

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

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

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

**8/2005**

Dezember  
Seiten 153-176

## Inhalt

### Abhandlungen

#### *Mauch*

Änderungen im Gebührenanteilsrecht  
der Notare im Landesdienst durch  
das Gesetz zur Änderung des LJKG und  
des LFGG vom 28. Juli 2005, GBl. S. 580 . . . 153

#### *Böhringer*

Die Gebührengläubigerschaft  
der Amtsnotare in gesellschaftsrechtlichen  
Angelegenheiten des § 11 LJKG . . . . . 163

**Rechtsprechung** . . . . . 170

**Buchbesprechungen** . . . . . 175

## Änderungen im Gebührenanteilsrecht der Notare im Landesdienst durch das Gesetz zur Änderung des LJKG und des LFGG vom 28. Juli 2005, GBl. S. 580

Bezirksnotar Frank Mauch, Stuttgart/Dunningen\*

### A. Historische Entwicklung des Gebührenanteilsrechts seit 1971

1. Tabelle gesetzlicher Änderungen
2. Reformüberlegungen in den Jahren 1990 bis 2000
  - 2.1 Beratende Äußerung des Rechnungshofs vom November 1990 zum Notariatswesen in Baden-Württemberg
  - 2.2 Bericht zur Strukturreform im baden-württembergischen Amtsnotariat vom 13. März 1998
  - 2.3 Beratende Äußerung des Rechnungshofs vom Mai 2000 über die Notariatsreform in Baden-Württemberg
3. Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 28. Juli 2005

### B. Wesentliche Änderungen im Gebührenanteilsrecht zum 1. Januar 2006 durch das Gesetz vom 28. Juli 2005

1. Gebührengläubigerschaft, § 10 LJKG n.F.
  - 1.1 Regelungsübersicht
  - 1.2 Hintergrund der Regelungen in § 10 Abs. 2 LJKG n.F.
  - 1.3 Anwendung des § 10 Abs. 2 LJKG n.F. in der Praxis
2. Einzeländerungen im Rahmen der §§ 12 bis 13 a LJKG n.F.
  - 2.1 Badisches Rechtsgebiet, § 12 LJKG n.F.
  - 2.2 Württembergisches Rechtsgebiet, §§ 13, 13 a LJKG n.F.
3. Festsetzung von Staats- und Notaranteilen durch Verwaltungsakt, § 14 LJKG n.F.

### A. Historische Entwicklung des Gebührenanteilsrechts seit 1971

#### 1. Tabelle gesetzlicher Änderungen

Seit dem Jahre 1971 ist das vormals in verschiedene Gesetze und Rechtsverordnungen zersplittert gewesene Gebührenanteilsrecht der Notare im Landesdienst zusammenfassend

\* Geringfügig überarbeitetes Skript zu der Sonderveranstaltung der Notar-akademie Baden-Württemberg „Das neue Landesjustizkostengesetz“ am 24. Oktober 2005 in Stuttgart, am 27. Oktober 2005 in Baden-Baden und am 2. November 2005 in Rottweil.

Der Verfasser ist Referent im Justizministerium Baden-Württemberg. Die nachfolgenden Ausführungen geben seine persönliche Sicht wieder und sind nicht als Verlautbarung des Justizministeriums zu verstehen.

geregelt im Dritten und Vierten Abschnitt des Landesjustizkostengesetzes (LJKG). Durch das Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28. Juli 2005 (GBl. S. 580) kommt es ab 1. Januar 2006 zu einer weiteren Zusammenfassung der Normen im Dritten Abschnitt (§§ 10 bis 16) des LJKG sowie zu einer fast vollständigen Neufassung der Vorschriften. Nachdem aber das „neue“ Recht in weiten Teilen eine Fortschreibung der bisherigen Normen darstellt, werden für seine Auslegung weiterhin die Materialien und die Rechtsprechung zu den vorausgegangenen Gesetzen von Bedeutung sein. Die nachfolgende Tabelle gibt eine historische Übersicht der Entwicklung des Gebührenanteilsrechts der Notare im Landesdienst seit 1971:

<p>Landesjustizkostengesetz vom 30. März 1971, GBl. S. 96.</p> <p>LT-Drucksache V-2785 vom 26.06.1970, S. 4 – 8, 19 f.</p> <p>Haegle, Einzelfragen zum Landesjustizkostengesetz, BWNNotZ 1971, 164.</p>	<p>in Kraft am 01.01./01.04.1971</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Dritter Abschnitt (§§ 8, 9) tritt an die Stelle des badischen Gesetzes über die wandelbaren Bezüge der Notare vom 17.07.1902, GVBl. S. 183. Gleichzeitig Kürzung der Notaranteile an 5.000 DM im Rechnungsjahr übersteigenden Verwahrungsgebühren von bislang 50 % auf 10 % (§ 9 Abs. 8 Satz 2 LJKG).</li> <li>• Vierter Abschnitt (§§ 10 bis 14) tritt an die Stelle von                     <ul style="list-style-type: none"> <li>– Artikel 14, 95 Abs. 1 Satz 3, 96 des württ. AGBGB v. 29.12.1931, Reg.Bl. S. 545,</li> <li>– Artikel 28 bis 31 der württ. Notariatskostenordnung vom 20.12.1926, Reg.Bl. S. 302,</li> <li>– der VO der Landesregierung über den Gebührenbezug der Bezirksnotare aus dem öffentlichen Notariat vom 17.09.1957, GBl. S. 119,</li> <li>– §§ 3, 4, 5, 6 Abs. 2 u. 3, 12 Abs. 3, 13 Abs. 3 und 15 Abs. 3 Satz 2 der VO des JuM über die Dienstvorschriften für die Bezirksnotariate vom 27.10.1932, ABI. S. 321.</li> </ul> </li> </ul>
---	--------------------------------------	---

<p>§ 52 Nr. 2 bis 10 des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit (LFGG) vom 12. Februar 1975, GBl. S. 116, 126.</p> <p>LT-Drucksache 6/5462 vom 18.06.1974, S. 21 – 24, 73 – 75;</p> <p>LT-Drucksache 6/6511, S. 21 – 25.</p>	<p>in Kraft am 01.01./01.07.1975</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Redaktionelle Anpassungen an das neue LFGG.</li> <li>● Verbesserungen für die Notare im Landesdienst im badischen Rechtsgebiet: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Erhöhung des Mindestgebührenanteils von 1 DM auf 2 DM (§ 9 Abs. 3 LJKG),</li> <li>– Abschaffung der sog. Zehnmarkgrenze für Gebührenanteile zwischen 3.000 DM und 6.000 DM im Rechnungsjahr (§ 9 Abs. 5 LJKG a.F.),</li> <li>– Privilegierung von Verträgen über Handelsgesellschaften (§ 9 Abs. 8 LJKG) und für bei Errichtung einer Verfügung von Todes wegen anfallenden Gebühren nach § 58 KostO (§ 9 Abs. 9 LJKG).</li> </ul> </li> <li>● Änderungen für die Notare im Landesdienst im württembergischen Rechtsgebiet: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Regelung, dass die Notare bei bestimmten gemischt „amtlich-öffentlichen“ Geschäften die Hälfte der Auslagen erhalten (§ 11 Abs. 6 Satz 2 LJKG);</li> <li>– Erstreckung der Regelung in § 14 Abs. 2 LJKG a.F. auf das hohenzollerische Rechtsgebiet (Notare mit Beurkundungsbeschränkungen, § 11 Abs. 8 LJKG);</li> <li>– für das Gebührenbezugsrecht der Notarvertreter wird nicht mehr auf die Gehilfenstellung abgestellt, sondern darauf, ob die Vertretung kurz- oder längerfristig ist (§ 14 Abs. 2 LJKG).</li> </ul> </li> </ul>
<p>Bekanntmachung der Neufassung des Landesjustizkostengesetzes vom 25. März 1975, GBl. S. 261, ber. S. 580.</p>	<p>—</p>	<p>—</p>
<p>Artikel 1 Nr. 2 bis 4 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und anderer Gesetze vom 7. April 1981, GBl. S. 217.</p> <p>LT-Drucksache 8/780 vom 11.12.1980, S. 7 f.;</p> <p>LT-Drucksache 8/1098, S. 2, 5, 7 f.</p>	<p>in Kraft am 01.01./01.07.1981</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Erhöhung der Gebührenanteile der Notare im Landesdienst im badischen Rechtsgebiet als Ausgleich des gestiegenen Haftungsrisikos und als Leistungsanreiz: 5-DM-Grenze gilt erst bei Gebührenanteilen von mehr als 8.000 DM statt bislang 6.000 DM im Rechnungsjahr (§ 9 Abs. 5, 6 LJKG).</li> <li>● Änderungen für die Notare im Landesdienst im württembergischen Rechtsgebiet: <ul style="list-style-type: none"> <li>– „Korrektur“ des Beschlusses des OLG Stuttgart vom 23. Juni 1980, 8 W 279/79, Die Justiz S. 412 = BWNotZ 1980, 141, für die Berechnung des Notaranteils bei bestimmten gemischt „amtlich-öffentlichen“ Geschäften (§ 11 Abs. 6 Satz 2 letzter Halbsatz LJKG);</li> <li>– Beschränkung der Einnahmen der Notare aus Schreibauslagen (§ 12 Abs. 7 LJKG). Im Gegenzug entfällt die bis dahin angeordnete Abführung eines Kostenbeitrags von 0,15 DM je Kopie.</li> </ul> </li> </ul>
<p>Artikel 1 Nr. 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 24. März 1983, GBl. S. 109.</p> <p>LT-Drucksache 8/2858 vom 06.07.1982, S. 3 f.</p>	<p>in Kraft am 01.04.1983</p>	<p>Im Zuge der Aufhebung der Beurkundungsbeschränkungen für Notare im Landesdienst im württembergischen und ehemals hohenzollerischen Rechtsgebiet wird § 11 Abs. 8 LJKG als gegenstandslos aufgehoben.</p>
<p>Artikel 1 Nr. 1 und 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes, des Baden-Württembergischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 15. Dezember 1986, GBl. S. 467.</p> <p>LT-Drucksache 9/3489 vom 09.09.1986, S. 3, 6 f.</p>	<p>in Kraft am 01.01.1987</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Erhöhung der Gebührenanteile der Notare im Landesdienst im badischen Rechtsgebiet zur Angleichung der Gebühreneinnahmen in beiden Rechtsgebieten: <ul style="list-style-type: none"> <li>– 5-DM-Grenze gilt erst bei Gebührenanteilen von mehr als 10.000 DM statt bislang 8.000 DM im Rechnungsjahr (§ 9 Abs. 5, 6 LJKG);</li> <li>– Erhöhung der Notaranteile an 5.000 DM im Rechnungsjahr übersteigenden Verwahrungsgebühren von 10 % [zum 01.01.1971 abgesenkt von vormals 50 %] auf 20 % (§ 9 Abs. 7 Satz 2 LJKG).</li> </ul> </li> <li>● Besserstellung von Notaren im Landesdienst im württembergischen Rechtsgebiet mit deutlich unterdurchschnittlichen Einnahmen: Die in § 12 Abs. 5 LJKG vorgesehene Sonderkürzung ab 5.000 DM beginnt erst oberhalb von 6.000 DM, wenn die Gebührenanteile des Notars unter 10.000 DM im Rechnungshalbjahr bleiben.</li> </ul>

<p>Artikel 1 Nr. 1 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes, des Baden-Württembergischen Ausführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 30. November 1987, GBl. S. 534.</p> <p>LT-Drucksache 9/4983 vom 22.09.1987, S. 3, 6.</p>	<p>in Kraft am 01.01.1988</p>	<p>Änderungen für die Notare im Landesdienst im württembergischen Rechtsgebiet:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Einschränkung in § 12 Abs. 5 LJKG dahingehend, dass durch eine erst bei 6.000 DM beginnende Sonderkürzung die Notaranteile nicht 7.500 DM im Rechnungshalbjahr überschreiten dürfen;</li> <li>● im Hinblick auf eine Änderung des § 136 Abs. 3 KostO wird die Sonderkürzung von Schreibaufwendungen geändert von 0,25 DM je Seite auf 25% (§ 12 Abs. 7 Satz 1 LJKG).</li> </ul>
<p>Artikel 19 des Gesetzes zur Ausführung des Betreuungsgesetzes und zur Anpassung des Landesrechts vom 19. November 1991, GBl. S. 681, 686.</p> <p>LT-Drucksache 10/6131, S. 13 f., 17 f., 25 – 31 (Änderungsantrag der Abg. Peter Straub u.a., CDU).</p>	<p>in Kraft am 30.11.1991</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Änderungen für die Notare im Landesdienst im badischen Rechtsgebiet: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Reduzierung der Beteiligung an Verwahrungsgebühren auf 25 % bis 8.000 DM und am Mehrbetrag auf 10 % (§ 9 Abs. 6 LJKG);</li> <li>– Erhöhung der Leistungsanreize durch Ausweitung des Kreises der privilegierten Notargeschäfte und Entfall der Höchstgrenzen von 60 DM bzw. 30 DM, stattdessen abgestufte Notaranteile von 50 %, 20 % und 10 % (§ 9 Abs. 7 LJKG).</li> </ul> </li> <li>● Änderungen für die Notare im Landesdienst im württembergischen Rechtsgebiet: <ul style="list-style-type: none"> <li>– Gleichbehandlung von Scheidungsvereinbarungen mit Eheverträgen bei gemischt „amtlich-öffentlichen“ Geschäften (§ 11 Abs. 6 Satz 2 LJKG);</li> <li>– Aufhebung der Sonderregelung in § 12 Abs. 1 Satz 2 LJKG a.F. für Entwurfs- und Verwahrungsgebühren, von denen nunmehr ebenfalls Staatsanteile abzuliefern sind;</li> <li>– Ausweitung des Kreises der privilegierten Notargeschäfte (§ 12 Abs. 2 Nr. 1 LJKG).</li> </ul> </li> </ul>
<p>Bekanntmachung der Neufassung des Landesjustizkostengesetzes vom 15. Januar 1993, GBl. S. 109, ber. S. 244.</p>	<p>—</p>	<p>Änderung der Paragraphenfolge:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>● Dritter Abschnitt: §§ 8, 9 -&gt; §§ 10, 11.</li> <li>● Vierter Abschnitt: §§ 10 bis 14 -&gt; §§ 12 bis 16.</li> </ul>
<p>Artikel 3 Nr. 1 des Gesetzes zur Einführung des maschinell geführten Grundbuchs sowie zur Änderung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und des Landesjustizkostengesetzes vom 20. Dezember 1999, GBl. S. 662, 664.</p> <p>LT-Drucksache 12/4525 vom 27.10.1999, S. 11, 18, 25.</p>	<p>in Kraft am 31.12.1999</p>	<p>Ersetzung des Begriffs „Amtsverweser“ durch den Begriff „Amtsverwalter“ in § 16 Abs. 2 Satz 2 LJKG.</p>
<p>Artikel 2 Nr. 1 und 2 des Euroumstellungsgesetzes Baden-Württemberg vom 20. November 2001, GBl. S. 605.</p> <p>LT-Drucksache 13/313 vom 16.10.2001, S. 4 f., 19 f.</p>	<p>in Kraft am 01.01.2002</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Umstellung und Glättung der DM-Beträge in §§ 11 und 14 LJKG auf Euro.</li> <li>● Aufhebung von §§ 11 Abs. 2, 14 Abs. 3 LJKG a.F., wonach die Gebührenanteile der Notare auf volle 10 Deutsche Pfennig aufzurunden waren.</li> </ul>

<p>Artikel 3 Nr. 4 bis 6 des Gesetzes zur Änderung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit, des Gesetzes zur Ausführung des Gerichtsverfassungsgesetzes und von Verfahrensgesetzen der ordentlichen Gerichtsbarkeit und des Landesjustizkostengesetzes vom 12. Dezember 2002, GBl. S. 477, 478.</p> <p>LT-Drucksache 13/1373 vom 08.10.2002, S. 5 f., 10.</p>	<p>in Kraft am 28.12.2002</p>	<p>Redaktionelle Anpassungen in §§ 11 Abs. 1, 12 Abs. 2, 14 Abs. 6 Sätze 1 und 3 LJKG.</p>
<p>Artikel 1 Nr. 4 bis 13 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28. Juli 2005, GBl. S. 580.</p> <p>LT-Drucksache 13/3965 vom 21.01.2005.</p> <p>LT-Drucksache 13/4516 (Änderungsantrag der Fraktion der CDU und der Fraktion der FDP/DVP).</p>	<p>in Kraft am 01.01.2006</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>● Weitgehende Neufassung des Gebührenanteilsrechts im neuen Dritten Abschnitt „Gebühren und Auslagen der Notare im Landesdienst“ (§§ 10 bis 16 LJKG n.F.).</li> <li>● Einführung bzw. Ausweitung der Gebührengläubigerstellung der Notare im Landesdienst mit Ausnahmen zugunsten gebührenbefreiter Kostenschuldner (§ 10 LJKG n.F.).</li> <li>● Im Hinblick auf die sog. Gesellschaftsteuerrichtlinie werden den Notaren im Landesdienst bestimmte Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten überlassen gegen Abführung einer pauschalen Aufwandsentschädigung von 15 % an die Staatskasse (§ 11 LJKG n.F.) – die Vorschrift gilt rückwirkend für alle zwischen dem 1. Juni 2002 und dem 31. Dezember 2005 entstandenen einschlägigen Gebühren (Artikel 4 § 2).</li> <li>● Ausdrückliche Normierung der Befugnis des dienstaufsichtsführenden LG-/AG-Präsidenten, Staats- und Notaranteile durch Verwaltungsakt festzusetzen (§ 14 LJKG n.F.).</li> </ul>

## 2. Reformüberlegungen in den Jahren 1990 bis 2000

Wie sich aus der tabellarischen Übersicht in Abschnitt 1 ergibt, hat der Gesetzgeber mehrfach Änderungsbedarf hinsichtlich des seit 1971 im Landesjustizkostengesetz geregelten Gebührenanteilsrechts der Notare im Landesdienst gesehen und insbesondere durch die fünf Gesetze vom 12. Februar 1975, vom 7. April 1981, vom 15. Dezember 1986, vom 19. November 1991 sowie zuletzt vom 28. Juli 2005 wesentliche Überarbeitungen vorgenommen. Unbeschadet der seit 1990 angestellten Überlegungen ist jedoch eine grundlegende Reform bislang nicht erfolgt (und bis auf Weiteres auch nicht in Sicht).

### 2.1 Beratende Äußerung des Rechnungshofs vom November 1990 zum Notariatswesen in Baden-Württemberg

Der Rechnungshof hat in den Abschnitten 4.4 und 5.5 seiner beratenden Äußerung vom November 1990 (**LT-Drucksache 10/4277 vom 07.11.1990, S. 16, 25 – 27**) verschiedene Vorschläge gemacht:

- Die Gerichtskassen (Landesoberkassen) sollen die Kosten landeseinheitlich einziehen und das LBV soll die den Notaren zustehenden Gebührenanteile auszahlen.
- Die Gebührengläubigerschaft der im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst soll aufgehoben werden und die Unterscheidung zwischen amtlichen und öffentlichen Geschäften soll entfallen.
- Die Notare im Landesdienst sollen eine Gebührenbeteiligung von 3 DM je Unterschriftsbeglaubigung und von 4,5 % (badisches Rechtsgebiet) bzw. 9 % (würtembergi-

sches Rechtsgebiet) bei allen sonstigen Geschäften nach der BNotO erhalten.

Nur zwölf Monate später wurden durch Artikel 19 AGBtG, GBl. 1991 S. 681, 686, einige bedeutsame Änderungen im Gebührenanteilsrecht vorgenommen. *Die Landesregierung hat in ihrer Mitteilung vom 14. April 1994 (LT-Drucksache 11/3842, S. 4 f.)* Stellung genommen unter Berücksichtigung eines ihr vorliegenden Berichts einer interministeriellen Arbeitsgruppe und sich gegen eine Abschaffung der Gebührengläubigerschaft der Bezirksnotare ausgesprochen, jedoch einen unmittelbaren Einzug der dem Land als Gläubiger zufließenden Gebühren durch die (damals noch vier) Landesoberkassen als erwägenswert angesehen. Die das Gebührenanteilsrecht betreffenden Vorschläge des Rechnungshofs seien noch gründlich zu prüfen hinsichtlich der Auswirkungen auf das Beurkundungsverhalten der Notare und auf die Gebühreneinnahmen des Landes. Durch das Gesetz vom 19. November 1991 seien im Jahr 1992 in Bezug auf das badische Rechtsgebiet höhere Einnahmen sowohl der Notare als auch des Landes zu verzeichnen gewesen.

*Der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Finanzausschusses vom 6./20. März 1997* beigefügt ist ein Bericht des Ständigen Ausschusses vom 18. Dezember 1996 mit Ausführungen von Herrn Justizminister Prof. Dr. Goll zu dem Vorschlag einer im Dezember 1995 eingesetzten Arbeitsgruppe, wonach das Notariat in Baden und in Württemberg jeweils in einen Landesbetrieb nach § 26 LHO umgewandelt werden soll, um so die Eigenmotivation der im Notariat Beschäftigten zu erhöhen, was wiederum zu einer besseren Aufgabenerledigung und zu größerer Kundenzufriedenheit führen könnte (**LT-Drucksache 12/1133, S. 4 f.**).

## 2.2 Bericht zur Strukturreform im baden-württembergischen Amtsnotariat vom 13. März 1998

Den *Beschlussempfehlungen des Ständigen Ausschusses vom 10./18. Juni 1999* als Anlage 1 beigefügt ist der Bericht von Herrn Justizminister Prof. Dr. Goll zur Strukturreform im baden-württembergischen Amtsnotariat vom 13. März 1998 (**LT-Drucksache 12/4147, S. 9 – 16**). Das vorgestellte Reformkonzept umfasst fünf Komponenten, u.a.

- Änderungen im Gebührenanteilsrecht (Abschnitt 3.1, S. 11 f.) und
- Einführung bzw. Erweiterung der Gebührengläubigerstellung (Abschnitt 3.2, S. 12 f.).

Die darin konzipierten Änderungen im Gebührenanteilsrecht sehen vor, dass die Unterscheidung zwischen amtlichen und öffentlichen Geschäften im württembergischen Rechtsgebiet entfallen und der Kreis der privilegierten Notargeschäfte landeseinheitlich bestimmt werden soll. Die im badischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst sollen aus einem Gebührenumsatz bis 500.000 DM eine Gebührenbeteiligung von 5 % bzw. 10 % (privilegierte Geschäfte) und aus einem höheren Gebührenumsatz eine Gebührenbeteiligung von 3 % bzw. 6 % erhalten. Die im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst sollen aus einem Gebührenumsatz bis 250.000 DM eine Gebührenbeteiligung von 10 % bzw. 20 % (privilegierte Geschäfte) und aus einem höheren Gebührenumsatz eine Gebührenbeteiligung von 6 % bzw. 12 % erhalten. Für alle Notare soll eine Höchstbeteiligung von 3.000 DM pro Einzelgeschäft festgeschrieben werden. Bei Unterschriftsbeglaubigungen soll die Gebührenbeteiligung pauschal 2 DM betragen. Das Reformkonzept geht einerseits von einem Rückgang der jahresdurchschnittlichen Gebührenbeteiligung der Notare im Landesdienst von etwa 20 % (und entsprechend höheren Einnahmen für die Staatskasse) aus, sieht andererseits aber einen zusätzlichen Gebührenanteil von 50 % (beschränkt durch Höchstgrenzen) der von einem Notar selbst aufgewendeten Personal- und Investitionskosten vor.

## 2.3 Beratende Äußerung des Rechnungshofs vom Mai 2000 über die Notariatsreform in Baden-Württemberg

Der Rechnungshof hat in Abschnitt 20.4 seiner beratenen Äußerung vom Mai 2000 (**LT-Drucksache 12/5154 vom 03.05.2000, S. 78 f.**) die Schaffung eines leistungsfreundlichen Gebührenanteilsystems als einen Baustein der Modernisierungsoffensive für das Amtsnotariat vorgesehen. Er sieht darin „ein zentrales Instrument zur Optimierung der Landeseinnahmen“. Beste Lösung sei eine lineare Überschussbeteiligung von 8,5 % für die im badischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst und von 21,3 % für die im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst. Sofort umsetzbar sei eine lineare Umsatzbeteiligung von 5,58 % im badischen Rechtsgebiet und von 12,2 % im württembergischen Rechtsgebiet.

Der *Beschlussempfehlung* und dem *Bericht des Finanzausschusses vom 6./15. Juli 2000* beigefügt ist ein Bericht des Ständigen Ausschusses vom 3. Juli 2000 mit Ausführungen von Herrn Justizminister Prof. Dr. Goll und einem Vertreter des Rechnungshofs zur Neuordnung der Gebührenanteile und zur Übertragung der Gebührengläubigerschaft auf die Notare im Landesdienst (**LT-Drucksache 12/5328, S. 7, 9 – 11**).

## 3. Entstehungsgeschichte des Gesetzes vom 28. Juli 2005

Das Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit

vom 28. Juli 2005, GBl. S. 508, hat eine mehr als drei Jahre währende Entstehungsgeschichte, die nicht frei von überraschenden Entwicklungen war und die nachfolgend nur in gekürzter Form wiedergegeben werden soll:

Auf der Grundlage der in Abschnitt 2 dargestellten Reformüberlegungen war für Frühjahr 2002 eine Arbeitsgruppe des Justizministeriums mit Vertretern des Oberlandesgerichts Karlsruhe, des Badischen Notarvereins e.V. und des Württembergischen Notarvereins e.V. geplant, die sich mit der Notariatsreform unter dem Aspekt „Schaffung eines leistungsfreundlichen Gebührenanteilsystems“ beschäftigen sollte. Der **Beschluss** der Sechsten Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften vom **21. März 2002** in der **Rs. C-264/00** (Gründerzentrum), Slg. 2002, I-3333 = BWNNotZ 2002, 86 (mit Anmerkung Sandweg S. 89), erforderte zwingend eine Änderung des Landesjustizkostengesetzes und nahm so maßgeblichen Einfluss auf den Inhalt der Arbeiten:

Der Gerichtshof hat in seiner genannten, auf Vorlagebeschluss des Amtsgerichts Müllheim vom 20. Juni 2000, UR II 42/99, ergangenen Entscheidung für Recht erkannt, dass die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die sog. **Gesellschaftsteuerrichtlinie** (Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985) fallenden Rechtsgeschäfts in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet, als Steuer im Sinne dieser Richtlinie anzusehen sind und damit unter das Abgabenverbot nach Artikel 10 Buchst. c der Richtlinie fallen. Das Justizministerium Baden-Württemberg hat mit **Rundschreiben von Herrn Ministerialdirektor Steindorfer vom 22. Mai 2002, Az.: 5656/0227**, die sich daraus ergebenden Konsequenzen erläutert.

Das zu erarbeitende Reformgesetz hatte nunmehr drei teilweise gegenläufigen Vorgaben gerecht zu werden: In bestimmten gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten durften die Notargebühren nicht länger den Charakter einer nach der Gesellschaftsteuerrichtlinie unzulässigen Steuer/Abgabe haben, den Notaren im Landesdienst sollten allgemein stärkere Leistungsanreize geboten werden, gleichzeitig sollten aber der Staatskasse möglichst keine oder nur geringe Mindereinnahmen entstehen. Die genannte Arbeitsgruppe trat im April und Juli 2002 zweimal zusammen, am Ende stand ein vom Justizministerium erstellter Rohentwurf ohne Zahlen. In den sechs Monaten von Juni bis November 2002 hatten alle Notare im Landesdienst Erhebungen durchzuführen über ihre Tätigkeiten in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten (Art und Gebührenumsatz der Geschäfte sowie Aufwand des Landes). Zu Beginn des Jahres 2003 wertete das Justizministerium die Zahlen aus und erstellte einen ersten Gesetzentwurf, der bis Juni 2003 mit dem Finanzministerium abgestimmt werden konnte.

Der *Rechnungshof Baden-Württemberg* schlug im Mai 2003 als Alternative ein „**Socket-Modell**“ vor, das aber einschneidende Einbußen für Notare mit geringem Gebührenumsatz und – aufgrund der vorgesehenen Nichtprivilegierung bestimmter vorsorgender Rechtsgeschäfte – voraussichtlich eine verstärkte Belastung der Gerichte zur Folge gehabt hätte. Beide Notarvereine lehnten dieses Konzept ab. Zu näheren Einzelheiten, vgl. LT-Drucksache 13/3965 vom 21.01.2005, S. 12, 34.

Eine mit dem Ziel der Freigabe des Gesetzentwurfs zur Anhörung erstellte Kabinettsvorlage wurde kurzfristig von der Tagesordnung der Sitzung des Ministerrats am 15. Juli 2003 abgesetzt. Erst ein Jahr später am 27. Juli 2004 nahm der Ministerrat eine modifizierte Kabinettsvorlage (Stand: 16. März 2004) zustimmend zur Kenntnis und beauftragte das Justizministerium mit der Durchführung des Anhörungsverfahrens.

Das Ergebnis der Anhörung ist dargestellt in der LT-Drucksache 13/3965 vom 21.01.2005, S. 28 – 45.

Mittlerweile leitete die Kommission der Europäischen Gemeinschaften mit Aufforderungsschreiben vom 13. Oktober 2004 an den Bundesminister des Auswärtigen das Vertragsverletzungsverfahren Nr. 2000/5117 ein wegen Unvereinbarkeit von § 140 KostO mit den Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland aus der Richtlinie 69/335/EWG, soweit beamtete Notare in Baden-Württemberg im Anwendungsbereich der Richtlinie Gebühren erheben, die den Aufwand des Geschäfts übersteigen.

Am 18. Januar 2005 beschloss der Ministerrat die Einbringung des mit Kabinettsvorlage vom 30. Dezember 2004 vorgelegten Gesetzentwurfs in den Landtag. Die Erste Beratung des Gesetzentwurfs der Landesregierung (**LT-Drucksache 13/3965 vom 21.01.2005** – Änderungen gegenüber dem Gesetzentwurf im Anhörungsverfahren sind auf S. 29 f. dargestellt) erfolgte am 23. Februar 2005 unter TOP 6 der 86. Sitzung des 13. Landtags von Baden-Württemberg (**Plenarprotokoll 13/86, S. 6190 – 6194**), im Anschluss wurde der Entwurf an den Ständigen Ausschuss überwiesen.

Nachdem die Fünfte Kammer des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften auf Vorlagebeschluss des Landgerichts Stuttgart vom 7. April 2003, 19 T 288/02, BWNotZ 2004, 143, mit **Urteil vom 30. Juni 2005** in der **Rs. C-165/03** (Längst u.a.), EuZW 2005, 501, entschieden hatte, dass die Gesellschaftsteuerrichtlinie gleichermaßen auf die von den im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Notaren im Landesdienst erhobenen Gebühren anzuwenden ist – weder das Nebeneinander beamteter und nicht beamteter Notare noch die Gebührengläubigerstellung der Bezirksnotare rechtfertigen eine andere Beurteilung als in dem für die Gebühren der im badischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst ergangenen Beschluss des Gerichtshofs vom 21. März 2002 in der Rs. C-264/00 (Gründerzentrum) –, wurde der Gesetzentwurf der Landesregierung auf die Tagesordnung der 37. Sitzung des Ständigen Ausschusses am 21. Juli 2005 gesetzt. Die Fraktionen der CDU und der FDP/DVP im Landtag brachten darin einen umfangreichen Änderungsantrag ein (Beschlussempfehlung und Bericht des Ständigen Ausschusses vom 21./26. Juli 2005, **LT-Drucksache 13/4516**), der auf einem von ihnen am 19. Juli 2005 gefundenen „Kompromiss“ beruhte und dessen Ausformulierung das Justizministerium Baden-Württemberg binnen kürzester Zeit zu leisten hatte. Wenig später, am 27. Juli 2005 erfolgte die Zweite Beratung des Gesetzentwurfs der Landesregierung unter TOP 5 der 97. Sitzung des 13. Landtags von Baden-Württemberg, der das Gesetz in der Fassung der Beschlussempfehlung des Ständigen Ausschusses beschloss (**Plenarprotokoll 13/97, S. 6920 – 6925**). Das Gesetz zur Änderung des LJKG und des LFGG wurde am 28. Juli 2005 ausgefertigt und am 5. August 2005 im Gesetzblatt Nr. 12 S. 580 verkündet.

## **B. Wesentliche Änderungen im Gebührenanteilsrecht zum 1. Januar 2006 durch das Gesetz vom 28. Juli 2005**

Das am 1. Januar 2006 in Kraft tretende Gesetz zur Änderung des LJKG und des LFGG vom 28. Juli 2005 wird das Gebührenanteilsrecht der Notare im Landesdienst weniger einschneidend verändern, als es das umfassende Reformkonzept im Gesetzentwurf der Landesregierung (LT-Drucksache 13/3965) vorsah – es wird insbesondere nicht zu einer Vereinfachung und nur sehr eingeschränkt zu einer Vereinheitlichung der im badischen und der im württembergischen Rechtsgebiet anwendbaren Normen kommen, auch werden als reformbedürftig diskutierte Schwachstellen weiter fortgeschrieben. Der Gesetzgeber hat sich im Wesentlichen auf

eine „Reparaturlösung“ beschränkt, um den Erfordernissen der Gesellschaftsteuerrichtlinie gerecht zu werden. Die darüberhinaus vorgenommenen Änderungen bei der Gebührengläubigerschaft haben jedoch eine Neufassung fast aller künftig im Dritten Abschnitt (§§ 10 bis 16) des Landesjustizkostengesetzes enthaltenen Normen notwendig gemacht.

Das Justizministerium Baden-Württemberg hat die neuen Vorschriften mit **Rundschreiben von Herrn Ministerialdirektor Steindorfner vom 9. August 2005, Az.: 3830/0284 D**, kurz erläutert und Auslegungshilfen gegeben.

Herr **Notar Prof. Walter Böhringer** stellt in diesem Heft „Die Gebührengläubigerschaft der Amtsnotare in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten des § 11 LJKG“ ausführlich dar, weshalb sich die nachfolgenden Ausführungen darauf beschränken, §§ 10, 12 bis 14 LJKG n.F. zu erläutern.

### **1. Gebührengläubigerschaft, § 10 LJKG n.F.**

#### *1.1 Regelungsübersicht*

§ 10 **Abs. 1** LJKG n.F. ist identisch mit § 10 Abs. 1 und § 12 Abs. 1 Satz 1 LJKG a.F. und stellt den Obersatz auf, dass die Gebühren und Auslagen für die Tätigkeit der Notare im Landesdienst zur Staatskasse erhoben werden. Die praktische Bedeutung dieser Vorschrift beschränkt sich auf die gerichtliche Tätigkeit der Notare in Grundbuchsachen, in Nachlass- und Teilungssachen sowie in Vormundschaftssachen.

§ 10 **Abs. 2** LJKG n.F. betrifft die Tätigkeit der Notare im Landesdienst nach § 3 Abs. 1 LFGG. **Satz 1** stellt den Grundsatz auf, dass die daraus entstehenden Gebühren, Auslagen und etwaige Zinsen nach § 154 a KostO den Notaren als Gläubiger zufließen. Als Ausnahme hiervon sieht **Satz 2 Buchst. a und Buchst. b Halbsatz 1** vor, dass die Kosten zur Staatskasse erhoben werden, sofern bundes- oder landesrechtliche Vorschriften allen oder einem Teil der Kostenschuldner Gebühren- oder Auslagenbefreiung gewähren. Kommt eine Gebühren- oder Auslagenbefreiung nur für einen Teil der Kostenschuldner in Betracht, führen die beiden in **Satz 2 Buchst. b Halbsatz 2** näher geregelten Unterausnahmen wieder zu dem Grundsatz zurück, dass die Kosten den Notaren als Gläubiger zufließen. **Satz 3** bezieht sich auf den in Satz 2 Buchst. b Halbsatz 1 geregelten Ausnahmefall, dass eine Gebühr zur Staatskasse erhoben wird und gewährt dem Notar daran einen Anteil in Höhe der ihm im Falle eigener Gebührengläubigerschaft nach Maßgabe von § 11 Abs. 2 und §§ 12 bis 13 a LJKG n.F. verbleibenden Beteiligung.

§ 10 **Abs. 3** LJKG n.F. stellt wie bisher § 10 Abs. 2 und § 12 Abs. 2 LJKG a.F. klar, dass die Gebührenbeteiligung der Notare im Landesdienst neben ihre Besoldung tritt (und auf diese nicht anzurechnen ist).

#### *1.2 Hintergrund der Regelungen in § 10 Abs. 2 LJKG n.F.*

§ 10 Abs. 2 LJKG n.F. überträgt die Gebührengläubigerschaft in weitem Umfang auf die Notare im Landesdienst und bringt insoweit eine Gleichstellung mit den nicht beamteten Notaren. Die Kostenordnung sieht in §§ 142 bis 144 a, 151 Abs. 2 Satz 2, 152 bis 157 besondere Regelungen vor für den Fall, dass die Gebühren dem Notar selbst und nicht der Staatskasse zufließen: Danach können u.a. entstandene Auslagen in größerem Umfang in Rechnung gestellt werden, tritt an die Stelle einer Gebührenbefreiung allenfalls eine Gebührenermäßigung und ist bei Einwendungen gegen eine Kostenberechnung nicht mehr die Zuständigkeit des Amtsgerichts, sondern des Landgerichts gegeben.

Der vom Ministerrat am 27. Juli 2004 zur Anhörung freigegebene Gesetzentwurf (Stand: 16. März 2004) sah eine Gebüh-

rengläubigerschaft der Notare im Landesdienst vor für ihre gesamte Tätigkeit nach § 3 Abs. 1 LFGG. Gemäß § 143 Abs. 2 Satz 1 KostO wären damit bundes- oder landesrechtliche Vorschriften, die eine Gebühren- oder Auslagenbefreiung gewähren – insbesondere § 11 KostO und § 7 LJKG – nicht mehr anwendbar gewesen. Es hätte allenfalls noch Raum für eine Gebührenermäßigung nach § 144 KostO bestanden.

Auf die dagegen vom Gemeindetag Baden-Württemberg, vom Städtetag Baden-Württemberg, von den Evangelischen Landeskirchen in Baden und Württemberg, von der Erzdiözese Freiburg und von der Diözese Rottenburg-Stuttgart vorgebrachte Kritik hat die Landesregierung ihren Gesetzentwurf noch vor Einbringung in den Landtag dahingehend geändert, dass die Fälle, in denen bundes- oder landesrechtliche Vorschriften allen Kostenschuldnern oder einem aufgrund gesetzlicher Regelung zur alleinigen Kostentragung verpflichteten Kostenschuldner Gebühren- oder Auslagenbefreiung gewähren, von der Gebührengläubigerschaft der Notare ausgenommen wurden (vgl. LT-Drucksache 13/3965 vom 21.01.2005, S. 4, 15, 29, 36 f.).

Nachdem auch diese Fassung bei bestimmten Konstellationen (z.B. Beurkundung eines Tauschvertrags zwischen einer Gemeinde und einem Bürger) zum Wegfall einer bislang gewährten Gebührenbefreiung geführt hätte, kam es aufgrund des Änderungsantrags der Regierungsfraktionen und der darauf beruhenden Beschlussempfehlung des Ständigen Ausschusses zu der vom Landtag am 27. Juli 2005 als Gesetz beschlossenen – zugegebenermaßen schwierig zu lesenden – Fassung des § 10 Abs. 2 LJKG n.F. Anders als es noch im Gesetzentwurf der Landesregierung vorgesehen war, wird es künftig als Folge von § 10 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b Halbsatz 1 LJKG n.F. Fälle geben, in denen der Staatskasse Gebühren zufließen für die Tätigkeit der Notare im Landesdienst nach § 3 Abs. 1 LFGG. Im Interesse der Notare im Landesdienst war deshalb die Bestimmung des § 10 Abs. 2 Satz 3 LJKG n.F. zu schaffen, wonach die Notare an diesen Gebühren – nicht an den Auslagen! – einen Anteil erhalten, der ihrer Beteiligung im Falle eigener Gebührengläubigerschaft entspricht.

§ 10 Abs. 2 Satz 2 LJKG n.F. führt allerdings für die im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst zu einer Schlechterstellung gegenüber dem status quo, weil sie künftig (wie bereits heute die im badischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst) Verträge, mit denen eine Gemeinde ein außerhalb des Notariatsbezirks belegenes Grundstück kauft, kostenfrei zu beurkunden haben.

### 1.3 Anwendung des § 10 Abs. 2 LJKG n.F. in der Praxis

§ 10 Abs. 2 Sätze 1 und 2 LJKG n.F. geben für die Entscheidung, ob die Gebühren im Einzelfall dem Notar oder der Staatskasse zufließen, folgende **Prüfreiheitenfolge** vor:

- ▶ Gewähren bundes- oder landesrechtliche Vorschriften (insbesondere § 11 KostO oder § 7 LJKG) mindestens *einem* beteiligten Kostenschuldner Gebühren- oder Auslagenbefreiung?

Die Frage, wer Kostenschuldner ist, beantwortet sich nach § 141 i.V.m. § 2 Nr. 1 und §§ 3, 5 KostO.

#### Rechtsprechungsbeispiele zu § 7 LJKG:

- *OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20. Juli 1973, 7 U 193/71, Die Justiz S. 394:* Die Landkreise genießen Gebührenfreiheit für Angelegenheiten, die die Kreiskrankenhäuser betreffen.
- *OLG Karlsruhe, Beschluss vom 21. August 1973, 10 U 132/72, Die Justiz S. 394:* Der Badische Gemeindeversicherungsverband genießt keine Gebührenfreiheit.

- *AG Lörrach, Beschluss vom 27. Dezember 1979, UR II 31/79, Die Justiz 1980 S. 474:* Übt eine Gemeinde ihr gesetzliches Vorkaufsrecht aus und erstattet sie dem Ersterwerber von ihm bereits errichtete Beurkundungskosten, so kann sie nicht unter Hinweis auf ihre Gebührenfreiheit die Rückerstattung der Gebühren verlangen.

- *LG Heidelberg, Beschluss vom 3. November 1983, 6 T 22/83, Die Justiz 1984 S. 187:* Der kraft gesetzlicher Bestimmung von Gerichtsgebühren Befreite kann sich nicht auf die Gebührenfreiheit berufen, wenn er die Kosten der Durchführung des Grundstücksgeschäfts – hier: Übernahme der Kosten des Angebots – dem nichtbefreiten Verkäufer gegenüber übernommen hat.

- *OLG Stuttgart, Beschluss vom 10. Juni 1987, 8 W 327/86, Die Justiz S. 352 = BWNNotZ 1987, 175:* Die einer Gemeinde zustehende Gebührenfreiheit erstreckt sich nicht auf die nach § 3 Nr. 2 KostO übernommene Kostenschuld ihres nicht befreiten Vertragspartners.

- *OLG Stuttgart, Beschluss vom 17. September 1998, 8 W 486/98, Die Justiz 1999 S. 203:* Die Kostenbefreiung für Gemeinden umfasst nicht kommunale Stiftungen.

– NEIN – Es gilt der Grundsatz des § 10 Abs. 2 Satz 1 LJKG n.F., wonach der Notar Gebührengläubiger ist.

#### Beispiel:

Gemeinde und Bürger errichten als Gründer den Gesellschaftsvertrag einer GmbH, die ein wirtschaftliches Unternehmen betreiben soll. § 7 LJKG ist hier nicht einschlägig.

– JA – Fortsetzung mit dem nächsten Prüfschritt:

- ▶ Wird *allen* beteiligten Kostenschuldnern Gebühren- oder Auslagenbefreiung gewährt?

– JA – Die Kosten werden gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 Buchst. a LJKG n.F. zur Staatskasse erhoben mit der Folge, dass keine Gebühren – abhängig vom Umfang der Kostenbefreiung aber gegebenenfalls Auslagen – entstehen.

#### Beispiele:

Tauschvertrag zwischen Land und Gemeinde.

Gemeinde errichtet als alleinige Gründerin den Gesellschaftsvertrag einer GmbH, die kein wirtschaftliches Unternehmen betreiben soll.

Registeranmeldung eines gemeinnützigen Vereins.

– NEIN – Fortsetzung mit dem nächsten Prüfschritt:

- ▶ Liegt einer der beiden Fälle des § 10 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b Halbsatz 2 LJKG n.F. vor, d.h.

– ist ein Teil der Kostenschuldner, dem weder Gebühren- noch Auslagenbefreiung gewährt ist, aufgrund gesetzlicher Regelung zur alleinigen Kostentragung verpflichtet oder

– entstehen Beurkundungsgebühren im Sinne des § 11 Abs. 1 LJKG n.F. (in dem Anwendungsbereich, der sich unter Berücksichtigung von § 11 Abs. 2 LJKG n.F. ergibt)?

– JA – Verweis auf den Grundsatz des § 10 Abs. 2 Satz 1 LJKG n.F., wonach der Notar Gebührengläubiger ist.

#### Beispiele:

Bürger kauft Grundstück von Gemeinde (§ 448 Abs. 2 BGB).

Gemeinde und Bürger errichten als Gründer den Gesellschaftsvertrag einer GmbH, die kein wirtschaftliches Unternehmen betreiben soll. [Die Gemeinde kann in Bezug auf die auf sie entfallen-



den Kosten eine Gebührenermäßigung nach § 144 KostO in Anspruch nehmen].

- NEIN – Die Kosten werden zur Staatskasse erhoben. Sofern eine Gebühr entsteht und in die Staatskasse fließt, erhält der Notar einen Anteil daran nach Maßgabe der ihm im Falle eigener Gebührengläubigerschaft verbleibenden Beteiligung. Ein Anteil des Notars an Auslagen (z.B. an der Dokumentenpauschale) ist nicht vorgesehen.

Beispiel:

Tauschvertrag zwischen Gemeinde und Bürger.

[Die Kosten werden gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b Halbsatz 1 LJKG n.F. zur Staatskasse erhoben. Gemäß § 480 i.V.m. § 448 Abs. 2 BGB hat jeder Tauschpartner im Innenverhältnis die Kosten seines Erwerbs zu tragen. Da die Gemeinde nach § 7 LJKG kostenbefreit ist, mindert sich der Gesamtbetrag der vom Bürger zu zahlenden Gebühr nach Maßgabe von § 141 i.V.m. § 13 KostO. Der beurkundende Notar im Landesdienst erhält daraus einen Gebührenanteil nach Maßgabe von § 10 Abs. 2 Satz 3 LJKG n.F. i.V.m. § 12 Abs. 2 bis 5 LJKG n.F. (badisches Rechtsgebiet) bzw. i.V.m. § 13 Abs. 2 Buchst. b, Abs. 3 bis 5 LJKG n.F. (württembergisches Rechtsgebiet) – im letztgenannten Fall jedoch nur, wenn alle Tauschgrundstücke außerhalb seines Notariatsbezirks belegen sind (§ 10 Abs. 2 Satz 3 i.V.m. § 13 a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 2, Abs. 6 Satz 1 LJKG n.F.)]

## 2. Einzeländerungen im Rahmen der §§ 12 bis 13 a LJKG n.F.

§§ 12 bis 13 a LJKG n.F. basieren auf §§ 11, 13, 14 LJKG a.F. Die in § 10 Abs. 2 Satz 1 LJKG n.F. vorgesehene grundsätzliche Gebührengläubigerschaft der Notare im Landesdienst für ihre Tätigkeit nach § 3 Abs. 1 LFGG sowie die Besonderheiten des § 11 LJKG n.F. haben jedoch Anpassungen notwendig gemacht, weshalb die genannten Normen ebenfalls neu gefasst worden sind. Es spricht vieles dafür, die Rechtsprechung und Literatur zu §§ 11, 13, 14 LJKG a.F. auch auf §§ 12 bis 13 a LJKG n.F. anzuwenden.

Im Rahmen der Wertgrenzen nach § 12 Abs. 5 bis 7 und § 13 Abs. 4 LJKG n.F. werden die einem Notar nach § 11 Abs. 1 LJKG n.F. verbleibenden Gebühren nicht berücksichtigt.

Das Landesjustizkostengesetz enthält keine Regelung für den Fall des **Zusammentreffens einer Gebühr im Anwendungsbereich von § 11 Abs. 1 LJKG n.F. mit einer Gebühr aus einem anderen Vorgang in der Falllage des § 44 Abs. 2 KostO.**

Beispiel:

Mehrere Personen als Gründer errichten in *einer* notariellen Urkunde die Gesellschaftsverträge einer GmbH (Stammkapital: 25.000 Euro) und einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (Wert des Gesellschaftsvermögens: 50.000 Euro). Für die Beurkundung beider Gesellschaftsverträge fällt jeweils eine doppelte Gebühr an gemäß § 141 i.V.m. § 36 Abs. 2 KostO. Gemäß § 141 i.V.m. § 44 Abs. 2 Buchst. a KostO wird eine doppelte Gebühr nach den zusammengerechneten Geschäftswerten, mithin aus 75.000 Euro, erhoben: 354 Euro.

Im Falle getrennter Beurkundung wäre für den GmbH-Vertrag eine Gebühr von 168 Euro und für den GbR-Vertrag eine Gebühr von 264 Euro entstanden. Dem Notar verbliebe gemäß § 11 Abs. 1 LJKG n.F. die Beurkundungsgebühr für den GmbH-Vertrag abzüglich der an die Staatskasse abzuführenden pauschalen Aufwandsentschädigung von 15% sowie von der Beurkundungsgebühr für den GbR-Vertrag eine Beteiligung nach § 12 Abs. 2 bis 5 LJKG n.F. (badisches Rechtsgebiet) bzw. nach § 13 Abs. 2 Buchst. a, Abs. 4 LJKG n.F. (württembergisches Rechtsgebiet).

Bei Zusammenbeurkundung beider Gesellschaftsverträge in einer notariellen Urkunde kommen zwei unterschiedliche Berechnungs-

weisen für die Ermittlung des vom Notar abzuführenden Staatsanteils in Betracht:

Var. 1: Der für die Abrechnung eines gemischt privilegierten und nicht privilegierten Notargeschäfts im württembergischen Rechtsgebiet ergangene *Beschluss des OLG Stuttgart vom 3. Juli 1985, 8 W 607/84, Die Justiz 1986 S. 43*, wird entsprechend angewandt, d.h. es wird die Gesamtgebühr im Verhältnis der einzelnen Geschäftswerte aufgeteilt. Danach wäre vorliegend die Beurkundungsgebühr von 354 Euro im Verhältnis 1 : 2 aufzuteilen in 118 Euro (GmbH-Vertrag) und 236 Euro (GbR-Vertrag). Dem Notar verblieben 85 % von 118 Euro gemäß § 11 Abs. 1 LJKG n.F. und eine Beteiligung nach § 12 Abs. 2 bis 5 LJKG n.F. (badisches Rechtsgebiet) bzw. nach § 13 Abs. 2 Buchst. a, Abs. 4 LJKG n.F. (württembergisches Rechtsgebiet) aus 236 Euro.

Var. 2: Im Hinblick auf die Gesellschaftsteuerrichtlinie „sicherer“ – für die Staatskasse jedoch ungünstiger – wäre es, wie bei § 13 a Abs. 6 Satz 2 LJKG n.F. von der Gesamtgebühr (354 Euro) zunächst die Gebühr abzuziehen, die sich bei isolierter Beurkundung des GmbH-Vertrags ergäbe und die dem Notar nach Maßgabe von § 11 Abs. 1 LJKG n.F. zu verbleiben hat (168 Euro). Anschließend wäre der Gebührenrestbetrag (354 Euro – 168 Euro = 186 Euro) nach den Regelungen der §§ 12 bzw. 13 LJKG n.F. zwischen Notar und Staatskasse aufzuteilen.

Es bleibt abzuwarten, wie die Gerichte solche Fälle entscheiden werden. Die Software *eKasse* wird sich zunächst an der Variante 2 orientieren.

### 2.1 Badisches Rechtsgebiet, § 12 LJKG n.F.

Die Anteile der Staatskasse an den Gebühren und Auslagen der im badischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst sind in dem auf § 11 LJKG a.F. basierenden § 12 LJKG n.F. geregelt.

Den Notaren verbleibt künftig nicht mehr nur an den sog. *wahlfreien Amtsgeschäften* (vgl. § 10 Abs. 2 und § 11 Abs. 1 LJKG a.F.), sondern an ihrer gesamten Tätigkeit nach § 3 Abs. 1 LFGG eine Gebührenbeteiligung.

§ 12 Abs. 1 Satz 2 LJKG n.F. sieht vor, dass die Notare sämtliche von ihnen erhobenen **Auslagen** an die Staatskasse abzuführen haben. Diese Vorschrift ist auch anzuwenden auf Auslagen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten nach § 11 LJKG n.F. Hintergrund ist, dass das Land – anders als im württembergischen Rechtsgebiet – für den gesamten Büroaufwand der Notariate im badischen Rechtsgebiet aufkommt.

§ 12 Abs. 3 bis 5 LJKG n.F. verwendet den Begriff „**Geschäft**“ im gleichen Sinne wie § 11 Abs. 2 bis 4 LJKG a.F. Auslegungshilfen dazu finden sich in Nr. 2.1 Sätze 2 und 3 der AV d. JuM vom 1. September 1997 (5656-I/207) – Die Justiz S. 424 – und in dem Rundschreiben des Justizministeriums vom 25. November 1999, Az.: 5656/0207. Danach ist die Beteiligung eines Notars an den Gebühren für die in §§ 36 bis 43 KostO genannten Geschäfte nicht aus jeder Einzelgebühr, sondern aus dem Gesamtbetrag der Gebühren zu berechnen – auch in der Falllage des § 44 Abs. 2 Buchst. b KostO. Aus den Gebühren für Geschäfte nach §§ 45 bis 49 und 145 ff. KostO erhält ein Notar jeweils eine zusätzliche Gebührenbeteiligung.

§ 12 Abs. 7 Satz 1 LJKG n.F. zählt verschiedene privilegierte Notargeschäfte auf, von denen ein geringerer Staatsanteil abzuführen ist. Dem neuen Wortlaut des Katalogs in **Buchst. a** zufolge sind

- die Fälle des § 11 Abs. 2 Buchst. b und c LJKG n.F.,
- Übernahmeerklärungen und
- Gebühren nach § 58 KostO in den Fällen des § 11 Abs. 1 LJKG n.F.

künftig nicht mehr privilegiert wie bislang in § 11 Abs. 6 Satz 1 Buchst. a LJKG a.F. Diese Folge war vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt, der die wirtschaftliche Beteiligung der Notare an den nicht unter § 11 Abs. 1 LJKG n.F. fallenden Gebühren weitestgehend beibehalten und auf die im Gesetzentwurf der Landesregierung noch vorgesehene Teilkompensation verzichten wollte (vgl. LT-Drucksache 13/4516, S. 13 und Plenarprotokoll 13/97, S. 6921).

Soweit in § 12 **Abs. 7 Satz 1 Buchst. b** LJKG n.F. – wie auch in § 13 a Abs. 6 Satz 2 LJKG n.F. – weiterhin Vereinbarungen über den *vorzeitigen Erbausgleich* aufgeführt sind, liegt kein Redaktionsversehen vor: Zwar kann ein vorzeitiger Erbausgleich seit 1. April 1998 nicht mehr neu vereinbart werden, jedoch ist es nach teilweise vertretener Auffassung weiterhin möglich, die Wirkungen eines vor diesem Zeitpunkt vereinbarten vorzeitigen Erbausgleichs durch notariell beurkundeten Aufhebungsvertrag rückwirkend zu beseitigen (vgl. Palandt-Sprau, 64. Aufl. 2005, Artikel 227 EGBGB Rn. 4 m.w.N.). Die bislang in § 11 Abs. 6 Satz 1 Buchst. b LJKG a.F. – wie auch in § 13 Abs. 6 Satz 2 LJKG a.F. – enthaltene Privilegierung ist deshalb beibehalten worden.

## 2.2 Württembergisches Rechtsgebiet, §§ 13, 13 a LJKG n.F.

Die Anteile der Staatskasse an den Gebühren und Auslagen der im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst sind in dem auf § 14 LJKG a.F. basierenden § 13 LJKG n.F. geregelt. Die Norm ist zusammen mit der auf § 13 LJKG a.F. basierenden Vorschrift des § 13 a LJKG n.F. zu lesen, wonach einem örtlich als Grundbuchbeamten, Vormundschafts- oder Nachlassrichter zuständigen Notar unbeschadet seiner nunmehr erweiterten Gebührengläubigerschaft in der Regel keine Beteiligung an den Gebühren und Auslagen für Tätigkeiten nach § 3 Abs. 1 LFGG verbleibt.

Wie schon nach bisherigem Recht sind Gebühren nach § 58 KostO grundsätzlich gemäß **§ 13 Abs. 2 Buchst. a** LJKG n.F. privilegiert – Voraussetzung einer Beteiligung des Notars an diesen Gebühren bleibt jedoch gemäß **§ 13 a Abs. 6 Satz 1** LJKG n.F., dass dem Notar eine Gebührenbeteiligung an dem Hauptgeschäft zusteht.

Die in **§ 13 Abs. 4 und 6** LJKG n.F. genannten Freibeträge für den Beginn der sog. Sonderkürzung sind unverändert übernommen aus § 14 Abs. 4 und 6 LJKG a.F. Nach dem Rundschreiben des Justizministeriums vom 11. März 1997, Az.: 5656-I/221, können auch teilzeitbeschäftigte Notare diese Freibeträge ungekürzt in Anspruch nehmen.

Was die Beteiligung der Staatskasse an **Auslagen** anbelangt, wird der die Dokumentenpauschale betreffende § 13 Abs. 6 LJKG n.F. ergänzt durch **Nr. 9 GKostBest** (Verwaltungsvorschrift des Justizministeriums über Geldstellen, Kosteneinzug und Haushaltswesen der Notariate vom 10. Oktober 2005, Az.: 5226/0149, Die Justiz S. 426). Danach haben die Notare die von ihnen nach § 152 Abs. 2 Nr. 1 und 2 KostO erhobenen Entgelte für Post- und Telekommunikationsdienstleistungen dem Land als Ersatz für die Mitbenutzung der Frankiermaschinen und Telekommunikationseinrichtungen zu erstatten. Nr. 9 GKostBest gilt auch in der Falllage des § 13 a Abs. 6 Satz 2 LJKG n.F. und schränkt den Anwendungsbereich der dort vorgesehenen hälftigen Teilung der Auslagen ein.

Rechtsprechung zum bisherigen Recht, die auch auf die ab 1. Januar 2006 geltenden §§ 13, 13 a LJKG n.F. anwendbar sein wird:

- *OLG Stuttgart, Beschluss vom 3. Juli 1985, 8 W 607/84, Die Justiz 1986 S. 43:* Beurkundet der Notar mehrere in einer Urkunde zusammengefasste Erklärungen, für die unterschiedlich hohe Ge-

bührenanteile des Staates anfallen (-> § 13 Abs. 2 LJKG n.F.), so ist für die Berechnung der Staatsanteile die Gesamtgebühr im Verhältnis der einzelnen Geschäftswerte aufzuteilen.

- *OLG Stuttgart, Beschluss vom 24. April 1989, 8 W 405/88, Die Justiz S. 195 = BWNNotZ 1989, 93:* Auch bei Abtretung einer Briefgrundschuld gehört die Beglaubigung der Unterschrift samt Vertretungsbescheinigung zu den Grundbuchsachen im Sinne des § 13 a Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c LJKG n.F. Der örtlich zuständige Notar erhält also keinen Anteil an den Gebühren.
- *AG Bad Urach, Beschluss vom 27. November 1992, 1 GR 162/92, BWNNotZ 1993, 43 und*
- *LG Tübingen, Beschluss vom 10. November 1994, 5 T 67/93, BWNNotZ 1995, 71:* Scheidungsvereinbarung im Sinne des § 13 a Abs. 6 Satz 2 LJKG n.F. kann auch ein Vertrag der bereits geschiedenen Ehegatten zur Vermögensauseinandersetzung nach der Ehescheidung sein. Zu fordern ist freilich ein Auslösungszusammenhang und eine gewisse zeitliche Nähe der beiden Vorgänge.
- *OLG Stuttgart, Beschluss vom 20. April 1994, 8 W 222/93, Die Justiz S. 373:* Die Beurkundung von allgemeinen Umlegungsbedingungen kann nicht unter § 13 a Abs. 1 Nr. 1 LJKG n.F. subsumiert werden.

## 3. Festsetzung von Staats- und Notaranteilen durch Verwaltungsakt, § 14 LJKG n.F.

Gelegentlich kommt es zwischen einem Notar im Landesdienst und dem Bezirksrevisor als dem Vertreter der Staatskasse zu unterschiedlichen Auffassungen über die Auslegung der gesetzlichen Bestimmungen des Gebührenanteilsrechts und demzufolge über die Höhe der vom Notar abzuliefernden Staatsanteile bzw. von ihm zu beziehenden Gebührenanteile. Die gerichtliche Praxis hat bislang aus dem Bestehen einer gesetzlichen Regelung über den Inhalt von Leistungs- und Erstattungspflichten auf die Befugnis der Verwaltung zur Durchsetzung dieser Pflichten im Wege des Erlasses eines Verwaltungsaktes geschlossen. Der Gesetzgeber hat die weitgehende Neufassung der Vorschriften des Gebührenanteilsrechts zum Anlass genommen, mit § 14 LJKG n.F. eine ausdrückliche gesetzliche Ermächtigungsgrundlage und Zuständigkeitsregelung für den Erlass von Verwaltungsakten zu schaffen (vgl. LT-Drucksache 13/3965 vom 21.01.2005, S. 23, 43).

Der betroffene Notar kann einen auf der Grundlage von § 14 LJKG n.F. ergangenen Verwaltungsakt seines dienstaufsichtsführenden Landgerichts- bzw. Amtsgerichtspräsidenten anfechten durch **Antrag auf gerichtliche Entscheidung im Verfahren nach Artikel XI § 1 des Gesetzes zur Änderung und Ergänzung kostenrechtlicher Vorschriften (KostÄndG)** vom 26. Juli 1957 (BGBl. I S. 861, 935), zuletzt geändert mit Wirkung vom 1. Januar 2005 durch Artikel 15 des Gesetzes vom 9. Dezember 2004, BGBl. I S. 3220, 3228.

Der 8. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart hat dazu bereits in seinem *Beschluss vom 23. Juni 1980, 8 W 209/79, Die Justiz S. 412 = BWNNotZ 1980, 141*, ausgeführt: „Zwar wird die Anordnung, die die Höhe des Staatsanteils festlegt, vom Wortlaut der Bestimmung nicht eindeutig erfaßt. Doch gebietet der Gesetzeszweck eine entsprechende Auslegung. Denn dieser Zweck besteht darin, den durch Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte auf dem Gebiet des Kostenrechts im Bereich der Justizverwaltung auch für die wenigen Fälle, die nicht schon in den aufgeführten Gesetzen geregelt sind, durch eine **lückenfüllende Generalklausel** ebenfalls den Zivilgerichten zuzuweisen und so eine unsachgemäße Aufteilung zwischen Zivil- und Verwaltungsgerichten in diesem Bereich zu vermeiden (...). Dass das Verfahren auch einen besoldungsrechtlichen Einschlag hat, steht nicht entgegen. Denn einen solchen hat zum Beispiel auch das Verfahren nach § 156 KostO. Dass dort nur mittelbar, hier dagegen unmittelbar über den dem Notar zufließenden Kostenanteil entschieden wird, macht keinen wesentlichen Unterschied. **Art. XI § 1 KostÄndG 1957 ist daher als spezielle Regelung nicht nur gegenüber § 40 VwGO, sondern auch gegen-**

**über § 126 BRRG anzusehen.**“ Die Zulässigkeit dieses Rechtswegs ist für die im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst seither mehrfach gerichtlich bestätigt worden (zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf die Rechtsprechungsnachweise am Ende von Abschnitt 2.2 verwiesen).

Zuständiges Gericht ist gemäß Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 1 KostÄndG das Amtsgericht, in dessen Bezirk die für die Einziehung oder Befriedigung des Anspruchs zuständige Kasse ihren Sitz hat. Zuständige Kasse ist für die Notare im Landesdienst die *Landesoberkasse Baden-Württemberg bei der Oberfinanzdirektion Karlsruhe* – die früheren Landesoberkassen Freiburg, Karlsruhe, Metzingen und Stuttgart sind durch Anordnung des Finanzministeriums vom 14. Juli 1998, GBl. S. 502, aufgelöst worden mit Wirkung vom 1. August 1998. Demnach wäre das **Amtsgericht Karlsruhe** in erster Instanz zuständig für den Antrag eines Notars im Landesdienst auf gerichtliche Entscheidung. Da aber die *Außenstelle Metzingen* der Landesoberkasse Baden-Württemberg für den Einzelplan 05 – Justizministerium zuständig ist, ließe sich daraus auch eine Zuständigkeit des **Amtsgerichts Bad Urach** ableiten. Es bleibt abzuwarten, von welcher Zuständigkeit die Gerichte ausgehen werden. Gegebenenfalls hat gemäß § 5 Abs. 1 Satz 1 FGG eine Zuständigkeitsbestimmung durch das Oberlandesgericht zu erfolgen, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Amtsgericht gehört.

Dem Verfahren nach Artikel XI § 1 KostÄndG geht anders als einem verwaltungsgerichtlichen Verfahren kein behördliches Vorverfahren (§§ 68 ff. VwGO, ggf. i.V.m. § 126 Abs. 3 BRRG) voraus. Der Notar stellt seinen nicht fristgebundenen Antrag unmittelbar bei dem zuständigen Amtsgericht schriftlich oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle (Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 3 KostÄndG i.V.m. § 14 Abs. 6 Sätze 1 und 2 KostO). In dem Verfahren ist die **Staatskasse zu hören** (Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 2 KostÄndG) und wird – in der bisherigen gerichtlichen Praxis (vgl. auch Hartmann, Kostengesetz, 35. Aufl. 2005, Art. XI § 1 KostÄndG Rn. 12) – durch den Bezirksrevisor vertreten. Nach Abschnitt II Buchstabe C Nr. 1 der Bekanntmachung der Ministerien über die Vertretung des Landes in gerichtlichen Verfahren und förmlichen Verfahren vor den Verwaltungsbehörden vom 30. November 2004 (GBl. S. 874, 875 f.) hätte allerdings die Vertretung durch die Generalstaatsanwaltschaften zu erfolgen.

Gegen den Beschluss des Amtsgerichts kann der Notar oder die Staatskasse das Rechtsmittel der unbefristeten **Be-**

**schwerde** einlegen, wenn der Wert des Beschwerdegegenstands 200 Euro übersteigt oder wenn das Amtsgericht die Beschwerde wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen hat (Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 3 KostÄndG i.V.m. § 14 Abs. 3 KostO). Die Beschwerde ist beim Amtsgericht schriftlich einzureichen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle (eines jeden Amtsgerichts, § 129 a ZPO) abzugeben (Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 3 KostÄndG i.V.m. § 14 Abs. 6 Sätze 1 und 3 KostO). Hilft das Amtsgericht (Karlsruhe bzw. Bad Urach) der Beschwerde nicht ab, legt es sie dem **Landgericht (Karlsruhe bzw. Tübingen)** vor.

Die **weitere Beschwerde** ist nur zulässig, wenn sie das Landgericht wegen der grundsätzlichen Bedeutung der zur Entscheidung stehenden Frage zugelassen hat (Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 3 KostÄndG i.V.m. § 14 Abs. 5 KostO). Die weitere Beschwerde ist beim Landgericht schriftlich einzureichen oder durch Erklärung zu Protokoll der Geschäftsstelle (eines jeden Amtsgerichts, § 129 a ZPO) abzugeben. Hilft das Landgericht (Karlsruhe bzw. Tübingen) der weiteren Beschwerde nicht ab, legt es sie dem **Oberlandesgericht (Karlsruhe bzw. Stuttgart)** vor.

Im Verfahren nach Artikel XI § 1 KostÄndG einschließlich den Verfahren der Beschwerde und der weiteren Beschwerde besteht **kein Anwaltszwang** (vgl. Hartmann, a.a.O., Rn. 11 unter Hinweis auf § 78 Abs. 5 ZPO) und es entstehen **keine Gerichtsgebühren** (Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 3 KostÄndG i.V.m. § 14 Abs. 9 KostO).

Der Antrag des Notars auf gerichtliche Entscheidung und eine Beschwerde haben keine aufschiebende Wirkung, soweit nicht das Amtsgericht oder das Beschwerdegericht etwas anderes anordnet (Artikel XI § 1 Abs. 2 Satz 3 KostÄndG i.V.m. § 14 Abs. 8 KostO). Ein auf der Grundlage von § 14 LJKG n.F. ergehender **Leistungsbescheid** des dienstaufsichtführenden Landgerichts- bzw. Amtsgerichtspräsidenten ist demnach **im Regelfall sofort vollziehbar**.

Vom Verfahren nach Artikel XI § 1 KostÄndG zu unterscheiden sind

- das (Beschwerde-)Verfahren nach § 156 KostO für Kosten, die dem Notars zufließen, und
- die Verfahren nach §§ 14 und 31 (i.V.m. §§ 141, 142) KostO für Kosten, die der Staatskasse zufließen,

die jeweils das Außenverhältnis zum Kostenschuldner betreffen.

# Die Gebührengläubigerschaft der Amtsnotare in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten des § 11 LJKG

(von Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz)

*Die europarechtliche Gesellschaftsteuerrichtlinie und mehrere Entscheidungen des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften (EuGH) machten eine Änderung der bisher im baden-württembergischen Landesjustizkostengesetz (LJKG) verankerten Regeln einer Gebührenbeteiligung des Landes Baden-Württemberg bei Beurkundungen durch Notare im Landesdienst für Geschäfte aus dem Bereich des Gesellschaftsrechts erforderlich. Die Anpassung an die europarechtlichen Anforderungen geschieht dadurch, dass überwiegend die Gebühren für Beurkundungen im Bereich der Gesellschaftsteuerrichtlinie nicht mehr dem Land Baden-Württemberg, sondern ausschließlich dem Urkundsnotar zufließen. Die Abhandlung erläutert den Anwendungsbereich von § 11 LJKG<sup>1</sup>.*

## I. Ausgangslage

### 1. Gesellschaftsteuer-Richtlinie

Die „Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital“<sup>2</sup> in der Fassung der „Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.6.1985“<sup>3</sup> (so genannte Gesellschaftsteuerrichtlinie) dient der Durchsetzung des freien Kapitalverkehrs innerhalb der Europäischen Union. Sie enthält in Art. 4 eine Aufzählung der Vorgänge, die der Gesellschaftsteuer unterliegen können, sowie in Art. 5 die Fälle, in denen unter Angabe der Bemessungsgrundlage die Steuer erhoben wird. Des Weiteren bestimmt die Richtlinie insbesondere in Art. 10 Buchst. c), dass – abgesehen von der durch die Richtlinie harmonisierten Gesellschaftsteuer – die Mitgliedstaaten von den in Art. 3 der Richtlinie aufgeführten Gesellschaften keine anderen Steuern oder Abgaben erheben auf „die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Formalität, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen sein kann“. Als Ausnahme von dieser Regelung bestimmt Art. 12 Abs. 1 Buchst. e) jedoch, dass die Mitgliedstaaten – in Abweichung von Art. 10 der Richtlinie – **Abgaben mit Gebührencharakter erheben** dürfen.

Anzuwenden ist die Richtlinie auf die in Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie genannten Gesellschaften. Hierunter fallen insbesondere Aktiengesellschaften; Kommanditgesellschaften auf Aktien; Gesellschaften mit beschränkter Haftung; Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen, deren Kapital- oder Vermögensanteile börsenfähig sind; Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen mit Erwerbszweck, deren Mitglieder berechtigt sind, ihre Anteile ohne vorherige Genehmigung an Dritte zu veräußern, und deren Mitglieder für Schulden der Gesellschaft, der Personenvereinigung oder juristischen Person nur bis zur Höhe ihrer Beteiligung haften; den Kapitalgesellschaften gleichgestellt

werden alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen, die einen Erwerbszweck verfolgen.

### 2. Gerichtliche Konkretisierungen

Durch seine Entscheidungen „Fantask“<sup>4</sup> und „Modelo“<sup>5</sup> hat der EuGH die Gesellschaftsteuerrichtlinie konkretisiert. Der EuGH gibt dabei eine enge Auslegung des Begriffs mit Gebührencharakter vor. Vom EuGH ist für den Bereich des notariellen Kostenrechts im staatlichen Notariat der Begriff der „Gebühr“ eng definiert worden. Danach bildet eine Gebühr nur dann einen Ausnahmetatbestand vom Verbot der Steuererhebung, wenn ihre Höhe die tatsächlichen Aufwendungen nicht übersteigt. Dem Staat darf über die tatsächlichen Aufwendungen hinaus keine Einnahme zufließen, die ganz oder teilweise im allgemeinen Staatshaushalt zur Finanzierung seiner Aufgaben Verwendung findet. Der EuGH hat in seiner Entscheidung vom 21.3.2002 („Gründerzentrum“<sup>6</sup>) die Frage bejaht, dass die Grundsätze seiner Modelo-Entscheidung auf die badischen Amtsnotare Anwendung findet. Gleiches gilt für die württembergischen Amtsnotare.<sup>7</sup> Damit entzog der EuGH die Grundlage für die bisher im Landesteil Baden gesetzlich festgelegte Gebührengläubigerschaft des Landes Baden-Württemberg für Beurkundungen der Notare im Landesdienst im Anwendungsbereich der Verbotstatbestände der Richtlinie 69/335/EWG. Auch das OLG Karlsruhe<sup>8</sup> hat sich dieser Meinung angeschlossen.

## II. Betroffene Personen

### 1. Amtsnotare

§ 11<sup>9</sup> ist nur anwendbar für die Notare bei den Notariaten (Notare im Landesdienst Baden-Württemberg) i. S. von § 2 LFGG. Die Vorschrift gilt nicht für hauptberufliche Nurnotare und Anwaltsnotare (§§ 3, 114, 115 BNotO), auch nicht für die **Ratsschreiber** in Baden-Württemberg als Beurkundungsorgane<sup>10</sup>.

<sup>1</sup> Neu gefasst durch Art. 1 Nr. 6 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28.7.2005, GesBl. 2005 S. 580, in Kraft ab 1.1.2006. Die Ausführungen in dieser Abhandlung sind dem Kommentar zum Landesjustizkostengesetz von Böhringer/Falk, 2006, Kohlhammer-Verlag, Stuttgart, entnommen. Dem Verlag wird für die Zustimmung zur auszugsweisen Veröffentlichung der Erläuterungen zu § 11 LJKG gedankt.

<sup>2</sup> ABl. EG Nr. L 249, S. 25.

<sup>3</sup> ABl. EG Nr. L 156, S. 23. Abgedruckt bei v. Borries/Winkel, Europäisches Wirtschaftsrecht, Nr. 650.

<sup>4</sup> EuZW 1998, 172 = EWS 1998, 268 = NJW 1998, 2809 = WMP 1998, 2193 = ZIP 1998, 206, dazu EWIR 1998, 383 (Limmer).

<sup>5</sup> DNotZ 1999, 936 = EuZW 1999, 724 = FGPrax 1999, 240 = MittBayNot 1999, 497 m. Anm. Vollrath = NJW 2000, 939 = ZIP 1999, 1681, dazu EWIR § 47 KostO 1/99, 961 (mit zustimmendem Kommentar Lappe). Dazu auch Römermann, ZNotP 2000, 265; Reimann, ZNotP 2000, 268; Görk, DNotZ 1999, 851; Heidenhain, EuZW 1999, 724.

<sup>6</sup> EuGHE I 2002, 3333 = BWNNotZ 2002, 86 = DNotZ 2002, 389 m. Anm. Fabis = EuZW 2002, 368 = MittBayNot 2002, 179 = NJW 2002, 2377 = ZIP 2002, 663 = ZNotP 2002, 200, dazu EWIR 2002 S. 445 (mit zustimmendem Kommentar Lappe); Eule ZNotP 2002, 226.

<sup>7</sup> EuGH (Urt. v. 30.6.2005 C-165/03).

<sup>8</sup> BWNNotZ 2003, 43 = DB 2003, 1270 = Die Justiz 2002, 599 = EWIR 2002, 129 = FGPrax 2002, 275 = OLG Karlsruhe/Stuttgart-Report 2002, 437 = Rpfleger 2002, 655 für den Fall der Verschmelzung zweier Kapitalgesellschaft im Wege der Aufnahme (wenn eine Vermögensübernahme stattfindet) hinsichtlich des Wertes des Verschmelzungsvertrages und der Zustimmungsbeschlüsse der Anteilhaber. Kritisch zu dieser Entscheidung Sandweg, BWNNotZ 2003, 25. Weitere Entscheidung für die Verschmelzung von Genossenschaften, OLG Karlsruhe, BWNNotZ 2004, 68 = FGPrax 2003, 95 = JurBüro 2003, 433 = OLG Stuttgart/Karlsruhe-Report 2003, 80 = Rpfleger 2003, 218 = ZIP 2003, 800. Abgrenzend zu Verträgen über die Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts OLG Karlsruhe, BWNNotZ 2003, 170 m. krit. Anm. Sandweg = Die Justiz 2003, 638 = FGPrax 2003, 287 = JurBüro 2003, 597 = MittBayNot 2004, 212 = OLG Stuttgart/Karlsruhe-Report 2004, 93.

<sup>9</sup> Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des Landesjustizkostengesetzes.

<sup>10</sup> Ihre Beurkundungszuständigkeiten sind in § 32 LFGG abschließend geregelt; sie haben somit in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten keine Beurkundungsbefugnis.

## 2. Betroffene Klientel der Amtsnotare

Anwendbar ist die Gesellschaftsteuer-Richtlinie 69/335/EWG nur auf Angelegenheiten, die **Gesellschaften, Personenvereinigungen und juristische Personen mit Erwerbzweck** betreffen.<sup>11</sup> Diese sind nach deutschem Recht: Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft auf Aktien, GmbH, GmbH & Co. KG,<sup>12</sup> Kommanditgesellschaft, Offene Handelsgesellschaft, Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung (EWIV), eingetragene Genossenschaften.<sup>13</sup> Zumindest im Bereich umwandlungsrechtlicher Vorgänge sind auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 190 Abs. 2 Nr. 1 UmwG), eine Partnerschaftsgesellschaft (§ 190 Abs. 2 Nr. 2 UmwG) und sogar der Einzelkaufmann<sup>14</sup> bei den gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten i. S. von § 11 Abs. 1 darunter zu zählen.

Das Merkmal der **Kostenschuldnerschaft** nach § 2 KostO ist allerdings kein Indiz dafür, dass eine Beurkundung oder Beglaubigung unter den in § 11 Abs. 1 verwendeten Begriff der „gesellschaftsrechtlichen Angelegenheit“ fällt oder als sonstiges Geschäft zu betrachten ist. Art. 10 Buchst. c) der Richtlinie knüpft an den Vorgang der „Formalität“ an und nicht an die Person des Kostenschuldners. So geben z. B. in Gründungsverträgen für eine Aktiengesellschaft bzw. GmbH die Gründer persönliche Erklärungen ab, sie schulden – im Außenverhältnis – daher selbst;<sup>15</sup> im Innenverhältnis können Kosten nach § 26 Abs. 2 AktG bzw. analog bei der GmbH<sup>16</sup> von der Gesellschaft getragen werden.<sup>17</sup>

### III. Gebührengläubigerschaft der Amtsnotare

#### 1. Allgemeines

Der Fiskus des Landes Baden-Württemberg erhält nach § 11 Abs. 1 keinen Anteil an Gebühren für gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten, die auf Grund zwingender gesellschaftsrechtlicher Vorgaben der notariellen Beurkundung bedürfen.<sup>18</sup> Zu beachten ist dabei aber auch, dass sich nicht alle gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten unter Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie subsumieren lassen, so z. B. Änderung der Satzung einer GmbH wegen des Bekanntmachungsblattes, wegen einer Nachfolgeklausel oder eines Wettbewerbsverbots u.ä.

#### 2. Formzwänge und fakultatives Handeln

Es muss das jeweilige materielle Recht für den gesellschaftsrechtlichen Vorgang untersucht werden, wo zwingende Formvorschriften (zwingende „Formalität“ i. S. von Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie) bestehen, auf Grund deren man durch andere Gestaltung der notariellen Beurkundungspflicht und der hierdurch entstehenden Ge-

bühr nicht entgehen kann, und wo fakultatives Handeln möglich ist, eine notarielle Mitwirkung also keine zwingende „sonstige Formalität“ darstellt. Jede gesetzlich verankerte nationale Formvorschrift, die sich an die Gesellschaft auf Grund ihrer Rechtsform richtet, ist geeignet, eine „Formalität“ i. S. von Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie darzustellen.

Schreibt das Gesetz für die entsprechende Rechtsform der Gesellschaft keine Form für ein Geschäft vor oder wählt die Gesellschaft **freiwillig eine „höherwertige“ Form**, etwa statt der Schriftform die Beglaubigung oder statt der Unterschriftsbeglaubigung die notarielle Beurkundung (z. B. bei der Übernahmemeerkklärung nach § 55 GmbHG), so handelt es sich insoweit nicht um eine „Formalität“ i. S. von Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie, demnach kann der Fiskus die Abführung eines Staatsanteils vom Notar verlangen, europarechtliche Vorgaben sind nicht tangiert. Die anfallende Notargebühr stellt eine freiwillig in Anspruch genommene Leistung des Notars dar, die keinen obligatorischen Charakter hat.<sup>19</sup> Der Landesgesetzgeber hat in solchen Fällen die Kompetenz, einen Staatsanteil für die freiwillige Beurkundung bzw. die höherwertige Form festzulegen.

#### 3. Urkundsentwürfe u. a.

Der **Entwurf von Urkunden**, die auf Grund zwingender gesellschaftsrechtlicher Vorgaben der notariellen Beurkundung oder der notariellen Beglaubigung bedürfen, ist keine „sonstige Formalität“ i. S. von Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie. Auch die **Entwurfserfertigung oder Entwurfsprüfung** durch den Notar sind zusätzliche Leistungen des Notars, auch dann, wenn sie im Einzelfall über eine vorgeschriebene „Formalität“ hinausgeht (z. B. bei einer Gründungsvollmacht oder bei einer **Übernahmemeerkklärung nach § 55 GmbHG** genügt Unterschriftsbeglaubigung). Übernimmt der Notar anlässlich einer Beurkundung noch eine **Betreuung** i. S. von § 24 Abs. 1 S. 1 BNotO (z. B. Fertigung der **Gesellschafterliste** nach §§ 40, 8 Abs. 1 Nr. 3, § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG), so beruht diese Einbeziehung des Notars nicht auf einer gesetzlichen Anordnung, sondern auf dem freien Entschluss der Beteiligten und ist somit keine zwingende „Formalität“. In all diesen Fällen kann der Landesgesetzgeber die Abführung eines Staatsanteils anordnen, was er in §§ 12 und 13 getan hat.

#### IV. Notarrelevante Tätigkeiten im Gesellschaftsrecht

Im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts übt der Notar verschiedenartige Tätigkeiten aus:

- **Beurkundungen**, insbesondere von Gründungsvorgängen einer Kapitalgesellschaft, von Versammlungsbeschlüssen und Umwandlungsvorgängen, § 128 BGB, §§ 8, 36 BeurkG, § 20 Abs. 1 BNotO, §§ 36, 47 KostO;
- **Beglaubigungen**, insbesondere von Handelsregisteranmeldungen, § 129 BGB, §§ 39 ff. BeurkG, § 20 Abs. 1 BNotO, § 45 KostO;
- Entgegennahme einer Auflassung bei **Einbringung von Grundstücken** in eine Gesellschaft, §§ 873, 925 BGB, § 20 Abs. 2 BNotO, § 38 KostO;
- **Zustellung von Erklärungen** privater Personen, z. B. bei Umwandlungsvorgängen Zustellung des Entwurfs des Umwandlungsvertrags an den Betriebsrat, § 5 Abs. 3, § 126 Abs. 3, §§ 176, 177 UmwG, § 20 Abs. 1 BNotO, § 147 KostO;

<sup>11</sup> OLG Stuttgart, Die Justiz 2001, 213.

<sup>12</sup> OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139 = Die Justiz 2003, 634 = OLG Stuttgart/Karlsruhe-Report 2003, 365; OLG Hamm, FGPrax 2001, 90 = JurBüro 2001, 102 = NJW-RR 2001, 1440 = RNotZ 2001, 242 = Rpfleger 2001, 99.

<sup>13</sup> OLG Karlsruhe, BWNotZ 2004, 68 = FGPrax 2003, 95 = JurBüro 2003, 433 = OLG Stuttgart/Karlsruhe-Report 2003, 80 = Rpfleger 2003, 218.

<sup>14</sup> Bei Ausgliederung aus dem Vermögen eines Einzelkaufmanns (§ 152 UmwG) und wenn der Alleingesellschafter einer Kapitalgesellschaft das Vermögen der Gesellschaft übernimmt (§ 120 UmwG). Im Allgemeinen ist jedoch die Gesellschaftsteuer-Richtlinie auf den Einzelkaufmann nicht anwendbar, OLG Stuttgart, Die Justiz 2001, 213

<sup>15</sup> OLG Karlsruhe, DNotZ 1965, 372.

<sup>16</sup> Gesetzeslücke; § 9a Abs. 2, § 82 Abs. 1 Nr. 1 GmbHG macht Andeutungen zur entsprechenden Anwendung des Aktienrechts.

<sup>17</sup> EuGH („Gründerzentrum“) DNotZ 2002, 389 m. Anm. Fabis = EWiR 2002, 445 m. Anm. Lappe = ZIP 2002, 663.

<sup>18</sup> Ausführliche Erläuterungen zu sämtlichen Änderungen des LJKG im Kommentar Böhringer/Falk, Landesjustizkostengesetz, 2005, Kohlhammer-Verlag, Stuttgart.

<sup>19</sup> Ebenso Görk, DNotZ 1999, 851, 869; OLG Stuttgart, Die Justiz 2001, 213.

- Ausstellung von **Teilhypothesen- und Teilgrundschuldbriefen** anlässlich von umwandlungsrechtlichen Spaltungsvorgängen, § 1152 BGB, § 61 GBO, § 20 Abs. 2 BNotO, §§ 71, 141 KostO;
- **Bescheinigung** über Vertretungsberechtigung und das Bestehen von juristischen Personen, § 39 BeurkG, § 21 Abs. 1 BNotO, § 150 KostO;
- Ausstellung der **Satzungsbescheinigung** nach § 181 Abs. 1 S. 2 AktG, § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG, § 39 BeurkG, § 20 Abs. 1 BNotO; gebührenfreies Nebengeschäft für den die Satzungsänderung beurkundenden Notar (§ 47 S. 1 Hs. 2 KostO), für anderen Notar gebührenpflichtig nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO;
- **Betreuung** der Beteiligten, z. B. Fertigung von Urkundenentwürfen, Gesellschafterlisten, Grundbuchberichtigungsanträgen, § 24 BNotO, § 145 bzw. § 147 KostO.

## V. Zwingende notarielle Beurkundungen (§§ 8, 36 BeurkG)

Unter dem in § 11 Abs. 1 S. 1 aufgeführten Begriff „Beurkundung“ versteht der Landesgesetzgeber die notarielle Beurkundung nach § 128 BGB, also Beurkundung von Willenserklärungen nach §§ 8, 9 BeurkG und sonstige Beurkundungen nach §§ 36, 37 BeurkG. Zu den zwingenden notariellen Beurkundungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten nach § 11 Abs. 1 sind nachfolgend aufgeführte Geschäfte zu zählen.

### 1. Bei Aktiengesellschaften

- **Gründungsakt** (Feststellung der Satzung, Erklärung der sonstigen Gründungsangaben, § 23 AktG).
- Protokoll über Bestellung des **ersten Aufsichtsrats** durch die Gründer (§ 30 Abs. 1 AktG). Beurkundungspflichtig ist auch die Bestellungserklärung der Entscheidungsberechtigten (§ 101 AktG analog § 30 Abs. 1 S. 2 AktG); die Bestellung der AR-Mitglieder bedarf einer nicht beurkundungspflichtigen Annahmeerklärung der AR-Mitglieder.
- Protokoll über Bestellung des **Abschlussprüfers** für das erste Voll- oder Rumpfgeschäftsjahr (§ 30 Abs. 1 AktG).
- bei beherrschter Gesellschaft: Zustimmung zu **Unternehmensverträgen**, zu deren Änderung und Aufhebung (§§ 293, 295, 296 AktG).

Auch Protokolle über die Beschlüsse einer **Hauptversammlung** (§ 130 Abs. 1 AktG) sind beurkundungspflichtig. Eine Ausnahme gilt lediglich für Beschlüsse einer **nichtbörsennotierten** Aktiengesellschaft, in der keine Beschlüsse gefasst werden, die einer Dreiviertel- oder größeren Mehrheit bedürfen (§ 130 Abs. 1 S. 3 AktG). Mindestens Dreiviertel-Mehrheit ist nötig für:

- **Grundlagenbeschlüsse** (z. B. Übertragung des wertvollsten Teils des Gesellschaftsvermögen) zum Handeln des Vertretungsorgans (§ 179a Abs. 1, § 119 Abs. 2 AktG).
- Jede **Satzungsänderung** (z. B. Änderung der Firma, Verlegung des Sitzes), § 179 Abs. 2 AktG.
- **Geschäftsordnung** für Ablauf einer Hauptversammlung (§ 129 Abs. 1 S. 1 AktG).
- Maßnahmen zur **Kapitalbeschaffung**: Kapitalerhöhung gegen Einlagen (§ 182 Abs. 1 S. 1 AktG); Bedingte Kapitalerhöhung (§ 193 Abs. 1 S. 1 AktG); Ermächtigung zur Erhöhung des Grundkapitals (genehmigtes Kapital), § 202 Abs. 2 S. 2 AktG; Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 207 Abs. 2 AktG); Wandelschuld- und Gewinn-

schuldverschreibungen (§ 221 Abs. 1 S. 2 AktG); Euro-Umstellung und Kapitalglättung bei vor dem 31.12.2001 gegründeten Gesellschaften (Ausnahme bei „bloßer Umrechnung“ der DM-Beträge auf Euro ohne irgendwelche Glättung, § 4 EGaktG).

- Maßnahmen zur **Kapitalherabsetzung**: ordentliche Kapitalherabsetzung (§ 222 Abs. 1 S. 2 AktG); vereinfachte Kapitalherabsetzung zu Sanierungszwecken (§ 229 Abs. 3 AktG); Herabsetzung durch Einziehung von Aktien (§ 237 Abs. 2 S. 1 AktG);
- **Auflösung** der Gesellschaft (§ 262 Abs. 1 Nr. 2 AktG).
- **Fortsetzung** einer aufgelösten Gesellschaft (§ 274 Abs. 1 S. 2 AktG).
- bei beherrschter Gesellschaft: Zustimmung zu **Unternehmensverträgen**, zu deren Änderung und Aufhebung (§§ 293, 295, 296 AktG).
- Zustimmung zur **Eingliederung** der Gesellschaft in eine andere Aktiengesellschaft (§ 319 Abs. 2 S. 2 AktG).

Bei einer **Verschmelzung** ohne Kapitalerhöhung unter Beteiligung einer Aktiengesellschaft (§ 65 Abs. 1 S. 1, § 50 UmwG) und bei einem **Formwechsel** einer AG/GmbH in eine Kommanditgesellschaft (§ 233 Abs. 2 S. 1 UmwG); beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform (§ 240 Abs. 1 S. 1 UmwG) sind die Ausnahmeregelungen des § 11 Abs. 2 Buchst. b) zu beachten, es gelten in solchen Fällen dann § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b). Ebenfalls nicht unter die Geschäfte nach § 11 Abs. 1 zählt ein Vertrag zur Einbringung von Sacheinlagen (z. B. ein Grundstück, §§ 311b, 873, 925 BGB).

### 2. Bei GmbH

- **Gründungsakt** (Feststellung der Satzung, Erklärung der sonstigen Gründungsangaben, §§ 2, 3 GmbHG).
- Bestimmte Beschlüsse in einer **Gesellschafterversammlung**: bei beherrschter Gesellschaft: **Zustimmungsbeschluss** zu Unternehmensverträgen, zu deren Änderung und Aufhebung (analog §§ 293, 295, 296 AktG); jede **Satzungsänderung** (z. B. Änderung der Firma, Verlegung des Sitzes), § 53 Abs. 2 S. 1 GmbHG; Maßnahmen zur **Kapitalbeschaffung**: Kapitalerhöhung gegen Einlagen (§§ 55, 56 GmbHG); Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln (§ 57c GmbHG); Euro-Umstellung und Kapitalglättung bei vor dem 31.12.2001 gegründeten Gesellschaften (Ausnahme bei „bloßer Umrechnung“ der DM-Beträge auf Euro ohne irgendwelche Glättung, § 86 Abs. 3 S. 1 GmbHG); Maßnahmen zur **Kapitalherabsetzung**: ordentliche Kapitalherabsetzung (§ 58 GmbHG); vereinfachte Kapitalherabsetzung (§ 58a GmbHG); ebenso für einhergehende Vereinigung der Geschäftsanteile; Herabsetzung und Einziehung von Geschäftsanteilen (§ 58 GmbHG).

Die **Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteils** nach § 15 Abs. 3 GmbHG, die Bestellung eines **Pfandrechts** oder **Nießbrauchs** am Geschäftsanteil nach § 15 Abs. 3 GmbHG, § 1274 Abs. 1, § 1069 BGB fällt grundsätzlich unter die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 Buchst. b). Vollmachten, Zustimmungen, Genehmigungen zu diesen Rechtsgeschäften sind formfrei (§§ 167, 82, 177, 185 BGB). Die bei der Verpfändung wegen ihrer Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft erforderliche Anmeldung ist formlos möglich (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Die vom Notar gem. § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG an das Registergericht zu erstattende Anzeige ist gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35 GmbHG) des Abtretungsgeschäfts.

### 3. Umwandlungsvorgänge

Bei den Umwandlungsvorgängen nach dem Umwandlungsgesetz ist vielfach materiell-rechtlich die Beurkundung der Rechtsgeschäfte oder Beschlüsse erforderlich.<sup>20</sup> Zwingend beurkundungspflichtig sind:

- **Umwandlungsverträge** wie Verschmelzungsvertrag, Spaltungs- oder Übernahmevertrag, Vertrag über die Vermögensübertragung (total oder partiell), für alle Formen beteiligter Rechtsträger, sowie **Spaltungsplan**; vgl. Ausnahme bei § 62 UmwG.
- **Zustimmungsbeschlüsse** der an einer Umwandlung beteiligten Rechtsträger (z. B. § 13 Abs. 3, § 36 Abs. 1, § 125, §§ 176, 177, § 193 Abs. 3 UmwG).
- **Zustimmungserklärungen** einzelner Anteilsinhaber bzw. nicht erschienener Gesellschafter (§ 13 Abs. 3 S. 1, § 13 Abs. 2, § 43 Abs. 1 Hs. 2, § 50 Abs. 2, § 51 Abs. 1 und 2 UmwG).<sup>21</sup>

**Gewisse Umwandlungsvorgänge** (Verschmelzungen, Aufspaltungen, jeweils ohne Kapitalerhöhung und ein Formwechsel) zählen wegen der Ausnahmenvorschrift in § 11 Abs. 2 Buchst. b) aber nicht zu den Geschäften im Sinne von § 11 Abs. 1, es gelten in solchen Fällen § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b.

Nicht zu den Geschäften nach § 11 Abs. 1, sondern nach § 11 Abs. 2 Buchst. c) und damit unter die Pflicht zur Ablieferung eines Staatsanteils nach § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b fallend zählen **Verzichtserklärungen**.<sup>22</sup> auf den **Umwandlungsbericht**<sup>23</sup> (z. B. § 8 Abs. 3 GmbHG bei Verschmelzung; §§ 127, 135, 142, 162 UmwG bei Spaltung und Ausgliederung; §§ 176, 177 UmwG bei Vermögensübertragungen; § 192 Abs. 3 UmwG beim Formwechsel); Verzicht auf den **Prüfungsbericht**<sup>24</sup> (z. B. § 9 Abs. 3 i. V. mit § 12 Abs. 3, §§ 30, 44, 45e, 48, 60, 78, 100 UmwG bei Verschmelzungen; § 125 UmwG bei Spaltung; §§ 176, 177 UmwG bei Vermögensübertragungen; evtl. § 197 UmwG beim Formwechsel, z. B. i. V. mit § 33 AktG); Verzicht auf **Klageerhebung** (z. B. §§ 14 Abs. 1, § 16 Abs. 2 UmwG);<sup>25</sup> Verzicht auf **Abfindungsangebot** (z. B. §§ 30, 207 UmwG).

Werden diese Verzichts- bzw. Zustimmungserklärungen im Umwandlungsvertrag mitbeurkundet, liegt Gegenstandsgleichheit gem. § 44 Abs. 1 KostO vor. Erfolgt aus sachlichen Gründen eine Mitbeurkundung bei den in getrennter Urkunde aufgenommenen Zustimmungsbeschlüssen, ist neben der 20/10 Gebühr des § 47 KostO eine 10/10 Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO zu erheben.

### VI. Zwingende notarielle Beglaubigungen (§§ 39 – 43 BeurkG)

Der Begriff „Beurkundung“ in § 11 Abs. 1 S. 1 meint nicht auch die „Beglaubigung“ nach § 129 BGB und die Beurkundungen i. S. von §§ 39 ff. BeurkG. Für diese Geschäfte gelten die allgemeinen Regeln der § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b. Unterschriftsbeglaubigungen können gem. Art. 12 Abs. 1 Buchst. e) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie als Abgaben mit Gebührencharakter vom Verbot des Art. 10 Buchst.

<sup>20</sup> Böhringer, BWNotZ 1995, 97.

<sup>21</sup> Man kann auf Grund des zwingenden Erfordernisses der Beurkundungspflicht diese nicht durch andere Gestaltung des Geschäfts umgehen, LG Stuttgart, Die Justiz 2001, 216.

<sup>22</sup> Je nach Falllage des Umwandlungsvorgangs, vgl. §§ 41, 44 UmwG, § 164 HGB, dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139, 142.

<sup>23</sup> Dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139, 142.

<sup>24</sup> OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139, 142.

<sup>25</sup> Dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139.

c) der Richtlinie ausgenommen werden.<sup>26</sup> Es spielt deshalb auch keine Rolle, ob die Unterschriftsbeglaubigung wegen gesellschaftsrechtlicher Vorgaben oder nur wegen handelsrechtlicher Verfahrensvorschriften erforderlich ist. Für die Unterschriftsbeglaubigung erhält der Notar die 5/20 Gebühr des § 45 Abs. 1 KostO, mit Begrenzung auf die Höchstgebühr von 130 Euro. Entwirft der Notar die Urkunde für die Gründungsvollmacht bzw. Registeranmeldung, so erhält er für den Entwurf einschließlich der Beglaubigung der Unterschrift die 5/10 Gebühr nach §§ 145, 45, 38 Abs. 2 Nr. 4 bzw. 7 KostO (bei Anmeldungen mit Höchstwertbegrenzung auf 500 000 Euro, bei Mitbeurkundung des einer Vollmacht zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisses (z. B. Auftrag) die 10/10 Gebühr nach §§ 145, 45, 36 Abs. 1 KostO, mit Höchstwertbegrenzung auf 500 000 Euro (§ 41 Abs. 4, § 39 Abs. 4 Hs. 2 KostO).

### VII. Fakultative Geschäfte

Bei der Gebühr für die Beurkundung und Beglaubigung fakultativer Geschäfte erhält die Staatskasse einen Anteil nach den allgemeinen Regeln der § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b. Zu den fakultativen Geschäften zählen:

#### 1. Bei Aktiengesellschaften

- Aktienrechtliche **Gründungsprüfung** durch Notar nach § 33 AktG; 5/10 Gebühr des § 147 Abs. 2 KostO.<sup>27</sup>
- Notarielles Protokoll für **Beschlüsse einer nichtbörsennotierten Aktiengesellschaft**, in der keine Beschlüsse gefasst werden, die einer Dreiviertel- oder größeren Mehrheit bedürfen (§ 130 Abs. 1 S. 3 AktG).
- Notariell beurkundeter **Unternehmensvertrag** (§ 293 AktG).
- Ausstellung der **Satzungsbescheinigung** nach § 181 AktG durch einen Notar, der den Beschluss über die Satzungsänderung nicht beurkundet hat; dann 10/10 Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO. Für denjenigen Notar, der den Satzungsänderungsbeschluss beurkundet hat, liegt ein gebührenfreies Nebengeschäft nach §§ 35, 47 S. 1 Hs. 2 KostO vor. Fraglich ist, ob er für die Zusammenstellung – also für den schreibtechnischen Aufwand – des Satzungstextes eine 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erhält, was bejaht wird.<sup>28</sup>

#### 2. Bei GmbH

- Notarielles Protokoll über **Beschluss zur Zustimmung** der herrschenden Gesellschaft zu einem Unternehmensvertrag.
- Notariell beurkundeter **Unternehmensvertrag**.
- Entwurf der **Liste der Gesellschafter** (Komplettliste nach §§ 40, 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG und Übernahmeliste nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG); 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO.
- Ausstellung der **Satzungsbescheinigung** nach § 54 GmbHG durch einen Notar, der den Beschluss über die Satzungsänderung nicht beurkundet hat; dann 10/10 Gebühr nach § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO. Für denjenigen Notar, der den Satzungsänderungsbeschluss beurkundet hat,

<sup>26</sup> Dazu LG Freiburg BWNotZ 2002, 159 („gerade kostendeckend“); OLG Stuttgart, Die Justiz 2001, 213; Sandweg BWNotZ, 2003, 25, 32.

<sup>27</sup> Die gerichtliche Bestellung des Gründungsprüfers einer Aktiengesellschaft wird von der Gesellschaftsteuer-Richtlinie erfasst, OLG Karlsruhe, Rpfleger 2001, 271. Zur Notargebühr Papmehl, MittBayNot 2003, 187.

<sup>28</sup> So Tiedtke, ZNotP 2001, 167.

liegt ein gebührenfreies Nebengeschäft nach §§ 35, 47 S. 1 Hs. 2 KostO vor. Fraglich ist, ob er für die Zusammenstellung – also für den schreibtechnischen Aufwand – des Satzungstextes eine 5/10 Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO erhält, was bejaht wird.<sup>29</sup>

### 3. Sonstige Gesellschaften

Beglaubigung oder Beurkundung von Gesellschaftsverträgen und Gesellschafterbeschlüssen bei Personengesellschaften, insbesondere bei OHG und KG sowie bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

### 4. Umwandlungsvorgänge

Entwurf des **Grundbuchberichtigungsantrags**<sup>30</sup> bei übertragendem oder formwechselndem Rechtsträger mit Grundbesitz. 5/10 Gebühr nach § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO bei Entwurfsfertigung i. V. mit § 145 Abs. 1 S. 1 KostO.<sup>31</sup>

## VIII. Aufwandsentschädigung

Art. 12 Abs. 1 Buchst. e) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie gestattet, dass das Land Baden-Württemberg seinen im Zusammenhang mit Notargeschäften nach § 11 Abs. 1 S. 1 entstehenden Aufwand ersetzt bekommen kann.<sup>32</sup> § 11 Abs. 1 S. 2 ordnet deshalb an, dass die Notare im Landesdienst eine pauschale Aufwandsentschädigung von 15% derjenigen Beurkundungsgebühren abzuführen haben, an denen die Staatskasse nach § 11 Abs. 1 S. 1 nicht partizipiert. Diese Pauschale muss aber angemessen sein, der Gesetzgeber hat einen entsprechenden Ermessensspielraum. Anstelle einer in der Praxis aufwändigen Ermittlung des konkreten Aufwands für jeden Einzelfall sieht § 11 Abs. 1 S. 2 eine pauschale Entschädigung vor. § 11 Abs. 1 S. 2 gestattet dem Notar nicht, für den konkreten Einzelfall einen Einzelnachweis seines Aufwands zu führen.

Die Übergangsvorschrift<sup>33</sup> zu § 11 stellt klar, dass die pauschale Aufwandsentschädigung für die den Notaren nach § 11 Abs. 1 vollständig überlassenen Gebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten auch für die Übergangszeit vom 1. Juni 2002 bis zum 31. Dezember 2005 zu entrichten ist.

## IX. Ausnahmetatbestände des § 11 Abs. 2

Es gibt in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten Geschäfte, die nicht in den Anwendungsbereich von Art. 10 oder 11 der Gesellschaftsteuer-Richtlinie fallen oder bei denen ein Ausnahmetatbestand nach Art. 12 der Gesellschaftsteuer-Richtlinie greift. In solchen Fällen ist eine Beteiligung der Notare an den von ihnen erhobenen Gebühren europarechtlich nicht erforderlich. § 11 Abs. 2 nennt für solche Geschäfte Ausnahmen von § 11 Abs. 1. Durch die Verweisung auf §§ 12 und 13 erhält der Notar die gleiche Beteiligung wie bei nicht privilegierten Notargeschäften.

### 1. Verfügungen über GmbH-Anteil

Die Beurkundungspflicht der Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH gem. § 15 Abs. 3 GmbHG besteht nicht gegenüber der Gesellschaft selbst, sondern gegenüber Drit-

ten, auch wenn die Beurkundungspflicht mit der Rechtsform der Gesellschaft im Zusammenhang steht. § 11 Abs. 2 Buchst. a) ordnet daher an, dass die Staatskasse an der Beurkundungsgebühr für das **Kausalgeschäft** wie auch den **dinglichen Abtretungsvertrag** einen Anteil erhält (es gelten § 12 Abs. 7 und § 13 Abs. 2 Buchst. b);<sup>34</sup> dies allerdings dann nicht, wenn ein solcher Vorgang der Erhöhung des Kapitals der erwerbenden Gesellschaft dient. Dies ist dann der Fall, wenn eine GmbH-Anteilsübertragung dazu dient, mit dieser Sacheinlage das Kapital der erwerbenden Gesellschaft zu erhöhen. Obwohl nicht ausdrücklich angeordnet, hat wohl gleiches zu gelten, wenn bei der Gründung einer GmbH ein Gesellschafter seinen Anteil an einer anderen GmbH in die neu gegründete GmbH durch Abtretung einbringt.

Unter § 11 Abs. 2 Buchst. a) fallen auch die Bestellung eines **Pfandrechts** und eines **Nießbrauchs** an einem GmbH-Geschäftsanteil (§§ 1274, 1069 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG) sowie die entsprechenden Kausalverträge.

**Vollmachten, Zustimmungen, Genehmigungen** zu diesen Rechtsgeschäften sind formfrei (§§ 167, 82, 177, 185 BGB). Die bei der Verpfändung wegen ihrer Wirksamkeit gegenüber der Gesellschaft erforderliche Anmeldung ist formlos möglich (§ 16 Abs. 1 GmbHG). Die vom Notar gem. § 40 Abs. 1 S. 2 GmbHG an das Registergericht zu erstattende Anzeige ist gebührenfreies Nebengeschäft (§ 35 GmbHG) des Abtretungsgeschäfts.

### 2. Sonderfälle bei bestimmten Umwandlungsvorgängen

Bei den Umwandlungsvorgängen gibt es den Sonderfall, dass die übernehmende Gesellschaft vor der Verschmelzung **Inhaberin aller Anteile** an der übertragenden Gesellschaft war. Bestritten ist, ob europarechtlich diese Falllage unter Art. 4 und 10 der Gesellschaftsteuer-Richtlinie zu zählen ist.<sup>35</sup> Vom Landesgesetzgeber wird eine Abführung eines Teils (§ 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b) der Gebühr an die Staatskasse für zulässig gehalten und daher auch in Abs. 2 Buchst. b) angeordnet. Entsprechendes gilt nach dem Beschluss des OLG Karlsruhe<sup>36</sup> auch für die Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses über einen Formwechsel (im entschiedenen Fall von einer GmbH in eine Kommanditgesellschaft); deshalb besteht die Ausnahmeregelung des § 11 Abs. 2 Buchst. b).

Bei bestimmten Umwandlungsvorgängen darf der übernehmende Rechtsträger zur Durchführung der Umwandlung sein Stammkapital/Grundkapital nicht erhöhen (**Kapitalerhöhungsverbot**). Solche rechtsformspezifische Falllagen regeln die §§ 54, 68 und 125 UmwG für die GmbH, die AG und die KGaA bei Verschmelzungen, Aufspaltungen und Abspaltungen (nicht aber für Ausgliederungen). Ausgeschlossen ist eine Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft, soweit sie Anteile eines übertragenden Rechtsträgers innehat, ein übertragender Rechtsträger eigene Anteile innehat oder ein übertragender Rechtsträger Geschäftsanteile/Aktien dieser Gesellschaft besitzt, auf welche die Einlage/der Ausgabebetrag nicht in voller Höhe geleistet ist (§ 54 Abs. 1 S. 1, § 68 Abs. 1 S. 1 UmwG).

<sup>29</sup> So Tiedtke, ZNotP 2001, 167.

<sup>30</sup> Zur Grundbuchberichtigung bei Umwandlungen Böhringer, Rpfleger 2001, 59.

<sup>31</sup> Tiedtke, MittBayNot 1997, 209, 216.

<sup>32</sup> EuZW 1998, 172 = EWS 1998, 268 = NJW 1998, 2809 = WMP 1998, 2193 = ZIP 1998, 206, dazu EWIR 1998, 383 (Limmer).

<sup>33</sup> Art. 4 § 2 S. 2 des Änderungsgesetzes zum LJKG vom 28.7.2005 (GBl. S. 580).

<sup>34</sup> Nach Ansicht von Görk, DNotZ 1999, 851, 871, blieb bisher schon die Beurkundung eines GmbH-Anteilsübertragung durch einen beamteten Notar in jedem Fall von der Gesellschaftsteuer-Richtlinie unberührt. Mit der Regelung in Abs. 2 Buchst. a) vertritt der Landesgesetzgeber die gleiche Auffassung.

<sup>35</sup> Einerseits Sandweg, BWNNotZ 2003, 25, 28; andererseits EuGH, Entscheidung vom 27.10.1998, Rechtssache C-152/97 („Agas“), Slg. I – 1998 10A/10B – 6582 ff. = WM 1999, 343, 345; dazu WuB II N. Art. 12 RL 69/335/EMit WG 2/99 (Kommentar Vogt); OLG Karlsruhe, BB 2001, 798 = NJW-RR 2002, 321 = Rpfleger 2001, 321.

<sup>36</sup> BWNNotZ 2005, 19 = JurBüro 2005, 204.



Oft ist demnach in Konzernkonstellationen die Kapitalerhöhung zur Gewährung von Anteilen nicht erlaubt. So ist eine Kapitalerhöhung z.B. unzulässig, soweit die übernehmende GmbH Anteile an der übertragenden GmbH besitzt (§ 54 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 UmwG bei Verschmelzung der 100%igen Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft – so gen. up-stream-merger), da insoweit keine Anteile zu gewähren sind (§ 20 Abs. 1 Nr. 3 UmwG). Gleichgestellt mit eigenen Anteilen sind Anteile, die ein Dritter treuhänderisch für eine der beteiligten Gesellschaften hält (§ 54 Abs. 2 UmwG). Bei der Verschmelzung von 100%igen Schwestergesellschaften (also von Gesellschaften, an denen dieselben Gesellschafter im selben Verhältnis beteiligt sind) ist das Stammkapital der übernehmenden Gesellschaft hingegen zu erhöhen. Bei Ausgliederungen gelten die Beschränkungen des § 54 UmwG hinsichtlich der Schaffung von Anteilen durch Kapitalerhöhung bei der übernehmenden Gesellschaft (GmbH, AG, KGaA) nicht, § 125 UmwG.

Wesen des **Formwechsels** ist die Identität des Rechtsträgers. Es findet kein Vermögensübergang statt, lediglich die rechtliche Verfassung des Rechtsträgers ändert sich. Vorschriften, welche sich auf den Einbringungsverfahren und auf Einbringungsakte beziehen, sind grundsätzlich nicht etwa so anwendbar, als wäre der Formwechsel seiner Natur nach in Wirklichkeit eine Sachgründung. Es kommt zu keiner Neugründung des Rechtsträgers, allerdings gilt der Grundsatz der Kapitalaufbringung (§ 197 UmwG). Die bedeutsamsten Fälle des Formwechsels sind der Formwechsel einer Personengesellschaft in eine GmbH oder AG und der Formwechsel einer GmbH in eine AG und umgekehrt.

### 3. Umwandlungsrechtliche Verzichtserklärungen

Verzichtserklärungen bei umwandlungsrechtlichen Vorgängen stehen im Ermessen der Inhaber der an der Umwandlung beteiligten Rechtsträger. Diese Erklärungen müssen notariell beurkundet werden, stellen aber keine wesentliche Förmlichkeit i.S. von Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie dar.<sup>37</sup> Der Notar hat von seiner Beurkundungsgebühr einen Anteil nach § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b an die Staatskasse abzuführen, vgl. § 11 Abs. 2 Buchst. c).

#### a. Verzicht auf Umwandlungsbericht

Je nach Falllage sind bei Umwandlungsvorgängen Verschmelzungsberichte notwendig, was die Regel ist. Andererseits ist nach § 41 UmwG ein Verschmelzungsbericht für eine an der Verschmelzung beteiligte **Personengesellschaft** dann nicht erforderlich, wenn alle Geschäftsführer zur Geschäftsführung berechtigt sind. Bedarf es nach gesetzlicher Vorgabe eines Umwandlungsberichts und wird ein Verzicht<sup>38</sup> hierauf erklärt<sup>39</sup> (z. B. § 8 Abs. 3 UmwG bei Verschmelzung; §§ 127, 135, 142, 162 UmwG bei Spaltung und Ausgliederung; §§ 176, 177 UmwG bei Vermögensübertragungen; § 192 Abs. 3 UmwG beim Formwechsel), so ist fraglich, ob die Beurkundung der Verzichtserklärung in den Anwendungsbereich von Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie fällt.<sup>40</sup> Der Gesetzgeber ordnet in § 11 Abs. 2 Buchst. c) an, dass von der Beurkundungsgebühr für die dort genannten Verzichtserklärungen (bei Verschmelzungen, Spaltungen und beim Formwechsel) ein Anteil an die

Staatskasse – nach § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b – abzuliefern ist.

#### b. Verzicht auf Prüfung des Umwandlungsberichts

Je nach Falllage sind bei Umwandlungsvorgängen Verschmelzungsprüfungen notwendig, was die Regel ist. Andererseits ist nach § 44 UmwG bei der Verschmelzung unter Beteiligung von **Personengesellschaften** eine Prüfung der Verschmelzung nur im Falle des § 43 Abs. 2 UmwG erforderlich. Bedarf es nach gesetzlicher Vorgabe einer Prüfung des Umwandlungsberichts und wird ein **Verzicht auf einen Prüfungsbericht**<sup>41</sup> (z. B. § 9 Abs. 3 i. V. mit § 12 Abs. 3, §§ 30, 44, 45e, 48, 60, 78, 100 UmwG bei Verschmelzungen; § 125 UmwG bei Spaltung; §§ 176, 177 UmwG bei Vermögensübertragungen; evtl. § 197 UmwG beim Formwechsel, z. B. i. V. mit § 33 AktG) erklärt, so ist fraglich, ob die Beurkundung der Verzichtserklärung in den Anwendungsbereich von Art. 10 Buchst. c) der Richtlinie fällt.<sup>42</sup> § 11 Abs. 2 Buchst. c) ordnet an, dass der Notar von der Beurkundungsgebühr einen Anteil an die Staatskasse – nach § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b – abzuführen hat.

Die gleiche Problematik besteht auch beim Verzicht auf ein **Abfindungsangebot** (z. B. §§ 30, 207 UmwG) und beim Verzicht auf die **Klageerhebung** (z. B. §§ 14 Abs. 1, § 16 Abs. 2 UmwG, § 319 Abs. 5 AktG).<sup>43</sup> Diese Falllagen sind unter § 11 Abs. 2 Buchst. c) einzuordnen.

Der Beschluss über die Zustimmung zum Umwandlungsvertrag und der **Verzicht auf die Anfechtung** dieses Beschlusses (z. B. §§ 14 Abs. 1, § 16 Abs. 2 UmwG)<sup>44</sup> hat denselben Gegenstand i. S. des § 44 Abs. 1 KostO. Wird der Klageverzicht gesondert beurkundet, taucht wieder die Problematik der zwingenden „Formalität“ auf. Wird der Klageverzicht allerdings zusammen mit anderen Verzichten und/oder Zustimmungen in einer Urkunde erklärt, liegt Gegenstandsgleichheit nach § 44 Abs. 1 KostO vor.

## X. Sonstige Geschäfte und Gebühren

Bei den nicht unter § 11 Abs. 1 S. 1 fallenden nachfolgend aufgeführten Geschäften ist vom Notar ein Staatsanteil nach § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b abzuführen, so z.B. für:

### 1. Entwürfe, Beureuungsgeschäfte und Bescheinigungen

- Entwürfe für Urkunden in handels- und gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten, also zu rechtsgeschäftlichen Erklärungen, für Beschlüsse, für Berichte, für Gesellschafterlisten und für Grundbuchberichtigungsanträge;
- Ausstellung einer **Satzungsbescheinigung** nach § 181 AktG, § 54 GmbHG durch einen anderen Notar als den die Satzungsänderung beurkundenden Notar (vgl. § 50 KostO);
- Bescheinigung über die **Hinterlegung von Aktien** zur Stimmrechtsausübung (§ 123 AktG); Gebühr gem. § 50 Abs. 1 Nr. 1 KostO neben der Gebühr des § 149 KostO;
- die Ausstellung von **Teilhypotheken- und Teilgrundschuldbriefen** anlässlich von umwandlungsrechtlichen Spaltungsvorgängen, § 1152 BGB, § 61 GBO, § 20 Abs. 2 BNotO, §§ 71, 141 KostO;
- **Beglaubigung von Abschriften** nach § 55 KostO.

<sup>37</sup> Ebenso LG Stuttgart, BWNotZ 2001, 137 = Die Justiz 2001, 216.

<sup>38</sup> Je nach Falllage des Umwandlungsvorgangs, vgl. §§ 41, 44 UmwG, § 164 HGB, dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139, 142.

<sup>39</sup> Dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139, 142.

<sup>40</sup> Dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139; LG Stuttgart, BWNotZ 2001, 137 = Die Justiz 2001, 216 mit der Begründung, die Gesellschaft braucht nur den ohnehin vom Gesetz vorgesehenen Umwandlungsbericht zu erstellen.

<sup>41</sup> OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139, 142.

<sup>42</sup> Dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139; LG Stuttgart, BWNotZ 2001, 137 = Die Justiz 2001, 216.

<sup>43</sup> Dazu OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139.

<sup>44</sup> OLG Karlsruhe, BWNotZ 2003, 139.

**Gebührenpflichtige Geschäfte** i. S. von § 147 KostO sind:

- Mitwirkung bei der Vorbereitung einer Haupt- oder Gesellschafterversammlung für den Beschluss über die Zustimmung der Aktiengesellschaft zum Verschmelzungsvertrag (z. B. Entwurf der Beschlussvorlage, der Tagesordnung, des Einladungsschreibens);
- Beratung des Versammlungsleiters vor oder während der Hauptversammlung;
- Fertigung des Entwurfs der Teilnehmerliste zu einer Gesellschafterversammlung, Überprüfung der Stimmzähler bei solchen Versammlungen;
- Fertigung der Liste der Gesellschafter zu der vom Notar entworfenen Anmeldung;
- Entwürfe für den Verschmelzungsbericht, den Prüfungsbericht, den Sachgründungsbericht;
- Entwurf des Antrags auf Bestellung eines Nachgründungsprüfers (§ 67 UmwG, § 54 Abs. 4 AktG);
- Entwurf des Nachgründungsberichts (§ 67 UmwG, § 54 AktG);
- treuhänderische Verwaltung von Aktien nach § 71 UmwG;
- Entwurf für Grundbuchberichtigungsanträge bei Umwandlungsvorgängen;
- Einholung einer Genehmigung oder Vollmachtsbestätigung eines nicht erschienenen unmittelbar Beteiligten, ohne Übersendung eines Entwurfs, ansonsten gilt § 145 KostO;
- auftragsgemäße Anzeige einer Geschäftsanteilsabtretung an die GmbH, ggf. Einholung der Genehmigung zur Abtretung vinkulierter Anteile;
- Belehrung des Vertretungsorgans bei seiner Bestellung über seine unbeschränkte Auskunftspflicht nach § 51 BZRG, wenn der Notar lediglich eine Unterschriftsbeglaubigung bei der Registeranmeldung vornimmt;
- Veranlassung der Zustellung fremder Erklärungen bzw. Zuleitung von Erklärungen privater Personen, z. B. bei Umwandlungsvorgängen Zustellung des Entwurfs des Umwandlungsvertrags an den Betriebsrat, § 5 Abs. 3, § 126 Abs. 3, §§ 176, 177 UmwG, § 20 Abs. 1 BNotO, § 147 KostO;
- Beschaffung von Urkunden für den Auftraggeber.

Unter § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b fallen auch die Gebühren für die Bescheinigung über die Vertretungsbezeichnung nach § 21 Abs. 1 Nr. 2 BNotO, § 39 BeurkG, und die Bescheinigung über das Bestehen und den Sitz einer juristischen Person oder Handelsgesellschaft, über eine Firmenänderung, eine Umwandlung oder sonstige rechtserhebliche Umstände, wenn sich diese aus öffentlichen Registern ergeben, § 39 BeurkG, § 21 Abs. 2 BNotO.

**2. Geschäfte als „rechtsformunabhängige Formalität“**

Das Verbot in Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie gilt nur für „Formalitäten“, denen die Gesellschaft auf Grund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann. So weit also im Zusammenhang mit der Gründung oder Kapitalerhöhung bei Gesellschaften aus anderen Gründen beurkundungsbedürftige Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden (z. B. **Einbringung eines Grundstücks in eine Gesellschaft** mit Erwerbzzweck bei Sachgründung wie auch bei Erhöhung des Kapitals der Gesellschaft), erfolgt die Beurkundung nicht

auf Grund der speziellen Rechtsform, sondern aus anderen Gründen, z. B. wegen § 311b BGB.<sup>45</sup> Diese Beurkundungen haben keinen Bezug zur Gesellschaftsform und fallen nicht unter den Begriff zwingende „Formalitäten“ i. S. des Art. 10 Buchst. c) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie.

Werden demnach Gebühren von jedermann erhoben, also gleichermaßen von juristischen und natürlichen Personen, und sind sie nicht durch die Rechtsform bedingt, so findet die Gesellschaftsteuer-Richtlinie keine Anwendung. Die Gebührenpflicht der Gesellschaft besteht bei diesen rechtsformunabhängige Geschäften auf Grund ihrer Teilnahme am Rechtsverkehr.<sup>46</sup> Dass eine Gesellschaft an dem Transfervorgang anlässlich einer Einbringung eines Grundstücks in das Gesellschaftsvermögen beteiligt ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung.<sup>47</sup> Nur eine Formalität, die an einen für die Betätigung einer Gesellschaft und ihre Struktur typischen Vorgang anknüpft, wird von Art. 10 der Gesellschaftsteuer-Richtlinie erfasst. Bei einer Grundstücksübertragung handelt es sich um keinen<sup>48</sup> handels- oder gesellschaftsrechtlichen Vorgang i.S. von § 11 Abs. 1, so dass es bei den allgemeinen Regeln des Gläubigerrechts – auch hinsichtlich des Staatsanteils z. B. nach § 12 Abs. 2 bis 5 und § 13 Abs. 2 Buchst. b – verbleibt.

**XI. Zusatzgebühren nach §§ 58, 59 KostO**

Die Auswärts- und Unzeitgebühr des § 58 KostO unterfällt eigentlich den europarechtlichen Vorgaben.<sup>49</sup> Der Fiskus kann aber von dieser Gebühr einen Staatsanteil dann fordern, wenn die Abgabe Gebührencharakter aufweist (Art. 12 Abs. 1 Buchst. e) der Gesellschaftsteuer-Richtlinie). Dies ist hier der Fall, denn die Gebühr für die Zeitversäumnis mit maximal 30 Euro deckt jedenfalls den durch den Anlass entstandenen Aufwand und übersteigt ihn wohl nicht. Gleiches gilt für die Gebühr nach § 59 KostO, denn die Urkundsperson trifft eine erhöhte Verantwortung und vermehrte Mühewaltung.<sup>50</sup> Es ist kein Missverhältnis der Gebühren zu dem jeweils konkreten Aufwand gegeben. Nach §§ 12 und 13 hat der Notar von der Gebühr einen Anteil an die Staatskasse abzuliefern.

Gleiches gilt für die Zusatzgebühr des § 59 KostO, wenn ein Beteiligter die zu beurkundende Erklärung in einer fremden Sprache<sup>51</sup> abgibt. Ob ein Dolmetscher zugezogen wird oder nicht (§ 16 Abs. 3 BeurkG), macht keinen Unterschied.

**XII. Dokumentenpauschale**

Für die Dokumentenpauschale für Geschäfte im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 und 2 gelten die Regelungen in § 12 Abs. 1 S. 2 und § 13 Abs. 6.

**XIII. Keine Kappungsgrenze**

Gebühren, die im Zusammenhang mit gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten nach Abs. 1 erhoben werden, werden bei der Berechnung nach § 13 Abs. 4 nicht eingerechnet, ver-

<sup>45</sup> OLG Hamm, FGPrax 2001, 90 = JurBüro 2001, 102 = RNotZ 2001, 242 = Rpfleger 2001, 99.

<sup>46</sup> BayObLG (zu Grundbucheintragungsgebühren für Einbringung eines Grundstücks als Sacheinlage bei einer Neugründung), MittBayNot 2002, 128 = FGPrax 2002, 42, dazu EWiR § 60 KostO 1/02 (mit Kommentar W. Müller).

<sup>47</sup> Vollrath, MittBayNot 1999, 499; Görk, DNotZ 1999, 851.

<sup>48</sup> OLG Hamm NJW-RR 2001, 379 = RNotZ 2001, 242 = Rpfleger 2001, 153 (zur Einbringung eines Grundstücks in eine GmbH & Co KG zum Zwecke der Erhöhung einer Kommanditeinlage).

<sup>49</sup> OLG Karlsruhe, BWNNotZ 2004, 68 = FGPrax 2003, 95 = JurBüro 2003, 433 = OLG Stuttgart/Karlsruhe-Report 2003, 80 = Rpfleger 2003, 218 = ZIP 2003, 800.

<sup>50</sup> OLG Frankfurt, DNotZ 1961, 610.

<sup>51</sup> Fremde Sprache ist jede nichtdeutsche Sprache.

bleiben stets ungeschmälert dem Notar, weil die aus Geschäften nach Abs. 1 stammenden Gebühren nach den europarechtlichen Vorgaben nicht angetastet werden dürfen. Selbstverständlich erfasst aber § 13 Abs. 4 auch die Gebührenbeteiligung nach Abs. 2.

#### XIV. Kostenbefreiungen

§ 10 Abs. 1 stellt klar, dass die Gebühren und Auslagen grundsätzlich zur Staatskasse erhoben werden. Dies gilt auch für die in § 10 Abs. 2 S. 2 Buchst. a und b Hs. 1 von der Gebührengläubigerschaft der Amtsnotare ausgenommenen Geschäfte. Mit der einschränkenden Regelung in § 10 Abs. 2 S. 2 Buchst. a und b Hs. 1 sollen Kostenbefreiungen, insbesondere nach § 11 KostO oder nach § 7 gegenüber dem Notar im Landesdienst zur Anwendung kommen. Liegen die Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 S. 2 Buchst. a und b Hs. 1 vor, bedeutet dies im Geltungsbereich des § 11 Abs. 1 S. 1, dass der Notar im Landesdienst für die dort genannten Geschäfte der privilegierten Personen überhaupt nicht Gebührengläubiger ist und insoweit die Voraussetzungen des § 143 KostO i. V. mit § 144 KostO nicht erfüllt sind. Der Landesgesetzgeber konnte sich so entscheiden, weil die europarechtliche Gesellschaftsteuer-Richtlinie jedenfalls nicht dahin zu verstehen ist, dass der Nationalstaat für die Vornahme von Beurkundungen eine Gebührenregelung schaffen muss.

Die Problematik der Gebührenbefreiung kann im Anwendungsbereich des § 11 Abs. 1 S. 1 beispielsweise auftreten bei der Gründung einer gemeinnützigen Ein-Personen-GmbH/AG durch eine nach § 7 privilegierte Person, weil der privilegierte Gründer alleiniger Kostenschuldner ist. Die gleiche Problematik tritt auch auf bei Geschäften zur Erhöhung des Stammkapitals einer nach § 7 privilegierten juristischen Personen, z. B. bei einer gemeinnützigen GmbH. Gleiches gilt bei der Abgabe einer Verzichtserklärung nach dem Umwandlungsgesetz bei einer gemeinnützigen GmbH oder für die Veräußerung ihres Anteils an einer gemeinnützigen GmbH durch eine nach § 7 privilegierte Person an eine nichtbegünstigte Person. Gründet dagegen eine nach § 7 bzw. § 11 KostO privilegierte Person (z. B. eine Gemeinde) zusammen mit einer nichtbegünstigten Person eine AG/GmbH, so sind sie beide als Gründer – gesamtschuldnerisch – Kostenschuldner. Es findet dann § 10 Abs. 2 S. 1 i. V. m. § 10 Abs. 2 S. 2 Buchst. b Hs. 2 Fall Anwendung; für die privilegierte Person (z. B. Gemeinde) gilt dann § 144 KostO.

#### XV. Übergangsrecht

Für alle zwischen dem 1.6.2002 und dem 31.12.2005 entstandenen Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten gilt ab 1.1.2006 (und alsdann rückwirkend) § 11 Abs. 1 insoweit, als darin Gebühren den Notaren vollständig überlassen werden. Als pauschale Aufwandsentschädigung haben die Notare 15 v.H. dieser Gebühren an die Staatskasse abzuführen.<sup>52</sup> Der bisherige § 11, der Gebührenanteile auch in anderen als gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten betrifft, bleibt demnach für die Übergangszeit grundsätzlich bestehen. Soweit allerdings der neue § 11 Abs. 1 ab 1.1.2006 rückwirkend in Kraft tritt, handelt es sich um vorrangiges Sonderrecht, das in seinem Anwendungsbereich entgegenstehende Vorschriften der bis 31.12.2005 geltenden §§ 10 ff. verdrängt.<sup>53</sup>

Die Rückwirkung des neuen § 11 erfasst aber nur die Gebühren für die in Abs. 1 genannten zwingenden Beurkundungen in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten. Die in § 13 Abs. 4 postulierte Sonderkürzung gilt für solche Geschäfte nicht, da § 13 nicht rückwirkend in Kraft gesetzt wurde. Die bisher geltenden Regelungen zur Sonderkürzung der Notaranteile sind nicht anwendbar, weil die aus Geschäften nach Abs. 1 stammenden Gebühren nach den europarechtlichen Vorgaben nicht angetastet werden dürfen.

Für alle anderen, nicht unter den neuen § 11 Abs. 1 fallenden Geschäfte in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten in der Übergangszeit bleiben die bis 31.12.2005 geltenden Vorschriften, insbesondere §§ 11 und 14 a.F. bestehen und anwendbar.

Soweit in Einzelfällen Kostenansätze aus der Zeit vor dem 1.6.2002 angefochten worden sind oder im Einzelfall noch im Erinnerungs- oder Beschwerdeverfahren angefochten werden, bleibt die Entscheidung darüber den Gerichten vorbehalten.<sup>54</sup>

<sup>52</sup> Art. 4 § 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28.7.2005 (GBl. 2005 S. 580).

<sup>53</sup> Motive des Änderungsgesetzes Landtagsdrucksache 13/3965 S. 26.

<sup>54</sup> Vgl. Motive des Änderungsgesetzes Landtagsdrucksache 13/3965 S. 26.

## Rechtsprechung

### BGB § 2065 Abs. 2

**Die Erbeinsetzung „Derjenige, der mich pflegt und versorgt soll mein Erbe sein“ ist wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam.**

LG Stuttgart, Beschl. vom 04.03.2004 2 T 56/04

Aus den Gründen:

I.

Der verstorbene Erblasser lebte vor seinem Tode über 30 Jahre mit der Beteiligten Ziff. 1 in eheähnlicher Lebensgemeinschaft. Aus seiner früheren, seit 1984 geschiedenen Ehe, sind die Beteiligten Ziff. 2 und 3 hervorgegangen.

Der Erblasser hat eine Verfügung von Todes wegen hinterlassen, nämlich ein privatschriftliches Testament vom 10. August 1994, dessen Wortlaut sich wie folgt darstellt:

#### Mein letzter Wille!

Nach meinem Tode soll dasjenige, das mich pflegt und versorgt mein Erbe sein! Auch wenn es nicht in meiner Verwandtschaft ist. Meine Feuerbestattung sowie sämtliche Formalitäten, die mit meinem Tode zusammenhängen, soll von demjenigen ausgerichtet werden. Meine Kinder oder sonstige Verwandte sollen da nicht dazwischen reden. Meine Sterbeversicherung ... soll für die Feuerbestattung verwendet werden. Ich möchte in aller Stille beigesetzt werden.

Am 12. Dezember 2002 beantragte der Beteiligte Ziff. 2 vor dem Notariat die Erteilung eines Erbscheines des Inhalts, dass die Beteiligten Ziff. 2 und 3 gesetzliche Erben je zur Hälf-

te sind. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Juli 2003 hat die Beteiligte Ziff. 1 mitgeteilt, dass sie und ihre Tochter den Erblasser bis zu seinem Tode gepflegt habe. Daher sei sie und ihre Tochter K. S. testamentarische Erbin geworden, sofern man das Testament als wirksam ansehe.

Das Nachlassgericht hat einen Erbscheinsvorbescheid erlassen, in dem es in Aussicht stellte, einen Erbschein zu erteilen, der den Eintritt der gesetzlichen Erbfolge, also ein je hälftiges Erbrecht der Beteiligten Ziff. 2 und 3 bescheinigt, sofern nicht Beschwerde eingelegt werde. Es hat seine Auffassung damit begründet, dass die Einsetzung einer Person, „die mich pflegt und versorgt“ als Erbe gemäß § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam sei.

Mit Beschwerde vom 05. November 2003 hat die Beteiligte Ziff. 1 die Aufhebung des Vorbescheids und ferner die Ausstellung eines Erbscheins beantragt, der ihre Alleinerbenstellung bescheinigt. Zur Begründung hat sie darauf hingewiesen, dass sie seit vielen Jahren sämtliche alltäglichen Betreuungsleistungen für den Erblasser erbracht habe, wobei sie mit zunehmendem eigenen Alter von ihrer Tochter K. S. unterstützt worden sei. Ferner habe sie durch notariellen Vertrag von 1994 eine Eigentumswohnung auf ihre Tochter K. S. übertragen, die ihr und dem Erblasser im Gegenzug nicht nur ein Wohnrecht an dieser Wohnung eingeräumt habe, sondern gemeinsam mit ihrem Ehemann L. S. für den Fall der Bedürftigkeit der Beteiligten Ziff. 1 oder des Erblassers eine Pflege- und Betreuungsverpflichtung übernommen habe. In Anbetracht dessen könne aus dem Testament, insbesondere unter Berücksichtigung des Auslegungsgrundsatzes des § 2084 BGB, mit hinreichender Sicherheit die Einsetzung der Beteiligten Ziff. 1 als Erbin entnommen werden. Dass er die Beteiligte Ziff. 1 nicht namentlich bezeichnet habe, könne seine Ursache dann haben, dass der Erblasser nicht sicher sein konnte, dass diese ihn überleben werde und dass die Pflege dann möglicherweise von Tochter und Schwiegersohn der Beteiligten Ziff. 1 gem. dem Vertrag vom 28. Februar 1994 zu erbringen sei.

Das Nachlassgericht hat die Akten dem Landgericht zur Entscheidung über die Beschwerde vorgelegt und gleichzeitig den Antrag auf Erteilung eines Alleinerbscheins zugunsten der Beteiligten Ziff. 1 zurückgewiesen.

## II.

Die Beschwerde gegen den Erbscheinsvorbescheid ist zulässig (§19 FGG).

Sie ist jedoch nicht begründet. Das Nachlassgericht ist zu Recht zu der Auffassung gelangt, dass mit dem Testament vom 10. August 1994 keine wirksame Erbeinsetzung der Beteiligten Ziff. 1 noch auch einer sonstigen Person erfolgt ist.

Die Erbeinsetzung der Person, die den Erblasser pflegt usw., wie sie in dem Testament vom 10. August 1994 vorgenommen wurde, ist wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB nichtig.

Ein Erblasser kann die Bestimmung der Person, die eine letztwillige Zuwendung erhalten soll, nicht einem anderen überlassen (§ 2065 Abs. 2 BGB). Das bedeutet, der Erblasser darf bei der Individualisierung eines Bedachten seinen letzten Willen nicht in der Weise unvollständig äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibt, nach Belieben oder Ermessen den Erblasserwillen in wesentlichen Teilen zu ergänzen (vgl. BGHZ 15, 199/200). Letztwillige Verfügungen, die dem § 2065 BGB widersprechen, sind nichtig (BayObLG NJW-RR 2000,1174; MünchKomm/Leipold-BGB 3. Aufl. § 2065 Rn. 25).

## 1.

Soweit ein Testament allerdings unklare oder unvollständige Anordnungen enthält, muss zunächst versucht werden, den erklärten Willen des Erblassers im Wege der Auslegung (§ 2084 BGB) festzustellen. Diese Auslegung hat Vorrang vor der Anwendung des § 2065 BGB (MünchKomm/Leipold-BGB aaO. § 2065 Rn. 3; Palandt-Edenhofer, aaO. § 2065 Rn. 3).

Andererseits ist aber dem § 2065 BGB eine gewisse Grenze der Auslegung zu entnehmen. Sie darf nicht dazu führen, den Willen eines Dritten, auch nicht des Auslegenden, an die Stelle des Erblasserwillens treten zu lassen oder eine im Testament nicht enthaltene Erbenbestimmung nur aus den Umständen außerhalb des Testaments zu entnehmen. Wenn der Erblasser bewusst die Entscheidung über Geltung oder Inhalt einer Verfügung nicht selbst getroffen hat, kann auch die ergänzende Auslegung in der Regel nicht weiterhelfen, da man aus der nach § 2065 BGB unwirksamen Anordnung keinen Anhaltspunkt für die Schließung der Lücke finden kann.

Es ist somit zu untersuchen, ob das Testament vom 10. August 1994 trotz seines mehrdeutigen Wortlauts eindeutig nur die Beteiligte Ziff. I als Erbin eingesetzt hat. Anders ausgedrückt: Es ist zu fragen, ob die Auslegung zu dem Ergebnis führt, dass der Erblasser sich zwar umständlich und mehrdeutig ausgedrückt hat, mit der Einsetzung desjenigen der ihn pflegt aber nur die Beteiligte Ziff. 1 gemeint hat, ohne dass noch eine spätere Auswahl durch Dritte erforderlich würde.

Im vorliegenden Fall ergibt die Auslegung nach §§ 133, 2084 BGB (zu diesem Prüfungsmaßstab BayObLGZ 1997, 59/65, 69 f. mwN.), dass eine Erbeinsetzung der Beteiligten Ziff. 1 in diesem Sinne, dass sie also ohne Rücksicht auf ihr späteres Verhalten Erbin werden sollte, mit dem Testament nicht ausgesprochen wurde.

Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend (§ 133 BGB). Maßgebend ist somit das subjektive Verständnis des Erblassers. (Palandt-Edenhofer aaO. § 2084 Rn. 1). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung ist dabei der Zeitpunkt der Errichtung des Testaments (MünchKomm/Leipold-BGB § 2084 Rn. 21).

Hier hat der Erblasser „dasjenige“ zum Erben eingesetzt, „das“ ihn „pflegt und versorgt, auch wenn es nicht in“ seiner „Verwandtschaft ist“. Dass diese Bezeichnung nur eine andere Umschreibung für die Beteiligte Ziff. 1 sein sollte, ist nach dem Wortlaut nicht anzunehmen. Zwar mag es so gewesen sein, dass die Beteiligte Ziff. 1 den Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments im Jahre 1994 „gepflegt und versorgt“ hat. Mit seinen Formulierungen stellte der Erblasser darauf allein aber ersichtlich nicht ab. Es wäre sonst kaum erklärbar, warum er nicht schlicht den Namen der Beteiligten Ziff. 1 verwendet hätte, um sie zur Erbin einzusetzen. Außerdem hat er mit der Formulierung „auch wenn es nicht in meiner Verwandtschaft ist“ ausdrücklich sogar die Möglichkeit offen gelassen, dass auch ein Verwandter die maßgebliche Pflegeperson sein kann (wenn auch nicht sein muss), wobei er Verwandte allerdings indirekt wieder ausgeschlossen hat, da diese bei der Bestattung „nicht dazwischen reden sollen“, die ja der Erbe besorgen soll. Jedenfalls lässt sich aber die Formulierung des Testaments nur so interpretieren, dass noch offen bleiben sollte, wer Erbe wird, nämlich derjenige, der pflegt. Damit lässt sich eine Auslegung nicht in Einklang bringen, nach der die Beteiligte Ziff. I ohne Rücksicht auf ihr Verhalten nach Er-

richtung des Testaments als Erbe eingesetzt werden sollte. Vielmehr spricht der Wortlaut, auch wenn der Erblasser als Tempusform das Präsens gewählt hat, dafür, dass er eine – eben noch nicht näher feststehende Person – zum Erben einsetzen wollte, die ihn in Zukunft pflegen wird.

Diese Wortlautauslegung wird auch durch die sonstigen Umstände gedeckt. Nur ca. 6 Monate vor Errichtung des Testaments, nämlich im Februar 1994, haben die Tochter und der Schwiegersohn der Beteiligten Ziff. 1 im Gegenzug für die Eigentumsübertragung an einer Wohnung unter anderem in Form eines Leibgedings die Verpflichtung übernommen, gegebenenfalls den Erblasser zu pflegen, wobei der Erblasser an der Errichtung der notariellen Urkunde beteiligt war, in der diese Regelungen getroffen wurden. Dieser Umstand war dem Erblasser bei Errichtung seines Testaments gewiss bewusst. Er sah daher neben der Beteiligten Ziff. 1 zwei weitere potenzielle Pflegepersonen und wollte sich offenbar deshalb noch nicht namentlich auf die Beteiligte Ziff. 1 festlegen, weil er es für möglich hielt, dass er später, etwa weil die Beteiligte Ziff. 1 selbst zu gebrechlich dafür ist, von anderen Personen gepflegt wird.

Die Auslegung ergibt somit, dass eine bestimmte Person durch das Testament vom 10. August 1994 noch nicht eingesetzt wurde. Wer Erbe wird, sollte sich vielmehr erst danach bestimmen, wer den Erblasser künftig pflegt.

## 2.

Eine solche Erbeinsetzung desjenigen, der den Erblasser pflegt, ist jedoch mit § 2065 Abs. 2 BGB nicht vereinbar und daher nichtig.

Wie bereits dargelegt, kann ein Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, nicht einem Dritten überlassen. Zwar ist im Hinblick auf § 2084 BGB anerkannt, dass der Erblasser seinen letzten Willen nicht in der Weise zu äußern braucht, dass der Bedachte von vorn herein individuell bestimmt ist (vgl. BGHZ 15, S. 199, 201; ähnlich OLG Köln Rpfleger 1984, 236/237 und KG ZEV 1998, 182/183 f. m.w.N.). Vielmehr genügt es entsprechend der Zielrichtung des § 2065 BGB, wenn der Bedachte im Zeitpunkt des Erbfalls durch jede sachkundige Person anhand objektiver Kriterien bezeichnet werden kann (BGH aaO S. 202 f.; BayObLG NJW 1999, 1119/1120 und NJW 1988, 2742; FamRZ 1990, 1275/1277; OLG Köln Rpfleger 1984, 236/237). Der Personenkreis muss so eng begrenzt und die Gesichtspunkte für die Auswahl müssen so genau festgelegt sein, dass für eine Willkür des Dritten kein Raum bleibt (vgl. BayObLG FamRZ 1991, 610/611; Palandt/Edenhofer BGB. Aufl. § 2065 Rn. 4, 5 und 7 m.w.N.; BayObLG NJW-RR 2000, 1174; Lange/Kuchinke, ErbR, 5. Aufl. § 2714.).

Nach dem unter 1. gefundenen Auslegungsergebnis wurde als Erbe eine zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch ungewisse Person unter der Bedingung eingesetzt, dass sie den Erblasser „pflegt und versorgt“. Grundsätzlich kann die Erbeinsetzung zwar unter einer aufschiebenden oder auflösenden Potestativbedingung erfolgen (Lange/Kuchinke aaO. § 27 I 6 b). Eine Grenze ist aber dort zu ziehen, wo das treibende Motiv für die Vornahme der unmittelbaren Handlung durch den nicht näher bezeichneten Dritten im wesentlichen die Aussicht auf das Erbe sein soll und damit zur Selbstbestimmung des Dritten führt. Das ist der Fall, wenn der Erblasser denjenigen als Erben einsetzt, der ihn nach seinem Tode beerdigt und die Grabpflege übernimmt, der ihn bei entsprechender Bedürftigkeit pflegt oder ihm beistehen wird oder sonstige Handlungen vornehmen wird, etwa die tätowierte Haut des Erblassers konserviert (Lange/Kuchinke aaO. je

m.w.N., wobei diese Ausführungen in einem gewissen Widerspruch zu dem bei Lange/Kuchinke unter § 27 I 6 d) angeführten (Lehrbuch-)Beispiel stehen, dass als Erbe derjenige eingesetzt werden kann, der bei der Trauerfeier zuerst weint).

### a)

Die Kammer schließt sich dieser Rechtsauffassung an, wonach die Erbeinsetzung desjenigen, der den Erblasser pflegt, bereits grundsätzlich gegen § 2065 Abs. 2 BGB verstößt, selbst wenn sich diese Person zuverlässig bestimmen lässt (dafür außer Lange/Kuchinke aaO. § 27 I 6 b vor allem MünchKomm/Leipold-BGB § 2065 Rn. 15 unter Verweis auf Rn. 16 ff.). Dies aus zwei Gründen:

#### aa)

Zum einen fehlt es in diesen Fällen an der Bestimmung des Erben durch einen Akt des Erblassers. Die Bestimmung des Erben würde hier durch denjenigen getroffen, der die Pflege übernimmt. Dieser würde sich selbst zum Erben einsetzen (so die Formulierung bei Keim, FamRZ 2003, 137; gegen die Wirksamkeit einer solchen Selbsteinsetzung LG Frankfurt MDR 1987, 762 – allerdings nicht für die Erbeinsetzung eines Pflgenden, sondern desjenigen, der die Feuerbestattung besorgt; dem für den Fall der Besorgung der Beerdigung zustimmend OLG Frankfurt FamRZ 1992, 226, hinsichtlich der Erbeinsetzung desjenigen, der pflegt, allerdings offen lassend). Das OLG Frankfurt hat später jedoch in einem obiter dictum ausgeführt, dass die Erbeinsetzung desjenigen, der den Erblasser „zuletzt pflegt“ dann wirksam ist, wenn der Erblasser vor seinem Tode pflegebedürftig war und die Pflegeperson selbst bestimmt hat (OLG Frankfurt NJW-RR 1995, 711; dem vorsichtig zustimmend Palandt-Edenhofer aaO. Rn. 8).

#### bb)

Hier greift jedoch der zweite Hinderungsgrund ein, den die Kammer für die Zulassung derartiger Erbeinsetzungen sieht. Auf diese Weise würde das Testament zu einem bloßen Blankett entwertet. Lässt man es zu, dass der Erblasser nach abstrakten Kriterien (hier: „derjenige der mich pflegt“) einen Erben in der erforderlichen testamentarischen Form einsetzt, und erlaubt dem Erblasser dann diese Person durch eine Realhandlung zu bestimmen (hier: Bestellung zur Pflegeperson), so kann durch Neubestellung der Pflegeperson der Erbe ohne Wahrung der Formvorschriften (z.B. § 2247 BGB) ausgetauscht werden,

Zwar hat die Rechtsprechung dennoch, wie oben dargelegt, Verfügungen in begrenztem Maße zugelassen, nach denen die Erbeinsetzung der Entscheidung eines Dritten überantwortet wird. Nämlich dann, wenn der Erblasser den Personenkreis eng begrenzt hat, aus dem die Auswahl vorzunehmen ist und die Gesichtspunkte unter denen die Auswahl erfolgen soll, durch den Erblasser festgelegt wurden. Bei strenger Auslegung des § 2065 Abs. 2 BGB wäre dies nicht zulässig. Die hierfür üblicherweise verwendete Rechtfertigung, in solchen Fällen werde nur die Bezeichnung des Erben einem Dritten überlassen, nicht aber dessen Bestimmung, darf darüber nicht hinwegtäuschen. Diese Ausnahmen wurden deswegen zugelassen, weil der Erblasser die Eignung der in Frage kommenden Personen für die Übernahme seines Vermögens, insbesondere für die Weiterführung eines gewerblichen Unternehmens, bei Errichtung einer Verfügung von Todes wegen nicht übersehen konnte. Um diesem praktischen Bedürfnis nachzugeben hat die Rechtsprechung § 2065 Abs. 2 BGB einschränkend interpretiert

(Münch-Komm/Leipold-BGB aaO. § 2065 Rn. 16). Anlass dafür, diese Rechtsprechung auf Fälle auszudehnen, in denen der Erblasser zwar indirekt die Person selbst bestimmt, die Erbe werden soll, indem er sie zur Pflegeperson einsetzt, aber die Mühe einer Änderung seines Testaments scheut, besteht nicht (im Ergebnis ebenso MünchKomm/Leipold-BGB s 2065 Rn. 15; deutlich anderer Auffassung aber Keim, FamRZ 2003,137, 139).

b)

Im übrigen ist die Kammer auch mit dem Nachlassgericht einer Meinung, dass im vorliegenden Fall eine zweifelsfreie Bestimmung desjenigen, der den Erblasser gepflegt hat, überhaupt nicht möglich ist, so dass die Feststellung der Alleinerbenstellung der Beteiligten Ziff. 1 auch aus diesem Grunde ausscheidet.

Wie das Nachlassgericht zutreffend ausgeführt hat und auch oben bereits dargelegt wurde, kommt eine Bestimmung des Erben durch einen Dritten nur in Betracht, wenn der Bedachte im Zeitpunkt des Erbfalls durch jede sachkundige Person anhand objektiver Kriterien bezeichnet werden kann und der Personenkreis aus dem gewählt wird so eng begrenzt und die Gesichtspunkte für die Auswahl so genau festgelegt sind, dass für eine Willkür des Dritten kein Raum bleibt.

Dies ist vorliegend durchaus nicht der Fall. Wie die Beteiligte Ziff. 2 selbst durch ihren Verfahrensbevollmächtigten in der Beschwerdeschrift vortragen ließ, hat sie den Erblasser zwar zunächst ausschließlich versorgt und betreut, später aber unter Mithilfe ihrer Tochter. Sämtliche alltäglichen Besorgungen und Betreuungsleistungen seien von ihr übernommen worden, wobei mit ihrem zunehmenden Alter ihre Tochter mitgeholfen habe. Auch bereits im Schriftsatz vom 11. Juli 2003 wurde vorgetragen, die Beteiligte Ziff. 1 und ihre Tochter K. S. hätten den Erblasser bis zu seinem Tode gepflegt.

Im Schriftsatz vom 19. Februar 2004 werden solche Pflegeleistungen der Tochter K. S. zwar nunmehr in Abrede gestellt. Diese Behauptungen sind jedoch unglaubwürdig, da sie offensichtlich nur dazu dienen sollen, den Tatsachenvortrag den Rechtsauführungen des Nichtabhilfebeschlusses des Nachlassgerichts anzupassen. Zudem war die Tochter zu Pflegeleistungen aufgrund des Leibgedings geradezu verpflichtet. Auch deshalb ist es unglaubwürdig, dass sie solche Leistungen nicht erbracht haben soll.

Damit sind aber mindestens zwei Personen vorhanden, unter denen die Auswahl getroffen werden müsste, wer den Erblasser im Sinne seines Testaments gepflegt hat. Das Testament weist keine klaren Kriterien aus, welcher unter mehreren Pflegenden auszuwählen ist. Daher kann eine Auswahl hier nicht erfolgen.

Hinzu kommt noch, dass das Testament nicht einmal den Zeitpunkt bestimmt, zu dem die Pflege erfolgt sein muss. Es ist daher fraglich, ob der zuletzt Pflegenden eingesetzt sein soll oder derjenige, der am längsten gepflegt hat oder wer sonst.

Das Testament ist somit nach § 2065 Abs. 2 BGB nichtig.

Dies führt dazu, dass damit die gesetzliche Erbfolge eintritt. Der Beteiligten Ziff. 1 ist zwar zuzugeben, dass viel dafür spricht, dass dies vom Erblasser nicht gewollt war. Hätte er dies vermeiden wollen, so hätte er aber ein wirksames Testament errichten müssen.

Mitgeteilt von Notar Andreas Geißler, Sulzbach a.d. Murr

## WEG § 25 Abs. 2

**In einer Wohnungseigentümergeinschaft, in der für die Beschlussfassung das sog. Kopfprinzip (§ 25 Abs. 2 S. 1 WEG) gilt, führt die – ohne Einbeziehung der übrigen Wohnungseigentümer erfolgte – nachträgliche Aufteilung einer Eigentumseinheit in zwei selbständige Einheiten nicht zu einer Vermehrung der Anzahl der Stimmrechte.**

OLG Stuttgart, Beschl. v. 23.02.2004 – 8 W 475/03

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten bilden eine Wohnungseigentümergeinschaft. Die Beteiligten Ziff. 3 und 4 sind Sondereigentümer der Wohnung Nr. 2 im Erdgeschoss. Die Beteiligte Ziff. 2 ist Sondereigentümerin der im Obergeschoss gelegenen Wohnung Nr. 1 und, zusammen mit dem Beteiligten Ziff. 2, ihrem Ehemann, in Errungenschaftsgemeinschaft nach kroatischem Recht der im Dachgeschoss befindlichen Wohnung Nr. 3.

Durch notariell beurkundete Teilungserklärung vom 12.06.1990 war das Hausgrundstück zunächst in zwei Miteigentumsanteile aufgeteilt worden, bestehend zum einen aus der mit Nr. 2 bezeichneten Wohnung im Erdgeschoss (Miteigentumsanteil 448/1.000) und zum Zweiten aus der mit Nr. 1 bezeichneten Wohnung, die das Obergeschoss und das Dachgeschoss umfasste (Miteigentumsanteil 552/1.000). Die Rechtsverhältnisse der Wohnungseigentümer untereinander und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums sollten sich nach den Bestimmungen des Wohnungseigentumsgesetzes richten.

Mit notarieller Urkunde vom 19.10.1998 wurde in einer weiteren Teilungserklärung die Einheit Nr. 1 (OG und DG) von den Eigentümern dieser Einheit in zwei Miteigentumsanteile aufgeteilt, einen Miteigentumsanteil von 352/1.000, verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Obergeschoss (nunmehr im Aufteilungsplan bezeichnet mit Nr. 1) und einen Miteigentumsanteil von 200/1.000 verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Dachgeschoss (nunmehr im Aufteilungsplan bezeichnet mit Nr. 3). Die Eigentümer der Erdgeschosswohnung waren an dieser Unterteilung nicht beteiligt.

Unter Ziff. 7.3 „sonstige Erklärungen“ wurde aufgenommen:

*„Uns ist bekannt, dass durch die Unterteilung keine Stimmrechtshäufung eintritt, sondern das Stimmrecht nur einheitlich gemeinschaftlich ausgeübt werden kann.“*

Die Antragsteller, die die neu entstandenen Wohnungen unmittelbar nach der Aufteilung erworben haben, haben rund 4 Jahre danach beantragt festzustellen, dass die Beteiligten Ziff. 3 und 4 ein Stimmrecht zur gemeinschaftlichen Ausübung für die Wohnung Nr. 2 haben, die Beteiligte Ziff. 2 ein Stimmrecht zur alleinigen Ausübung für die Wohnung Nr. 1 und die Beteiligten Ziff. 1 und 2 ein Stimmrecht zur einheitlichen Ausübung für die Wohnung Nr. 3.

Die Beteiligten Ziff. 3 und 4 sind dem Antrag entgegen getreten. Sie sind der Ansicht, dass die nachträgliche Aufteilung der Wohneinheit Nr. 1 in zwei selbständige Wohneinheiten Nr. 1 und 3 nicht zu einer Verdoppelung des Stimmrechts geführt habe. Sie haben deshalb im Gegenzug die Feststellung beantragt, dass den Antragstellern ein Stimmrecht zur einheitlichen Ausübung für die Wohnungen Nr. 1 und Nr. 3 zu-

steht, sowie den Antragsgegnern ein Stimmrecht zur einheitlichen Ausübung für die Wohnung Nr. 2.

Mit Beschluss vom 06.03.2003 hat das Amtsgericht festgestellt, dass bei Abstimmungen zu Fragen des Wohnungseigentums die Antragsteller gemeinschaftlich und die Antragsgegner gemeinschaftlich jeweils eine Stimme haben.

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsteller hat das Landgericht durch Beschluss vom 23.10.2003 die Entscheidung des Amtsgerichts dahin abgeändert, dass den Antragsgegnern 1 Stimmrecht zur einheitlichen Ausübung für die Wohnung Nr. 2 zusteht, der Antragstellerin Ziff. 2  $\frac{1}{2}$  Stimmrecht zur alleinigen Ausübung für die Wohnung Nr. 1 und den Antragstellern Ziff. 1 und 2  $\frac{1}{2}$  Stimmrecht zur einheitlichen Ausübung für die Wohnung Nr. 3.

Die Kammer teilt die Auffassung des Amtsgerichts, dass durch die nachträgliche Aufteilung der ursprünglich Obergeschoss und Dachgeschoss umfassenden Einheit Nr. 1 in zwei selbständige Wohneinheiten eine Vermehrung des Stimmrechts nicht eingetreten sei. Anders als das Amtsgericht ist sie jedoch der Ansicht, dass, da es nach der Teilung zwei Wohnungseigentumsrechte mit unterschiedlichen Beteiligten gebe, die einheitliche Abstimmung hinsichtlich der Wohnungen Ziff. 1 und 3 nicht zwingend sei. Um ein tatsächlich ausübbares Stimmrecht zu gewährleisten sei festzustellen, dass die Eigentümer der Wohnungen 1 und 3 jeweils ein halbes Stimmrecht haben, das unabhängig vom anderen halben Stimmrecht ausgeübt werden kann.

Mit der weiteren sofortigen Beschwerde verfolgen die Antragsteller ihren Feststellungsantrag weiter.

## II.

Die sofortige weitere Beschwerde der Antragsteller ist statthaft und auch im Übrigen zulässig; sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, weil sich die Entscheidung des Landgerichts als rechtsfehlerfrei erweist.

### 1.

Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht, wie bereits das Amtsgericht, eine Vermehrung der Anzahl der Stimmrechte von zwei auf drei durch die nachträgliche Aufteilung der ursprünglich aus zwei Einheiten bestehenden Wohnungseigentümergeinschaft in drei selbständige Einheiten verneint hat. Die Kammer befindet sich dabei in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 73, 150 = NJW 1979, 870).

In den Teilungserklärungen vom 12.06.1990 und vom 19.10.1998 ist eine Regelung der Stimmrechtsausübung nicht erfolgt. Damit richtet sich diese nach § 25 Abs. 2 S. 1 WEG, d. h. es gilt das Kopfprinzip; jeder Wohnungseigentümer hat, unabhängig von der Größe und dem Wert seines Miteigentumsanteils oder der Anzahl seiner Wohnungseigentumsrechte nur eine Stimme. Dies scheint, vom derzeitigen Bestand der Eigentümergemeinschaft – drei selbständige Einheiten – ausgehend, zunächst für den Antrag der Antragsteller, also für das Bestehen von drei Stimmrechten zu sprechen. Die Besonderheit besteht hier jedoch darin, dass die drei selbständigen Eigentumsrechte erst nachträglich geschaffen wurden und die Eigentümer der Erdgeschosswohnung Nr. 2 an der späteren Aufteilung der zunächst Obergeschoss und Dachgeschoss umfassenden Wohnung Nr. 1 nicht beteiligt waren und auch nicht beteiligt zu werden brauchten (BGHZ 49, 250 und zur Veräußerung neu geschaffener Teileigentumsrechte ohne Zustimmung der übrigen Wohnungseigentümer BGHZ 73, 150). Davon, dass die

Beteiligung der übrigen Wohnungseigentümer nicht notwendig ist, kann jedoch nur dann ausgegangen werden, wenn deren Status auch bei späterer Aufteilung gewahrt wird. Dies wäre aber dann nicht der Fall, wenn die Aufteilung zu einer Mehrung der Stimmrechte führen würde (BGHZ 73, 150, 155). Dies mag in einer großen Wohnungseigentümergeinschaft kaum ins Gewicht fallen, bei kleinen Einheiten, wie der vorliegenden, hat es jedoch erhebliche Bedeutung.

Das in Teilen der Literatur und Rechtsprechung angeführte Argument für eine Vermehrung der Anzahl der Stimmrechte, dass nämlich dann, wenn ein Mitglied der Gemeinschaft von vornherein Eigentümer mehrerer Wohnungen ist, die übrigen Eigentümer auch eine spätere Mehrung der Stimmrechte hinnehmen müssten, überzeugt nicht, da in diesem Fall von vornherein mit einer der Anzahl der Wohnungseigentumsrechte entsprechenden Anzahl von Stimmrechten zu rechnen war, die nur solange nicht zum Tragen kommt, wie mehrere Wohnungseigentumsrechte in einer Hand bleiben (zum Meinungsstand vgl. Bärmann/Pick/Merle, WEG, 9. Aufl., § 25 Rn. 36 ff., 39; Bub, WEG, § 25 Rn. 156; Weitnauer, WEG, 8. Aufl., § 25 RN 13, die sich für die Mehrung des Stimmrechts bei Geltung des Kopfprinzips aussprechen; ebenso KG NZM 2000, 671 = FGPrax 2000, 9 = WuM 2000, 89 = ZMR 2000, 191; a. A. Wedemeyer NZM 2000, 638, 639 f.; OLG Hamm, ZMR 2002, 859 = NZM 2003, 123 – zwar bei Geltung des Objektprinzips, aber unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGHZ 73, 150; OLG Düsseldorf NJW-RR 1990, 521 = MDR 1990, 633). Die bauliche Möglichkeit, eine Einheit später in zwei selbständige Einheiten aufzuteilen und getrennt zu veräußern, liegt dagegen ferner und steht dem Vertrauensschutz der übrigen Wohnungseigentümer, die mit einer solchen Möglichkeit nicht unbedingt rechnen müssen, nicht entgegen. Da § 25 Abs. 2 WEG abdingbar ist, war und ist es den Wohnungseigentümern unbenommen, eine andere Regelung hinsichtlich der Stimmrechte zu treffen.

Der Käufer einer durch spätere Aufteilung entstandenen Einheit kann den Teilungserklärungen zumindest entnehmen, dass er ein erst nachträglich geschaffenes Wohnungseigentumsrecht erwirbt, und er kann daraus auch entnehmen, ob hinsichtlich des Stimmrechts eine Vereinbarung getroffen wurde oder ob die gesetzliche Regelung gilt. Dann allerdings trifft er auf die Meinungsvielfalt und er muss, wenn dies für seinen Kaufentschluss von Bedeutung ist, unter Umständen noch durch den Verkäufer mit den übrigen Wohnungseigentümern klären lassen, was hinsichtlich des Stimmrechts in der Eigentümergemeinschaft gelten soll. Für den vorliegenden Fall haben bereits die Eigentümer, die die Aufteilung in die unmittelbar danach an die Antragsteller verkauften Wohnungseigentumsrechte vorgenommen haben, in der Teilungserklärung vom 19.10.1998 ausdrücklich erklärt, dass ihnen bekannt sei, dass durch die Unterteilung keine Stimmrechtshäufung eintrete, sondern das Stimmrecht nur einheitlich gemeinschaftlich ausgeübt werden könne. Dementsprechend ist im konkreten Fall ohnehin von einem geringen Vertrauensschutz der Antragsteller auszugehen, die diesen Zustand zunächst auch akzeptiert und ca. 4 Jahre keinen Anspruch auf zwei Stimmrechte erhoben haben.

### 2.

Eine Vorlage der Sache an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG wegen der Abweichung von der Entscheidung des Kammergerichts vom 15.10.1999 (NZM 2000,671.) ist nicht veranlasst, weil der Senat im Gegensatz zum Kammergericht (vgl. auch die Erläuterungen von Briesemeister, NZM 2000, 992) davon ausgeht, dass der BGH die streitige Rechtsfrage in seinem Beschluss vom 24.11.1978 (BGHZ 73, 151, 155) nicht

nur als die eigentliche Entscheidung nicht tragende Erwägung in einem „obiter dictum“ behandelt, sondern dass die Verneinung einer Stimmrechtsmehrung Grundlage der Entscheidung war. Zwar ist es zutreffend, dass es dort vorrangig darum ging, ob die übrigen Wohnungseigentümer der Veräußerung des durch nachträgliche Aufteilung neu geschaffenen Teileigentums zustimmen müssen. Der Senat teilt aber die Ansicht von Wedemeyer (NZM 2000, 638), dass die vom Kammergericht vorgenommene Reduzierung auf diese Frage den unauflösbaren Zusammenhang verkennt, den der BGH zwischen der Zustimmungsfreiheit der Veräußerung und dem Schutz der dadurch beeinträchtigten übrigen Wohnungseigentümer hergestellt hat. „Der BGH hat die freie, zustimmungsunabhängige Veräußerung nur unter der Prämisse zugelassen, dass die Stimmkraft der übrigen Wohnungseigentümer unverändert bleibt, wenn sich durch Unterteilung und Veräußerung an Dritte die Kopfzahl der Wohnungseigentümer erhöht“ (Wedemeyer a.a.O. S 639.) Während die Wohnungseigentümer nach Ansicht des BGH im Grundsatz nicht verhindern können, dass eine fremde, möglicherweise unerwünschte Person in die Gemeinschaft eindringt, dürften weitere, den Status der übrigen Wohnungseigentümer verän-

dernde Folgen nicht eintreten. Auch das OLG Hamm (a.a.O.) und das OLG Düsseldorf (a.a.O.) sind davon ausgegangen, dass der BGH die Rechtsfrage der Mehrung der Stimmrechte nicht offen gelassen hat.

3.

Soweit das Landgericht in Abänderung der amtsgerichtlichen Entscheidung, das den Antragstellern ein – gemeinschaftlich auszuübendes – Stimmrecht zugebilligt hatte, dieses eine Stimmrecht gequotelt hat in  $\frac{1}{2}$  Stimmrecht zur alleinigen Ausübung durch die Beteiligte 2 und  $\frac{1}{2}$  Stimmrecht zur einheitlichen Ausübung durch die Beteiligten 1 und 2, ist dies mit der weiteren Beschwerde nicht angegriffen worden. Die Aufspaltung ist auch sonst rechtlich nicht zu beanstanden, da sie, insbesondere wenn die Wohnung in unterschiedliche Hände kommt, praktikabel ist, unterschiedliche Meinungsbildungen ermöglicht und schlimmstenfalls die ursprüngliche Patt-Situation besteht.

Mitgeteilt vom 08. Zivilsenat des OLG Stuttgart

## Buchbesprechungen

**Die GmbH im Gesellschafts- und Steuerrecht.** 4. Auflage. Von Rechtsanwalt und Fachanwalt für Steuerrecht Prof. Dr. Bert Tillmann und Regierungsdirektor a.D. Willi Winter. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 2004. XXXI, 462 Seiten Lexikonformat, geb. 54,80 €.

Die 4. Auflage des Werkes erscheint unter einem verändertem Titel. Die Verfasser wollen hiermit zum Ausdruck bringen, dass sich das Buch mittlerweile von einem GmbH-Praktikum, so die vorherige Bezeichnung, zu einem umfassenden Werk zum Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH entwickelt hat. Die Autoren tragen mit ihrer gelungenen Neuauflage wieder einmal der Schnellebigkeit im GmbH-Recht Rechnung. Mehr als vier Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe war angesichts zahlreicher eingetretener Gesetzesänderungen, neu geschaffener Gesetze und neuer Rechtsprechung eine grundlegend neu bearbeitete und erweiterte Auflage erforderlich. So wurden beispielsweise berücksichtigt und eingearbeitet: Die Auswirkungen der Schuldrechtsreform, das Gesetz zur Beschleunigung des arbeitsgerichtlichen Verfahrens im Hinblick auf das Dienstvertragsrecht des Geschäftsführers, die neuere Rechtsprechung zur beschränkten Ausfallhaftung im Rahmen des § 31 Abs. 3 GmbHG, zur Mantelverwendung, zur Haftung der Vor-GmbH und zur verdeckten Sacheinlage und vieles mehr. Im steuerrechtlichen Teil des Werkes haben sich auf Grund der Steuerreform ebenfalls umfangreiche Änderungen durch Gesetzesnovellierungen, BMF-Schreiben sowie durch BFH- und FG-Rechtsprechung ergeben. Das Buch hat seinen bewährten Aufbau beibehalten. Es gibt einen Überblick über das gesamte Rechtsleben der GmbH, von ihrer Gründung über den gesellschaftsrechtlichen Alltag bis zu ihrer Beendigung. Behandelt werden in insgesamt acht Teilen: Alle Rechtsprobleme im Rahmen der Gründung der GmbH einschließlich steuerlicher Überlegungen, die Gestaltung des Gesellschaftsvertrages, die Besteuerung des Einkommens der GmbH sowie der Gesellschafter, Beschaffung und Erhaltung des Eigenkapitals, Gesellschafterdarlehen und -bürgschaften, Gestaltung des Geschäftsführervertrages, Besonderheiten der Einmann-GmbH sowie die Beendigung der Gesellschaft. Großen Wert legen die Autoren darauf, die Abhängigkeiten und Verzahnungen von Ge-

sellschafts- und Steuerrecht aufzuzeigen. Die beiden Stoffgebiete sind deshalb stets aufeinander abgestimmt, ständige Querverweisungen stellen den inneren Bezug der beiden Rechtsgebiete her. Besondere Hinweise oder Formulierungsempfehlungen sind optisch hervorgehoben, was die Orientierungshilfe wesentlich erleichtert. Gut  $\frac{2}{3}$  des Werkes nimmt die steuerliche Seite ein. Auch die 4. Auflage enthält trotz zahlreicher wertvoller Gestaltungsempfehlungen keinen Formulateil für gesellschaftsrechtliche Klauseln. Dies stellt keinen Nachteil dar, vielmehr würden Formulierungsbeispiele den gesteckten Rahmen des Werkes sprengen und von der eigentlichen Thematik, der Verzahnung des Zivil- und Steuerrechts zu weit wegführen. Das verständlich und übersichtlich geschriebene Werk kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Notariatsdirektor Wolfgang Schmenger, Schwetzingen

**Erbrechtliche Auskunftsansprüche**, von Ernst Sarres, NJW-Schriftenreihe Band 71, Verlag C. H. Beck, 2004, XXII, 135 Seiten, kartoniert € 24,00, ISBN: 3-406-49988-0

Die volkswirtschaftliche Bedeutung des Erbrechts ist so groß wie nie zuvor in der Geschichte: Bis zum Jahre 2010 werden 8 Mio. Haushalte 27 % des Nettovermögens der privaten Haushalte – etwa 2 Billionen Euro – an ca. 15 Mio Haushalte vererben. Schon dieses Erbschaftsvolumen zeigt, dass es sich in Zukunft immer mehr lohnen wird, über erbrechtliche Ansprüche auch vor Gericht zu streiten.

Um ihre erbrechtlichen Ansprüche errechnen und im Streitfall vor Gericht auch beziffern zu können benötigen die in Betracht kommenden Personenkreise (Erben, Miterben, Pflichtteilsberechtigten, Vermächtnisnehmer, Testamentsvollstrecker aber auch Nachlassverwalter und Gläubiger) eine Vielzahl von Informationen über den Bestand des Nachlasses. Sie stehen vor dem Problem, sich bestimmte Informationen zu beschaffen, um Risiken und Chancen bei der Verwirklichung von Ansprüchen für und gegen den Nachlass sachgerecht einschätzen zu können.



Im geltenden Recht sind die Auskunfts- und Informationsansprüche nur unvollständig geregelt und außerdem unsystematisch im Erbrecht und Schuldrecht des BGB verteilt.

Der Schwerpunkt des vorliegenden Buches liegt in der Darstellung von Reichweite und Grenzen der Auskunftsansprüche und -pflichten, bezogen auf erbrechtliche Vorgänge. Behandelt werden die Auskunftsansprüche der Erben gegen Erbschaftsbesitzer, Hausgenossen, Scheinerben, „vorläufige“ Erben und Testamentsvollstrecker sowie die Auskunfts- und Wertermittlungsansprüche der Pflichtteilsberechtigten.

Besonderes Interesse erweckt das Kapitel über die Auskunfts- und Informationspflichten innerhalb der Erbengemeinschaft. Gerade die hier behandelte Thematik wirft in der Praxis erfahrungsgemäß immer wieder große Probleme auf, insbesondere dann, wenn einer der Miterben – etwa wegen seiner persönlichen Nähe zum Erblasser – gegenüber den anderen Miterben einen Wissens- und Informationsvorsprung hat, den er nicht preisgeben möchte.

In insgesamt 20 Kapiteln stellt der Verfasser die für die Rechtspraxis wichtigsten Auskunftsansprüche mit erbrechtlichem Bezug, so auch Auskunftsansprüche gegenüber Dritten (Banken, Rechtsanwälten, Notaren, Nachlassgerichte) dar. Das Werk gibt zu den angesprochenen Problemerkisen zuverlässig Auskunft ohne dabei wissenschaftlich allzu sehr in die Tiefe zu gehen. Das Buch ist von einem Praktiker für die Praxis geschrieben und wird diesem Anspruch auch gerecht. Die Anschaffung dieses Buches kann daher jedem, der mit erbrechtlichen Auskunftsansprüchen befasst ist, empfohlen werden.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Karlsruhe

**Die Befreiung des Vorerben über die Grenzen des § 2136 BGB hinaus.** Das bedingte oder befristete Vorausvermächtnis als Rechtsinstitut zur umfassenden Befreiung des Vorerben. Von Julia Nolting, Frankfurt am Main, Berlin, Bruxelles, New York, Oxford, Wien, 2003, Peter Lang Verlag, 196 S., 39,00 €.

Die Verfasserin greift mit ihrer Dissertation ein Thema auf, das in der notariellen Praxis eine große Rolle spielt: Die unbedingte Erbeinsetzung des Erstbedachten auf Ableben des Erblassers scheidet häufig aus unterschiedlichen Gründen aus: Der Erstbedachte soll einerseits aus dem Vermögen des Erblassers abgesichert werden, andererseits sollen aber auch die Endbedachten eine gesicherte Rechtsposition schon nach dem Tod des Erblassers erlangen.

Hierfür stellt das Gesetz die Regelungen über die Vor- und Nacherbschaft zur Verfügung. Die vom Gesetz dem Vorerben auferlegten Beschränkungen entsprechen jedoch häufig

nicht den Vorstellungen des Erblassers. Gewünscht werden weitgehende Befreiungen und zwar möglichst auch über die vom Gesetz ausdrücklich zugelassenen Befreiungen hinaus. Die Kautelarjurisprudenz hat hier seit jeher versucht, Auswege aufzuzeigen. Im Abschnitt II ihrer Arbeit stellt die Autorin die wesentlichen Lösungsansätze dar: Auflösend bedingte Vollerbschaft in Verbindung mit einer sich anschließenden aufschiebend bedingten Vorerbschaft (insbesondere die sog. Wiederverheirathungsklauseln), Beschwerung des Nacherben durch Auflage oder Vermächtnis, Vorerbe als Nacherbenvollstrecker gem. § 2222 BGB, Bevollmächtigung des Vorerben über den Tod des Erblassers hinaus, Vollerbschaft und aufschiebend bedingtes oder befristetes Vermächtnis des Überrestes sowie Vor- und Nacherbschaft in Verbindung mit einem Vorausvermächtnis des Vorerben und einem aufschiebend bedingten Vermächtnis zugunsten des Nacherben. In diesem Bereich gibt die Verfasserin zutreffend den Stand der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung wieder. Neues erfährt der Leser hierbei nicht. Als Notar findet man in diesem Abschnitt der Arbeit lediglich „alte Bekannte“, mit deren Anwendung in der täglichen Praxis er gut vertraut ist. Die Verfasserin stellt aber auch die Nachteile dieser von der Kautelarjurisprudenz entwickelten Lösungen dar, insbesondere die vom Erblasser häufig unerwünschten „Nebenfolgen“ dieser Konstruktionen. Nicht teilen kann ich allerdings die Auffassung, die Rechtsfigur der auflösend bedingten Vollerbschaft in Verbindung mit der aufschiebend bedingten Vorerbschaft verstoße gegen den Typenzwang des Erbrechts. Die auflösende und aufschiebende Bedingung ist im allgemeinen Teil des BGB geregelt und gilt sicher auch für das Erbrecht. Es dürfte wohl eine Mindermeinung darstellen, wenn behauptet wird, die Vor- und Nacherbschaft stelle eine abschließende Regelung der auflösenden und aufschiebenden Bedingung im Erbrecht dar.

Im Abschnitt III verfolgt die Autorin allerdings einen interessanten neuen Lösungsansatz. Sie untersucht, ob ein Vorausvermächtnis befristet angeordnet oder mit einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung versehen werden kann. Sie verfolgt dabei den Gedanken, einen bestimmten Vermögensgegenstand durch Anordnung eines bedingten Vorausvermächtnisses zunächst nicht dem „Sondervermögen Vorerbschaft“ sondern dem Eigenvermögen des Erben zuzuweisen und nach Eintritt der Bedingung diesen Vermögensgegenstand wieder in die Vor- und Nacherbmasse einzubeziehen. Die dabei von der Autorin vorgetragenen Gedanken überzeugen. Die Arbeit stellt daher auch eine wertvolle Hilfe für die tägliche Arbeit des Notars dar. Ergänzt wird die Darstellung durch Formulierungsvorschläge sowohl für die Abfassung entsprechender Verfügungen in Testamenten als auch für die Erteilung entsprechender Erbscheine und bei Eintragungen im Grundbuch.

Notar Dr. Theodor Zimmermann, Karlsruhe

## Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe.

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/225 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e. V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/22379 51,

Fax 07 11/2 23 79 56, E-mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31. 5. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt; Einzelhefte € 6,- einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden.

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Herstellung: BRÄUER GmbH Druckerei und Verlag, Otto-Hahn-Str. 19, 73235 Weilheim (Tel. 07023-90044-0, Fax 07023-90044-22).