷ Der Notar hat sicher die richterliche Inhaltskontrolle vorwegzunehmen, aber solange die Meinungen der „Kontrolleure“ schwer voraussehbar sind und dem Vertragsschluss meist noch ein gutes Stück Leben nachfolgt, ist das wahrlich ein Drahtseilakt.

Aber wie holt man den Passiven aus seiner Rolle heraus? Was hätte man im konkreten Fall tun können? Man hätte das Kind aus der Verhandlung heraushalten können, man hätte der Ehefrau mehr Möglichkeiten geben müssen, sich mit dem Urkundstext und seiner Anbahnung auseinanderzusetzen. Man hätte ihr empfehlen können, sich anwaltlich beraten zu lassen. Hätte sie dann den Vertrag nicht geschlossen? Der vernünftigste Rat wäre gewesen, den Unterhaltsverzicht auszulassen und die Versorgungsnachteile der Ehefrau, die sie durch Haushaltsführung und Kinderbetreuung gegenüber eigener Berufstätigkeit hat, durch Kompensation auszuschließen.

Dann wäre weniger mehr gewesen, für beide Seiten.

Michael Uerlings, Bonn

OLG Hamm

Makler als Auftraggeber des Notars II

Zur Frage, ob ein Kaufinteressent einen von ihm eingeschalteten Makler dazu bevollmächtigt hat, einem Notar einen kostenpflichtigen Auftrag für einen notariellen Vertragsentwurf zu erteilen. Für einen nicht mit Grundstücks- und Notargeschäften vertrauten Kaufinteressenten ist es nicht ohne weiteres offenkundig, dass ein vom Makler angeforderter Kaufvertragsentwurf für ihn auch dann kostenpflichtig ist, wenn der Kaufvertrag später nicht abgeschlossen wird. Es kann dem Makler obliegen, hier für die nötige Klarheit beim Kaufinteressenten zu sorgen, und dem Notar, einen mit ihm zusammen arbeitenden Makler über diese Zusammenhänge zu unterrichten. (amtlicher Leitsatz)

OLG Hamm, Beschl. v. 29.6.2016 – 15 W 367/15
GNotKG § 29 Nr. 1; BGB §§ 133, 157, 164, 167

Entscheidung:

Der Beschluss des OLG Hamm hat die Frage zum Gegenstand, wer Schuldner der Notarkosten ist, wenn ein Makler beim Notar die Anfertigung eines Vertragsentwurfs in Auftrag gibt. Zugrunde lag folgender Sachverhalt: Ein Makler bot einem Interessenten eine Immobilie zum Kauf an. Der Makler bat den Notar telefonisch um Erstellung eines Vertragsentwurfs. Unklar ist, ob zwischen dem Kaufinteressenten und dem Eigentümer des Objekts eine Einigung über den abzuschließenden Kaufvertrag zustande gekommen war. Der Kaufinteressent war damit einverstanden, dass der Makler einen Notar mit der Anfertigung eines Vertragsentwurfs beauftragte, hatte ihm jedoch keinen mit einer allgemeinen Handlungsvollmacht gegenüber dem Notar verbundenen Makleralleinauftrag erteilt. Nach dem Erhalt des Vertragsentwurfs äußerte der Kaufinteressent gegenüber dem Makler Änderungswünsche, die dieser dem Notar übermittelte. Zu einer Beurkundung des entworfenen Vertrags kam es nicht. Der Notar verlangte von dem Kaufinteressenten die Bezahlung der für die Entwurfserstellung angefallenen Gebühren. Hierzu führte er aus, der Kaufinteressent habe den Entwurf über den Makler bei ihm angefordert. Eine entsprechende Vollmacht an den Makler habe der Kaufinteressent zumindest konkludent erteilt.

Anmerkung:

Nach der Entscheidung des OLG Hamm haftet der Kaufinteressent für diese Kosten nicht, wenn er den Makler nicht zur Auftragserteilung bevollmächtigt hat und die Auftragserteilung in seinem Namen auch nicht nachträglich genehmigt. Das bloße

Einverständnis eines Beteiligten damit, dass der Makler den von ihm vorgeschlagenen Notar mit der Anfertigung eines Entwurfs beauftragt, könne keine konkludente Vollmacht begründen. Ein nicht mit Grundstücks- und Notargeschäften vertrauter Kaufinteressent müsse nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass ein vom Makler angeforderter Kaufvertrag für ihn kostenpflichtig ist. Vielmehr könne er regelmäßig davon ausgehen, dass für ihn die Tätigkeit des Maklers kostenfrei bleibt, solange es nicht zum Vertragsschluss kommt. In der Mitteilung von Änderungswünschen gegenüber dem Makler könne keine nachträgliche Genehmigung des Entwurfsauftrags liegen, weil dem Kaufinteressenten auch hierbei in der Regel das Bewusstsein fehle, damit eine Kostenhaftung gegenüber dem Notar einzugehen. Dem ist im Ergebnis nicht zuzustimmen.

Kommt es nicht zum Abschluss eines Kaufvertrags, kommt es häufig darüber zum Streit, wer die Kosten für die vom Makler beantragte Entwurfserstellung zu tragen hat.

Der Makler selbst wird nur in den seltensten Fällen Kostenschuldner sein. Regelmäßig beauftragt er zwar den Notar mit der Entwurfserstellung, tut dies jedoch meistens nicht im eigenen Namen. Auch wenn sich aus der Bitte um einen Entwurf die Person des Auftraggebers nicht ausdrücklich ergibt, muss der Notar im Regelfall davon ausgehen, dass ein Makler die Entwurfserstellung nicht im eigenen Namen veranlassen möchte. Da seine Aufgabe lediglich in der Vermittlung des Vertrags besteht, will er nicht für die Notarkosten haften, was für den Notar auch ersichtlich sein wird.¹ Der Makler handelt aus Empfängersicht im Zweifel nur im Namen seiner Auftraggeber.² Allein sein wirtschaftliches Interesse am Zustandekommen des beabsichtigten Vertrags kann keine Auftragserteilung im eigenen Namen mit der Folge der Kostenschuld nach § 29 Nr. 1 GNotKG begründen.³

Erteilt der Makler also den Entwurfsauftrag im Namen eines Beteiligten (Käufer oder Verkäufer), kommt es darauf an, ob er hierzu von dem Beteiligten bevollmächtigt wurde. Der Auftrag im Sinne des § 4 GNotKG begründet zwar ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen Auftraggeber und Notar, jedoch gelten für die Beauftragung die Vorschriften des BGB über die Stellvertretung entsprechend.⁴ Der Beteiligte ist Kostenschuldner gemäß § 29 Nr. 1 GNotKG, wenn ihm der Auftrag des Maklers zuzurechnen ist. Teilweise enthalten die von den Maklern verwendeten Auftragsformulare oder Reservierungsvereinbarungen ausdrücklich die Vollmacht zur Erteilung von Beurkundungsaufträgen an Notare. Unterzeichnet ein Beteiligter ein solches Formular, ist die Vertretungsmacht des Maklers eindeutig gegeben. Die entsprechende Vollmacht kann jedoch auch mündlich oder konkludent erteilt werden. Der bloße Auftrag an den Makler zur Vermittlung eines Kaufvertrags allein reicht hierfür jedoch nicht aus. Zutreffend hat das OLG Hamm festgestellt, dass ein mit Grundstücks- und Notargeschäften nicht vertrauter Beteiligter die Anforderung eines Vertragsentwurfs als für ihn kostenneutrale Leistung des Maklers ansehen könne. Er darf grundsätzlich darauf vertrauen, dass die Beauftragung des Maklers für ihn kostenfrei bleibt, solange es nicht zum Abschluss des Vertrags kommt. Aus diesem Grund ist nach dem maßgeblichen objektiven Empfängerhorizont auch das bloße Einverständnis des Beteiligten mit der Beauftragung des Notars durch den Makler

¹ OLG Frankfurt RNotZ 2013, 563.

² OLG München MittBayNot 2015, 72.

³ OLG Dresden BeckRS 2003, 17815; LG Freiburg NJOZ 2016, 988, 989.

⁴ Bormann/Diehn/Sommerfeld/Neie, Gesetz über die Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 29 Rn 9.

nicht als Bevollmächtigung mit der Folge der Kostenhaftung zu verstehen.

Erteilt der Makler den Beurkundungsauftrag im Namen der Beteiligten, ohne von ihnen hierzu bevollmächtigt zu sein, haften diese für Notargebühren nur, wenn sie den vollmachtlos erteilten Auftrag nachträglich genehmigen. Eine konkludente Genehmigung des Entwurfsauftrags liegt vor, wenn sich ein Beteiligter den Entwurf zu eigen macht, etwa indem er ihn an die andere Vertragspartei weiterleitet oder den Notar um Übersendung an die andere Partei bittet.⁵ Für die Kosten haftet auch ein Beteiligter, der außerhalb des Anwendungsbereichs des § 17 Abs. 2a BeurkG einen zunächst vom Makler in Auftrag gegebenen Entwurf entgegennimmt und sodann Änderungswünsche gegenüber dem Notar erklärt, die zu einem weiteren Entwurf führen.⁶

Die Äußerung von Änderungswünschen gegenüber dem Makler ließ das OLG Hamm jedoch nicht als Genehmigung des Entwurfsauftrags bzw. Vollmacht für den Auftrag zur Erstellung eines neuen Entwurfs ausreichen. Dem ist nicht zuzustimmen. Mit der Äußerung von Änderungswünschen gibt der Beteiligte zu verstehen, dass er selbst einen – geänderten – Entwurf wünscht. Dies kann er bei verständiger Würdigung nicht mehr als für ihn kostenfreie Leistung des Maklers ansehen. Vielmehr veranlasst er selbst eine konkrete notarielle Leistung. Es erscheint nicht sinnvoll, kostenrechtlich danach zu unterscheiden, ob der Beteiligte unmittelbar beim Notar einen geänderten Entwurf in Auftrag gibt oder seinen Wunsch den Makler übermitteln lässt. Die Äußerung konkreter Änderungswünsche gegenüber dem Makler ist als Vollmacht auszulegen, beim Notar eine Änderung des Entwurfs zu veranlassen.

PRAXISTIPP

Auftragsklärung:

Erbittet ein Makler die Erstellung eines Kaufvertragsentwurfs, sollte der Notar klären, wer Auftraggeber im Sinne des § 29 Nr. 1 GNotKG ist. Lässt die Anfrage des Maklers den Auftraggeber nicht erkennen, kann es empfehlenswert sein, die Beteiligten selbst um Erteilung des Auftrags zu bitten. Zudem kann ein Hinweis an den Makler angezeigt sein, dass er sich von seinem Vertragspartner ausdrücklich zur Beauftragung eines Notars mit der Fertigung eines Vertragsentwurfs bevollmächtigen lassen sollte.

Dr. Jens Neie, Würzburg

⁵ Vgl. LG Aachen BWNotZ 2011, 84 m. Anm. B. Schmitz.

⁶ OLG München MittBayNot 2015, 72.

OLG Düsseldorf

Zur Firma der Zweigniederlassung ausländischer Unternehmen im deutschen Handelsregister

1. Der Eintragung der Verlegung der Zweigniederlassung eines niederländischen Unternehmens innerhalb Deutschlands in das Handelsregister steht nicht entgegen, dass die Zweigniederlassung identisch mit dem Unternehmen firmiert, das seinen Sitz und seine Hauptniederlassung in den Niederlanden hat.

2. Solange für die Zweigniederlassung eine eigene Firma nicht gebildet wurde, ist bei der Registereintragung ein Zusatz, der die Einordnung als Zweigniederlassung ermöglicht, – insoweit sind an ausländische Unternehmen keine strengeren Anforderungen

zu stellen als an inländische – weder wegen einer sonst fehlenden Kennzeichnungskraft noch aus dem Gesichtspunkt einer zu vermeidenden Irreführung des Rechtsverkehrs erforderlich.

(amtliche Leitsätze)

OLG Düsseldorf Beschl. v. 22.2.2017 – 3 Wx 145/16
HGB §§ 13d, 18 Abs. 1 und 2, 30 Abs. 3

Entscheidung:

Streitgegenständlich war die Verlegung des Sitzes der deutschen Zweigniederlassung einer niederländischen B.V. aus dem Bezirk des Registergerichts Frankfurt am Main nach Düsseldorf. Die Zweigniederlassung und die Hauptniederlassung führten identische Firmen. Das dortige Registergericht erließ eine Zwischenverfügung und teilte darin mit, dass sich aus der einzutragenden Firmierung zweifelsfrei ergeben muss, dass nur eine Zweigniederlassung eingetragen sei. Dies war aus Sicht des Gerichts nicht der Fall, da die bestehende Firmierung den Eindruck erwecke, im deutschen Handelsregister sei eine „B.V.“ eingetragen, was nicht zutrefte; diese sei vielmehr in den Niederlanden eingetragen. Zur Vermeidung von Verwechslungen sei es notwendig, der ausländischen Bezeichnung einen Zusatz beizufügen, der eine Einordnung als Zweigniederlassung ermögliche.

Die dagegen gerichtete Beschwerde hatte Erfolg. Das OLG prüft in seiner Entscheidung kurz einen Verstoß gegen die §§ 30 Abs. 3 (Unterscheidbarkeit von anderen Firmen am Ort) und 18 Abs. 1 HGB (ausreichende Kennzeichnungskraft der Firma) und stellt die Unbedenklichkeit unter beiden Gesichtspunkten fest. So nach wendet es sich der Prüfung der Irreführungsgefahr gemäß § 18 Abs. 2 HGB zu. Eine solche sieht das Gericht ebenfalls nicht. Zur Begründung, dass ein Zweigniederlassungszusatz nicht erforderlich sei, rekurriert es zum einen auf den Wortlaut des § 13d Abs. 2 HS 2 HGB. Diese Vorschrift bestimmt, dass, falls der Firma der Zweigniederlassung ein Zusatz beigefügt wäre, auch dieser einzutragen wäre. Wäre stets ein Zusatz einzutragen, ergäbe die konditionale Fassung dieser Vorschrift zum anderen keinen Sinn. Es erscheint schwerlich ein Fall denkbar, in dem die Übernahme der Firma der Gesellschaft mit Hauptniederlassung oder Sitz im Ausland in die Handelsregistereintragung der inländischen Zweigniederlassung nicht den Eindruck hervorrufen könnte, eingetragen sei hier die ausländische Gesellschaft als solche (und nicht lediglich deren Zweigniederlassung).

Eine weitere Begründung findet das OLG in der europarechtlich durch Art. 49 AEUV garantierten Niederlassungsfreiheit. Für inländische Gesellschaften wird ein solcher Zusatz im Grundsatz nämlich nicht gefordert. Nur falls für die Zweigniederlassung eine andere Firma als für die Hauptniederlassung gewählt wurde, muss über einen solchen Zusatz die Zugehörigkeit der Zweigniederlassung zu jener Gesellschaft zum Ausdruck gebracht werden. Es steht daher ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot im Raum. Zudem wird die europarechtlich vorgegebene Niederlassungsfreiheit maßgeblich auch dadurch verwirklicht, unter derselben Firma im gesamten europäischen Raum tätig zu sein. Dies bedeutet, dass ein ausländischer Rechtsträger grundsätzlich seine Firma unverändert und ohne Zusätze auch für im Inland eingerichtete Zweigniederlassungen verwenden darf.

Anmerkung:

Die für Zweigniederlassungen inländischer Rechtsträger geltenden Firmenbildungsregeln gelten im Grundsatz auch dann, wenn die Hauptniederlassung außerhalb Deutschlands ansässig ist oder wenn es sich um eine Scheinauslandsgesellschaft handelt. Es ist jedoch **zu beachten**, dass sich die **Zulässigkeit der Firma des ausländischen Unternehmens nach dem für dieses geltenden**

Personal- oder Gesellschaftsstatut richtet. Zunächst ist also festzustellen, dass nur die Firma der Zweigniederlassung den deutschen Rechtsvorschriften unterliegt. Bei der Errichtung einer Zweigniederlassung oder deren Sitzverlegung ist jedoch zu bedenken, dass sich das Prüfungsrecht des Registergerichts auf beide Bereiche erstreckt.¹

Zulässigkeit der ausländischen Firma: Bei der Errichtung einer Zweigniederlassung eines ausländischen Rechtsträgers **hat das Registergericht** auch die nach dem ausländischen Recht bestehenden Gründungsvoraussetzungen **zu prüfen**, denn die §§ 13d bis 13g HGB bestimmen, dass die Zweigniederlassung wie eine Hauptniederlassung zu behandeln ist. Deshalb muss die ausländische Firma gemessen am Maßstab des Heimatrechts zulässig sein. Dies gilt z. B. für den beigefügten Rechtsformzusatz. Wird z. B. einer englischen *Limited* statt der Kurzbezeichnung „Ltd.“ der für die englische *public limited company* vorgesehene Kurzformzusatz „plc“ beigefügt, kann das Registergericht die Eintragung einer Zweigniederlassung unter dieser Firma verweigern.²

Darüber hinaus **gebietet** insoweit das **Europarecht** für Rechtsträger mit Sitz in einem EU/EWR-Mitgliedstaat eine **Einschränkung des registerrechtlichen Prüfungsrechts**. Zunächst ist das aus Art. 49 AEUV herzuleitende Verbot der Doppelbelastung zu beachten. Danach ist eine Prüfung der Firma durch das deutsche Registergericht nur noch eingeschränkt möglich, wenn und soweit sie bereits durch eine Behörde des Heimatstaates geprüft wurde.³ Zum anderen schränkt Art. 30 Abs. 1 lit. d) der EU-Richtlinie 2017/1132⁴ die Prüfungsbefugnis ein. Danach ist die Firma einer Zweigniederlassung nur dann „*offenlegungspflichtig*“, wenn sie von der Firma der Hauptniederlassung abweicht. Aus dem abschließenden Charakter der Vorgaben der Zweigniederlassungsrichtlinie wird eine grundsätzliche Berechtigung zur Führung der Firma nach Heimatrecht abgeleitet.⁵

Zulässigkeit der Zweigniederlassungsfirma: Von der vorstehend erörterten Problematik ist die Frage zu unterscheiden, ob die gegebenenfalls mit der ausländischen Firma identische Firma der Zweigniederlassung registergerichtliche Bedenken hervorrufen kann. Maßstab hierfür ist das deutsche Firmenrecht, das allerdings europarechtskonform auszulegen ist, wenn sich der Sitz der Hauptniederlassung im EU- oder EWR-Ausland befindet.⁶

Die **Niederlassungsfreiheit** im Sinne des Art. 49 AEUV **gewährt** einem Unternehmen grundsätzlich das **Recht, unter derselben Firma im gesamten europäischen Raum tätig zu sein**. Noch nicht ganz geklärt ist, inwieweit sich Einschränkungen dieses Rechts rechtfertigen lassen. So geht es sicher zu weit, bei Firmenidentität des ausländischen Unternehmens mit der Zweigniederlassung stets die Beifügung eines Zusatzes zu verlangen, der erkennbar macht, dass es sich um die Firma der Zweigniederlassung eines ausländischen Unternehmens handelt (z. B. „Niederlassung Deutschland“).⁷ Ebenso unzulässig wäre es, zu verlangen, der ausländischen Gesellschaftsbezeichnung stets einen geographischen Zusatz beizufügen, um die Zweigniederlassung eindeutig einem bestimmten ausländischen Rechtsträger zuzuordnen zu können,⁸ z. B. „Sonnenstudio Smile sp. z o o. – Warschau“. Die Gegenansicht lässt sich auch nicht auf die Formulierung in den Gesetzesmaterialien zum heutigen § 13d HGB stützen,⁹ wonach der Firma der Zweigniederlassung „*in jedem Fall*“ ein Zusatz beigefügt werden müsse, der zum Ausdruck bringe, dass es sich um die Firma einer Zweigniederlassung handelt, denn diese Äußerung steht in Zusammenhang mit der Erörterung der Zulässigkeit eines unterschiedlichen Firmenkerns von Haupt- und Zweigniederlassung, was aber in Fällen wie dem vorliegenden nicht in Rede steht.

Dr. Thomas Kilian, Aichach

¹ MüKo-HGB/Krafka, § 13d Rn 18.

² Süß/Wachter, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, § 2 Rn 157; Krafka/Willer/Kühn, Rn 272 b.

³ Schmidt-Kessel/Leutner/Müther/Schmidt-Kessel, § 13d Rn 96.

⁴ Vom 14.6.2017, Abl. L 169/46, bisher: Art. 2 Abs. 1 lit. d) der europäischen Zweigniederlassungsrichtlinie.

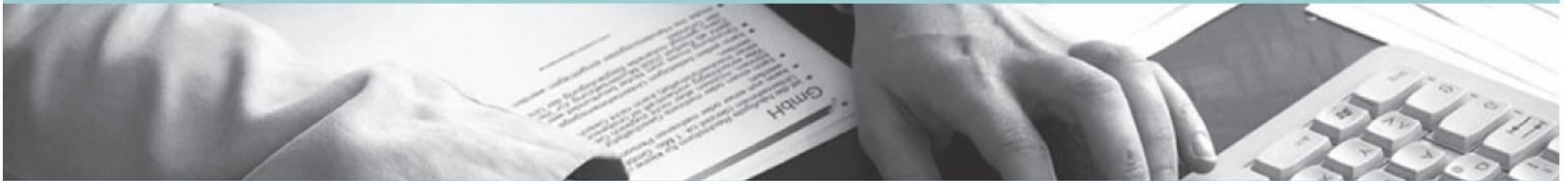
⁵ Schmidt-Kessel/Leutner/Müther/Schmidt-Kessel, § 13d Rn 95; Baumbach/Hopt, § 17 Rn 49; Krafka/Willer/Kühn, Rn 272.

⁶ MüKo-HGB/Krafka, § 13d Rn 20; Staub/Koch, § 13d Rn 25.

⁷ MüKo-HGB/Krafka, § 13d Rn 20; Koller u. a./Roth, HGB, 8. Aufl. 2015, § 13d Rn 7; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn-Pentz, HGB, 3. Aufl. 2014, § 13d Rn 21; Staub/Koch, HGB, 5. Aufl. 2009, § 13d Rn 24 f; Wachter, BB 2005, 1289/1290 f.; Mödl, RNotZ 2008, 1/9; a. A. MüKo-BGB/Kindler, 6. Aufl. 2015, IntGesR Rn 252.

⁸ So aber Krafka/Willer/Kühn, Rn 272.

⁹ BT-Drucks 12/3908, 15.



Volker Heinze

Notariatsverwaltung und Aktenverwahrung

Kostenrechtliche Fragen rund um die Amtsnachfolge

Im Nur-Notariat ist jeder Notar zumindest im Zusammenhang mit seinem Amtsende mit Fragen dazu konfrontiert, ob und in welchem Umfang ihm noch Kosten für unerledigte Vorgänge zustehen. Die gleichen Fragen stellen sich einem Aktenverwahrer und einem Notariatsverwalter in Bezug auf unerledigt übernommene Geschäfte. Der Beitrag systematisiert die Fragen und ordnet sie berufs- und kostenrechtlich ein.

I. Allgemeines

Endet das Amt eines hauptberuflichen Notars oder eines Notariatsverwalters, werden kostenrechtlich mehrere Fragen aufgeworfen, die nachstehend beantwortet werden sollen:

- Wem stehen die Kostenforderungen für Geschäfte oder Handlungen zu, die der Amtsvorgänger nicht mehr beenden konnte?
- Muss der Amtsnachfolger Zahlungen des Kostenschuldners an den Amtsvorgänger gegen sich gelten lassen?
- Muss der Amtsvorgänger von ihm eingekommene Gebühren dem Amtsnachfolger erstatten, wenn dieser ein vom Amtsvorgänger begonnenes Geschäft beendet?
- Kann der Amtsvorgänger vom Amtsnachfolger eine Vergütung für Entwürfe verlangen, die er dem Amtsnachfolger hinterlässt?
- Wer stellt die Kostenberechnung nach § 19 GNotKG auf, wenn der Amtsvorgänger dies nicht mehr selbst erledigt hat?
- Wer versieht die Kostenberechnung für Vollstreckungszwecke mit der Vollstreckungsklausel?
- Wer treibt die Kostenforderungen eines ausgeschiedenen Notars bzw. eines Notariatsverwalters nach dessen Amtsende zwangsweise bei?
- Muss ein Amtsnachfolger eine Abhilfehandlung zur Behebung der falschen Sachbehandlung seines Amtsvorgängers nach den Grundsätzen des § 21 GNotKG vornehmen?

II. Grundlagen zur Amtsnachfolge

Die Amtsnachfolge ist kein gesetzlicher Begriff¹ und ihr Bestehen als solche wird unterschiedlich beurteilt.² Sie fasst folgende Erscheinungen zusammen: die Aktenverwahrung nach § 51 Abs. 1

S. 2, 2. Alt. BNotO³ und die Notariatsverwaltung nach den §§ 56 ff. BNotO. Nach dem Ausscheiden eines Notars sind drei typische Szenarien denkbar:

- Nahtlos an das Ausscheiden des Notars wird ein neuer Notar bestellt und ihm wird nach § 51 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BNotO die Aktenverwahrung übertragen.
- Nach dem Ausscheiden des Notars wird ein Notariatsverwalter bestellt, dessen Amt nach Neubesetzung der Notarstelle endet, wobei dem neu bestellten Notar die Aktenverwahrung für die Akten des ausgeschiedenen Notars wie auch diejenigen des Notariatsverwalters übertragen wird.
- Wie der zuvor erwähnte Fall, jedoch kommt es nicht zur Neubesetzung, sondern zur Einziehung der Notarstelle und einem anderen Notar wird die Aktenverwahrung übertragen.

Auch wenn der Begriff der Aktenverwahrung zunächst vermuten lässt, dass sich die Tätigkeit des mit ihr betrauten Notars darauf beschränkt, die Akten des Vorgängers zu verwahren, entspricht es der allgemeinen Rechtsüberzeugung, dass der aktenverwahrende Notar über die Inverwahrungnahme der Akten hinaus die noch nicht beendeten Amtsgeschäfte des ausgeschiedenen Notars bzw. Notariatsverwalters fortführt. Dabei wird vermutet, dass erteilte Vollzugsvollmachten und -anweisungen auf den Amtsnachfolger bezogen weitergelten.⁴ Diese normativ kaum unterlegte Rechtsüberzeugung findet ihre Parallele bei der Notariatsverwaltung selbst bzw. bei der Aktenverwahrung nach einer Notariatsverwaltung: Die §§ 58 Abs. 2 S. 1 und 64 Abs. 3 S. 1 BNotO bestimmen, dass der Amtsnachfolger die vom ausgeschiedenen Notar bzw. Notariatsverwalter

³ Durch Art. 1 Nr. 5 des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer und zur Änderung weiterer Gesetze v. 1.6.2017, BGBl I, S. 1396 ff., wird § 51 BNotO eine Änderung erfahren und durch § 51a BNotO ergänzt werden. Diese Änderungen treten aber erst am 1.1.2022 in Kraft (vgl. Art. 11 des Gesetzes) und führen im Kern zu keiner Änderung der Rechtslage, wenn einem Notar die Aktenverwahrung übertragen wird.

⁴ Allg. M., vgl. Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 51 Rn 54; Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, BNotO, 8. Aufl., § 51 Rn 16; Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO, 4. Aufl., § 51 Rn 1 und 12; Diehn/Dahlkamp, BNotO, § 51 Rn 29; Bäuml, notar 2012, 3, 9; Kindler, RNotZ 2015, 465, 471 f.

¹ Vgl. Kindler, RNotZ 2015, 465.

² Termer, RNotZ 2014, 523.

begonnenen Amtsgeschäfte fortführt.⁵ An diese Vorstellung knüpft auch das GNotKG an, wenn es in der Vorbemerkung 2 Abs. 1 KV GNotKG den Aktenverwahrer und den Notariatsverwalter mit dem ausgeschiedenen Notar kostenrechtlich identifiziert, soweit es kostenrechtlich in irgendeinem Belang auf die Person des ausgeschiedenen Notars ankommt.

III. Kostenforderungen bei Amtsnachfolgen

1. Kostengläubigerschaft

Dem Notar bzw. Notariatsverwalter steht die Gebühr für solche Verfahren bzw. Geschäfte zu, die er selbst vollständig erledigt hat, also vom Anfang bis zum Ende. Bei Gebühren für die Vollzugstätigkeit, für die Betreuung und bei der Treuhandgebühr sowie bei der Verwahrungsgebühr kann es vorkommen, dass der Amtsvorgänger das Geschäft zwar begonnen, aber der Amtsnachfolger das Geschäft beendet hat. Hier stellt sich die Frage, wem von beiden die entsprechende Gebühr zusteht. Nach den §§ 58 Abs. 3 S. 2 BNotO gilt für den Notariatsverwalter und nach § 63 Abs. 3 S. 2 BNotO für den aktenverwährenden Notar nach Notariatsverwaltung, dass dem Amtsnachfolger die Gebühr zusteht, die während seines Amtes fällig wird. Eine Gebührenteilung erfolgt also nicht.⁶ Für den Aktenverwahrer, der ohne Zwischenschaltung eines Notariatsverwalters mit der Aktenverwahrung eines Amtsvorgängers betraut wird, kann nichts anderes gelten.⁷ Ob Notarkammerrichtlinien zur Berufsausübung dies abweichend regeln oder den beteiligten Amtsträgern die Möglichkeit eröffnen können, diese Frage unter sich abweichend zu regeln, ist zweifelhaft: § 67 Abs. 2 BNotO gibt den Notarkammern eine Richtlinienaufstellungskompetenz „im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften“. Soweit die BNotO also eine abschließende Regelung getroffen hat, kann eine Richtlinie dies nicht ändern. Von solch einer abschließenden Regelung ist bei der gesetzlichen Zuordnung der Gebühren unter den beteiligten Amtsträgern aber auszugehen, insbesondere handelt es sich bei dieser Frage nicht um in § 67 Abs. 2 S. 3 Nr. 11 BNotO angesprochene Angelegenheiten (kollegiale Berufspflichten).⁸

2. Fälligkeit

Zentrale Frage für die Zuordnung, wem die entsprechende Gebühr zusteht, ist demnach die Fälligkeit. Diese liegt nach § 10 GNotKG bei Beendigung des Geschäfts vor. Beendigung ist die letzte Handlung im Rahmen des begonnenen Amtsgeschäfts, bei der Beurkundungsverhandlung also die Unterschrift des Notars, beim Vollzug der letzte Akt der beantragten Vollzugstätigkeit,⁹ bei der Betreuungsgebühr die Vornahme der letzten diesbezüglichen Handlung und bei der Treuhandgebühr die Erledigung bzw. der Wegfall der Treuhandaufgabe. Dies ergibt sich nicht nur aus dem Wortlaut der Vorschrift, sondern entspricht auch der

Rechtslage zur KostO, die der Gesetzgeber nicht ändern wollte.¹⁰ Hiervon abweichend wird für die Vollzugsgebühr in der Literatur durch eine Mindermeinung vertreten, die Fälligkeit trete bereits mit der ersten Verwirklichungshandlung der ersten (von mehreren) Vollzugstätigkeiten ein;¹¹ dem ist aus vorgenannten Gründen nicht zu folgen.¹² Endet der Vollzug vorzeitig – etwa wegen Vertragsaufhebung – fällt die Beendigung der Vollzugstätigkeit mit der Vertragsaufhebung zusammen. Zugleich tritt damit die Fälligkeit der Vollzugsgebühr ein.

3. Vorschüsse

Die §§ 58 Abs. 2 S. 3 und 64 Abs. 3 S. 3 BNotO verpflichten den Notariatsverwalter einer Notarstelle bzw. den nach Ende der Notariatsverwaltung gemäß § 51 Abs. 1 S. 2 BNotO mit der Aktenverwahrung betrauten Notar, dem Amtsvorgänger gezahlte Vorschüsse gegen sich gelten zu lassen, auch wenn die Gebühr eigentlich dem Amtsnachfolger zusteht. Auch diese Vorschriften sind entsprechend anzuwenden, wenn es nach dem Ausscheiden eines Notars unmittelbar zur Amtsnachfolge im Sinne einer Aktenverwahrung durch einen Notar kommt.¹³

Vorschüsse sind Zahlungen auf Gebühren und Auslagen, die noch nicht fällig sind. Der Notar ist zur Vereinnahmung von Vorschüssen berechtigt (§ 15 GNotKG), was auch regelmäßig erfolgt, um in einer Sache nicht mehrere Kostenberechnungen stellen zu müssen.

Hat nun ein Notar die Kosten etwa für die Betreuungsgebühr und/oder die Vollzugsgebühr vorschussweise erhoben und eingenommen, steht ihm die Gebühr nur zu, wenn er das betreffende Geschäft auch abgeschlossen hat, er bei Fälligkeit der Gebühr also (noch) Amtsträger war. Hat hingegen der Amtsnachfolger das Geschäft abgeschlossen, steht diesem die Gebühr zu. Zwar muss der Amtsnachfolger nach den §§ 58 Abs. 2 S. 3 und 64 Abs. 3 S. 3 BNotO an den Amtsvorgänger gezahlte Beträge gegen sich gelten lassen und darf den Kostenschuldner nicht nochmals heranziehen. In einem solchen Fall hat der ausgeschiedene Notar aber Beträge eingezogen, die ihm nicht zustehen. Die BNotO regelt eine entsprechende Erstattungspflicht des Amtsvorgängers an den Amtsnachfolger nicht ausdrücklich, jedoch ist die Erstattungspflicht dieser Regelung immanent, so dass aus ihr ein öffentlich-rechtlicher Erstattungsanspruch des nachfolgenden Notariatsverwalters gegen den Amtsvorgänger abzuleiten ist.¹⁴ Für diesen Erstattungsanspruch ist analog § 62 BNotO der ordentliche Rechtsweg gegeben.¹⁵

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch für die Fallgestaltung, dass ohne Zwischenschaltung eines Notariatsverwalters eine Aktenverwahrung erfolgt wie auch für die Treuhandgebühr nach Nr. 22201 KV GNotKG, die regelmäßig nicht bereits mit einer daneben anfallenden Beurkundungsgebühr abgerechnet wird, weil der Geschäftswert der Treuhandgebühr (§ 113 Abs. 2 GNotKG) oft erst feststeht, wenn die Treuhandaufgabe erteilt

⁵ Hierauf abstellend Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 51 Rn 56. Für den nach Notariatsverwaltung mit der Aktenverwahrung betrauten Notar bezieht sich die Fortführungszuständigkeit nicht nur auf die Vorgänge aus der Notariatsverwaltung, sondern auch auf die noch nicht abgeschlossenen Vorgänge des Amtsvorgängers des Notariatsverwalters, vgl. Eylmann/Vaasen/Wilke, § 64 Rn 18.

⁶ A. A. ohne nähere normative Begründung Eylmann/Vaasen/Wilke, BNotO, 4. Aufl., § 58 Rn 12, dort auch inkonsequent in Bezug auf die Hinterlegungsgebühr.

⁷ Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 51 Rn 54; Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO, 4. Aufl., § 51 Rn 18; Diehn/Dahilkamp, BNotO, § 51 Rn 34; Kindler, RNotZ 2015, 465, 476.

⁸ Eylmann/Vaasen/Frenz, BNotO, 4. Aufl., § 31 Rn 12; anders offenbar die Praxis vgl. Kindler, RNotZ 2015, 465, 476.

⁹ BeckOK-KostR/Toussaint, 17. Ed. 13.2.2017, § 10 GNotKG Rn 13.1; Renner/Otto/Heinze/Klingsch, GNotK, 2. Aufl., § 10 Rn 7.

¹⁰ Regierungsbegründung, BT-Drucks 17/11471, S. 156.

¹¹ Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, 2. Aufl., § 10 Rn 25; Korintenberg/Heyl, 20. Aufl., § 10 Rn 5.

¹² Wie hier Renner/Otto/Heinze/Klingsch, 2. Aufl., § 10 Rn 7; Fackelmann/Heinemann/Hering, § 10 Rn 8.

¹³ Bäumlner, notar 2012, 3, 9; Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 51 Rn 60.

¹⁴ So auch ohne nähere Begründung Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 58 Rn 21; BGH, Beschl. v. 20.3.2000 – NotZ 17/99, DNotZ 2000, 714; Eylmann/Vaasen/Wilke, BNotO, 4. Aufl., § 58 Rn 13.

¹⁵ BGH, Beschl. v. 20.3.2000 – NotZ 17/99, DNotZ 2000, 714, 716; Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 62 Rn 5.

wurde. Wird die Gebühr aber vor Abschluss der Treuhandtätigkeit bereits abgerechnet, handelt es sich um einen Vorschuss und die Gebühr steht demjenigen der beteiligten Amtsträger zu, der bei Abschluss der Treuhandtätigkeit (Beendigung des Treuhandauftrags – das ist je nach Sachlage der Eintritt objektiver Bedingungen bzw. die ausdrückliche Entlassung aus dem Treuhandauftrag durch den Treugeber) Amtsinhaber ist.

4. Verhältnis des neuen Notars zum ausgeschiedenen Notar bei zwischengeschalteter Notariatsverwaltung

Schließlich kann es vorkommen, dass der nach § 51 Abs. 1 S. 2 BNotO mit der Aktenverwahrung betraute Notar Geschäfte beendet, die ursprünglich der ausgeschiedene Notar begonnen hatte, der Notariatsverwalter gleichfalls fortführte, aber nicht beenden konnte, und deren Fälligkeit nunmehr in die Amtszeit des aktenverwährenden Notars fällt. Auch hierfür gelten die Wertungen der §§ 58 Abs. 2 und 64 Abs. 3 BNotO entsprechend. Die entsprechende Gebühr steht dem aktenverwährenden Notar zu. Vom ausgeschiedenen Notar bzw. vom Notariatsverwalter eingenommene Vorschüsse muss er gegen sich gelten lassen, hat dafür aber einen Erstattungsanspruch gegen denjenigen Vorgänger, der die Gebühr tatsächlich vereinnahmt hat.

5. Entwürfe des Amtsvorgängers, die vom Amtsnachfolger beurkundet werden

a) Allgemeines

Fraglich ist nun, ob ein ausgeschiedener Notar eine Gebühr für die von ihm noch verantworteten Entwürfe von den Beteiligten bzw. vom Amtsnachfolger verlangen kann, sollten diese bis zu seinem Ausscheiden noch nicht beurkundet worden sein.

Wenngleich die Regelungen aus den §§ 58 Abs. 2 S. 2 und 64 Abs. 3 S. 2 BNotO eher auf die Vollzugs- und Betreuungsgebühr sowie die Treuhandgebühr gemünzt zu sein scheinen, so spricht die jeweilige Norm doch von „Kostenforderungen“. Es kommt also im Rahmen einer Entwurfsabrechnung darauf an, welche Kostenforderung für welches notarielle Geschäft genau in Rede steht und wann diese fällig wird. Zu differenzieren ist zwischen Entwurfsauftrag und Beurkundungsauftrag.

b) Entwurfsauftrag

Wurde einem Notar ein Entwurfsauftrag erteilt, so erhält er für die Fertigung des Entwurfs die Entwurfsgebühr nach den Nrn. 24100 ff. KV GNotKG. Fällt die Fertigstellung des Entwurfs in die Amtszeit des Amtsvorgängers, so wird sie auch in dieser Zeit fällig (§ 10 GNotKG – Beendigung des Geschäfts) und steht dem Amtsvorgänger zu. Fertigt der Amtsnachfolger den Entwurf oder stellt er den begonnenen fertig, tritt die Fälligkeit während seiner Amtszeit ein und steht die Gebühr ihm zu.

Nach Vorbem. 2.4.1 (Abs. 6) KV GNotKG wird eine Entwurfsgebühr auf die Gebühr für das Beurkundungsverfahren angerechnet, wenn der Notar demnächst nach Fertigung des Entwurfs auf der Grundlage dieses Entwurfs ein Beurkundungsverfahren durchführt. Diese Vorschrift soll den Auftraggeber, der zunächst – um Dinge abstimmen zu können – nur einen Entwurfsauftrag erteilt, nicht doppelt belasten, wenn der Entwurf Gegenstand der Beurkundung des Entwurfsverfassers wird. Nach Vorbem. 2 Abs. (1) KV GNotKG tritt der Amtsnachfolger in die Fußstapfen des Amtsvorgängers, so dass der Amtsnachfolger die Entwurfsgebühr auf die Beurkundungsgebühr anrechnen muss.¹⁶ Die vom

Gesetzgeber getroffene Anrechnungsregelung ist vor allem deshalb sinnvoll, weil sich infolge des Gebührensatzrahmens nach den Nrn. 24100 ff. KV GNotKG i. V. m. § 92 GNotKG der Gebührensatz vom für die Beurkundung bestimmten Gebührensatz unterscheiden kann und nur dann nicht unterscheidet, wenn der Entwurf vollständig erstellt war, § 92 Abs. 2 GNotKG.

Grundsätzlich ist der Amtsnachfolger an den vom Amtsvorgänger innerhalb des Gebührensatzrahmens festgesetzten Gebührensatz für den Entwurf gebunden. Ändert das Gericht nach den §§ 127 ff. GNotKG (insbes. § 128 Abs. 2 S. 1 GNotKG) den Gebührensatz auf Antrag eines Kostenschuldners ab, gilt dies nach Vorbem. 2 Abs. (1) KV GNotKG für und gegen den Amtsnachfolger. Ob dem Amtsnachfolger entgegen dem engen Wortlaut des § 127 GNotKG ein eigenes Antragsrecht auf Überprüfung der Kostenberechnung des Amtsvorgängers in Bezug auf den Entwurf insbesondere im Hinblick auf den dort angenommenen Gebührensatz (§ 128 Abs. 2 S. 1 GNotKG) zuzubilligen ist, ist fraglich. Zwar kann durch die Anrechnung eine unbillige Verkürzung des Gebührenanspruchs des Amtsnachfolgers eintreten. In diesem Fall kann der Amtsnachfolger jedoch auf dienstrechtlichem Wege vorgehen und um eine Weisung nach § 130 Abs. 2 GNotKG ersuchen, um eine Entscheidung des LG herbeizuführen. Dieser Filterfunktion wohnt zugleich die Chance inne, in dem Streit zu vermitteln bzw. mehrere Verfahren zu bündeln und damit die Gerichte zu entlasten.

c) Beurkundungsauftrag

Wurde hingegen dem Notar ein Beurkundungsauftrag erteilt, so wird die Gebühr für dieses Verfahren erst mit dem Ende der Beurkundungsverhandlung fällig. Die Gebühr steht also bei eingetretener Amtsnachfolge dem beurkundenden Amtsträger zu, selbst wenn die Entwurfsfertigung – als Zwischenstadium – bereits vor Eintritt der Amtsnachfolge auf Grund der Leistungen des Amtsvorgängers abgeschlossen war. Eine Zwischenabrechnung des Entwurfs durch den Amtsvorgänger gegenüber den Beteiligten wäre nur zulässig, wenn ein Fall der vorzeitigen Beendigung des Beurkundungsverfahrens vorläge, Nrn. 21300 ff. KV GNotKG. Nach Vorbem. 2.1.3 Abs. (1) KV GNotKG muss der Beendigungsgrund außerhalb der Person des Notars liegen, damit eine Gebühr auf dieser Grundlage berechnet werden kann. Diese Voraussetzung wird hier aber gerade verfehlt: Die Amtsnachfolge ist der Paradefall für einen in der Person des Notars liegenden Grund. Damit ist eine Zwischenabrechnung des Entwurfs durch den Amtsvorgänger nicht möglich, die Gebühr steht ausschließlich dem Amtsnachfolger zu.

Fraglich ist aber, ob dem Amtsvorgänger gegen den Amtsnachfolger in Bezug auf die von ihm (noch) gefertigten Entwürfe, für die ein Anspruch gegen den Auftraggeber auf Zahlung einer Entwurfsgebühr aber nicht gegeben ist, ein Erstattungsanspruch zusteht. Diese Frage stellt sich deshalb, weil dem Amtsvorgänger in der Konstellation, dass ein Entwurfsauftrag erteilt war, bei Entwurfsfertigung durch ihn und Beurkundung durch den Amtsnachfolger die Entwurfsgebühr beim Amtsvorgänger verbleibt und dem Amtsnachfolger durch die Anrechnungsregelung insoweit entgeht (s. o. 5. b)). Es hinge damit also von der eher zufälligen Antragstellung durch die Beteiligten (oder der diesbezüglichen Steuerung durch den Amtsvorgänger) ab, ob dem Amtsvorgänger für seine Entwurfsleistung ein Vorteil erwächst. Bejahte man bei reinem Beurkundungsauftrag einen solchen Anspruch, würde dem Amtsnachfolger je nach dem Grad der Vollständigkeit der Erstellung des Entwurfs (vgl. § 92 GNotKG) trotz des Haftungsrisikos für die Beurkundung nur ein geringer, im äußersten Fall kein Gebührenanteil verbleiben. Genau diese

¹⁶ Renner/Otto/Heinze/Heit/Schreiber, GNotKG, 2. Aufl., Vorbem. 2.4.1. GNotKG Rn 46.

Konsequenz nimmt der Gesetzgeber in der oben unter 5. b) diskutierten Konstellation auch hin. Zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen läge daher die Annahme eines solchen Erstattungsanspruchs an sich nahe. Umgekehrt stünde eine solche Annahme aber in einem Wertungswiderspruch zu den Regelungen zur vorzeitigen Beendigung des Beurkundungsverfahrens. Die Beendigung erfolgt aus einem in der Person des Notars liegenden Grund. Ferner gäbe es weitere Abgrenzungsschwierigkeiten, weil infolge des Gebührensatzrahmens der Fertigstellungsgrad des Entwurfs festgestellt und – wohl dann auch im Nachhinein – der Gebührensatz bestimmt werden müsste. An dieser Stelle unterscheidet sich der Sachverhalt ganz wesentlich von der oben in 5. b) besprochenen Konstellation, in der das Geschäft durch Herausgabe des Entwurfs beendet wurde und damit ein formaler Abschluss der Tätigkeit des Amtsvorgängers auch feststellbar ist. Dies alles spricht gegen die Annahme eines Erstattungsanspruchs.

Wenn nun der ausgeschiedene Notar in einem solchen Fall bereits einen Vorschuss auf die Beurkundungsgebühr eingenommen hat, muss der Amtsnachfolger dies nach den in Abschnitt III. 3. erörterten Grundsätzen gegen sich gelten lassen. Denn aus den §§ 51 Abs. 1 S. 2, 58 Abs. 2 und 64 Abs. 3 BNotO sowie Vorbem. 2. Abs. 1 KV GNotKG ist der allgemeine Satz abzuleiten, dass Amtsnachfolgen kostenrechtlich nicht auf dem Rücken der Beteiligten ausgetragen werden dürfen. Allerdings hat der Amtsnachfolger gleichfalls nach den vorstehenden Grundsätzen einen entsprechenden öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruch gegen den ausgeschiedenen Notar.

d) Serienentwurf des Amtsvorgängers, Beurkundungen des Amtsnachfolgers

Hat ein Notar einen Serienentwurf gefertigt (vgl. Vorbem. 2.4.1 Abs. 5 KV GNotKG), ermäßigt sich die darauf erhobene Gebühr nach Nr. 24103 KV GNotKG um die Gebühr des jeweils auf Grundlage dieses Serienentwurfs durchgeführten Beurkundungsverfahrens. Anders als bei der Anrechnung kommt es hier also zur Ermäßigung. Dies erfolgt vor dem Hintergrund, dass es sich bei den Anrechnungsfällen immer um denselben Kostenschuldner handelt; bei der hier vorliegenden Konstellation fallen die Kostenschuldner aber (meistens) auseinander.¹⁷ Beim klassischen Anwendungsfall des Serienentwurfs für einen Bauträgervertrag für ein konkretes Bauprojekt wird also die Kostenschuld des Bauträgers als Serienentwurfsauftraggeber gegenüber dem Notar mit jedem danach von diesem Notar beurkundeten Bauträgervertrag, dessen Kosten in aller Regel der Käufer trägt, gemindert. Für den Notar ist dies hinnehmbar, weil sich sein Gebührenanspruch nicht verkürzt, sondern sich nur die Kostenschuldnerschaft auf den Käufer verschiebt.

Überträgt man diese Regelung auf den Fall einer Amtsnachfolge, kommt es für den Amtsvorgänger nicht lediglich zu einer Verschiebung der Kostenschuldnerschaft, sondern zu einer Verkürzung seiner Serienentwurfsgebühr. Gleichwohl tritt diese Rechtsfolge ein, weil Vorbem. 2 Abs. 1 KV GNotKG dies so vorsieht. Fraglich ist nun, ob dem Amtsvorgänger in Höhe der (jeweiligen) Ermäßigung ein Kostenerstattungsanspruch gegen den Amtsnachfolger zustehen kann. Dies ist aus den in Abschnitt 5. c) angestellten Erwägungen zu verneinen: Dass dem Amtsvorgänger die Beurkundungsgebühr entgeht, liegt in seiner Person begründet, denn das Ermäßigungsrisiko ist er bereits mit Entgegennahme des Serienentwurfsauftrags eingegangen.

e) Unterschriftsbeglaubigung des Amtsnachfolgers auf Entwurf des Amtsvorgängers

Steht einem Notar die Entwurfsgebühr zu und beglaubigt er demnächst eine Unterschrift unter dem Entwurf, so ist die erste Unterschriftsbeglaubigung gebührenfrei, vgl. Vorbem. 2.4.1. Abs. 2 KV GNotKG. Nach Vorbem. 2 Abs. 1 KV GNotKG gilt diese Gebührenfreiheit auch dann, wenn der Entwurf vom Amtsvorgänger gefertigt (und abgerechnet) wurde, die Unterschriftsbeglaubigung aber vom Amtsnachfolger durchgeführt wird.

6. Anrechnung der Beratungsgebühr des Amtsvorgängers auf Geschäfte des Amtsnachfolgers

Wurde dem Notar ein (isolierter) Beratungsauftrag erteilt, so erfolgt eine Anrechnung der Beratungsgebühr auf eine andere Gebühr des Verfahrens oder Geschäfts, soweit sich die Gegenstände des Beratungsauftrags und des anderen Verfahrens bzw. Geschäfts decken, Nr. 24200 KV GNotKG.¹⁸ Nach Vorbem. 2 Abs. 1 KV GNotKG macht es für die Anrechnung keinen Unterschied, ob der Notar, dem der Beratungsauftrag erteilt worden war, auch das Folgegeschäft übernimmt oder ob dies sein Amtsnachfolger ist. Die in Abschnitt 5. b) angestellten Erwägungen gelten für diesen Sachverhalt entsprechend: War die Beratung vor Eintritt der Amtsnachfolge abgeschlossen (äußeres Merkmal hierfür kann eine erfolgte Kostenberechnung für die Beratung sein), muss der Nachfolger anrechnen.

Liegt hingegen ein Beurkundungsauftrag für den Amtsvorgänger vor und endet seine Tätigkeit infolge seines Ausscheidens im Beratungsstadium, steht ihm eine Gebühr wegen vorzeitiger Beendigung genauso wenig zu wie ein Erstattungsanspruch gegen den Amtsnachfolger; die Grundsätze aus Abschnitt 5. c) gelten entsprechend.

7. Abhilfehandlungen des Amtsnachfolgers bei falscher Sachbehandlung des Amtsvorgängers

Aus Vorbem. 2 Abs. 1 KV GNotKG ist abzuleiten, dass der Amtsnachfolger für Abhilfehandlungen zur Behebung der falschen Sachbehandlung des Amtsvorgängers die Vorschrift des § 21 GNotKG anzuwenden hat. Für die § 21 GNotKG unterfallende Amtshandlung dürfen keine Kosten erhoben werden; die Abhilfehandlung ist nach den Bestimmungen des GNotKG abzurechnen. Das ist unproblematisch, wenn der Amtsvorgänger seine Kosten noch nicht erhoben hat oder wenn sie noch nicht bezahlt sind. Sind nun aber vom Amtsvorgänger für die § 21 GNotKG unterfallende Amtshandlung Kosten nicht nur erhoben, sondern auch gezahlt worden, kann – das ergibt sich aus der Vorbem. 2 Abs. 1 KV GNotKG – dies nicht auf dem Rücken des Kostenschuldners ausgetragen werden.¹⁹ Vielmehr gilt, dass der Amtsnachfolger vom Kostenschuldner allenfalls zutreffend berechnete Mehrkosten erheben darf (die also bei von vornherein richtiger Sachbehandlung ohnehin angefallen wären), nicht aber die Gesamtkosten der Abhilfehandlung. Allerdings ist wegen der Differenz ein Erstattungsanspruch gegen den Amtsvorgänger zu bejahen, weil dieser Kosten eingenommen hat, die ihm nicht zustehen, und damit „auf Kosten“ des Amtsnachfolgers bereichert ist. Der Erstattungsanspruch gründet seinerseits wiederum auf der Rechtsfigur der Amtsnachfolge (s. o.).

¹⁷ Renner/Otto/Heinze/Heit/Schreiber, GNotKG, 2. Aufl., Nr. 24105 KV GNotKG, Rn 1.

¹⁸ Kindler, RNotZ 2015, 465, 477.

¹⁹ Im Ergebnis gl. A., aber mit widersprüchlicher Begründung Korintenberg/Tiedtke, GNotKG 20. Aufl., § 21 Rn 33.

IV. Zuständigkeiten für die Erstellung der Kostenberechnung und die Kostenerhebung im Übrigen nach Erlöschen des Amtes

1. Notaramt ist erloschen

Bei Amtssitzverlegung kann der Notar auch die am bisherigen Amtssitz entstandenen Kostenforderungen nach § 19 GNotKG berechnen und nach den §§ 88 ff. GNotKG betreiben, § 58 Abs. 3 S. 2 BNotO. Erlischt hingegen das Amt eines Notars, so endet damit seine Stellung als Kostengläubiger nicht und auch nicht seine Beitreibungszuständigkeit. Was ihm fehlt, ist die öffentlich-rechtliche Stellung zur Erstellung der Kostenberechnung und zur Titulierung derselben. Dieses Manko wird durch die Zuständigkeit des Notariatsverwalters ausgeglichen, der nach § 58 Abs. 3 S. 1 BNotO die Kostenberechnung fertigt²⁰ und auch tituliert.

Gesetzlich nicht ausdrücklich geregelt ist, was gilt, wenn es zur Einziehung oder zur sofortigen Wiederbesetzung der Notarstelle kommt. Ist einem Notar die Aktenverwahrung nach § 51 Abs. 1 S. 2, 2. Alt. BNotO übertragen, kann man aus der ZPO in Verbindung mit dieser Aktenverwahrung dessen Befugnis ableiten, eine bereits erstellte Kostenberechnung zu titulieren, § 797 Abs. 2 S. 1 ZPO. Nach ganz herrschender Me

inung kann er erst recht die Kostenberechnung nach § 19 GNotKG erstellen,²¹ was insoweit auch deckungsgleich ist mit der Auffassung, der Aktenverwahrer führe die Amtsgeschäfte des Amtsvorgängers fort (s. o.).

2. Amt des Notariatsverwalters ist erloschen

Ist das Amt des Notariatsverwalters erloschen, liegt die Erhebungs- und Beitreibungszuständigkeit für die ihm zustehenden Kostenforderungen bei der Notarkammer bzw. – soweit nach § 113 Abs. 5 BNotO übertragen – bei der Notarkasse (München) bzw. der Ländernotarkasse (Leipzig), wenn diese Zuständigkeit nicht auf den neu (bzw. wieder) bestellten Notar übertragen wurde (§ 64 Abs. 4 S. 2 BNotO). Zur Erhebungszuständigkeit gehört selbstverständlich die Befugnis zur Erstellung der Kostenberechnung und zu deren Titulierung.²²

3. Beitreibungszuständigkeit

Zur Beitreibung der Kostenforderungen des Amtsvorgängers ist weder der Notariatsverwalter noch der aktenverwahrende Notar zuständig oder gar befugt.²³

4. Tabelle

Aktion	Bei Amtssitzverlegung	Nach Erlöschen des Notaramts	Nach Erlöschen des Amtes des Notariatsverwalters
Kostenberechnung erstellt und tituliert	Notariatsverwalter (§ 58 Abs. 2, S. 1 BNotO) oder Notar selbst (§ 58 Abs. 2 BNotO)	Notariatsverwalter (§ 58 Abs. 2 S. 1 BNotO) oder aktenverwahrender Notar (§ 51 Abs. 1 S. 2 2. Alt. BNotO)	Notarkammer/Notarkasse oder jeweils von dieser beauftragter Notar, §§ 64 Abs. 4, 113 Abs. 5 BNotO
Kostenberechnung vollstreckt	Notar, arg. e § 58 Abs. 3 BNotO	ausgeschiedener Notar bzw. dessen Erben, arg. e §§ 58 Abs. 3, 64 Abs. 4 BNotO	Notarkammer bzw. (Ländernotarkasse) oder von jeweils dieser beauftragter Notar, §§ 64 Abs. 4, 113 Abs. 5 BNotO

V. Ergebnis

Die Rechtsstellung des Aktenverwahrers, der ohne Zwischenschaltung einer Notariatsverwaltung zum Amtsnachfolger wird, lässt sich nur aus den zur Notariatsverwaltung selbst getroffenen Regelungen ableiten. Es gilt der Grundsatz des Verbots der Doppelerhebung: Der Amtsnachfolger darf eine bereits erhobene Gebühr kein zweites Mal vom Kostenschuldner erheben, selbst wenn ihm diese Gebühr zusteht. Öffentlich-rechtliche Erstattungsansprüche wegen Kosten können je nach Lage des Falles zwischen Amtsnachfolger und Amtsvorgänger bestehen; für sie gilt der ordentliche Rechtsweg. Der Amtsnachfolger erstellt gegebenenfalls die Kostenberechnung des Amtsvorgängers und tituliert sie; die Beitreibungszuständigkeit liegt aber beim Kostengläubiger.



Volker Heinze
ist Notar in Glauchau.
E-Mail: notar.heinze@notarnet.de

²⁰ Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO, 4. Aufl., § 58 Rn 14: Die Befugnis zur Erstellung der Kostenberechnung sei ein Minus zur Titulierung.

²¹ Schippel/Bracker/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 51 Rn 54; Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO, 4. Aufl., § 51 Rn 33; Diehn/Dahlkamp, BNotO, § 51 Rn 34 (bereits für das Amtsgericht als Urkundenverwahrer) und Diehn/Dahlkamp, BNotO, § 58 Rn 17 zur Befugnis des Notariatsverwalters, die Rechnung zu erstellen. Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl., § 89 Rn 21 m. w. N.; a. A. Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, BNotO, 8. Aufl., § 51 Rn17 und § 58 Rn 14: Der Aktenverwahrer kann weder die Kostenberechnung erstellen noch sie titulieren.

²² A. A. Arndt/Lerch/Sandkühler/Lerch, BNotO, 8. Aufl., § 64 Rn 26.

²³ Eylmann/Vaasen/Wilke, BNotO, 4. Aufl., § 58 Rn 16; § 64 Rn 19.



Michael Haußner

Drei Jahre als IRZ-Berater in Montenegro

Montenegro – im Namen klingt das Mediterrane nach und der Orient an. Die Berge des Landes sind nicht dunkel, sondern hell oder gar gleißend von scharfkantigem Kalk und manchmal erschreckender Schönheit; die Küste, eine der schönsten des Mittelmeers, wird jedoch zunehmend verbaut. Das Land ist so groß wie Schleswig-Holstein, hat ein Viertel dessen Bevölkerung, also 620.000 Einwohner und ist nun im elften Jahr nach einem Jahrhundert wieder selbständig. Der Autor schildert seine Erfahrungen als IRZ-Berater in Montenegro.

I. Einleitung

Was erwartet einen deutschen Juristen, der für drei Jahre als Berater des montenegrinischen Justizministers in Sachen Förderung der Justizreform und Unterstützung der EU-Beitrittsverhandlungen bei der Deutschen Stiftung für internationale rechtliche Zusammenarbeit e. V. (IRZ), gefördert mit Mitteln des Auswärtigen Amtes unter Vertrag steht?

Ihn erwartet einmal ein vom Projektbereichsleiter der IRZ und seiner Mitarbeiterin, zweier der Landessprache fließend kundiger deutscher Volljuristen, gut bestelltes Feld. Man hat Rückhalt „in der Heimat“.

Den zukunftsfrohen IRZ-Berater erwartete in meinem Fall das dritte Ministerium, das er von innen kennenlernte:

Nachdem ich „bei Dienstantritt“ nach freundlicher Begrüßung und Vorstellung beim Minister und den drei Abteilungsleiterinnen meinen Schreibtisch in Besitz genommen hatte, wurde mir ein zweiseitiges Blatt mit Telefonnummern gegeben. Ich könne jeden und jede anrufen, wann immer ich etwas brauche. Das stimmte. Die Hilfsbereitschaft ist groß, die Abgrenzung von Zuständigkeiten ist es weniger, die Verständigung auf Englisch klappt meist. Das Ministerium ist klein. Es macht jeder fast alles: hier

Gesetzgebungsarbeit, dort Gerichtsorganisation und da Strafvollzug. Mit den EU-Reformen haben viele zu tun: Da ist Multitasking ein oft gebrauchter Stoßseufzer.

II. Andere Länder – andere Sitten

Sehr viel von dem, was wir als selbstverständlich voraussetzen ist es dort nicht.

Das fängt an bei der mitunter schwachen Personalausstattung, die die Arbeitsprozesse verlangsamt. Außerdem können gleichlautende Begriffe ungleichen Gehalt haben, was die Kommunikation erschwert. Der personelle Unterbau, *sit venia verbo*, scheint so gut wie keine eigenen Kompetenzen zu haben, und was der Minister nicht ausdrücklich gebilligt hat, findet nicht statt.

Im Ministerium arbeiten überwiegend Frauen, Männer sind rar. Bei Gerichten und Staatsanwaltschaften ist das Zahlenverhältnis der Geschlechter ausgeglichen.

Die Bereitschaft zu Reform und Veränderung ist da – Gesetze sind freilich schneller geändert als die Mentalität. Damit meine ich auch die Juristenmentalität.

III. Arbeitsfelder

Womit habe ich mich beschäftigt? Eine ganz beschränkte Auswahl soll genügen:

Die Qualität einer Richterschaft hängt z. B. auf Dauer davon ab, ob qualifizierte Anwärter „ins System hineinkommen“ oder nicht. Für Montenegro heißt das, ob sie bei Gericht oder der Staatsanwaltschaft Praktikanten werden können.

Die Abschlusszeugnisse der drei juristischen Fakultäten werden für eine Bestenauslese nur beschränkt als geeignet angesehen. Ich schlug mit Erfolg eine juristi-

sche Eingangsprüfung vor, ein Curriculum für die Praktikanten und auch eine Reform des Examens für die Bewerber um Richterstellen. Seither ist es ein Novum, dass – unter anderem – die Klausuren anonym, unter Codenummer geschrieben werden, und nicht wie bis dato unter vollem Namen – und das in einem Land, wo sprichwörtlich jeder jeden kennt, jedenfalls unter denen, auf die es ankommt.

Ich schlug weiter vor, die Zahl der Klausuren von zwei – Entwurf eines Zivil- und eines Strafurteils – auf drei zu erhöhen, um den Anspruch an die Kenntnisse zu steigern und die Ergebnisse weiter zu spreizen. Ja, was ich denn da prüfen wolle? Für unsereins die naheliegende Antwort: etwa Öffentliches Recht, Verwaltungsrecht und Verfassungsrecht. Damit wurde ich nicht gehört. Nun, auch Rom ist nicht an einem Tag erbaut worden. Die Zeit wird lehren, wofür auch ein Richter Öffentliches Recht und Verfassungsrecht brauchen kann.

IV. Und nun zum Strafrecht

Ein absolut notwendiger und künftig hoffentlich Ertrag bringender Schritt war die Schaffung einer Schwerpunktstaatsanwaltschaft zur Verfolgung von Korruption und organisierter Kriminalität. An der Erarbeitung der erforderlichen Geszentwürfe habe ich mitgearbeitet. Hier ging es u. a. um Fragen der Zuständigkeit – und: Wer hat bei der Besetzung der Stellen was und wie viel mitzureden? Derartige ist nicht in einem allgemeinen Gesetz geregelt.

Die Konzentration dieser neuen Behörde auf die sogenannte hohe Korruption war die von der EU-Kommission ausgegebene Maxime. Ausschließlich Verfahren gegen Regierungsmitglieder, Behördenchefs, Bürgermeister etc. und wenn es um mehr als 10.000 € geht. Solche Fälle

sind in Montenegro zahlreich, aufgekommene und noch unentdeckte.

Ich plädierte dafür, eine nicht nur landesweite, sondern auch generelle Zuständigkeit der Schwerpunktstaatsanwaltschaft für Korruptionsermittlungen zu schaffen, mit der Möglichkeit, nach Prüfung und Gewinnung eines Überblicks (bei gut einer halben Million Einwohner!) nicht-systemische Fälle an die allgemeine Staatsanwaltschaft abzugeben und sich dann auf dicke Fische, auch wenn sie gegebenenfalls klein angefangen haben, und auf das Netz zu konzentrieren. Nicht jeder Rat dringt durch. Als ich mich Ende 2016 beim Leiter der Schwerpunktstaatsanwaltschaft verabschiedete, kam der nochmal auf eben diesen Punkt zu sprechen und meinte nach den Erfahrungen zweier Jahre: Hätte man doch auf Sie gehört!

Das ist ein strukturelles Problem: Alle Beitrittskandidaten und vergleichbaren Länder werden mit einer Fülle von Beratung und Vorschlägen konfrontiert. Oft reichen schlicht die personellen Ressourcen nicht aus, dies alles aufzunehmen und zum Teil sind die angebotenen Modelle, Ideen, Grundsätze wie Details widersprüchlich. Dies kommt nicht unbedingt überraschend: Wenn man einen Deutschen und einen Niederländer nach Zwangsvollstreckung und Gerichtsvollziehern fragt, werden dem Fragenden bzw. dem Beitrittskandidaten zwei verschiedene Welten geschildert, die er beide nicht kennt. Es herrscht ein ausgeprägter Wettbewerb der EU-Alt-Mitglieder und ihrer Beratungsorganisationen.

Die US-Amerikaner haben stets Interesse, ein kontradiktorisches, auf der Partei-maxime aufbauendes Strafprozessrecht durchzusetzen, was in den kontinental-europäisch geprägten Ländern des Balkans zu Systembrüchen führt. Das führt nicht nur zu dogmatischen Spannungen im Strafprozess: Als problematisch erweist sich beispielsweise das *plea bargaining*, das Aushandeln noch tolerabler Strafe und zur Not akzeptablem Schadenersatz zwischen Delinquenten und der Staatsanwaltschaft mit gerichtlichem Segen.

Für einen Berater vor Ort auf dem Balkan bedeutet das: Es gibt keine klare Leitlinie, anders als wir das bei der Schaffung der Rechtseinheit und dem Aufbau rechtsstaatlicher Strukturen nach der deutschen Wiedervereinigung durch den Einigungsvertrag hatten. Die erarbeiteten Justizreform-Strategien und die dazugehörigen Aktionspläne enthalten hohe Worte und Ziele. Die müssen abgearbeitet und falls nötig wegen zwischenzeitlich eingetretener Änderungen oder auch auf der Zeitschiene angepasst werden. Bildlich gesprochen: Der Straßenverlauf kann sich während der Bauarbeiten deutlich ändern. Die so beliebte Messung von Erfolgen mit Maßband und Schublade wird damit nochmal einen Grad schwieriger.

In allen Ministerien der Welt wird auch für die Schublade und auch für den Papierkorb gearbeitet. Das ist auf dem Balkan nicht anders. Was heute abgelehnt wird, kann vielleicht übermorgen Oberwasser gewinnen. Ideen, die vom Chef heute als zu weitgehend oder nicht passend abgelehnt werden, können von den „Jungen“ gehört, bemerkt, gemerkt und morgen oder übermorgen wieder herangezogen werden. Manche Saat geht nicht gleich auf, hat aber bei den Jungen eine Chance.

V. Woher ich diesen Optimismus nehme?

Wenn ein Chef mit seiner Mannschaft, meist Frauschaft, ich nenne sie die „Jungen“, zu einer Besprechung, Arbeitsgruppe etc. kommt, spricht zuallermeist er – oder sie. Alle anderen schweigen und schreiben mit. Wenn man mit diesen Jungen dann bei einem Kaffee unter vier Augen spricht, hört man erstmals deutlicher, was ihre Ansicht ist, und staunt oft genug über Weitblick und Klarsicht. Sie sind es, die oft wie ein Schwamm aufsaugen, was man über richterliche Ethik, Verantwortung und Dienst an der Gesellschaft sagt. Einiges von dem, was der Misserfolg von heute ist, kann die Saat für morgen und die Frucht von übermorgen sein. Wer soll sich einen langen Atem leisten können wenn nicht wir?

Auch in Deutschland und der deutschen Justiz haben manche Veränderungsprozesse Jahrzehnte gebraucht.

VI. Fazit

Wenn ich versuche, eine kurze Bilanz zu ziehen, könnte sie wie folgt ausfallen:

- Das Zusammenspiel der landes-, rechts- und sprachkundigen IRZ-Mitarbeiter mit einem Experten vor Ort erhöht die Fähigkeit festzustellen, was dort wirklich gebraucht wird. So kann man die Felder bearbeiten, die andere, gehemmt durch enormen bürokratischen und zeitlichen Projektvorlauf, brachliegen lassen.
- Gut, dass die IRZ nicht im großen Umfang „Top-Leute“ aus den Ländern nach Berlin karrt. Die Wurzeln brauchen das Wasser, nicht die Baumkrone.
- Was schätzen unsere Partner? Präsenz, Nähe und Partnerschaftlichkeit.

Was kann ich empfehlen? Wenn Sie gefragt werden, ob Sie als Experte, Referent oder Betreuer für eine Tätigkeit auf dem Balkan oder für den Balkan zur Verfügung stehen, sagen Sie Ja. Es lohnt; diese Länder und ihre Menschen haben es verdient. Und für Sie wird es sich auch lohnen, das ist versprochen. Solche Erfahrungen macht und Bereicherungen erfährt man nur außerhalb des oft zu wohlvertrauten „eigenen Systems“. Es müssen ja nicht gleich drei Jahre sein. Aber wenn Sie als Jurist Ihren Ruhestand planen: Warum nicht? Diese Zeit hat alle Chancen, die Krönung ihres Berufslebens zu werden.

Und: Seien wir gelassen. Denken wir an den tiefen Sinn folgender Rechenaufgabe:

Hundert Lehrer bringen ein Kind in neun Jahren zum Abitur. Wie viele Lehrer braucht man, um das in einem Jahr zu schaffen?

Michael Haußner, Staatssekretär im Thüringer Justizministerium a. D.

²Service ['zø:ʁvis], der, auch das; -,
-s [...vis(is)] (engl.) ([Kun-

service

Michael Lightowler, David Wheatley

Der Notarberuf in England und Wales – Zusammenfassung seiner Geschichte, seines Status sowie der beruflichen Voraussetzungen und Praxis

I. Geschichtlicher Hintergrund

Notare gehören seit vielen Jahrhunderten in England und Wales zur juristischen „Szene“. Der erste Notar, der diese Funktion in England ausübte, war *Swardius*, der einen Grundstücksübertragungsvertrag mit Auflassung zwischen dem englischen König Eduard dem Bekenner (1042–1066) und dem Abt von Westminster beurkundete.¹

Die Entwicklung eines unabhängigen Notarberufs in England begann im Jahr 1279. Papst Nikolaus III. gewährte dem Erzbischof von Canterbury die Befugnis innerhalb eines Jahres drei Notare zu bestellen. Eine Reihe dieser päpstlichen Notare wurde anschließend bestellt.

Durch ein vom Parlament im Jahr 1533 infolge der englischen Reformation erlassenes Gesetz übertrug Heinrich VIII. die päpstliche Bestellbefugnis auf den Erzbischof von Canterbury. Die Regulierung des Notarberufs erfolgt seitdem durch das *Faculty Office* des Erzbischofs,² das seinen Sitz im Londoner Stadtteil Westminster hat und vom Präsidenten des obersten Kirchengerichts der Diözese von Canterbury in seiner Eigenschaft als *Master of the Faculties* kraft seines Amtes geleitet wird. Das Notariat ist daher der älteste der rechtsberatenden Berufe in England.

Die Bedeutung des englischen Notars beruht nicht so sehr auf den Funktionen, die er in seinem eigenen Rechtssystem ausübt, sondern eher auf der Verbindung, die er zwischen den Institutionen des

Common Law und denjenigen des Zivilrechts³ herstellt. Die notariellen Urkunden eines englischen Notars finden weitreichende Anerkennung:

*Ein Notar, der eine gültige, den Notaries (Practising Certificates) Rules von 2012 entsprechend ausgestellte Erlaubnis zur Ausübung des Notarberufs besitzt, darf Beglaubigungen und Beurkundungen jedweder Art, die zur Verwendung in England und Wales bzw. in jedem anderen Gerichtsstand bestimmt sind, vornehmen.*⁴

II. Bestellbefugnis

Die Befugnis zur Bestellung und Zulassung neuer Notare sowie zur Erstellung neuer Regeln, die Durchführung von Prüfungen und die Regulierung des Berufs sind gesetzlich geregelt. Die wichtigsten Primärgesetze sind:

- der *Ecclesiastical Licences Act* von 1533 (Gesetz über die kirchlichen Bestellrechte),
- der *Public Notaries Act* von 1801 (Notargesetz),
- der *Public Notaries Act* von 1843 (Notargesetz),
- der *Courts and Legal Services Act* von 1990 (Gesetz über Gerichte und juristische Dienstleistungen),
- der *Legal Services Act* von 2007 (Gesetz über juristische Dienstleistungen), kurz: „LSA“.

Der *Master of the Faculties*⁵ übt die Berufsaufsicht über die in England und Wales

zugelassenen Notare aus und hat die im LSA enthaltenen Befugnisse. Dabei hat er die dienstrechtlichen *Notaries Practice Rules* von 2014 erlassen. Es ist wichtig anzumerken, dass Notare gesetzlich bestellt werden und daher als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes anzusehen sind. Unmittelbar vor seiner Bestellung hat der Notar zwei Eide zu leisten, nämlich den Treueid, der für andere öffentliche Amtsträger bei ihrem Amtsantritt gemäß dem *Promissory Oaths Act* von 1868 vorgeschrieben ist, und den Berufseid, wonach er sich dazu verpflichtet, die rechtspflegende Funktion der Justiz zu gewährleisten sowie Rechtsgeschäfte getreu dem Willen der Beteiligten zu beurkunden.⁶ Für Notare in Schottland und Nordirland gelten andere Vorschriften hinsichtlich deren Bestellung und Praxis.

III. Verschiedene Notararten

In England und Wales gibt es etwa 850 praktizierende Notare, von denen die meisten unabhängig und auf eigene Rechnung arbeiten. Sie sind in vielen Städten Englands und Wales zu finden.

Etwa 30 Notare, die hauptsächlich in der City of London arbeiten, führen historisch bedingt eine andere Berufsbezeichnung⁷

⁶ Siehe Regel 3.2 der *Notaries Practice Rules* von 2014 sowie § 7 des *Public Notaries Act* von 1843.

⁷ Grund dafür war eine Verordnung des Lordkanzlers von 1619, die die Zuweisung von Amtssitzen, die sich in einem Umkreis von drei Meilen um die *Bank of England* befanden, lediglich einem Mitglied der mittelalterlichen Zunft der „*Worshipful Company of Scrivener Notaries*“ erlaubte (vgl. Ziff. 20 der *Ordinances* der *Worshipful Company of Scrivener Notaries* von 1619). Diese territoriale Einschränkung wurde endlich durch den *Access to Justice Act* von 1999 aufgehoben.

¹ Robert Turner M. A. (*Cantab*) LL.D., FCIM „*The English Notary*“.

² Siehe www.facultyoffice.org.uk.

³ N.P. Ready, *Brooke's Notary*, 14. Ausgabe, Abschnitt 1.01.

⁴ Regel 3.2 der *Notaries Practice Rules* von 2014 (Dienstordnung für die Notare).

⁵ Derzeit ist dies *Charles George, QC*.

und werden *Scrivener Notaries* genannt. Sie haben sich zu Kanzleien verschiedener Art und Größe zusammengeschlossen. *Scrivener Notaries* sind zwangsweise Mitglieder der im Mittelalter gegründeten *Worshipful Company of Scrivener Notaries*⁸ und müssen vor ihrem Vereinsbeitritt zusätzliche Prüfungen ablegen,⁹ z. B. Fremdsprachenkenntnisse. Diese zusätzlichen Prüfungen haben aber keinen Einfluss auf die rechtliche Stellung, diese ist heutzutage gleich (siehe unten). Gemäß § 15 der *Notaries Practice Rules* von 2014 ist der Titel „*Scrivener Notary*“ gesetzlich geschützt. Ein Notar darf diesen Titel nur führen, wenn er die Anforderungen der *Scriveners (Qualifications) Rules* von 1998 erfüllt. Diese Regeln werden aufgrund der Satzung der *Worshipful Company of Scrivener Notaries* erlassen und bilden die Grundlage für den Vereinsbeitritt, sie sind jedoch kein Gesetz.

Im Zuge verschiedener Gesetzesreformen wurde die rechtliche Stellung der beiden Notararten angeglichen, sodass es heute praktisch keinen Unterschied mehr gibt. Man spricht inzwischen vom Amt des *notary public*, der dieselben Befugnisse und Funktionen in ganz England und Wales ausüben darf.¹⁰ **Es ist daher wichtig anzumerken, dass die Amtshandlungen und Urkunden aller Notare (gleichgültig ob *Scrivener Notary* oder nicht) nach den Gesetzen von England und Wales nunmehr dieselbe Anerkennung, Gültigkeit und Wirkung genießen.** Die Annahme, dass lediglich ein *Scrivener Notary* aufgrund seiner juristischen Ausbildung und unabhängigen Stellung befugt ist, eine Existenz- und Vertretungsbescheinigung zu erstellen,¹¹ ist nicht mehr korrekt. In der Rechtsprechung geht man davon aus, dass der Nachweis in der Form einer Bescheinigung von einem englischen Notar erbracht werden darf, solange diese Bescheinigung den strengen Anforderungen der Registergerichte¹² entspricht.

Alle Notare sind für ihre Zulassung demselben Prüfungssystem unterworfen, ste-

hen unter der Dienstaufsicht des *Faculty Office* und haben dasselbe Verfahrensrecht¹³ zu beachten.

Es gibt weder Beschränkungen hinsichtlich der Anzahl der Notare, die sich beruflich qualifizieren können und damit bestellt werden dürfen, noch besteht eine obere Altersgrenze, bei deren Erreichen das Amt des Notars erlischt. Weiterhin gibt es auch keine Gebührenordnung, nach der Notarkosten zu erheben bzw. zu berechnen sind.

IV. Ausbildung und Zulassung

Die Voraussetzungen für die berufliche Zulassung sind in den *Notaries (Qualification) Rules* von 2017 festgelegt. Bewerber um das Notaramt müssen entweder bereits zu einem der anderen rechtsberatenden Berufe zugelassen sein oder über einen Universitätsabschluss einer anerkannten Universität verfügen.¹⁴ Außerdem sind angemessene Kenntnisse in sieben Kernbereichen nachzuweisen:¹⁵ (i) öffentliches Recht und Verfassungsrecht, (ii) Sachen- und Immobilienrecht, (iii) Vertragsrecht, (iv) das Recht der Europäischen Union, (v) das Recht der *Equity* (Billigkeitsrecht) und Trust-Recht, (vi) Gesellschaftsrecht sowie (vii) Erbrecht.

Eine Befreiung von der Prüfung in diesen Fachbereichen steht dem Bewerber zu, wenn er innerhalb der letzten fünf Jahre unmittelbar vor seinem Antrag auf Zulassung ein Jurastudium erfolgreich abgeschlossen hat oder bereits als Rechtsanwalt in einer Anwaltskanzlei tätig war.

Sobald diese akademischen Grundvoraussetzungen erfüllt sind, dürfen Bewerber die nächste Phase der Berufsausbildung angehen. Diese besteht aus der zweijährigen notariellen Fachprüfung an der Londoner Hochschule, dem *University College of London* (UCL).¹⁶ Im ersten Jahr umfasst der Prüfungsstoff das römische Recht und das internationale Privatrecht, im zweiten Jahr geht es um den gesamten Bereich der notariellen Amtstätigkeit.¹⁷

Nach Abschluss der akademischen und beruflichen Ausbildungsphasen muss ein Bewerber den sogenannten *Office Practice Course* (die Praxisausbildung) absolvieren, damit gewährleistet ist, dass er mit der notariellen Berufspraxis hinreichend vertraut ist.¹⁸

Die Bestellung erfolgt auf Antrag.¹⁹ Dem Antrag beizufügen sind ein *certificate of fitness* (Unbedenklichkeitsbescheinigung) und ein *certificate of good character* (Führungszeugnis), die dazu dienen, die Eignung des Bewerbers für das Amt des Notars zu belegen. Neu bestellte Notare sind verpflichtet, eine zweijährige *Supervision Period* (ähnlich dem nach § 7 BNotO vorgeschriebenen Anwärterdienst) unter der Betreuung eines Notars, der mindestens fünf Jahre Berufserfahrung hat, zu absolvieren.²⁰

Notare sind verpflichtet, sich ständig fortzubilden. Dies kann z. B. durch die Teilnahme an notarspezifischen Veranstaltungen (bspw. Vorträge, Seminare, Workshops oder Online-Kurse, die von der *Notaries Society* oder anderen Anbietern organisiert werden), das Lesen/Schreiben von Artikeln oder den Besuch von Konferenzen erfolgen. Die Aufsichtsbehörde hat in den *Notaries (Continuing Professional Education) Regulations* von 2010 Regelungen über den erforderlichen Umfang der Fortbildung festgelegt.

V. Amtstätigkeiten

Notare in England und Wales haben eine ausschließliche Zuständigkeit im Urkundenverkehr für Wechselproteste (§ 51 Abs. 7 des *Bills of Exchange Act* von 1882) und für die Beglaubigung von Übersetzungen (vgl. § 103 der *Merchant Shipping (Registration of Ships) Regulations* (Verordnung über die Eintragung von Handelsschiffen) von 1993 und § 3.1(b) der *Practice Direction 7A der Family Procedure Rules* (Zivilprozessordnung in Familienangelegenheiten)). Zudem kann die Beurkundung von Vollmachten und Willenserklärungen, die im Ausland verwendet werden sollen, ausschließlich durch einen Notar vorgenommen werden.

Neben dieser ausschließlichen Zuständigkeit im Urkundenverkehr sind Notare gemäß dem LSA auch gemeinsam mit *solicitors* (Rechtsanwälten) berechtigt, fol-

⁸ Regel 15 der *Notaries Practice Rules* von 2014.

⁹ Die Studien- und Prüfungsordnung ist in den *Scriveners (Qualifications) Rules* von 1998 enthalten.

¹⁰ Vgl. § 57 Abs. 1 des *Courts and Legal Services Act* von 1990.

¹¹ So zu Unrecht DNotI-Abrufgutachten Nr. 118674, Nr. 123756 und Nr. 127353; LG Berlin, Beschl. v. 22.6.2004 – 102 T 48/04 = ZIP 2004, 2830.

¹² Vgl. OLG Hamm, Beschl. v. 21.7.2006 – 15 W 27/06; KG Berlin, Beschl. v. 20.4.2010 – 1 W 164-165/10, Rn 15; OLG Nürnberg, Beschl. v. 25.3.2014 – W 381/14.

¹³ <http://www.facultyoffice.org.uk/notary/the-faculty-office-as-regulator-of-the-notarial-profession>.

¹⁴ Regel 3.3 der *Notaries (Qualification) Rules* 2017; in diesem Zusammenhang ist die Zulassung als *barrister-at-law*, *solicitor* oder *Chartered Legal Executive* gemeint.

¹⁵ Regel 7.1 der *Notaries (Qualification) Rules* 2017.

¹⁶ Diese wird von der juristischen Fakultät der UCL durchgeführt; siehe <https://www.laws.ucl.ac.uk/study/continuing-professional-development/notarial-practice-course>.

¹⁷ Vgl. Abs. 9 ff. von Anh. 2 zu Regel 2 der *Notaries (Qualification) Rules* von 2017.

¹⁸ Regel 10.5 der *Notaries (Qualification) Rules* von 2017.

¹⁹ Regel 9.1 der *Notaries (Qualification) Rules* von 2017.

²⁰ Regel 3(3) i. V. m. 4(1) der *Notaries (Post-Admission) Rules* von 2009.

gende Tätigkeiten vorzunehmen: die Nachlassverwaltung, die Übertragung von Grundstücken und die Abnahme von Eiden und eidlichen Vernehmungen. Aufgrund seiner Unabhängigkeit und Unparteilichkeit ist es einem Notar jedoch untersagt, vor dem Gericht im Namen eines Prozessbeteiligten aufzutreten (Prozessführung).

Unparteilichkeit ist eines der wichtigsten Merkmale der notariellen Tätigkeiten und stellt eine direkte Verbindung zu den Ursprüngen des Berufs im Zivilrecht/römischen Recht dar, die sich in unserem Rechtssystem, d. h. dem durch richterliche Entscheidungen weiterentwickelten *Common Law*, bewährt haben. Bei der Ausführung seiner Amtstätigkeiten hat der Notar den allgemeinen Grund- und Sorgfaltspflichten²¹ gegenüber allen Rechnung zu tragen, die sich berechtigterweise auf die von ihm beurkundeten Vorgänge verlassen könnten.²²

Den Großteil ihrer Arbeit leisten Notare aber im grenzüberschreitenden Rechtsverkehr und in der Authentifizierung mehrsprachiger Dokumente, die im Ausland verwendet werden sollen. Der *Notarial Practice Course* ist also speziell entwickelt worden, um Notare auf die internationale Rechtspraxis vorzubereiten. Darum wird eine starke Betonung auf das römische Recht, die Anforderungen an öffentliche Urkunden in verschiedenen Ländern und das internationale Privatrecht gelegt.

Im *Notarial Practice Course* werden Notare auch in Bezug auf die Bedeutung der persönlichen Anwesenheit der Beteiligten geschult und darin, sich von der Identität der vor ihnen Erschienenen, deren Geschäftsfähigkeit und gegebenenfalls deren Vertretungsbefugnis sowie deren Verständnis und Willensfreiheit gewissenhaft zu überzeugen.

VI. Prüfung und Überwachung der Amtsführung

Alle Notare müssen sich der regelmäßigen Prüfung und Überwachung unterziehen²³ und können jederzeit von einem oder mehreren vom *Master of the Faculties* mit der Durchführung der Prüfung Beauftragten überwacht werden.

²¹ Siehe Regel 4.2 der *Notaries Practice Rules* von 2014 in Bezug auf allgemeine Prinzipien.

²² Siehe Regel 7.6 der *Notaries Practice Rules* von 2014.

²³ *Notaries Inspections Regulations* von 2014 (Regeln zur Inspektion von Notaren).

Notare, die Geldbeträge auf einem Mandanten- bzw. Notaranderkonto verwahren, sind verpflichtet, jedes Jahr der Aufsichtsbehörde geprüfte Jahresabschlüsse vorzulegen.

Für die Ausstellung der Berufsausübungserlaubnis ist zu Beginn des neuen Dienstjahres ein Nachweis über die gemäß Regel 6.1 der *Notaries (Practising Certificate) Rules* von 2012 vorgeschriebene Berufshaftpflichtversicherung vorzulegen.²⁴

VII. Urkundssprache und Fremdsprachenkenntnisse

Grundsätzlich sind alle Urkunden in der englischen Sprache zu errichten,²⁵ es sei denn, dem Notar scheint die Ausstellung der Urkunde in einer Fremdsprache geboten und er ist dieser Sprache hinreichend kundig. Ein Notar darf außerdem einen Beglaubigungsvermerk zu einer Privaturkunde, die nicht auf Englisch abgefasst wurde, nur ausstellen, wenn er sich von deren Bedeutung überzeugt hat.²⁶ Denn nur dadurch kann abgewogen werden, ob Gründe für die Verweigerung der Amtstätigkeit bestehen.

Diese Vorschriften bedeuten natürlich, dass Notare in der Lage sein müssen, die Sprache zu verstehen, in der das Dokument abgefasst ist, damit es erklärt werden kann. Ist dies nicht der Fall, muss in der Regel eine professionelle Übersetzung eingeholt werden. Viele Notare in England und Wales verfügen aber über Fremdsprachenkenntnisse, was für den grenzüberschreitenden Rechtsverkehr von großem Vorteil ist.

VIII. Englische notarielle Urkunden in Deutschland und deren Beweiskraft

Eine notarielle Urkunde begründet nach den Gesetzen von England und Wales den vollen Beweis der beurkundeten Vorgänge bzw. bescheinigten Tatsachen.²⁷ Diese Beweiskraft erstreckt sich nicht auf Urkunden, die von anderen Mitgliedern der juristischen Berufe erstellt werden. Nach deutschem Recht gilt die Urkunde

²⁴ Die Mindestversicherungssumme beträgt derzeit 1 Mio GBP.

²⁵ Regel 12.1 der *Notaries Practice Rules* von 2014.

²⁶ Regel 12.3 der *Notaries Practice Rules* von 2014.

²⁷ Regel 32.20 der *Civil Procedure Rules* (Zivilprozessordnung) von 2005; die Anfechtung wegen Nichteinhaltung der anwendbaren Beurkundungsvorschriften ist dennoch zulässig.

eines englischen Notars als eine „*ausländische öffentliche Urkunde*“ i. S. d. § 415 ZPO, wenn sie gemäß § 438 Abs. 2 ZPO legalisiert worden ist. Da das Vereinigte Königreich und die Bundesrepublik Deutschland das Haager Übereinkommen vom 5.10.1961 zur Befreiung ausländischer öffentlicher Urkunden von der Legalisation ratifiziert haben, genügt es, anstelle der Legalisation durch einen Konsul oder Gesandten des Bundes die englische Urkunde mit einer Apostille zu versehen.²⁸

IX. Commissioners for Oaths (Eidesabnahmeberechtigte)

Die Abnahme eines Eides gilt als „*reserved legal activity*“ (gesetzlich geschütztes Rechtsgebiet) im Sinne des LSA.²⁹ Zuständig dafür sind lediglich die nach § 12 Abs. 1 lit. f LSA befugten Amtsträger, darunter fallen insbesondere sowohl der *solicitor* als auch der *notary public*.³⁰ Historisch bedingt sind diese berechtigt, auch den Titel „*Commissioner for Oaths*“ zu führen.³¹ Neben seiner Vereidigungsbefugnis als „*Commissioner for Oaths*“ ist der englische oder walisische Notar selbst kraft seiner Stellung berechtigt, weil die Abnahme eines Eides oder einer eidesstattlichen Versicherung als notarielle Tätigkeit gilt.³² Hierbei gelten verschiedene Verfahrensordnungen, je nachdem, in welcher Eigenschaft der Amtsträger handelt.³³

Der Affidavit wird überwiegend als Beweismittel in einem gerichtlichen Verfahren gebraucht, um Wahrnehmungen oder Umstände zu beweisen, die sonst durch Vernehmung im Verfahren bewiesen werden müssten. Eine Versicherung an Eides statt (*statutory declara-*

²⁸ Art. 3 Abs. 1 Haager Übereinkommen.

²⁹ Ziff. 8, Anh. 2 zu § 12 LSA.

³⁰ Vgl. Ziff. 1 Abs. 2, Anh. 4 zu § 20 LSA i. V. m. § 20 Abs. 6 LSA.

³¹ Bis vor einer Gesetzesreform im Jahr 1990 bestellte der britische Lordkanzler Personen, die ihm geeignet erschienen bzw. bereits als Rechtsanwälte zugelassen waren, zum Amt des „*Commissioner for Oaths*“. Eine unmittelbare Bestellung gibt es nicht mehr. Die nach § 12 Abs. 1 lit. f LSA befugten Personen bekleiden das Amt nun *ex officio*.

³² Vgl. *Ready, Brooke's Notary*, 14. Aufl., Kap. 9.

³³ Ein Notar hat die Vorschriften der *Notaries Practice Rules* von 2014 und den offiziellen Verhaltenskodex zu beachten. Der „*Commissioner for Oaths*“ folgt den Bestimmungen des *Commissioner for Oaths Act* von 1889 bzw. 1891 sowie der englischen *Civil Procedure Rules* von 2005.

tion) dient eher der Glaubhaftmachung bestimmter Tatsachen oder Gegebenheiten, die sonst nicht nachgewiesen werden könnten (z. B. der Personenstand).

Ob im Fall eines für das Ausland bestimmten Eides die Vereidigung durch einen „Commissioner for Oaths“ oder einen Notar vorzunehmen ist, richtet sich in der Regel nach der *lex fori*. Im südafrikanischen Verfahrensrecht sind z. B. die Aufgaben der im Inland zur Abnahme eines Eides berechtigten Behörde des „Commissioner of Oaths“³⁴ durch jemanden zu erfüllen, der nach Vorbildung und Stellung im eigenen Rechtsleben eine der Tätigkeit des südafrikanischen Notars entsprechende Funktion ausübt.³⁵

X. Die Notaries Society

Die *Notaries Society* (1882 gegründet) vertritt etwa 800 Notare in England und Wales und ist mit einer deutschen Notarkammer zu vergleichen. Ein Anspruch auf Mitgliedschaft steht allen ordnungsgemäß bestellten Notaren zu. Der Aufgabenkreis der *Society* umfasst die Fortbildung von Notaren, die Vertretung der Mitglieder im internationalen Raum, die Erstellung von Gutachten und Praxishinweisen sowie das Aussprechen von Empfehlungen für die von der Aufsichtsbehörde erlassenen Richtlinien und Verhaltenskodexe. Die Organe der *Society* sind die Generalversammlung und der Rat, an dessen Spitze ein/e Prä-

sident/in steht, der/die das Amt zwei Jahre bekleidet. Außerdem gibt es noch drei Schriftführer/innen und eine/n Schatzmeister/in.³⁶

Michael Lightowler, LL.B., ist Notar mit Amtssitz in Brentwood, FANZCN, Ratsmitglied und ehemaliger Präsident der *Notaries Society* von England und Wales.
E-Mail: ml@notaryservices.co.uk

David Wheatley, BA (Hons.), Pg.Dip. Law, ist Notar mit Amtssitz in London.
E-Mail: david@vnotaries.co.uk

³⁴ Trotz des fast gleichlautenden Namens ist dieses Amt nicht mit dem englischen und walisischen „Commissioner for Oaths“ zu verwechseln.

³⁵ Vgl. Government Notice R1872 vom 12.9.1980; in England und Wales kommt daher lediglich der Notar in Betracht.

³⁶ Siehe www.thenotariessociety.org.uk.



nachrichten

Nachrichten

EU-Kommission: Company Law Package

Die Kommission hatte die Veröffentlichung ihres „EU Company Law Package“ ursprünglich für den 29.11.2017 angekündigt. Die Veröffentlichung wurde nun auf den 16.1.2018 verschoben.

Studienreise zur Modernisierung (insbes. Digitalisierung und Selbstverwaltung) des usbekischen Notariats

Vom 11. bis 15.12.2017 fand eine von der IRZ organisierte Studienreise einer usbekischen Delegation nach Berlin und Dres-

den statt. Neben dem maßgeblich von der Bundesnotarkammer gestalteten Fachprogramm stand auch ein Besuch beim Deutschen Notarverein an, bei dem insbesondere über die berufspolitische Arbeit eines Verbandes gesprochen wurde.

Termine

Aktuelle Entwicklungen und Fragestellungen bei der Patientenverfügung

Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Zeit: 19.1.2018, 16:00 Uhr

Ort: Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Fürstengraben 27, 07743 Jena

Referent: Notar *Dr. Thomas Renner*, Erfurt

Kontakt: Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität, Carl-Zeiss-Str. 3, 07743 Jena, Tel.: 03641 9-42510, Fax: 03641 9-42512, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de

Das neue Gebührenrecht
für Notare
Einführung, Synopse, Erläuterungen.

BeurkG
DONot
Kommentar

Urkundenabwicklung
von A-Z
Mitarbeiterleitfaden

literatur

Erbbauerecht für Praktiker

Harald Wilsch, NotarFormulare Erbbauerecht, Muster – Verträge – Erläuterungen, Deutscher Notarverlag, 1. Aufl. 2016, 384 Seiten, 79,00 EUR, ISBN 978-3-940645-96-8.

Das Erbbauerecht ist ein in der zivilrechtlichen Literatur nur wenig beachtetes Rechtsgebiet. Dies gilt umso mehr für Formularbücher zum Thema. Das ist misslich, da Erbbaurechte in Zeiten eines knappen Wohnungsmarktes zunehmend an Bedeutung gewinnen. Umso erfreulicher ist es, dass in der Reihe NotarFormulare des Deutschen Notarverlags ein Werk von *Harald Wilsch*, Bezirksrevisor am Grundbuchamt München, erschienen ist.

Das Werk ist mit 384 Seiten in DIN A5 angenehm übersichtlich und kompakt, behandelt das Thema aber gleichwohl für den Praktiker umfassend.

Nach einem kurzen historischen und wirtschaftlichen Überblick zum Erbbauerecht, einschließlich einer kurzen Übersicht zum altrechtlichen Erbbauerecht nach den §§ 1012 ff. BGB a. F. folgen Kapitel zur Begründung, Übertragung, Inhaltsänderung, Verlängerung, Belastung, Erbbauzinsanpassung, Teilung, Vereini-

gung und Beendigung von Erbbaurechten sowie ein Kapitel zur Begründung von Wohnungs-/Teilerbbaurechten.

Die einzelnen Kapitel enthalten jeweils ausführliche Erläuterungen, kurze Formulierungsbeispiele und ausführliche Muster sowie je eine Checkliste und Kostenhinweise.



Die Muster umfassen alle relevanten Bereiche des Erbbauerechts, sogar für die Gestaltung des Grundbuchblattes finden sich entsprechende Muster. Meist sind verschiedene alternative Formulierungs-

vorschläge und Klauseln dargestellt, so dass die Muster unterschiedlichste Fälle abdecken.

Zusätzlich sind alle Muster als Dateien auf der beiliegenden CD gespeichert (durch CD-Symbol auch im Text neben dem Muster gekennzeichnet). Eine zusätzliche Übersicht über alle Muster erleichtert das schnelle Auffinden.

Die Erläuterungen sind durchweg schlüssig strukturiert und treffen den für die Praxis richtigen Grad an Tiefgang. Man findet sich im Buch daher sehr schnell zurecht. Zahlreiche Beispiele, oft stichpunktartig aufgezählt, erleichtern die Subsumtion des eigenen Falles. So wird etwa aufgezählt, was alles unter den erbbauerechtlichen Begriff des Bauwerks fällt, von B wie Bergwerksschacht über F wie Flusswehr, K wie Kanalisationsanlagen, V wie Viadukte bis W wie Wohnhäuser.

Der Autor zeigt Probleme und deren Lösungen auf, verliert sich aber nicht in weit-schweifenden Diskussionen. Mit durchgehend verwendeten Fußnoten sind gleichwohl alle relevanten Aussagen wissenschaftlich belegt und entsprechend auch Vertiefungsmöglichkeiten aufgezeigt. Denn als allumfassendes Nachschlagewerk zum Erbbauerecht ist das Formularbuch nicht konzipiert.

Insgesamt ein gelungenes Werk, das jedem Notar, der mit Erbbaurechten in Berührung kommt, ans Herz gelegt sei.

[Notar Christian Esbjörnsson, Rosenheim](#)

Gesellschaftsrecht von Praktikern für Praktiker

Sebastian Herrler (Hrsg.), Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, C. H. Beck, 2017, 2432 Seiten, 249,00 EUR, ISBN 978-3-406-65171-7.

Zugegeben, meine erste Reaktion war: „Noch eins?“ Denn neben diversen Kommentaren, Hand- und Formularbüchern zum Gesellschaftsrecht sind mit dem „Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht“ (Hrsg. Hauschild/Kallrath/Wachter), dem „Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht“ (Hrsg. Eckhardt/Hermanns)

sowie „Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts“ (Hrsg. Wachter) bereits drei auf die notarielle Praxis zugeschnittene Werke auf dem Markt. Gleichwohl kann ich die Anschaffung des „Herrler“ Notaren und allen im Gesellschaftsrecht tätigen Praktikern nur empfehlen. Meine Antwort auf die eingangs gestellte Frage lautet also: „Ja, das auf jeden Fall noch!“

Das fast zweieinhalbtausend Seiten starke Werk startet klassisch mit Überlegungen

zur Rechtsformwahl. Auf den ersten Blick systematisch etwas deplatziert wirken die hier verorteten Ausführungen zu den Folgen des *Brexit*. Indes liegt dies sicher daran, dass dieser Teil angesichts des unerwarteten Ausgangs des Referendums erst „in letzter Minute“ (so Herrler in seinem Vorwort) aufgenommen worden ist. Inhaltlich sind die Ausführungen eine wertvolle Hilfe in der Praxis bei der Beratung vom *Brexit* betroffener Unternehmen, u. a. aufgrund der Darstellung der Behandlung der im Ver-



einigten Königreich vorzunehmenden Schritte bei der grenzüberschreitenden Umwandlung sowie der zur Verfügung gestellten Muster.

Generell sind die Muster, die über einen Link heruntergeladen werden können, eine der großen Stärken des Buches. Einzelne Formulierungsbeispiele finden sich zum einen direkt im Zusammenhang der systematischen Darstellung, wobei kaum einmal ein paar Seiten ohne Muster „vergehen“ – die „Musterdichte“ ist erfreulicherweise sehr groß. Zum anderen finden sich am Ende auf über dreihundert Seiten Gesamtmuster, die das gesamte Spektrum des Buches abdecken.

An die Fragen der Rechtsformwahl schließt sich in den folgenden Kapiteln eine Darstellung der einzelnen Rechtsformen an, die ca. die Hälfte des Buches ausmacht. Darin finden sich nach einer kurzen Behandlung der Charakteristika der jeweiligen Rechtsformen (einschließlich der ebenfalls kursorisch dargestellten steuerlichen Grundzüge) und den typischen Einsatzgebieten der Gesellschaftsform in der Praxis ausführliche Darstellungen zu sämtlichen Themen, mit denen der Notar im Gesellschaftsrecht in Berührung kommt. In den weiteren Kapiteln finden sich Ausführungen zum Konzernrecht, zum Umwandlungsrecht, zum Unternehmenskauf und zur Unternehmensnachfolge, zum Verfahrensrecht, zu Sachverhalten mit Auslandsberührung sowie zur Bilanzierung. Angesichts dieses Umfangs kann eine Besprechung natur-

gemäß nur ein Schlaglicht auf einzelne Punkte werfen.

Herausgegriffen sei zunächst die relativ breiten Raum einnehmende Besprechung der GbR. Diese beschränkt sich nicht auf die reinen gesellschaftsrechtlichen Kernthemen, es wird z. B. – entsprechend dem in der notariellen Praxis wohl am häufigsten vorkommenden Berührungspunkt mit dieser Gesellschaftsform – ausführlich auf die grundbesitzende GbR eingegangen. Bei sämtlichen Gesellschaftsformen werden u. a. auch die erbrechtlichen Implikationen angesprochen und die dazu entwickelten Lösungen anschaulich dargestellt. Das GmbH-Recht ist ausführlich besprochen mit einer Vielzahl von Mustern nicht nur für die notarielle Praxis: Neben den notariell zu beurkundenden Beschlüssen auch Muster rund um die Gesellschafterversammlung (Einladungen etc.), zudem findet sich ein Muster eines Anstellungsvertrags eines Fremdgeschäftsführers. Bei der AG werden die Themen der notariellen Tätigkeit gekonnt und auch für den Anfänger geeignet dargestellt.

Besonders hilfreich ist aus meiner Sicht das Kapitel zum Verfahrensrecht, in dem die Themengebiete „Beurkundungsverfahren“, „Registerrecht“, „Insolvenzrecht“ sowie „Minderjährige, Genehmigung und Vollmachten“ behandelt werden. Als klassische Querschnittsmaterien finden sich hier selbstverständlich einige Punkte, die bereits im Rahmen der anderen Kapitel angesprochen werden (z. B. Muster Gründungsvollmacht, Geschäftsführerversicherung). Den Preis der Doppelung überwiegt aber der Vorteil, zeitraubendes Blättern und Suchen nach anderen Stellen im Buch

zu sparen. In dem Block „Beurkundungsverfahren“ finden sich u. a. die wesentlichen Fragen der notariellen Praxis zu Anlagen (insbesondere zu Unternehmenskaufverträgen, Datenraum-DVDs), fremdsprachige Beurkundungen, die Problematiken rund um § 181 BGB sowie zur Formbedürftigkeit und Mehrheitserfordernissen beim Abschluss von Unternehmensverträgen beantwortet. Auch der Teil zu Minderjährigen bietet einen einfachen Zugriff auf diesen Themenkomplex, der sich sonst häufig erst nach einigem Suchen erschließt.

Angesichts der zunehmenden Internationalisierung ebenfalls hilfreich ist das Kapitel zur Auslandsberührung, in dem einerseits das Internationale Privatrecht und andererseits Grundzüge ausländischer Gesellschaften dargestellt werden.

Ausbaufähig sind aus meiner Sicht die Querverweise innerhalb des Buches. So könnte häufiger in den Einzeldarstellungen auf die Gesamtmuster verwiesen werden, dasselbe gilt auch für die verschiedenen Kapital untereinander (z. B. könnte aus der Darstellung der GAV im „Konzernrecht“ auf das Kapitel „Beurkundungsrecht“ verwiesen werden, in dem Mehrheitserfordernisse und Formbedürftigkeit übersichtlich dargestellt sind).

Zusammenfassend ist der „Herrler“, ein Buch von Praktikern für Praktiker, der sich sowohl für Einsteiger als auch für erfahrenere Berater eignet und uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden kann.

Notarassessor Dr. Stefan Daniel Josef Schmitz, Berlin