

# 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

Notarvertreter Daniel Schaal,  
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Titisee-Neustadt

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

**4/2008**

August  
Seiten 101-132

### Inhalt

#### Würdigung -

#### Zum Tod von Bezirksnotar i. R.

Martin Bühler .....102

#### Abhandlungen

##### *Böhringer*

Das neue GmbH-Recht in der Notarpraxis..... 104

##### *Schaal*

Auswirkungen des Landesheimgesetzes auf die  
erbrechtliche Gestaltungspraxis..... 114

Rechtsprechung.....120

Buchbesprechungen..... 130

Aktuelles im IPR/aus dem Ausland.....131

# MENOLD BEZLER

RECHTSANWÄLTE

Wir sind eine Rechtsanwalts- und Notarkanzlei mit 80 Mitarbeitern und Sitz in Stuttgart. Für unser Anwaltsnotariat in Stuttgart suchen wir zum baldmöglichsten Eintritt eine(n)

## WÜRTTEMBERGISCHE/N NOTARIATSASSESSOR/IN

**gerne mit Berufserfahrung.**

Zu Ihren Aufgaben gehören die selbständige Vorbereitung und Abwicklung von Urkunden, vornehmlich auf den Gebieten des Immobilien- und Gesellschaftsrechts.

Wir erwarten eine überdurchschnittliche Qualifikation, Verständnis für komplexe wirtschaftliche Zusammenhänge und Teamgeist.

Wir bieten Ihnen eine verantwortungsvolle und abwechslungsreiche Tätigkeit, einen Arbeitsplatz mit gutem Betriebsklima, eine überdurchschnittliche Vergütung und umfangreiche Fortbildungsmöglichkeiten. In unserer täglichen Arbeit legen wir großen Wert auf ein angenehmes persönliches Miteinander.

Eine umfassende Einarbeitung und Ausbildung ist sichergestellt.

Für Rückfragen stehen Ihnen Herr Rudolf Bezler oder Frau Christiane Stoye-Benk unter der Telefonnummer 0711 860 40 20 gerne zur Verfügung.

Ihre Bewerbungsunterlagen senden Sie bitte an:  
Menold Bezler Rechtsanwälte  
z. Hd. Herrn Rechtsanwalt und Notar Rudolf Bezler

Rheinstahlstraße 3 ■ 70469 Stuttgart  
Anfahrt über Stresemannstraße 79  
Tel. +49 (711) 860 40 00 ■ Fax +49 (711) 860 40 01  
kontakt@menoldbezler.de ■ www.menoldbezler.de

# Inhaltsverzeichnis

	Seite
<b>Würdigung</b>	
Zum Tod von Bezirksnotar i.R. Martin Bühler	102
<b>Abhandlungen</b>	
<b>Prof. Walter Böhringer, Notar in Gerstetten</b>	
Das neue GmbH-Recht in der Notarpraxis	104
<b>Daniel Schaal, Notarvertreter in Stuttgart</b>	
Auswirkungen des Landesheimgesetzes auf die erbrechtliche Gestaltungspraxis?	114
<b>Rechtsprechung</b>	
<b>1. Erbrecht</b>	
<b>OLG München, 07.05.2008, 31 Wx 012/08</b>	
Keine Irrtumsanfechtung, wenn ein verheirateter Erblasser im Testament angibt, er sei nicht verheiratet	120
<b>OLG München, 11.06.2008, 31 Wx 026/08</b>	
Unmittelbarkeitsgrundsatz im FG-Verfahren nur bei förmlicher Beweisaufnahme; Grundsätze zur Prüfung der Geschäftsfähigkeit im Erbscheinsverfahren	121
<b>2. Kostenrecht</b>	
<b>BGH, 03.04.2008, V ZB 115/07</b>	
Zum Zitiergebot nach § 154 Abs. 2 KostO -Anmerkung Martin Filzek, Fachbuchautor/Dozent in Husum	123
<b>OLG Karlsruhe, 10.04.2008, 14 Wx 26/06</b>	
Zur Reichweite des in Art. 10 lit. c der Gesellschaftssteuerrichtlinie normierten Verbots der Erhebung anderer Steuern oder Abgaben -Anmerkung Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a. D. in Müllheim/Baden	126
<b>Buchbesprechungen</b>	
Bohl, IAS/IFRS für Juristen (Steiner)	130
Röll/Sauren. Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter (Böhringer)	131
Schmid/Kahlen, Wohnungseigentumsgesetz (Böhringer)	131
<b>Aktuelles im IPR/aus dem Ausland</b>	131

# Zum Tod von Bezirksnotar i.R. Martin Bühler

von Max Schneider, Bezirksnotar i.R., Sindelfingen

Martin Bühler ist tot. Am 1. Juni 2008 wurde er - im Alter von erst 73 Jahren - aus unserer Mitte abberufen.

Martin Bühler war ein Kollege von außergewöhnlichem Format. Zwar unterschied sich sein **beruflicher Lebensweg** kaum von demjenigen aller anderen Angehörigen unseres Berufsstandes:

Eintritt als Notariatskandidat, Ableistung der damals üblichen Ausbildungsabschnitte (Notariat, Amtsgericht, Wahlstation, jeweils einhergehend mit Begleitlehrgängen - sogenannter „Vorkurse“); Staatlicher Notariatslehrgang nach vorherigem Bestehen der Zulassungsprüfung dafür - damals „Vorprüfung“ genannt -; Ablegung des Staatsexamens, verbunden mit dem Recht, die Bezeichnung „Notariatspraktikant“ (heute „Württ. Notariatsassessor“) zu führen. Schon die von ihm (seinerzeit nur selten) erreichte Prüfungsnote „2 a“ zeugte von den herausragenden Fähigkeiten, über die Martin Bühler verfügte. Nach einem kurzen Abstecher bei einem freiberuflich tätigen Nurnotar (heute: Notar im Hauptberuf) trat er in den Staatsdienst ein. Hervorzuheben ist dabei eine längere Tätigkeit im Justizministerium unseres Landes. Im Jahre 1966 wurde er zum Bezirksnotar ernannt - ein Amt, das er bis zu seinem Eintritt in den Ruhestand im Jahre 1999 zunächst beim Notariat Stuttgart-Bad Cannstatt und später beim Notariat Stuttgart-Botnang inne hatte und überaus erfolgreich ausübte (den Klienten zugewandt, mit offenem Ohr für deren Anliegen - ein Meister der „ars notarii“ - ohne dabei die ihm obliegenden gerichtlichen Aufgaben zu vernachlässigen). Leider wurde er schon in relativ jungen Jahren von einer heimtückischen Krankheit heimgesucht, die von ihrem Ausbruch an seine Lebensqualität erheblich beeinträchtigte. Die mit dieser Krankheit verbundenen Unwägbarkeiten hielten ihn zu seinem großen Bedauern davon ab, sich um die Übertragung einer Stelle für einen freiberuflichen Notar im Hauptberuf zu bewerben - ein Amt, das er als "Spitzenamt" für einen Bezirksnotar ansah, das er von Jugend auf anstrebte, für dessen Übernahme und Ausübung er geradezu prädestiniert gewesen wäre und das nur wenigen besonders qualifizierten Angehörigen aus der Laufbahn des Bezirksnotars offen stand.

Mit umso größerer Vehemenz widmete er sich neben seinem Notariat verstärkt **anderen Aufgaben**. Rückschauend betrachtet konnte man den Eindruck gewinnen, als habe es sich dabei um eine intuitive Reaktion darauf gehandelt, dass ihm die Erreichung seines eigentlichen Berufsziels krankheitshalber versagt blieb. Zunächst standen die Aus- und Fortbildung unserer Kolleginnen und Kollegen sowie die Abfassung und Veröffentlichung fachwissenschaftlicher Beiträge in den einschlägigen Blättern (auch in dieser Zeitschrift) im Vordergrund. Dadurch erwarb er sich schon relativ früh in Fachkreisen - wie einst unser Kollege Karl Hägele aus Neuenstadt a.K. - weit über die Grenzen unseres Berufsstandes hinaus hohes Ansehen. In der juristischen Literatur wird Martin Bühler nach wie vor in zahlreichen Fundstellen und Anmerkungen zitiert. Deshalb verwundert es nicht, dass später auch der Ruf an ihn erging, vor anderen Gremien (beispielhaft ist die Richter-Akademie in Trier oder das Deutsche Anwaltsinstitut e.V. zu nennen) zu referieren.

Als er im Jahre 1975 im **Vorstand unseres Vereins** die Nachfolge unseres Kollegen Klaus Mehl antrat - diesem Gremium gehörte er bis zum Jahre 1991, seit dem Jahre 1983 als stellvertretender Vorsitzender, an -, verlagerte sich der Schwerpunkt seines nebenberuflichen Engagements immer mehr auf die Berufspolitik. Besonders faszinierte ihn dabei die mit dieser Arbeit verbundene Möglichkeit für unseren Verein, sich über die sogenannte Verbände-Anhörung in den Gesetzgebungsprozess einzubringen und damit auf wichtige standes-, justiz- und rechtspolitische Vorhaben Einfluss nehmen zu können. Auch wenn

damit häufig - trotz einer für die Anliegen unseres Berufsstandes sehr aufgeschlossenen Justizverwaltung - in aller Regel das "Bohren dicker Bretter" verbunden war: Martin Bühler gab grundsätzlich nicht auf. Ob es sich dabei beispielsweise - um nur einige Gebiete zu nennen -

um die Einführung der Staatshaftung für notarielle Geschäfte, bei denen der Notar Gebührengläubiger war oder um Fragen der Gebührenbeteiligung,

um die Berufshaftpflichtversicherung der Notare (zugeschnitten auf die Besonderheiten unseres Berufsstandes),

um das breite Spektrum des Steuerrechts (mit dem Schwerpunkt „Nießbrauch“),

um Neuregelungen im Bereich des bürgerlichen Rechts (mit dem Schwerpunkt Familien- und Erbrecht) sowie des Internationalen Privatrechts oder

um die Abwehr weitgehend unberechtigter Angriffe des Rechnungshofs, der unser Notariat zunächst zum Gegenstand einer „Denkschrift“ machen wollte (auf unsere Intervention wurde sie zu einer weniger brisanten „beratenden Äußerung“, § 88 Abs. 2 LHO, herabgestuft),

handelte: Mit großer Leidenschaft kämpfte er darum, die von ihm für zweckmäßig erachteten Ergebnisse, um die im einen oder anderen Fall innerhalb des Vorstands hart gerungen wurde, durchzusetzen. Seine in Fachkreisen allseits anerkannte erfolgreiche Mitwirkung beim Zustandekommen des am 1.1.1992 in Kraft getretenen Betreuungsgesetzes (vgl. dazu Dr. Richter in BWNotZ 1992 S. 2) stellte gewissermassen die Krönung seiner rechtspolitischen Arbeit im Vorstand unseres Vereins dar. Dass damals erstmals das Rechtsinstitut der Altersvorsorgevollmacht Eingang im Gesetzestext fand, ist zu einem erheblichen Teil auf seine Initiative zurückzuführen.

Durch seine engagierte und innovative Sacharbeit - ohne Rücksicht auf seine starke berufliche Inanspruchnahme und seine angegriffene Gesundheit - hat er einen maßgeblichen Beitrag dazu geleistet, dass sich unsere Standesvertretung als ernstzunehmender Faktor in der berufspolitischen, insbesondere auch in der rechtspolitischen Landschaft positionieren und profilieren konnte. Wir wissen, in welcher hohen Masse Martin Bühler während seiner 16-jährigen Zugehörigkeit zum Vorstand unseres Vereins für unseren Berufsstand und für den Württ. Notarverein eingetreten ist und was er für ihn und damit für uns alle geleistet hat. Dafür schulden wir ihm Dank und Anerkennung. Als äußeres Zeichen dieser Dankbarkeit wurde er bei seiner Verabschiedung einstimmig zum Ehrenvorstand unseres Vereins ernannt.

Sein engagiertes Wirken wurde darüber hinaus durch die Verleihung des Verdienstkreuzes am Bande des Verdienstordens der Bundesrepublik Deutschland im Jahre 1992 auch öffentlich gewürdigt.

Martin Bühler war ein herausragender Vertreter unseres Berufsstandes, um den er sich große Verdienste erworben hat. Wir werden ihn in dankbarer, guter Erinnerung behalten!

## Das neue GmbH-Recht in der Notarpraxis

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

*Der Deutsche Bundestag hat am 26. Juni 2008 das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen<sup>1</sup> (MoMiG) beschlossen. Ein Kernanliegen der GmbH-Novelle ist die Erleichterung und Beschleunigung von Unternehmensgründungen. Hier wird häufig ein Wettbewerbsnachteil der GmbH gegenüber ausländischen Rechtsformen wie der englischen Limited gesehen, denn in vielen Mitgliedstaaten der Europäischen Union werden geringere Anforderungen an die Gründungsformalien und die Aufbringung des Mindeststammkapitals gestellt. Des Weiteren sollen durch ein Bündel von Maßnahmen die Attraktivität der GmbH nicht nur in der Gründung, sondern auch als „werbendes“, also am Markt tätiges Unternehmen erhöht und Nachteile der deutschen GmbH im Wettbewerb der Rechtsformen ausgeglichen werden. Nicht zuletzt sollen die aus der Praxis übermittelten Missbrauchsfälle im Zusammenhang mit der Rechtsform der GmbH durch verschiedene Maßnahmen bekämpft werden.*

### I. Gründungserleichterungen

#### 1. Vereinfachte Gründung durch standardisiertes Gründungsprotokoll

##### a. Voraussetzungen

§ 2 Abs. 1a GmbHG sieht eine vereinfachte Gründung einer GmbH mit einem sog. „Gründungsprotokoll“ durch notarielle Beurkundung vor. Keine Rolle spielt, ob eine Ein-Personen-GmbH oder eine Mehr-Personen-GmbH gegründet werden soll; die Gründungsvoraussetzungen gelten auch für eine Unternehmergeinschaft (haftungsbeschränkt). Gründer können maximal drei natürliche/juristische Personen sein. Unklar ist, ob eine Außen-Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit vielen Gesellschaftern als Gründer auftreten kann; sie ist zwar teilrechtssubjektfähig, aber keine juristische Person; kann sie so behandelt werden wie eine OHG oder KG? - alles noch offene Fragen. Jeder Gründer muss einen Anteil übernehmen, keiner kann – abweichend von § 5 Abs. 2 S. 2 GmbHG - mehrere Geschäftsanteile übernehmen. Es kann nur eine Bargründung vorgenommen werden, bei einer Unternehmergeinschaft ist das Stammkapital in voller Höhe sofort zu erbringen, bei einer Normal-GmbH sind mindestens 50% sofort, der Rest auf Beschluss der Gesellschafterversammlung zu leisten. Die Erbringung von Sacheinlagen ist bei der vereinfachten Gründung nicht möglich. Die Gesellschaft trägt den Gründungsaufwand bis zu einem Gesamtbetrag von 300 €, darüber hinausgehende Kosten tragen die Gesellschafter im Verhältnis der Nennbeträge ihrer Geschäftsanteile. Für Firma, Sitz und Unternehmensgegenstand gelten die bisher schon gekannten Grundsätze.

Die Bestellung des Geschäftsführers ist in dem Gründungsprotokoll integriert, ohne dass hierzu ein gesonderter Beschluss gefasst werden muss. Es kann nur ein einziger Geschäftsführer benannt werden, der von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein muss. Die Angabe des Geschäftsführers im Gründungsprotokoll bedeutet keine namentliche Festschreibung der Person des Geschäftsführers als Satzungsinhalt oder gar ein Sonderrecht des Geschäftsführers, so dass die Abberufung des Geschäftsführers keine Satzungsänderung darstellt.

##### b. Strenger Regelungsinhalt des Gesellschaftsvertrags

Der Regelungsinhalt des Gründungsprotokolls ist beschränkt auf die Mindestangaben nach § 3 GmbHG, ergänzt durch Regelungen zur Vertretung und zum Gründungsaufwand. Im Übrigen gelten die gesetzlichen Bestimmungen und damit alle Regelungen des GmbHG. Bei der vereinfachten Gründung darf der Gründer keine zusätzlichen Bestimmungen in die Urkunde mit aufnehmen, also nicht Regelungen über eine Vinkulierung von Geschäftsanteilen, Wettbewerbsverbote, Abfindungsregelungen, Zustimmungskatalog für die Geschäftsführung usw. Auch können bei der Gründung nicht mehrere Geschäftsführer bestellt werden. Sind solche Regelungen gewollt, ist der normale Gründungsweg nach dem GmbHG zu gehen.

##### c. Folgewirkungen

Die Handelsregisteranmeldung weist bei vereinfachter Gründung gegenüber einer Anmeldung im Normal-Verfahren keine Besonderheiten auf. Der Notar ist zum Vollzug der Gründung verpflichtet (§ 53 BeurkG). Dem Registergericht ist keine Gesellschafterliste einzureichen; das Musterprotokoll ersetzt diese. Das Musterprotokoll stellt auch den Gesellschaftsvertrag dar. Wird später der Sitz der Gesellschaft, der Gegenstand des Unternehmens geändert oder eine Umfirmierung vorgenommen, so finden auf das Musterprotokoll die Vorschriften des GmbHG über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung.

Beim Notarkostenrecht genießen diese Satzungsänderungen das Gebührenprivileg des § 41d KostO. Der Geschäftswert für die Notargebühren orientiert sich an der tatsächlichen Stammkapitalhöhe, gleiches gilt für Kapitalerhöhungen. Die spätere Einfügung von weiteren Bestimmungen in die Satzung ist nicht kostenprivilegiert, daher gilt für sie, dass dann 1% des Stammkapitals, mindestens jedoch 25000 € als Geschäftswert anzusetzen ist.

### 2. Aufgabe der Sitztheorie

Verwaltungssitz und Satzungssitz müssen nicht mehr übereinstimmen. Durch die Streichung des § 4a Abs. 2 GmbHG wird es deutschen Gesellschaften ermöglicht, einen Verwaltungssitz zu wählen, der nicht notwendig mit dem Satzungssitz übereinstimmt. Damit soll der Spielraum deutscher Gesellschaften erhöht werden, ihre Geschäftstätigkeit auch außerhalb des deutschen Hoheitsgebiets zu entfalten. EU-

<sup>1</sup>Voraussichtliches Inkrafttreten am 1.11.2008.

Auslandsgesellschaften, deren Gründungsstaat eine derartige Verlagerung des Verwaltungssitzes erlaubt, ist es auf Grund der EuGH-Rechtsprechung nach den Urteilen „Überseering“<sup>2</sup> und „Inspire Art“<sup>3</sup> bereits heute rechtlich gestattet, ihren effektiven Verwaltungssitz in einem anderen Staat - also auch in Deutschland - zu wählen. Diese Auslandsgesellschaften sind in Deutschland als solche anzuerkennen. Umgekehrt stand diese Möglichkeit bisher deutschen Gesellschaften nicht zur Verfügung. Durch die Regelung des MoMiG besteht jetzt für die deutsche Rechtsform der Aktiengesellschaft und der GmbH die Möglichkeit, sich mit der Hauptverwaltung an einem Ort unabhängig von dem in der Satzung oder im Gesellschaftsvertrag gewählten Sitz niederzulassen.

### 3. Keine Vorlage gewerberechtlicher Genehmigungen

Mit der Aufhebung von § 8 Absatz 1 Nr. 6 GmbHHG wird die Handelsregistereintragung von Gesellschaften erleichtert und beschleunigt, deren Unternehmensgegenstand genehmigungspflichtig ist. Vor Inkrafttreten des MoMiG konnte die Gesellschaft nur dann eingetragen werden, wenn bereits bei der Anmeldung zur Eintragung die gewerberechtliche Genehmigungsurkunde vorgelegt wurde. Jetzt besteht dieses Vorlage-Erfordernis nicht mehr. An der eventuell erforderlichen gewerberechtlichen Genehmigung für die Aufnahme der satzungsmäßigen Tätigkeit ändert das MoMiG allerdings nichts.

## II. Neue Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)

### 1. UG als besondere Art einer GmbH

Ein Anliegen des MoMiG ist es, die GmbH international wieder wettbewerbsfähig zu machen, insbesondere in der Konkurrenz zur britischen Private Limited Company. § 5a GmbHHG schafft eine kleine, unter dem gesetzlichen Mindestkapital von 25000 € agierende neue Art von GmbH. Diese GmbH ist eine besondere Art der Gesellschaft mit beschränkter Haftung, eine Unterart einer GmbH nach dem GmbHHG in der Variante der haftungsbeschränkten Unternehmergeellschaft, also keine neue andere Gesellschaftsform neben der GmbH und Aktiengesellschaft, demnach keine eigenständige Rechtsform. Für diese Gesellschaft gelten das gesamte GmbH-Gesetz und alle die GmbH betreffenden Regelungen des deutschen Rechts unmittelbar, für die UG sind aber einige wenige Sonderregelungen vorgesehen.

Unterschiede zur Normal-GmbH ergeben sich bei der Firmierung und beim Mindestkapital sowie bei der Kapitalaufbringung. So muss die Firma die Bezeichnung „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ führen und auf ein Mindeststammkapital verzichten sowie Gewinne in eine Rücklage einstellen, die nur für bestimmte Zwecke verwendet werden darf (vgl. § 5a Abs. 3 S. 2 GmbHHG). Die Anmeldung darf erst erfolgen, wenn das Stammkapital in voller Höhe eingezahlt ist. Das Stammkapital kann gewählt werden zwischen 1 vollem Euro und 24999 Euro. Eine Sacheinlage ist bei der Gründung nicht möglich. Eine Sacheinlage bleibt auch später nicht erlaubt – es sei denn, die UG wird nach entsprechender Erhöhung des Kapitals auf mindestens 25000 € eine normale GmbH. Von diesem Zeitpunkt an können in die Gesellschaft Sacheinlagen eingebracht werden.

<sup>2</sup> DNotZ 2003, 139 = NJW 2002, 3614.

<sup>3</sup> DNotZ 2004, 55 = GmbHHR 2003, 1260.

### 2. Rechtsformbezeichnung „UG (haftungsbeschränkt)“

Eine UG muss eine ganz deutlich andere Firma tragen, damit das Publikum gewarnt ist, dass es sich hier um eine Unterart einer GmbH nach dem GmbHHG handelt. Die gesetzlich vorgeschriebene Bezeichnung ist zwingend zu führen. Der Zusatz „haftungsbeschränkt“ muss auch in der abgekürzten Fassung der Firma ausgeschrieben werden: „UG (haftungsbeschränkt)“. Nicht zulässig wäre die Rechtsform-Bezeichnung „Mini-GmbH“, „Kleine GmbH“, „GmbH-light“ oder „GmbH gs“ (für: GmbH mit geringem Stammkapital).

### 3. Gründung ohne Einhaltung des Mindeststammkapitals

Die UG ist eine Gesellschaft, die mit jedem beliebigen Stammkapital unterhalb des gesetzlich geforderten Mindeststammkapitals von 25000 € gegründet werden kann. Soll die UG den Gründungsaufwand tragen, so ist – um anfängliche Überschuldung zu vermeiden – die Stammkapitalziffer mindestens in Höhe des Gründungsaufwands zu wählen. Eine GmbH mit 1 Euro Stammkapital wäre überschuldet und insolvenzreif vom Moment ihrer Eintragung an. Schon die Gründungskosten, die regelmäßig der UG belastet werden, betragen selbst unter Ausschöpfung aller Einsparmöglichkeiten nach dem MoMiG und unter Verzicht auf die Handelsregisterbekanntmachungen in Tageszeitungen ab 2009 etwa 260 €.

### 4. Gesetzliche Gewinnrücklage/Kapitalerhöhung

Ein weiterer Unterschied der UG gegenüber der Normal-GmbH ist, dass sie ihre Gewinne nicht voll ausschütten darf, sondern 25 % davon jährlich in eine gesetzliche Rücklage einstellen muss. Diese Pflicht zur Rücklage ist weder höhenmäßig noch zeitlich beschränkt, gilt also für alle Zeit. Diese Gewinnrücklagen dürfen nur für die in § 5a Abs. 3 S. 2 Nr. 1 – 3 GmbHHG festgelegten Zwecke aufgelöst werden. Die UG ist aber nicht verpflichtet, das Stammkapital auf den Betrag des gesetzlichen Mindeststammkapitals einer GmbH zu erhöhen, sobald die gesetzliche Rücklage diesen Betrag (25000 €) erreicht hat. Die UG darf trotzdem weiterhin UG bleiben, hat also nicht bloß vorläufigen Charakter.

### 5. Möglicher Übergang der UG in Normal-GmbH

Zur „richtigen“ GmbH kann die Unternehmergeellschaft mit Erreichen oder Überschreiten der gesetzlichen Mindeststammkapitalziffer von 25000 € werden. Wenn die UG ihr Stammkapital entsprechend erhöht, finden die Sonderregeln für eine UG in § 5a GmbHHG keine Anwendung mehr. Die Gesellschafter der UG haben es demnach in der Hand, immer in der Variante der UG zu verbleiben oder aber eine Kapitalerhöhung durch neue Einlagen (Bar- und/oder Sacheinlagen) oder aber aus Gesellschaftsmitteln zu beschließen, und zwar in solcher Höhe, dass die gesetzliche Mindeststammkapitalziffer von 25000 € einer Normal-GmbH erreicht wird. Selbst wenn solche Kapitalerhöhungen durchgeführt werden, braucht die UG nicht in eine Normal-GmbH wechseln. Bleibt sie weiterhin eine UG, unterliegt sie aber der Rücklagepflicht des § 5a Abs. 3 GmbHHG.

Die UG kann (muss aber nicht), wenn diese Rücklagen das gesetzliche Mindeststammkapital von 25000 € einer Normal-GmbH des § 5 Abs. 1 GmbHHG überschreiten, eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vornehmen. Mit der Kapitalerhöhung auf normales GmbH-Maß entfällt die Rücklagepflicht. Danach kann diese „Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)“ umfirmieren in eine ganz normale

GmbH. Einer Umwandlung nach dem UmwG bedarf es nicht, denn es handelt sich ja um eine und dieselbe Rechtsform, nämlich eine GmbH.

Kommt es zu einer Kapitalerhöhung in der Weise, dass die gesetzliche Mindeststammkapitalziffer von 25000 € einer Normal-GmbH erreicht wird, so erfolgt der Übergang von der UG zur Normal-GmbH nicht durch eine Gesamtrechtsnachfolge; der Übergang ist auch nicht als identitätswahrende Umwandlung zu qualifizieren, denn die UG und die Normal-GmbH sind keine unterschiedlichen Rechtsformen. Kommt es zu einem Übergang auf eine Normal-GmbH durch Kapitalerhöhung, so darf die UG ihre Firma beibehalten, also weiterhin als UG firmieren.

Es ist nicht möglich, bei einer bestehenden (Normal-)GmbH nachträglich das Mindeststammkapital von 25000 € zu unterschreiten (Beschluss über eine Kapitalherabsetzung wäre unzulässig) und umzufirmieren in eine UG (haftungsbeschränkt).

## 6. Rechts- und Komplementärfähigkeit der UG

Die UG ist eine Variante der GmbH und als solche rechtsfähig. Sie ist auch grundbuchfähig und wird mit der in § 5a Abs. 1 GmbHG gebotenen Bezeichnung in das Grundbuch als Rechtssubjekt eingetragen. Auch eine Vor-UG ist denkbar und wie eine Normal-GmbH grundbuchfähig. Der größte praktische Anwendungsbereich der UG wird in der Beteiligung als Komplementärin einer Kommanditgesellschaft gesehen.

## III. Erleichterungen bei Kapitalaufbringung

### 1. Verbesserungen für Ein-Personen-GmbH

In § 7 Abs. 2 Satz 3 a. F. GmbHG waren bisher verschärfte Regeln der Kapitalaufbringung bei der Ein-Personen-Gründung vorgesehen: Volleinzahlung oder Stellung einer Sicherheit für den nicht eingezahlten Teil des Geschäftsanteils. Die Vorschrift hat sich in der Praxis nicht bewährt und wurde abgeschafft.

Eine Ein-Personen-GmbH wird nach dem GmbHG behandelt wie eine Mehr-Personen-GmbH. § 19 Abs. 4 a. F. GmbHG, der die Volleinzahlung oder Sicherheitenbestellung für einen noch ausstehenden Teil der Stammeinlage vorsah, wenn sich innerhalb von drei Jahren alle Anteile in einer Hand vereinigen, wurde aufgehoben. Damit wurde auch die Vorschrift des § 144b FGG über die Auflösung einer GmbH wegen Verletzung dieser Pflicht obsolet und folgerichtig aufgehoben.

### 2. Bezeichnung Geschäftsanteil statt Stammeinlage

Durch die Änderung des § 5 GmbHG sollen die Kapitalaufbringung bei der Gründung und die Übertragung der Geschäftsanteile erleichtert werden. Ferner wird dem Umstand Rechnung getragen, dass nach dem neu gefassten § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG nicht mehr die Angabe des Betrags der Stammeinlage, sondern die Angabe der Nennbeträge der Geschäftsanteile notwendiger Inhalt des Gesellschaftsvertrags ist. Es soll deutlich werden, dass die Gründer sämtliche Geschäftsanteile sofort übernehmen müssen, was dem Prinzip der Einheitsgründung entspricht.

### 3. Keine Herabsetzung des Mindeststammkapitals

Nach § 5 Abs. 1 GmbHG bleibt es bei der Höhe des Mindeststammkapitals von 25000 Euro. Wer eine GmbH darunter gründen will, kann dies mit einer Unternehmergesellschaft

(haftungsbeschränkt) tun. Unternehmen mit höherem Kapitalbedarf sind freilich auch in Zukunft gut beraten, schon bei Gründung ein höheres Kapital festzulegen.

## 4. Neue Nennbetrags-Stückelung für Anteile

Bislang musste der Geschäftsanteil eines jeden Gesellschafters mindestens 100 Euro betragen (§ 5 Abs. 1 GmbHG). Hierauf wird durch das MoMiG verzichtet. Die Gesellschafter können nunmehr die Höhe der Nennbeträge der von ihnen zu übernehmenden Geschäftsanteile individueller als bisher bestimmen. Als einzige Begrenzung ist in § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG bestimmt, dass der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils auf volle Euro (mindestens also einen Euro ohne Dezimalstellen) lauten muss. Dies gilt bei der Gründung, bei Kapitalerhöhungen, Kapitalherabsetzungen und Teilung eines Geschäftsanteils. Vor allem bei einer Teilung eines Geschäftsanteils ist zu beachten, dass keine Nachkommastellen entstehen; nicht zulässig wäre also eine Teilung eines Geschäftsanteils in 3 gleiche Teile, wenn es zu Nachkommastellen kommt.

## 5. Übernahme mehrerer/unterschiedlicher Geschäftsanteile

### a. Mehrere Anteile

Das Verbot der Übernahme mehrerer Geschäftsanteile bei Errichtung einer GmbH nach § 5 Abs. 2 a. F. GmbHG wurde aufgehoben. Die Nennbeträge der einzelnen Geschäftsanteile und nicht nur die Nennbeträge der Geschäftsanteile eines jeden Gesellschafters können nun verschieden bestimmt werden. Ein Gesellschafter kann künftig bei der Gründung einer Normal-GmbH oder UG auch mehrere Geschäftsanteile (auch mit verschiedenen Nennbeträgen) übernehmen. Wird allerdings nach § 2 Abs. 1a GmbHG vereinfacht gegründet, so kann jeder der maximal drei Gründer weiterhin nur einen einzigen Geschäftsanteil übernehmen.

Auch bei einer Kapitalerhöhung dürfen durch eine Person mehrere Geschäftsanteile an einer GmbH/UG übernommen werden. Durch die Stärkung der Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) und die Schaffung der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen (§ 16 GmbHG) wird zudem einer Unübersichtlichkeit der Beteiligungsverhältnisse wirksam begegnet. Für die Geschäftsanteile der GmbH besteht aber nicht annähernd eine zur Aktiengesellschaft vergleichbare Handelbarkeit. Das größte Hemmnis für eine freie Übertragbarkeit der Geschäftsanteile bei der GmbH stellt nach wie vor das Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG dar.

## 6. Wegfall der Teilbarkeitsregeln

### a. Keine 50er/10er-Teilung mehr

Die bisherige Bestimmung in § 5 Abs. 3 S. 1 GmbHG, dass der Betrag der Stammeinlage (jetzt Geschäftsanteil genannt) in Euro grundsätzlich durch fünfzig teilbar sein muss, wurde aufgehoben. Gleiches gilt bei Kapitalerhöhungen (§ 55 Abs. 4, § 57h Abs. 1 S. 2 GmbHG). Es können Geschäftsanteile mit einem Nennbetrag von einem vollen Euro gebildet werden. Bei Teilung eines Anteils dürfen Beträge mit Nachkommastellen nicht entstehen, es kann somit bei Teilung eines Anteils auch nicht zu Rundungsproblemen kommen. Die Herabsenkung des für das Stimmrecht maßgeblichen Nennbetrages verhindert, dass Stimmen bei Teilung „verloren“ gehen.<sup>4</sup>

Die völlige Aufhebung der bisherigen Teilbarkeitsregeln er-

<sup>4</sup> Zum RefE Mohr, GmbH-StB 2006, 206, 207.

leichtert z. B. bei kleineren Familienbetrieben eine Erbauser-  
 andersetzung oder Vorgänge der vorweggenommenen Erb-  
 folge, weil sie nun nicht mehr wegen der „Fünfteiler“-Teilung  
 zu Kapitalerhöhungen gezwungen werden.

**b. Übereinstimmung aller Nennbeträge mit Stammkapital**

Der neu gefasste § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG trägt dem Ver-  
 ständnis Rechnung, dass das Stammkapital in Geschäftsanteile  
 zerlegt ist. Es wird klargestellt, dass das Stammkapital  
 immer gleich bleibt und sich nicht aus der Summe der Nenn-  
 beträge ergibt. Vielmehr muss die Summe der Nennbeträge  
 der Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen.  
 Dies bezieht sich nicht nur auf das Gründungsstadium,  
 sondern auch auf den weiteren Verlauf der Gesellschaft. Bei  
 der Einziehung des Geschäftsanteils eines anderen Gesell-  
 schafters gemäß § 34 GmbHG bleibt daher das Stammkapi-  
 tal gleich, obwohl sich die Summe der Nennbeträge der Ge-  
 schäftsanteile auf Grund der Einziehung des einen  
 Geschäftsanteils verringert. Ein solches Auseinanderfallen  
 der Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile und des  
 Nennbetrags des Stammkapitals ist nunmehr - im Gegensatz  
 zum früheren Recht - unzulässig. Um eine solche, nach dem  
 neu gefassten § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG unzulässige Abwei-  
 chung zu vermeiden, bleibt den Gesellschaftern die Möglich-  
 keit, die Einziehung mit einer Kapitalherabsetzung zu verbind-  
 en, oder die Summe der Nennbeträge der Geschäftsanteile  
 durch eine nominelle Aufstockung an das Stammkapital an-  
 zupassen oder einen neuen Geschäftsanteil zu bilden.

**7. Nummerierung der Geschäftsanteile**

Nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG muss der Gesellschaftsvertrag  
 die Zahl und die Nennbeträge der Geschäftsanteile, die jeder  
 Gesellschafter gegen Einlage auf das Stammkapital über-  
 nimmt, enthalten. Die Nummerierung der Geschäftsanteile  
 vereinfacht neben der Angabe des Nennbetrags des Ge-  
 schäftsanteils die eindeutige Bezeichnung des Geschäftsan-  
 teils und führt damit zu einer erheblichen praktischen Erleich-  
 terung insbesondere im Rahmen von Anteilsübertragungen.  
 Die Nummerierung erhält auch Bedeutung bei der Teilung  
 von Geschäftsanteilen. Die Anteile sind durchgehend, also  
 fortlaufend mit arabischen Ziffern zu nummerieren.<sup>5</sup>

Da die Geschäftsanteile jeweils mit einem Nennwert zu be-  
 zeichnen sind, der auch als Identitätsbezeichnung dient, soll-  
 ten zudem die Nennbeträge der von jedem der Gesellschaf-  
 ter übernommenen Geschäftsanteile aus der mit der  
 Anmeldung eingereichten Liste hervorgehen. Nach § 8 Abs. 1  
 Nr. 3 GmbHG und § 40 Abs. 1 GmbHG sind daher die Nenn-  
 beträge der Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste mit  
 durchgehend laufenden Nummern (in arabischen Ziffern) zu  
 versehen.

Auszug aus einer Satzung zu den Neuregelungen  
 § 4 Stammkapital  
 Das Stammkapital beträgt EURO 31.566,--  
 (m. W. einunddreißigtausendfünfhundertsechundsechzig EURO)  
 Hiervon haben übernommen:  
 A die Geschäftsanteile Nr. 1 – 5 mit einem Nennbetrag von je 400 €  
 A die Geschäftsanteile Nr. 6 – 8 mit einem Nennbetrag von je 500 €  
 B den Geschäftsanteil Nr. 9 mit einem Nennbetrag von 2000 €  
 C den Geschäftsanteil Nr. 10 mit einem Nennbetrag von 3000 €  
 C die Geschäftsanteile Nr. 11 - 20 mit einem Nennbetrag von je 30 €  
 D den Geschäftsanteil Nr. 21 mit einem Nennbetrag von 19800 €  
 E den Geschäftsanteil Nr. 22 mit einem Nennbetrag von 266 €

<sup>5</sup> Vgl. das Gründungsprotokoll zu § 2 Abs. 1a GmbHG (Anlage).

Liste der Gesellschafter bei Normal-Gründung  
 Liste der Gesellschafter  
 betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der  
 Firma \*Bezeichnung der GmbH mit Angabe des Sitzes \*  
 Liste aller Gesellschafter:  
 Name der Gesellschafter lfd. Nr. des Anteils Nennbetrag in €  
 \*Vor- und Zuname, Geburtstag, Wohnort \* \* Nummer \* \* Betrag \*

Die Pflicht zur Nummerierung wirkt sich auch auf die Han-  
 delsregisteranmeldung aus. Vor allem bei der Versicherung  
 des Geschäftsführers über die Bewirkung der Leistungen auf  
 die Geschäftsanteile ist dies zu beachten.

Versicherung des Geschäftsführers:  
 Der Geschäftsführer versichert, dass  
 a) das Vermögen der Gesellschaft – abgesehen von dem im Ge-  
 sellschaftsvertrag übernommenen Gründungsaufwand (Kosten,  
 Gebühren und Steuern) – durch keinerlei Verbindlichkeiten vorbe-  
 lastet oder gar aufgezehrt ist. (ggf. Ergänzung, um den Verdacht  
 einer verschleierten Sachgründung oder etwaiger Vorbelastungen  
 auszuräumen: dass die Gesellschaft von keinem Gesellschafter  
 Vermögensgegenstände, insbesondere kein dem Gesellschafter  
 oder einer Personengesellschaft, an der dieser beteiligt ist, gehö-  
 rendes Unternehmen entgeltlich mit Mitteln der geleisteten Ge-  
 schäftsanteile oder im Wege der Verrechnung mit diesem/diesem  
 erworben hat und auch keine Absicht zu einem solchen Erwerb  
 besteht, und dass darüber hinaus die Gesellschaft keine Schulden  
 eines bereits bestehenden Unternehmens übernommen hat.)  
 b) der Gegenstand der Leistungen sich endgültig in der freien Ver-  
 fügung der Geschäftsführung befindet,  
 bei Volleinzahlung:  
 c) die Gesellschafter \* Namen \* ihre Geschäftsanteile vollständig,  
 und zwar insgesamt \* Betrag \* bewirkt haben,  
 bei Teileinzahlung:  
 c) die Gesellschafter auf ihre Einlageverpflichtungen folgende Be-  
 träge einbezahlt haben:

Name des Gesellschafters	Nummer des Geschäftsanteils	Nennbetrag des Geschäftsan- teils in €	Einzahlungs- betrag in €

**8. Einzahlungsbelege nur bei erheblichen Zweifeln**

**a. Grundsätzlich keine Einzahlungsbelege**

Der neue § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG stellt klar, dass die Versi-  
 cherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ausreicht und weite-  
 re Nachweise (Einzahlungsbelege etc.) grundsätzlich nicht  
 erforderlich sind. Nur bei erheblichen Zweifeln kann das Re-  
 gistergericht Nachweise verlangen, also nicht mehr im Regel-  
 fall. Da die Versicherung des Geschäftsführers strafbewehrt  
 ist, ist diese deutliche Sanktion für den Regelfall ausrei-  
 chend.<sup>6</sup>

**b. Bar- und Sacheinlage**

Künftig darf das Registergericht nur dann weitere Unterlagen  
 anfordern, wenn sich erhebliche Zweifel an den Angaben der  
 Beteiligten ergeben.<sup>7</sup> Nach neuer Rechtslage dürfen z. B. bei

<sup>6</sup> Begründung zum Regierungsentwurf, ZIP 2007, Beil. zu Heft 23, S. 9 f.  
<sup>7</sup> Die Registergerichte haben bisher vielfach prophylaktisch Nachweise ver-  
 langt, ohne überhaupt konkrete Anhaltspunkte für eine Unrichtigkeit der Ver-  
 sicherung gehabt zu haben. Dazu Melchior RENOpraxis 2008, 67; Böhringer  
 Rpfleger 2002, 551.

Sacheinlagen nur für den Fall, dass sich auf Grundlage der mit der Anmeldung eingereichten Unterlagen erhebliche Zweifel ergeben, die auf eine wesentliche Überbewertung der Sacheinlage hindeuten, weitere Unterlagen angefordert werden. Bestehen keine Anhaltspunkte dafür, so ist keine Ausforschungsermittlung einzuleiten, ob denn z. B. eine wesentliche Überbewertung einer Sacheinlage vorliegt oder überhaupt keine Geldleistungen erbracht worden sind. Dies verkürzt die Eintragszeiten beim Handelsregister deutlich und beschleunigt damit die Gründung der GmbH. Die Pflicht zur Einreichung von Sachgründungsbericht und Unterlagen sowie die strafrechtliche Bewehrung falscher Angaben reichen nämlich aus, um ein vernünftiges Verhältnis zwischen Richtigkeitsgewähr und Aufwand zu erzielen. Die Vorschrift steht damit auch im Einklang zur Prüfung des Gerichts bei Bareinlagen. Auch bei einer Ein-Personen-GmbH gilt nichts anderes.

### 9. Änderungen bei Kapitalerhöhungen

Bei den Vorgängen der Kapitalveränderungen hat sich nur vom Begrifflichen her etwas geändert. Die Bestimmungen in § 5 Abs. 2 und 3 GmbHG über die Nennbeträge der Geschäftsanteile sind auch hinsichtlich der an dem erhöhten Kapital übernommenen Geschäftsanteile anzuwenden. Wie bei der Gründung einer GmbH übernimmt der Gesellschafter bei der Kapitalerhöhung einen „Geschäftsanteil“ an dem erhöhten Kapital und keine „Einlage“. Die in den Notarformularen bisher verwendeten Worte „Betrag der Stammeinlage“ sind deshalb zu ersetzen durch „Nennbetrag des Geschäftsanteils“.

Für jeden vollen Euro kann bei Kapitalerhöhungen ein Geschäftsanteil gebildet werden. Eine 50er-/10er-Teilung ist nicht mehr einzuhalten. Es können neue Anteile in beliebiger Höhe gebildet und auch von einem Gesellschafter mehrere – auch verschieden hohe – Anteile an einer GmbH/UG übernommen werden. Alle alten und neuen Anteile müssen durchnummeriert werden, denn in der Gesellschafterliste ist die fortlaufende Nummerierung der Anteile anzugeben.

Auch für die Kapitalerhöhung gilt, dass Einzahlungsbelege das Gericht nur bei erheblichen Zweifeln an der Richtigkeit der Versicherung der Geschäftsführung verlangen kann, §§ 57, 8 GmbHG. Die Registersperre nach bisherigen Vorschriften ist zu beachten.

### 10. Genehmigtes Kapital bei GmbH

#### a. Voraussetzungen

Ist bei Gründung absehbar, dass schon in nächster Zeit eine Kapitalerhöhung zur Aufnahme neuer Gesellschafter in Betracht kommen kann, so kann in die Gründungssatzung ein genehmigtes Kapital nach dem neuen § 55a GmbHG aufgenommen werden. Die Geschäftsführung kann dadurch ermächtigt werden, innerhalb von längstens fünf Jahren nach Eintragung mit oder unter Ausschluss der bisherigen Gesellschafter schnell und flexibel neues Eigenkapital zu beschaffen. Das genehmigte Kapital bei einer GmbH ist dem Aktienrecht nachgebildet (vgl. §§ 202 ff. AktG).

Die Gesellschafterversammlung oder bereits die Gründer können die Geschäftsführung durch Satzungsregelung ermächtigen, innerhalb einer Frist von bis zu fünf Jahren das Stammkapital durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile gegen Einlagen bis zu einem bestimmten Betrag zu erhöhen (genehmigtes Kapital). Der Nennbetrag des genehmigten Kapitals darf die Hälfte des Stammkapitals, das zur Zeit der Ermächtigung vorhanden ist, nicht überschreiten (§ 55a Abs. 1

S. 2 GmbHG). Die Entscheidung, ob, wann und in welchem Umfang von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht wird, trifft die Geschäftsführung nach eigenem Ermessen. Auch die Festlegung der Bedingungen der Kapitalerhöhung wird der Verwaltung überlassen (z.B. Kapitalerhöhung gegen Bar- und/oder Sacheinlage).

Die Kapitalerhöhung auf Grund genehmigten Kapitals entspricht in ihrer Abwicklung weitgehend der regulären Kapitalerhöhung. Die einzelnen Schritte sind:

- Ermächtigung der Geschäftsführung durch die Satzung (die Gründer) bzw. die Gesellschafterversammlung und Satzungsänderung;
- Anmeldung und Eintragung der Ermächtigung (Satzungsänderung) ins Handelsregister und Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern;
- Beschluss der Geschäftsführung über die Ausgabe neuer Geschäftsanteile;
- Übernahme der neuen Geschäftsanteile durch Übernahmemeerkklärung;
- Leistung der Mindesteinlagen;
- Anmeldung und Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung und Satzungsänderung ins Handelsregister und Bekanntmachung in den Gesellschaftsblättern.

#### b. Beschlussfassung

Beim genehmigten Kapital wird der Beschluss der Gesellschafterversammlung über die Kapitalerhöhung praktisch durch die Ermächtigung der Geschäftsführung, die in die Satzung aufzunehmen ist, ersetzt. Der Beschluss der Gesellschafterversammlung bedarf einer Mehrheit von mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen. Die Satzung kann eine noch größere Kapitalmehrheit verlangen und auch noch andere Erfordernisse aufstellen.

#### c. Ausgabe der neuen Geschäftsanteile

Die Ausgabe der neuen Geschäftsanteile geht in gleicher Weise vor sich wie bei einer gewöhnlichen Kapitalerhöhung. Es bedarf namentlich der Übernahme der neuen Geschäftsanteile mittels Übernahmemeerkklärung der übernehmenden Personen, auch dürfen die neuen Geschäftsanteile erst nach Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung ausgegeben werden.

#### d. Handelsregisteranmeldungen

Für die Anmeldung und Eintragung des genehmigten Kapitals infolge Satzungsänderung (§ 55a Abs. 2 GmbHG) gilt grundsätzlich das Gleiche wie bei der Anmeldung und Eintragung einer Satzungsänderung, für die Anmeldung und Eintragung der Durchführung der Kapitalerhöhung grundsätzlich das Gleiche wie bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung.

Die Geschäftsführung hat die Durchführung der Erhöhung des Stammkapitals zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Geschäftsführung hat auch hier die Versicherung nach §§ 7 und 8 GmbHG abzugeben, aber nur bei erheblichen Zweifeln des Gerichts nachzuweisen, dass die Einzahlungen geleistet sind (§ 8 Abs. 2 S. 2 GmbHG). Der Anmeldung sind die gleichen Unterlagen beizufügen wie bei der gewöhnlichen Kapitalerhöhung. Mit der Eintragung der Durchführung der Erhöhung des Stammkapitals ist das Stammkapital erhöht.

## IV. Geschäftsanteile

### 1. Stimmrecht

Jeder Euro eines Geschäftsanteils gewährt nunmehr 1 Stimme, § 47 Abs. 2 GmbHG. Das Berechnen von Stimmen macht nun keine Schwierigkeiten mehr, gleichgültig wie die Nennbeträge der Geschäftsanteile lauten.

### 2. Teilung/Zusammenlegung von Anteilen

#### a. Gestaltungsfreiheit

Es ist Sache der Gesellschafter zu entscheiden, ob und was sie an Teilungen und Zusammenlegungen zulassen wollen, § 46 Nr. 4 GmbHG. Der Grundsatz wird auch in Zukunft sein, dass jeder Gesellschafter lediglich einen einzigen Geschäftsanteil hat. Jede Teilung hat die Mindeststückelung nach § 5 Abs. 2 S. 1 GmbHG (1 voller Euro) zu beachten.

Die Aufgabe des Verbots der Vorratsteilung ist künftig für die Gestaltung des Rechtsverhältnisses der Gesellschafter von Vorteil. Die Teilung von Geschäftsanteilen ist jetzt ohne jede Einschränkung und auch vorratsweise, also unabhängig von einer sich anschließenden Anteilsveräußerung zulässig. Der Gesellschafter kann dann seine mehreren Geschäftsanteile z. B. zum Zwecke der Verpfändung an verschiedene Gläubiger belasten.

#### b. Wegfall der gesetzlichen Teilungsgenehmigung

§ 46 GmbHG gibt die Teilung und Zusammenlegung von Geschäftsanteilen frei, eine Zustimmung der Gesellschaft ist nicht mehr erforderlich, weil § 17 GmbHG a.F. ersatzlos aufgehoben wurde. Gleichwohl kann in die Satzung auch künftig ein Zustimmungsvorbehalt aufgenommen werden.

#### c. Vinkulierungsklausel möglich

§ 46 GmbHG ist dispositiv. Der Gesellschaftsvertrag kann die Teilung und Zusammenlegung an höhere oder geringere Voraussetzungen knüpfen, insbesondere eine Teilung von der Genehmigung durch die Gesellschaft, Gesellschafterversammlung oder der Gesellschafter abhängig machen. Die Vinkulierung von Geschäftsanteilen macht weiterhin Sinn. Bei jeder Satzungsgestaltung sollte überlegt werden, ob die Veräußerung von Geschäftsanteilen oder Teilen davon von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden sollte (Vinkulierungsklausel).

Der Grundsatz der Zustimmung der Gesellschaft ist nämlich sinnvoll. Gründe dafür sind u. a. die Vermeidung einer ungewollten Zersplitterung der Geschäftsanteile, die Gewährleistung der Homogenität des Gesellschafterkreises und die Schaffung einer sicheren Grundlage für die Geschäftsführer der Gesellschaft, die in diesem Fall eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichen muss. Da die Teilung von Geschäftsanteilen unabhängig von einer Veräußerung oder Vererbung zulässig ist, erscheint es ggf. sinnvoll, auch die Teilung von Geschäftsanteilen (generell oder im Einzelfall) von der Genehmigung der Gesellschaft oder von sonstigen Voraussetzungen abhängig zu machen.

Ist bei Zusammenlegung<sup>8</sup> ein Geschäftsanteil noch nicht voll eingezahlt oder ist er mit einer Nachschusspflicht oder mit Rechten Dritter belastet oder nach dem Gesellschaftsvertrag

mit verschiedenen Rechten und Pflichten ausgestattet als der andere, so kann die Gesellschaft dies bei ihrer Zustimmung berücksichtigen.

#### d. Aufhebung der bisherigen Vinkulierungsklausel

In vielen Statuten steht der Satz „§ 17 Abs. 1 GmbHG bleibt unberührt“. Künftig ist dieser Satz jedenfalls überflüssig und eher irreführend, weil nun gegenstandslos. Eine solche Satzungsbestimmung sollte mit der nächsten Satzungsänderung aufgehoben werden. Soll die Vinkulierung trotzdem gewollt sein, so muss die Satzung eine andere Fassung erhalten z. B. „Die Teilung eines Geschäftsanteils bedarf eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung mit einfacher Mehrheit“.

§ 46 Nr. 4 GmbHG gestattet den Gesellschaftern in der Satzung festzulegen, das die Zusammenlegung und Teilung keines Gesellschafterbeschlusses bedarf und vom Anteilsinhaber jederzeit vorgenommen werden darf; ausreichend wäre dann eine schriftliche Erklärung des teilenden Gesellschafters gegenüber der Geschäftsführung zur Erstellung einer berechtigten Gesellschafterliste.

#### e. Einreichung einer neuen Gesellschafterliste

Nach Zusammenlegung oder Teilung hat der Geschäftsführer eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Da Änderungen der Liste auf Antrag und Nachweis erfolgen, ist es dringend anzuraten, die betreffenden Gesellschafterbeschlüsse schriftlich zu fassen.

Bei der Nummerierung der Anteile auf Grund Teilung oder Zusammenlegung dürfte ratsam<sup>9</sup> sein:

- bei Teilung des Anteils z.B. Nr. 5 wird diese Nummer nur noch darauf hinweisen, dass die nächst offenen Nummern z.B. Nr. 10 und 11 die neuen Anteile darstellen;
- bei Zusammenlegung wird ebenfalls die nächst offene Nummer belegt und bei den bisherigen Nummern vermerkt, dass dafür der neue Anteil Nr. ... besteht.

## V. Übertragung von Geschäftsanteilen

### 1. Weiterhin Beurkundungspflicht

Die Übertragung von Geschäftsanteilen wird erleichtert. Das Erfordernis der notariellen Beurkundung nach § 15 Abs. 3 GmbHG blieb aber bestehen.

### 2. Erwerb mehrerer Anteile möglich

Das bis nach § 17 Abs. 4 GmbHG bestehende Verbot, mehrere Teile von Geschäftsanteilen gleichzeitig an denselben Erwerber zu übertragen, wurde aufgehoben.

### 3. Mitwirkung des Notars bei der Gesellschafterliste

#### a. Grundsatz

Der Gesellschafterliste kommt jetzt eine erheblich gesteigerte Bedeutung zu. Dies bedingte die Änderung des § 40 GmbHG. Nach dessen Absatz 1 bleiben die Geschäftsführer verpflichtet, die Gesellschafterliste auf einem aktuellen Stand zu halten, wobei die Änderungen auf Mitteilung und Nachweis erfolgen. Für den Fall, dass ein Notar an den Veränderungen mitgewirkt hat, ist er anstelle der Geschäftsführer zur Aktualisierung und Einreichung der Gesellschafterliste zum

<sup>8</sup> Der Beschluss über die Zusammenlegung ist ein solcher ohne bestimmten Geldwert, daher § 41a Abs. 4 KostO, also 1% des Stammkapitals, mindestens 25.000 €, höchstens 500.000 €.

<sup>9</sup> Ebenso Mayer DNotZ 2008, 403, 407.

Handelsregister berufen (§ 40 Abs. 2 GmbHG). Hat ein Notar an einer Veränderung mitgewirkt, entfällt die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Erstellung und Einreichung einer Liste, die diese Veränderung umsetzt. Die Verpflichtung der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste bleibt unberührt.

Die Geschäftsführer haften nach § 40 Abs. 3 GmbHG bei schuldhaft falscher Ausfertigung der Liste nicht wie bisher nur den Gesellschaftsgläubigern, sondern „denjenigen, deren Beteiligung sich geändert hat“, also auch dem Erwerber und dem Veräußerer, auf Schadensersatz.

## b. Zuständigkeiten

Es spricht vieles dafür, dass die neue Bescheinigung des Notars zu der von ihm errichteten Gesellschafterliste von einem deutschen Notar stammen muss. Insoweit besteht eine Parallele zu den Satzungsbescheinigungen nach § 54 Abs. 1 GmbHG, die ebenfalls nur von einem deutschen Notar erstellt werden können. Die Bescheinigung eines ausländischen Notars ist daher keine ausreichende Grundlage für den Rechtsschein einer wirksamen Abtretung. Die Auslandsbeurkundung birgt daher den Nachteil, dass ein nachfolgender gutgläubiger Erwerb nicht möglich ist. Ein künftiger Weiterverkauf des Anteils wird damit sicherlich nicht erleichtert; die Reise ins Ausland sollte deshalb überlegt werden.<sup>10</sup>

Der Notar hat die Liste einzureichen bei folgenden Veränderungen ohne Rechtsnachfolge: Formwechsel eines Gesellschafters nach dem UmwG, Kapitalmaßnahmen wie Kapitalerhöhung und Kapitalherabsetzung, bei formwechselnder Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz. Die Geschäftsführung hat die Gesellschafterliste einzureichen bei Aufstockung eines Anteils auf Grund Einziehung des anderen Anteils, bei Zusammenlegung und Teilung von Anteilen. Bei einer Rechtsnachfolge sind die Veränderungen in eine neue Liste aufzunehmen und zwar durch den Notar bei Abtretung eines Geschäftsanteils, bei Verschmelzung und Spaltung nach dem Umwandlungsgesetz. Vom Geschäftsführer ist die Liste zu erstellen bei Versteigerung und Kaduzierung eines Geschäftsanteils, bei Erbfolge nach § 1922 BGB, bei Anwachsung nach § 738 BGB, bei Begründung von Gütergemeinschaft nach § 1416 BGB, bei Abschichtung eines Miterben, bei Versteigerung eines Geschäftsanteils. Keine Liste ist einzureichen bei Belastung eines Geschäftsanteils mit einem Nießbrauch, bei Verpfändung oder Pfändung des Anteils.

## c. Notarpflichten

### aa. Vorliegen eines Beurkundungsvorgangs

Schon bisher war der Notar zu einer Mitteilung an das Registergericht verpflichtet. Die bisherige Regelung in § 40 Abs. 1 Satz 2 a. F. GmbHG war aber unbefriedigend. Durch die Neufassung des § 40 Abs. 2 GmbHG soll nun der Notar verstärkt in die Aktualisierung der Gesellschafterliste einbezogen werden. Nicht gemeint sind Fälle, in denen ein Notar selbst Gesellschafter war oder wird, also Beteiligter ist. In den meisten Fällen der Veränderung der Personen oder der Beteiligungshöhe wirkt ein Notar in amtlicher Eigenschaft mit.

Der Notar wirkt an einem Vorgang der Veränderung von Beteiligten bzw. Kapital mit, also z. B. bei Abtretung eines Geschäftsanteils, einer Kapitalerhöhung oder Kapitalherabsetzung und bei Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG,

ggf. auch bei einer – an sich nicht beurkundungspflichtigen – Beschlussfassung über die Teilung eines Geschäftsanteils bzw. Zusammenlegung mehrerer Geschäftsanteile. Bei Gesamtrechtsnachfolgen wie z. B. § 1922 BGB, Vorgänge der An- und Abwachsung bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts, bei der Einziehung von Anteilen, Versteigerung von Anteilen entfällt die Mitwirkung des Notars. In diesen Fällen haben die Geschäftsführer – in vertretungsberechtigter Anzahl – auf Grund der Veränderungen die Liste persönlich zu unterschreiben. Über das Elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) ist die Gesellschafterliste von der Geschäftsführung einzureichen, die Übersendung der Liste mit „gelber Post“ ist nicht zulässig.

### bb. Einreichung nach wirksamer Anteilsabtretung

Für die Pflicht des Notars, die Liste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung einzureichen, ist unerheblich, ob anschließend Unwirksamkeitsgründe eintreten können. Hat der Notar Zweifel, ob die Veränderung, an der er mitgewirkt hat, wirksam ist – etwa wegen Zweifeln an der Geschäftsfähigkeit des Veräußerers – darf er erst dann eine entsprechende Liste zum Handelsregister einreichen, wenn die Zweifel beseitigt sind. Der Notar hat die Liste also auch dann unverzüglich nach Wirksamwerden einer Anteilsübertragung einzureichen, wenn die Beteiligten eine auflösende Bedingung oder eine Rückübertragungsklausel vereinbart haben.

Praktische Probleme können entstehen bei aufschiebenden Bedingungen, Befristungen, Erteilung von kartellrechtlichen Genehmigungen, Genehmigung bei vinkulierten Geschäftsanteilen, Abhängigkeit der Abtretung von vollständiger Bezahlung des Kaufpreises. Denn der Notar muss die Gesellschafterliste unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen erstellen und einreichen. Wie aber erfährt der Notar von dem Wirksamwerden der Veränderung z. B. dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung/Befristung etwa Monate oder Jahre nach der Beurkundung? Muss der Notar die Wirksamkeit prüfen oder kann er sich auf die Angaben der Beteiligten verlassen? Der Geschäftsführer hat wohl den Notar hierüber zu informieren. Der Notar hat die Beteiligten bei der Beurkundung darauf hinzuweisen, dass er eine veränderte Gesellschafterliste erst dann zum Handelsregister einreichen kann, wenn ihm der Eintritt der Bedingungen mitgeteilt wurde und die Beteiligten ihn über den Eintritt der aufschiebenden Bedingung/Befristung informiert haben. Er selbst braucht keine Überwachungsliste für solche Fälle führen. Wegen der Gutgläubenswirkung der Gesellschafterliste hat der Notar die Vertragsparteien bei jeder Anteilsabtretung auf die möglichen Folgen einer unrichtigen Liste hinzuweisen.

### cc. Information des Notars an Geschäftsführer/ Gesellschafter

Der Notar hat eine Mehrfertigung der Liste an die im Handelsregister eingetragene Geschäftsanschrift der Gesellschaft zur Information zu übersenden; bei Führungslosigkeit erfolgt die Übermittlung der Liste an einen Gesellschafter (§ 35 Abs. 1 S. 2 GmbHG).

## 4. Form und Inhalt der Gesellschafterliste

### a. Nummerierung aller Geschäftsanteile

Es besteht jetzt das Erfordernis, die Geschäftsanteile durchgehend (fortlaufend) zu nummerieren, möglichst in arabischen Ziffern. Die Nummerierung hat der Geschäftsführer vorzunehmen, bei Mitwirkung des Notars in Absprache mit

<sup>10</sup> Ebenso Fetsch RNotZ 2007, 532.

diesem. Bei Neugründung einer GmbH ist die Nummerierung bereits in der Satzung bei den Bestimmungen über die Darstellung der übernommenen Geschäftsanteile vorzunehmen, ist also Aufgabe der Gesellschafter. Bei Altgesellschaften kann die Nummerierung anlässlich einer Satzungsänderung oder Kapitalerhöhung von den Gesellschaftern vorgenommen werden. Hat der Notar bei einer Altgesellschaft eine Abtretung eines Geschäftsanteils beurkundet, so sollte er die Nummerierung der Anteile in der von ihm nach § 40 Abs. 2 GmbHG zu erstellenden Gesellschafterliste in Absprache mit dem Geschäftsführer vornehmen.

**b. Formfreie Liste und Notarbescheinigung**

Die Gesellschafterliste ist weiterhin formfrei. Hat der Notar die Liste zu erstellen, so hat er sie „anstelle der Geschäftsführer“ zu unterschreiben. Die Formulierung „anstelle“ in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG stellt klar, dass die Erstellung und die Einreichung der Liste allein im Verantwortungsbereich des Notars liegen.

Anders als der Geschäftsführer muss der Notar nicht nur eine einfache Gesellschafterliste, sondern eine qualifizierte Gesellschafterliste erstellen (§ 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG). Die Liste muss nämlich mit der Bescheinigung versehen sein, dass die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen der Notar mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen. Der Notar hat also vor Ausstellung der Bescheinigung beim Registergericht die bisherige Gesellschafterliste einzusehen (ähnlich der schon bisher bestehenden Situation bei Änderung einer Satzung hinsichtlich der Satzungsbescheinigung nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG).

Die nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG vorgeschriebene Bescheinigung des Notars, die an die bereits bisher übliche Bescheinigung nach § 54 GmbHG angelehnt ist, erhöht zusammen mit seiner vorangehenden Mitwirkung an der Veränderung (Anteilsabtretung, Kapitalveränderungen, Umwandlungsvorgänge nach dem UmwG) die Richtigkeitsgewähr, welche neben der mehrjährigen Widerspruchsmöglichkeit den Rechtsverlust des wahren Berechtigten rechtfertigt.

Die Bescheinigung des Notars nach § 40 Abs. 2 GmbHG ist von ihm eine Beurkundung nach § 39 BeurkG, also mit Ort, Datum, seiner Unterschrift und seinem Dienstsiegel/Dienststempel zu versehen.

Text der vom Notar erstellten Liste samt seiner Bescheinigung:

Liste der Gesellschafter

betreffend die Gesellschaft mit beschränkter Haftung unter der Firma \*Bezeichnung der GmbH mit Angabe des Sitzes \*

Liste aller Gesellschafter:

Name der Gesellschafter	lfd. Nr. des Geschäftsanteils	Nennbetrag in €
*Vor- und Zuname, Geburtstag, Wohnort *	* Nummer *	* Betrag *

Bescheinigung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG

Ich bescheinige hiermit, dass die vorstehende Gesellschafterliste den Veränderungen entspricht, an denen ich durch meine Urkunde vom heutigen Tage - Urk.Rolle \* Jahrgang und Nummer \* mitgewirkt habe und dass die übrigen Angaben in der Liste mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste übereinstimmen.

\* Ort, Datum, Dienstsiegel und Unterschrift des Notars \*

Empfehlenswert ist der Vermerk, wie und aus welchen Geschäftsanteilen die neu entstandenen Geschäftsanteile hervorgegangen sind<sup>11</sup>. Bei der Nummerierung der Anteile auf Grund Teilung oder Zusammenlegung dürfte ratsam sein<sup>12</sup>:

- bei Teilung des Anteils z.B. Nr. 5 wird diese Nummer nur noch darauf hinweisen, dass die nächst offenen Nummern z. B. Nr. 10 und 11 die neuen Anteile darstellen;
- bei Zusammenlegung wird ebenfalls die nächst offene Nummer belegt und bei den bisherigen Nummern vermerkt, dass dafür der neue Anteil Nr. ... besteht.

**5. Gebührenpflichtiges Nebengeschäft des Notars**

Hat der Notar die Amtspflicht zur Erstellung der Liste samt Bescheinigung, so ist fraglich, ob er dafür Gebühren verlangen kann. Es herrscht nicht die gleiche Rechtslage wie bei der Erstellung der Bescheinigung nach § 54 Abs. 1 S. 2 GmbHG. § 50 KostO gilt mit Teilwert der Änderung. Für die Übersendung der Liste an die Geschäftsführung besteht eine gesetzliche Pflicht des Notars, daher gebührenfreies Nebengeschäft.

Bittet ein Geschäftsführer (weil er aus technischen Gründen keinen elektronischen Datenverkehr – EGVP - mit dem Registergericht hat) einen Notar um Einreichung der Liste, so hat der Notar diese ebenfalls als elektronisch beglaubigte Abschrift einzureichen. Dafür kann der Notar Gebühren erheben<sup>13</sup> und zwar für elektronische Abschriftsbeglaubigung § 55 Abs. 1 S. 2 KostO mit Mindestgebühr von 10 Euro, hinzu Dokumentenpauschale -,50 € pro Seite zuzüglich Gebühr für Übermittlung der Datei (§ 147 Abs. 2 KostO) aus Geschäftswert von 10 % des Stammkapitals, 5/10-Gebühr.

**6. Abgrenzung zu sonstigen Listen**

Die bei der Gründung einer GmbH dem Registergericht einzureichende Gesellschafterliste (bei vereinfachter Gründung nach § 2 Abs. 1a GmbHG ist keine Liste einzureichen) fällt nicht unter § 40 GmbHG. Hat der Notar einen Auftrag zur Erstellung der Liste und Einreichung mit der Erstanmeldung, so kann er dafür die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus 20% des Stammkapitals erheben. Für die qualifizierte Signatur (§ 39a BeurkG) darf der Notar nach § 55 KostO pro Seite -,50 €, mindestens 10 € erheben.

Bei Kapitalveränderungen ist eine Übernehmerliste (Liste der Übernehmer der neuen Anteile) und eine Kompletliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG beim Registergericht einzureichen. Die Einreichung der Übernehmerliste ist Angelegenheit der Geschäftsführung, dieser kann den Notar mit der Erstellung und Einreichung beim Registergericht beauftragen. Nur die Einreichung der Kompletliste ist Amtspflicht des Notars. Hat der Notar einen Auftrag zur Erstellung der Übernehmerliste, so kann er dafür die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus 20% des Werts der neu übernommenen Geschäftsanteile erheben. Für die qualifizierte Signatur (§ 39a BeurkG) der Übernehmerliste darf der Notar nach § 55 KostO pro Seite -,50 €, mindestens aber 10 € erheben.

**7. Wirkung des Eintrags in der Gesellschafterliste**

Grundsätzlich wird die Neuregelung beweis erleichternd wir-

<sup>11</sup> Ebenso Mayer DNotZ 2008, 403, 407; Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 895; DAV NZG 2007, 735, 738.

<sup>12</sup> So schon die Empfehlung von Mayer DNotZ 2008, 403, 407.

<sup>13</sup> Einzelheiten Otto JurBüro 2007, 120; Tiedtke/Sikora MittBayNot 2006, 393; Skora/Schwab MittBayNot 2007, 1; Bengel/Tiedtke, in: Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, § 41a KostO Rz. 133 ff.

ken: Der Erwerber braucht nicht umständlich seinen Erwerb mit Urkunden nachweisen, wenn er auf seine Eintragung in der Gesellschafterliste verweisen kann. Dabei wird aber nicht auf den aktuellen Stand der Liste abgestellt, denn das hätte eine grundbuchähnliche Prüfung der Liste durch das Gericht bedingt. Der gute Glaube geht im Moment des Erwerbs auf den unwidersprochen gebliebenen Listenstand vor drei Jahren. Nur noch das, was in den letzten drei Jahren an Anteilsänderungen geschehen ist, muss vom Veräußerer belegt werden; dass nichts geschehen ist, muss von ihm im Veräußerungsvertrag versichert bzw. garantiert werden. Ältere Erwerbsfälle mit Nachweisproblemen sind nicht mehr interessant.

### 8. Liste keine Erwerbsvoraussetzung

Weiterhin werden die Gesellschafter nicht in das Handelsregister eingetragen. Sie sind nur aus der Gesellschafterliste ersichtlich. § 40 GmbHG bedeutet allerdings nicht, dass die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister für den Erwerb des Geschäftsanteils Wirksamkeitsvoraussetzung wäre. Die Wirksamkeit der Übertragung ist – abgesehen vom neu geregelten Fall des gutgläubigen Erwerbs – auch weiterhin nicht von der Eintragung in die Gesellschafterliste abhängig. Ohne die Eintragung und die Aufnahme in die Liste bleibt dem Neugesellschafter grundsätzlich die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste die Gesellschafterstellung zukommt. Eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung (z. B. Beschluss zur Ab-/Neuberufung der Geschäftsführung oder zu einer Satzungsänderung) gilt als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird (§ 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG).

### 9. Gutgläubiger Erwerb von Geschäftsanteilen

#### a. Gesellschafterliste als Anknüpfungspunkt

Mit § 16 Abs. 3 GmbHG wird der gutgläubige Erwerb von Geschäftsanteilen ermöglicht. Wer künftig einen Geschäftsanteil erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Die Regelung von § 16 Abs. 3 GmbHG lehnt sich teilweise an § 892 BGB an. Wer einen Geschäftsanteil oder etwa ein Pfandrecht daran erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist. Da die Gesellschafterliste privat geführt wird und das Registergericht nicht prüfende, sondern nur verwahrende und die allgemeine Kenntnisnahme ermöglichende Stelle ist, ist ein vollständiger Gleichlauf zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs wegen des Fehlens einer strengen, objektiven und vorgelagerten Richtigkeitsprüfung der Liste jedoch nicht möglich. Bis zum Inkrafttreten des MoMiG ging der Erwerber eines Geschäftsanteils das Risiko ein, dass der Anteil und frühere Anteilserwerbe einem anderen als dem Veräußerer zusteht. Ab Inkrafttreten des MoMiG sind Gewährleistungsbestimmungen nur für Abtretungen der letzten 3 Jahre erforderlich.

#### b. Voraussetzungen eines gutgläubigen Erwerbs

Voraussetzung für den gutgläubigen Erwerb ist, dass der Veräußerer als Inhaber des Geschäftsanteils in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Die Gesellschafterliste muss den Nichtberechtigten zum

Zeitpunkt des Erwerbs seit mindestens drei Jahren als Inhaber des Geschäftsanteils ausweisen oder die Eintragung vor Ablauf einer Frist von drei Jahren dem Berechtigten zurechnen sein. Darüber hinaus muss guter Glaube des Erwerbers bestehen, d.h. keine positive Kenntnis und keine grob fahrlässige Unkenntnis von der mangelnden Berechtigung des Veräußerers und der dem Registergericht eingereichten Gesellschafterliste darf kein Widerspruch zugeordnet sein (nachgebildet § 899 BGB).

## VI. Erweiterung der Ausschlussgründe für Geschäftsführer

### 1. Erweiterung der Amtsunfähigkeitsgründe

Nunmehr werden die bisherigen Ausschlussstatbestände des § 6 GmbHG in modifizierter Form erweitert. Die Erweiterung erfasst nun weitere Delikte des Strafgesetzbuchs. Es sollen nur vorsätzlich begangene Straftaten zur Amtsunfähigkeit führen. Nicht erfasst werden also z. B. fahrlässige Insolvenzstraftaten (§ 283 Abs. 4 und 5, § 283b Abs. 2 StGB). Die Neuregelung erstreckt das Bestellungshindernis nunmehr ausdrücklich auf Fälle der Verurteilung wegen vergleichbarer ausländischer Straftaten, um auch in diesen Fällen einen einheitlichen Schutzstandard vor ungeeigneten Personen als Geschäftsführer zu gewährleisten.

#### Versicherung des Geschäftsführers bei GmbH

Nach Belehrung durch den Notar über die unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Gericht gemäß § 53 Abs. 2 des Bundeszentralregistergesetzes und die Strafbarkeit einer falschen Versicherung (§ 8 GmbHG) wird versichert:

Der Geschäftsführer (bei mehreren jeder für sich) versichert (zum Zeitpunkt des Zugangs der Anmeldung beim Registergericht), dass

a) keine Umstände vorliegen, auf Grund deren der Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 und 3 sowie Satz 3 GmbHG von dem Amt als Geschäftsführer ausgeschlossen wäre: Während der letzten 5 Jahre erfolgte im Inland (bzw. im Ausland wegen einer mit nachstehenden Taten vergleichbaren Straftat) keine Verurteilung wegen einer oder mehrerer vorsätzlich begangener Straftaten

- des Unterlassens der Stellung des Antrags auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens (Insolvenzverschleppung),

- nach §§ 283 bis 283d Strafgesetzbuch (wegen Bankrotts, schweren Bankrotts, Verletzung der Buchführungspflicht, Schuldner- oder Gläubigerbegünstigung) – Insolvenzstraftaten –,

- der falschen Angaben nach § 82 GmbHG oder § 399 AktG,

- der unrichtigen Darstellung nach § 400 AktG, § 331 HGB, § 313 UmwG oder § 17 des Publizitätsgesetzes oder

- nach den §§ 263 bis 264a oder den §§ 265b bis 266a StGB (Betrug, Computerbetrug, Subventionsbetrug, Kapitalanlagebetrug, Kreditbetrug, Untreue, Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt) zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr.

Der Geschäftsführer versichert weiter, dass ihm weder durch gerichtliches Urteil noch durch vollziehbare Entscheidung einer Verwaltungsbehörde die Ausübung eines Berufes, Berufszweiges, Gewerbes oder Gewerbebezweiges untersagt wurde, sofern der Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt; ferner dass er nicht bei der Besorgung seiner Vermögensangelegenheiten ganz oder teilweise einem Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 BGB) unterliegt,

b) er vom beglaubigenden Notar auf seine unbeschränkte Auskunftspflicht gegenüber dem Registergericht belehrt worden ist.

### 2. Belehrung nach dem BZRG

§ 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG legt fest, dass die Belehrung auch durch einen ausländischen Notar erfolgen kann. Nach dem

Gesetzeswortlaut ist eine Belehrung durch alle ausländischen Notare möglich. Eine Beschränkung auf Notare aus den EU- bzw. EWR-Mitgliedstaaten ist jedenfalls nicht vorgesehen. Dabei muss die Belehrung nicht nur in einer Sprache, die der Geschäftsführer versteht, sondern stets auch in deutscher Sprache erfolgen (§ 8 FGG, § 184 GVG), da die Belehrung gegenüber dem Registergericht nachgewiesen werden muss.

## VII. Bekämpfung von Missbräuchen

Die aus der Praxis übermittelten Missbrauchsfälle bekämpft der Gesetzgeber durch verschiedene Maßnahmen:

### 1. Anmeldung einer Geschäftsanschrift

#### a. Register enthält Geschäftsanschrift

Es ist in das Handelsregister eine zustellungsfähige Geschäftsanschrift eingetragen. In der Anmeldung ist stets eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben, § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG. Unter dieser Anschrift, die für Dritte im Handelsregister jederzeit – und auch online – einsehbar ist, kann an die Gesellschaft wirksam zugestellt oder Willenserklärungen abgegeben werden. Die Pflicht, auch Änderungen von anmeldepflichtigen Tatsachen eintragen zu lassen, sollten die betroffenen Gesellschaften in ihrem eigenen Interesse erfüllen, denn an die Verletzung der Aktualisierungspflicht ist die erleichterte öffentliche Zustellung geknüpft. Die Vorschriften über die Angabe der inländischen Geschäftsanschrift gelten auch für Aktiengesellschaften, Einzelkaufleute, Personengesellschaften sowie Zweigniederlassungen (auch von Auslandsgesellschaften), nicht dagegen für eine Partnerschaftsgesellschaft (vgl. § 5 Abs. 2 PartGG).

#### b. Bisher unterbliebene Angabe einer Anschrift

Übergangsregelungen befinden sich in § 3 Abs. 1 EGGmbHG, § 18 EGAktG und Art. 64 EGHGB. Die Pflicht, die inländische Geschäftsanschrift bei dem Gericht zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, gilt auch für Gesellschaften und den Einzelkaufmann, die zu diesem Zeitpunkt bereits in das Handelsregister eingetragen sind, wenn die inländische Geschäftsanschrift dem Gericht nicht bereits nach § 24 Abs. 2 HRV mitgeteilt worden ist oder sich geändert hat. In diesen Fällen ist die inländische Geschäftsanschrift mit der ersten die eingetragene Gesellschaft betreffenden Anmeldung zum Handelsregister spätestens bis zum Ablauf des 31.10.2009 anzumelden. Zudem kann die GmbH eine von der mitgeteilten Lage der Geschäftsräume abweichende Geschäftsanschrift anmelden. Der Pflicht zur Anmeldung der inländischen Geschäftsanschrift ist grundsätzlich zusammen mit der ersten die Gesellschaft betreffenden Anmeldung zum Handelsregister nachzukommen.

Wenn bis zum Ende der Übergangsfrist (31.10.2009) nach § 3 EGGmbHG, § 18 EGAktG, Art. 64 EGHGB keine inländische Geschäftsanschrift zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet worden ist, trägt das Gericht von Amts wegen und ohne Überprüfung kostenfrei die ihm nach § 24 Abs. 2 HRV bekannte inländische Anschrift als Geschäftsanschrift in das Handelsregister ein. Zudem gilt eine dem Registergericht mitgeteilte Geschäftsanschrift, die im Handelsregister (über die Unternehmensträgerdaten) abrufbar ist, unabhängig von dem Datum ihrer tatsächlichen Eintragung im Handelsregister ab 1.11.2009 als eingetragene Geschäftsanschrift der GmbH.

## 2. Eintragung eines Empfangsbevollmächtigten

### a. Zustellungsvertreter neben Vertretungsorgan

Zusätzlich zu der zwingenden Eintragung einer inländischen Geschäftsanschrift ist es den Gesellschaften gestattet, eine Person ins Register eintragen zu lassen, die den Gläubigern als zusätzlicher Empfänger für Willenserklärungen und Zustellungen neben den Vertretern der Gesellschaft dient. § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG eröffnet den Gesellschaften den Weg der Eintragung einer zusätzlichen Person nebst Anschrift in das Handelsregister. Dieser weiteren empfangsberechtigten Person kann jederzeit zugestellt werden, unabhängig davon, ob eine Zustellung an die Vertreter der Gesellschaft unter der Geschäftsanschrift möglich ist. Für die Gesellschaft bedeutet die Eintragung einer weiteren Empfangsperson eine zweite Chance zur Kenntniserlangung einer Willenserklärungen und von einem zuzustellenden Schriftstück, bevor der Gläubiger den Schritt der öffentlichen Bekanntgabe gehen kann (vgl. § 185 Nr. 2 ZPO). Die Kann-Vorschrift der Zustellungsmöglichkeit an die Empfangsperson eröffnet aber nur eine zusätzliche Option. Solche Bevollmächtigte können sein: der Rechtsanwalt oder Steuerberater der Gesellschaft, auch Wirtschaftsprüfer u.a. Die Anmeldung eines Empfangsbevollmächtigten steht im Ermessen der Gesellschaft. Wird von der Möglichkeit der Eintragung dieser weiteren Empfangsperson Gebrauch gemacht, so erstreckt sich auch die Registerpublizität auf die eingetragenen Tatsachen. Für die Anmeldung des Vertreters gilt § 12 HGB. Bei der Anmeldung braucht der Bevollmächtigte nicht mitzuwirken. Er hat auch nicht die Möglichkeit, sich aus dem Handelsregister austragen zu lassen.

#### Geschäftsanschrift/Empfangsvertreterangabe bei GmbH

Die Geschäftsräume befinden sich unverändert in \* Ort und Straße \*; dies ist auch die inländische Geschäftsanschrift i. S. von § 10 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. (Ggf. zusätzlich: Empfangsberechtigte Person für Willenserklärungen und Zustellungen i. S. von § 10 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist \*Familienname, Vorname, inländische postalische Adresse \*)

### b. Führungslose Gesellschaft

Scheitert ein Zustellversuch aus tatsächlichen Gründen, etwa weil die Anschrift nicht mehr existiert, so hilft die Fiktion der fortbestehenden Empfangsberechtigung hier nicht weiter. Dem Gläubiger wird aber nun die Möglichkeit der Zustellung nach § 185 Nr. 2 ZPO eröffnet. Mit der Ergänzung des § 35 Abs. 1 GmbHG wird dem Fall vorgebeugt, dass die Gesellschafter versuchen, durch eine Abberufung der Geschäftsführer Zustellungen und den Zugang von Erklärungen an die Gesellschaft zu vereiteln. Verhindert wird, dass der Gesellschaft im Fall der Vertreterlosigkeit (Führungslosigkeit) nicht mehr zugestellt werden kann. Abhilfe wird geschaffen, indem bei Führungslosigkeit der Gesellschaft die Gesellschafter zu Empfangsvertretern für die Gesellschaft bestimmt werden. Es kommt für die Wirkung der Norm nicht darauf an, ob die Gesellschafter von der Führungslosigkeit Kenntnis haben.

# Auswirkungen des Landesheimgesetzes auf die erbrechtliche Gestaltungspraxis?

(von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart)

## I. Problemstellung

Mit der Föderalismusreform im September 2006 ist die Gesetzgebungsbefugnis für das Heimrecht auf die Länder übergegangen. Dem Bund steht seit 01.09.2006 keine Gesetzgebungsbefugnis in diesem Bereich mehr zu, Art. 74 I Nr. 7 GG. Nach § 125a I GG gilt jedoch Recht, das aufgrund bestehender Gesetzgebungsbefugnis des Bundes vor dem 01.09.2006 erlassen wurde, als Bundesrecht fort. Es kann durch Landesrecht ersetzt werden. Das Heimgesetz des Bundes galt aufgrund des § 125a I GG in Baden-Württemberg bis zum 30.06.2008.

Das Land Baden-Württemberg hat nunmehr von der „Ersetzungsbefugnis“ des § 125a I GG Gebrauch gemacht. Zum 01.07.2008 ist in Baden-Württemberg das Landesheimgesetz in Kraft getreten<sup>1</sup>.

§ 28 LHeimG stellt ausdrücklich klar, dass das Heimgesetz des Bundes im Anwendungsbereich des LHeimG keine Anwendung mehr findet, das Land Baden-Württemberg hat damit eine abschließende Regelung für Heimeinrichtungen in Baden-Württemberg getroffen

In diesem Beitrag soll überprüft werden, ob sich aufgrund der Einführung des LHeimG bedeutsame Änderungen für die notarielle Praxis, insbesondere für die Testamentsgestaltung, ergeben haben.

## II. Bisherige Rechtslage nach dem HeimG (Bund)<sup>2</sup>

### 1) Anwendungsfälle in der notariellen Praxis

Der Notar ist i.d.R. bei der Beurkundung von Verfügungen von Todes wegen, im Einzelfall auch bei Schenkungsverträgen, mit § 14 HeimG (Bund) befasst.

So wird bspw. in Beratungsgesprächen zu sog. Behindertentestamenten hin und wieder der Wunsch an den Notar herangetragen, dem Heimträger oder Beschäftigten des Heims von Todes wegen etwas zukommen zu lassen, insbesondere dann, wenn ausser dem behinderten Kind keine weiteren Kinder vorhanden sind. Hier stellte sich bisher die Frage der Anwendbarkeit des § 14 HeimG (Bund).

Ein Notar, der bei einer Beurkundung in erkennbaren Fällen Bedenken gegen die Wirksamkeit bspw. eines Testaments aufgrund von § 14 HeimG (Bund) nicht äussert, verletzt seine Amtspflichten<sup>3</sup>.

### 2) Regelungsinhalt des § 14 HeimG (Bund)

#### a) Tatbestandsvoraussetzungen

Nach § 14 Abs. 1 HeimG (Bund) ist es dem Heimträger untersagt, sich von oder zugunsten von Heimbewohnern oder Heimbewerbern Geld- oder geldwerte Leistungen über das nach § 5 HeimG (Bund) vereinbarte Entgelt hinaus versprechen oder gewähren zu lassen. Eine Ausnahme vom Verbot

besteht, wenn es sich lediglich um geringwertige Aufmerksamkeiten handelt<sup>4</sup>. Die übrigen Ausnahmetatbestände des § 14 Abs. 2 HeimG (Bund) sind für die erbrechtliche Beratung kaum relevant, insbesondere auch deshalb, weil eine tatsächliche Vermutung dafür besteht, dass mit einer Zuwendung Heimeleistungen abgegolten werden sollen und nicht Sonderleistungen im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 1 HeimG (Bund)<sup>5</sup>.

#### aa) Verbotsadressaten

Heime sind nach § 1 HeimG (Bund) solche Einrichtungen, die dem Zweck dienen, ältere Menschen oder pflegebedürftige oder behinderte Volljährige aufzunehmen, ihnen Wohnraum zu überlassen sowie Betreuung und Verpflegung zur Verfügung zu stellen oder vorzuhalten und die in ihrem Bestand von Wechsel und Zahl der Bewohner unabhängig sind und entgeltlich betrieben werden.

Auch Einrichtungen der Kurzzeitpflege und der Tages- und Nachtpflege sowie stationäre Hospize sind in den Anwendungsbereich des HeimG (Bund) und damit auch in den Anwendungsbereich des § 14 Abs. 1 und 5 HeimG (Bund) aufgenommen. Nach der Rspr. kann ein Heim im Sinne des HeimG auch vorliegen, wenn eine familienfremde Privatperson in einer Privatwohnung gegen Entgelt Unterkunft und Pflege anbietet und wiederholt pflegebedürftige Personen in die Wohnung aufnehmen will<sup>6</sup>.

Nicht in den Anwendungsbereich des HeimG (Bund) fallen dagegen die Pflege in der Wohnung des Pflegebedürftigen (auch nicht die Rund-um-die-Uhr-Pflege durch Familienfremde) und die Pflege durch Familienangehörige oder die Pflege aufgrund sonstiger enger Bindungen.<sup>7</sup>

Nach § 14 Abs. 5 HeimG (Bund) sind auch solche Zuwendungen verboten, die von oder zugunsten von Heimbewohnern dem Heimleiter, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeitern des Heims versprochen oder gewährt werden, auch wenn diese Personen ehrenamtlich im Heim tätig sind<sup>8</sup>. Deshalb ist auch eine Zuwendung -bei entsprechendem Einvernehmen- nichtig, bei der nicht der Heimträger als solcher der Zuwendungsempfänger ist, sondern etwa der Geschäftsführer<sup>9</sup> oder ein Gesellschafter der das Heim betreibenden GmbH.

Das Zuwendungsverbot des § 14 Abs. 5 HeimG (Bund) erstreckt sich auch auf nahe Verwandte oder Ehegatten des Heimleiters oder von Heimbediensteten, die nicht unbedingt zum Pflegepersonal gehören müssen. Denn auch eine solche Zuwendung ist ein Versuch, das Verbot des § 14 Abs. 1 oder 5 HeimG (Bund) zu umgehen<sup>10</sup>, der versuchten Umgehung wird mit analoger Anwendung der Vorschrift begegnet.

<sup>4</sup> nach allen vertretenen Meinungen maximal 100,- € im Jahr, somit ist die Ausnahme für die notarielle Praxis irrelevant

<sup>5</sup> BGH NJW 1990, 1603; Dietz, MittBayNot 2007, 456

<sup>6</sup> BayObLG NJW-RR 1999, 1454

<sup>7</sup> Dietz, MittBayNot 2007, 454; BayObLG NJW-RR 1998, 729

<sup>8</sup> BayObLG ZEV 2001, 121 bspw. auch der regelmäßig für das Heim aufgrund eines besonderen Betreuungsvertrages tätige Arzt; allerdings ist bei Zuwendungen an solche Personen genauestens die Kausalität zwischen Heimbetreuung und Zuwendung zu überprüfen ist, siehe hierzu Nieder/Kössinger, aaO, § 3 RnR. 5

<sup>9</sup> BayObLG DNotZ 2000, 739

<sup>10</sup> OLG Frankfurt NJW 2001, 1504

<sup>1</sup> GBL. BW 2008 S. 169

<sup>2</sup> eine ausführliche Darstellung hierzu findet sich bei Müller in 10 Jahre Deutsches Notarinstitut, 2003, S. 153ff und bei Dietz, MittBayNot 2007, S. 453ff

<sup>3</sup> OLG München ZEV 1996, 145

Aufgrund der Umgehungsrechtsprechung problematisch sind Lösungen, in denen juristische Personen letztwillig bedacht werden, die zwar nicht selbst Heimträger sind, aber diesem nahestehen. Wird hier durch Auflage eine Verwendung der Mittel zugunsten des Heimträgers verfügt oder ist der Heimträger an der betreffenden juristischen Person unmittelbar oder mittelbar mehrheitlich entscheidungsbefugt, wird man § 14 Abs. 1 HeimG (Bund) analog anwenden müssen<sup>11</sup>.

#### bb) Versprechen lassen oder gewähren von Geld- oder geldwerten Leistungen

Allgemein anerkannt ist, dass unter die Zuwendungsverbote nach § 14 Abs. 1 und 5 HeimG (Bund) nicht nur Zuwendungen unter Lebenden fallen, sondern auch Erbverträge<sup>12</sup>. Eine verbotene Zuwendung i.S.d. § 14 HeimG (Bund) kann aber auch in einem Testament (Erbeinsetzung, Vermächtnis, ggf. Auflage) liegen, wenn sich der Eintritt des Vermögensvorteils auf ein Einvernehmen zwischen Zuwendendem und Zuwendungsempfänger gründet<sup>13</sup>. Ein solches Einvernehmen wird vermutet, wenn der Zuwendungsempfänger Kenntnis von der letztwilligen Verfügung erlangt hat<sup>14</sup>, wobei es nicht darauf ankommt, ob eine solche Kenntnis bereits bei Errichtung des Testaments vorlag. Es genügt auch jede spätere Kenntniserlangung vor dem Erbfall. Es fehlt am Einvernehmen, wenn weder der Heimträger noch ein Wissensvertreter<sup>15</sup> zu Lebzeiten des Erblassers etwas vom Testament erfahren haben. Erlangt der Heimträger oder ein Wissensvertreter daher erst nach dem Erbfall Kenntnis vom Testament, so ist die letztwillige Verfügung nicht nach § 14 Abs. 1 HeimG (Bund) unwirksam<sup>16</sup>. Die Beweislast für die Kenntnis des Heimträgers, der bedachten Person oder eines Wissensvertreters trägt der, der sich auf die Unwirksamkeit der Verfügung beruft.

#### cc) von oder zugunsten eines Heimbewohners oder -bewerbers

Zuwendungen von Heimbewohnern an Verbotsadressaten in Testamenten unterfallen bei bestehendem Einvernehmen in jedem Fall § 14 Abs. 1 oder 5 HeimG (Bund).

Der Heimbewerber steht seit dem 01.01.2002 dem Heimbewohner kraft Gesetzes gleich. Dies gilt aber nur für die Anwendung von § 14 Abs. 1 HeimG (Bund), in § 14 Abs. 5 HeimG (Bund) ist der Heimbewerber nicht genannt.

Bereits vor der Einbeziehung des Heimbewerbers in § 14 HeimG nahm die Rspr. an, dass ein vor Einzug in das Heim errichtetes Testament unwirksam wird, wenn der Heimbewerber in das Heim zieht, Einvernehmen über die letztwillige Verfügung besteht und keine Ausnahmegenehmigung eingeholt wurde<sup>17</sup>.

Die Frage, ab wann eine Person Heimbewerber ist, ist umstritten. Die h.M. verlangt, dass der Wille der betreffenden Person zur Aufnahme in einem bestimmten Heim nach aussen erkennbar in Erscheinung getreten ist<sup>18</sup>, bspw. durch Besichtigung des Heimes, Ausfüllen eines Anmeldeformulares oder Aufnahme von Vertragsverhandlungen. Fraglich ist

die Rechtslage, wenn ein Testament zugunsten des Heimträgers errichtet wird, bevor der Bewerberstatuts erlangt wird und der Testator später Heimbewerber oder Heimbewohner wird. Der Schutzzweck des § 14 HeimG verlangt, dass dieses Testament mit Erlangung des Bewerber- oder Bewohnerstatus unwirksam wird, wenn zwischen Heimträger und dem Testator Einvernehmen besteht und keine Ausnahmegenehmigung eingeholt wird<sup>19</sup>.

Eine besondere Brisanz erlangen § 14 Abs. 1 und 5 HeimG (Bund) dadurch, dass nach dem Gesetzestext auch Geld- oder geldwerte Leistungen **zugunsten** eines Heimbewohners (bei § 14 I HeimG (Bund) auch zugunsten eines Heimbewerbers) an Verbotsadressaten nicht versprochen oder gewährt werden dürfen.

Das OLG München<sup>20</sup> hatte hierzu folgenden Fall zu entscheiden:

Die Erblasserin E, deren Mutter in einem Altenheim lebte, hat dem Heimträger, der von dieser Zuwendung Kenntnis hatte, testamentarisch zwei Immobilien vermacht. Der Erbfall trat durch einen Verkehrsunfall unerwartet ein.

Das OLG hält das Vermächtnis für unwirksam und begründet dies mit § 14 Abs. 1 HeimG (Bund). Zu Recht leitet das OLG aus dem Wortlaut „zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern“ ab, dass das Verbot auch Zuwendungen Dritter, die selbst weder Heimbewohner noch Heimbewerber sind, erfassen kann. Für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals „zugunsten“ einer Bewohnerin ließ es das OLG unter Bezugnahme auf den Heimfrieden als einen der Schutzzwecke von § 14 Abs. 1 HeimG genügen, dass die Zuwendung das Verhalten des Trägers gegenüber der Bewohnerin beeinflussen kann. Unschädlich wäre es daher nur gewesen, wenn die Mutter der E zum Zeitpunkt des Erbfalls das Heim nicht mehr bewohnt hätte oder vor E verstorben wäre.

Aufgrund des dargestellten Verbots, auch zugunsten von Heimbewohnern oder -bewerbern an Verbotsadressaten einvernehmlich testamentarische Zuwendungen zu machen, ist es für den ein Testament beurkundenden Notar nicht immer sofort ersichtlich, ob ein Verstoß gegen § 14 HeimG vorliegen könnte. Hier muss schon eine sehr genaue Sachverhaltsermittlung erfolgen.

#### dd) Ausnahmegenehmigung

Nach § 14 Abs. 6 HeimG kann die zuständige Behörde in Einzelfällen Ausnahmen von den Verböten des § 14 Abs. 1 und Abs. 5 HeimG zulassen, soweit der Schutz der Heimbewohner die Aufrechterhaltung der Verböte nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind. Nur eine vor Errichtung der Verfügung von Todes wegen bzw. vor dem erfolgten Einvernehmen über dieselbe eingeholte Ausnahmegenehmigung kann somit zum Erfolg verhelten. Nach dem Erbfall jedenfalls kann eine Ausnahmegenehmigung nicht mehr eingeholt werden.

#### b) Rechtsfolge des Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 oder 5 HeimG (Bund)

Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 14 Abs. 1 oder 5 HeimG ist die Nichtigkeit des gegen die Vorschrift verstoßenden Verfügung. Es handelt sich bei den Normen um Verbotsgesetze im Sinne von § 134 BGB<sup>22</sup>.

<sup>11</sup> siehe zu dieser Problematik ausführlich Müller in 10 Jahre Deutsches Notarinstitut, aaO, S. 167ff; Lingenfeller, BWNtZ 2001, 125; Dietz, MittBayNot 2007, 457

<sup>12</sup> BGH ZEV 1996, 145; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 3. Auflage 2007, § 3 RNr. 5

<sup>13</sup> BayObLG DNotZ 1992, 258; Dietz, MittBayNot 2007, 455

<sup>14</sup> BGHZ 110, 235

<sup>15</sup> zum Begriff BayObLG NJW 1993, 1143; OLG Karlsruhe ZEV 1996, 145

<sup>16</sup> BayObLG NJW 1993, 1143

<sup>17</sup> BGH NJW-RR 1995, 1272; KG ZEV 1998, 437;

<sup>18</sup> Müller, 10 Jahre deutsches Notarinstitut, 2003, S. 153, 163; Nieder/Kössinger, aaO, § 3 RNr. 5

<sup>19</sup> Müller, aaO, S. 164; Dietz, aaO, S. 454

<sup>20</sup> NJW 2006, 2642, ZEV 2006, 561 Ls

<sup>21</sup> hierzu ausführlich Dietz, aaO, S. 457

<sup>22</sup> BGH NJW 1990, 1603

### III. Rechtslage nach Inkrafttreten des LHeimG

#### 1) Kompetenz des Landes Baden-Württemberg zur Änderung des § 14 HeimG (Bund)?

Umstritten war schon vor Inkrafttreten des LHeimG, ob die Länder den Anwendungsbereich und die Anwendungsvoraussetzungen des § 14 HeimG (Bund) durch Landesgesetze überhaupt abändern können<sup>23</sup>. Der Bund hat nach Art. 74 I Nr. 1 GG die konkurrierende Gesetzgebung für das Bürgerliche Recht. Nach Ansicht der Bundesregierung wurde die Gesetzgebungsbefugnis mit der Herausnahme des Heimrechts aus § 74 I Nr. 7 GG lediglich im Hinblick auf die öffentliche Fürsorge auf die Länder übertragen. Damit fielen nach dieser Ansicht nur Regelungen des Heimgesetzes, die öffentlich-rechtlicher Natur sind, in die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder. Soweit das Heimgesetz aber den Heimvertrag als zivilrechtlichen Vertrag regelt, bestehe nach wie vor eine konkurrierende Gesetzgebungsbefugnis des Bundes. Man kann auch der Vorschrift des § 14 HeimG (Bund) eine bürgerlich-rechtliche Dimension nicht absprechen, so dass tatsächlich Zweifel bestehen, ob die Gesetzgebungskompetenz für eine Änderung der Voraussetzungen des § 14 HeimG (Bund) nicht beim Bund verblieben ist<sup>24</sup>. § 14 HeimG regelt aber auch nicht den Heimvertrag als solchen, sondern stellt vielmehr ein (der öffentlichen Fürsorge zuzuordnendes?) Zuwendungsverbot auf.

Folge des Übergangs der Gesetzgebungskompetenz auf die Länder wäre, dass die Testierfreiheit in jedem Bundesland unterschiedlich geregelt werden könnte. Nimmt man an, § 14 HeimG (Bund) könne durch die Länder nicht abgeändert werden, würde dies dazu führen, dass die Voraussetzungen und die Rechtsfolgen der Vorschrift weiterhin nach dem HeimG (Bund) zu beurteilen wären.

Die Länder haben die Befugnis zur Änderung des Anwendungsbereiches ihres jeweiligen HeimG gegenüber dem HeimG des Bundes. Diese Befugnis muss sich m.E. auch auf § 14 HeimG (Bund) erstrecken, der seit jeher eine (Fürsorge)Norm des öffentlichen Rechtes war und nicht den zivilrechtlichen Heimvertrag als solchen regelt. Die Föderalismusreform hat die Gesetzgebungsbefugnis für das Heimrecht ausdrücklich den Ländern übertragen, diese Übertragung umfasst trotz des Hineinwirkens von § 14 HeimG (Bund) in das bürgerliche Recht auch diese Vorschrift, so dass die damit verbundene mögliche Rechtszersplitterung hinzunehmen ist. Auch der Landtag von Baden-Württemberg geht von einer entsprechenden Gesetzgebungskompetenz aus<sup>25</sup>.

#### 2) Rechtslage nach dem LHeimG

In § 14 LHeimG werden die bisherigen Regelungen des § 14 HeimG (Bund) zwar nicht wortwörtlich, aber inhaltlich in vollem Umfang übernommen. Im Hinblick auf die Voraussetzungen nach vorstehend Ziffer II. a) bb) - dd) und Rechtsfolgen der § 14 Abs. 1 und 5 HeimG (Bund) ergeben sich somit nach dem LHeimG keine Änderungen gegenüber der in Ziffer II. dargestellten Rechtslage. Die bisherige Rechtsprechung zu § 14 I und 5 HeimG (Bund) wird auch künftig im Anwendungsbereich des § 14 LHeimG zu beachten sein.

Bedeutende Änderungen werden sich aber aufgrund der ge-

änderten Definition, was ein Heim im Sinne des LHeimG ist, somit bei den Verbotsadressaten des § 14 LHeimG, ergeben.

Das LHeimG übernimmt in § 1 Abs. 1 inhaltlich die Heimdefinition des § 1 Abs. 1 HeimG (Bund). In § 1 Abs. 2 bis 8 werden jedoch teilweise Präzisierungen und teilweise Änderungen des bisherigen Anwendungsbereiches des HeimG (Bund) vorgenommen.

#### a) Einrichtungen der Tages- und Nachtpflege, § 1 Abs. 5 LHeimG

Im Gegensatz zum HeimG (Bund) nimmt das LHeimG Einrichtungen der Tages- und Nachtpflege aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes aus, soweit es sich nicht um solche Tages- oder Nachtpflegeplätze handelt, die lediglich in stationären Einrichtungen eingestreut sind.

Nach der Gesetzesbegründung sind die Gäste von reinen Tages- oder Nachtpflegeeinrichtungen aufgrund sozialer Kontakte mit Angehörigen weniger schutzwürdig als die Bewohner von Heimen.

Somit fallen Zuwendungen zugunsten des Trägers einer reinen Tages- oder Nachtpflegeeinrichtung oder zugunsten von Beschäftigten oder Mitarbeitern einer solchen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 14 Abs. 1 oder 5 LHeimG. Wurden in der Vergangenheit entgegen § 14 Abs. 1 oder 5 HeimG (Bund) Testamente zugunsten des Trägers einer solchen Einrichtung oder eines Mitarbeiters errichtet und bestand hierüber Einvernehmen, so sind diese Testamente wirksam, wenn der Erbfall nach Inkrafttreten des LHeimG eingetreten ist.

Kurzzeitheime und stationäre Hospize unterfallen dem LHeimG. Dies entspricht der bisherigen Rechtslage nach dem HeimG (Bund).

#### b) Betreutes Wohnen, § 1 Abs. 2 LHeimG

Nach § 1 Abs. 1 HeimG (Bund) fallen Einrichtungen des betreuten Wohnens auch dann nicht in den Anwendungsbereich des HeimG (Bund), wenn die Mieter vertraglich verpflichtet sind, allgemeine Betreuungsleistungen wie Notrufdienste oder Vermittlung von Dienst- oder Pflegeleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen, wenn das Entgelt für solche Betreuungsleistungen im Verhältnis zur Miete von untergeordneter Bedeutung ist. Das HeimG (Bund) und damit auch dessen § 14 ist dagegen anzuwenden, wenn die Mieter vertraglich verpflichtet sind, Verpflegung und weitergehende Betreuungsleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen.

Die bisherigen Definitionen und die bisherige Abgrenzung des betreuten Wohnens von einer Heimeinrichtung werden im LHeimG nicht übernommen.

§ 1 Abs. 2 LHeimG versucht sich in einer neuen Abgrenzung des betreuten Wohnens vom Heim und regelt, wann das LHeimG nicht auf Einrichtungen des betreuten Wohnens anzuwenden ist.

Betreutes Wohnen im Sinne des LHeimG ist nach der Definition von § 1 Abs. 2 S. 2 LHeimG eine Wohnform, bei der Vermieter von **abgeschlossenen Wohnungen** durch Verträge mit Dritten oder auf andere Weise sicherstellen, dass den Mietern nebst der Überlassung des Wohnraums allgemeine Betreuungsleistungen angeboten werden.

Auf solche Wohnformen des betreuten Wohnens ist das LHeimG und damit auch dessen § 14 nicht anwendbar, wenn die Mieter vertraglich lediglich dazu verpflichtet sind, **allgemeine Betreuungsleistungen** wie Notrufdienste, die Ver-

<sup>23</sup> siehe Anfrage und Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der Abgeordneten Haßelmann, Scharfenberg, Kurth, weiterer Abgeordneter und der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen, Drucksache 16/6654

<sup>24</sup> siehe Dietz, MittBayNot 2007, 460

<sup>25</sup> siehe Gesetzesbegründung zu § 14 LHeimG

mittlung von Dienst- und Pflegeleistungen oder Informationen und Beratungsleistungen von bestimmten Anbietern anzunehmen und die **darüber hinausgehenden Betreuungs- und Pflegeleistungen** von den Bewohnern **frei wählbar** sind.

Das bisherige Abgrenzungskriterium, ob die Entgelte für die Betreuungsleistungen im Verhältnis zur Miete von untergeordneter Bedeutung sind, wird aufgegeben<sup>26</sup>.

Eine Einrichtung des betreuten Wohnens **unterfällt nach der neuen Definition dem LHeimG**, wenn

**aa) nicht abgeschlossene Wohnungen, insbesondere einzelne Zimmer**, mit entsprechendem Betreuungsangebot vermietet werden **und zwar auch dann, wenn die Mieter nur verpflichtet sind, allgemeine Betreuungsleistungen im Sinne des § 14 Abs. 2 Nr. 1 LHeimG anzunehmen und die Bewohner hinsichtlich darüber hinausgehenden Betreuungs- und Pflegeleistungen frei sind**. In diesem Fall ist zu prüfen, ob die Wohneinheit unter die Ausnahmetatbestände des § 1 Abs. 7 oder 8 LHeimG fällt. Das Kriterium der Vermietung abgeschlossener Wohneinheiten soll Umgehungen des LHeimG vermeiden helfen.

Nach der Gesetzesbegründung stellt die Vermietung von einzelnen Zimmern innerhalb einer Wohnung in der Regel eine heimmäßige Unterbringung oder eine Wohngemeinschaft dar. Wer lediglich ein Zimmer in einer größeren Wohneinheit gemietet hat, muss sich den Regeln dieser Einheit anpassen und ist deutlich weniger selbstständig und unabhängig als derjenige, der über eine abgeschlossene Wohnung verfügt und sich in dieser gegebenenfalls selbst versorgen kann, was die Anwendung des Heimrechts rechtfertigt, wenn auch die Ausnahmen des § 1 Abs. 7 oder 8 LHeimG nicht greifen

oder

**bb) wenn Mieter von abgeschlossenen Wohneinheiten vertraglich dazu verpflichtet sind, über die genannten allgemeinen Betreuungsleistungen** (Notrufdienste, die Vermittlung von Dienst- und Pflegeleistungen oder Informations- und Beratungsleistungen) **hinausgehende Betreuungs- und Pflegeleistungen** abzunehmen.

Dafür ist nach der Gesetzesbegründung nicht entscheidend, dass der Vermieter selbst diese Leistungen anbietet oder welche vertraglichen Gestaltungen diesen Angeboten zugrunde liegen. Wesentlich für die Anwendbarkeit des Landesheimgesetzes ist die Verpflichtung zur Abnahme dieser weitergehenden Betreuungs- und Pflegeleistungen und die Einschränkung der freien Wählbarkeit dieser Leistungen.

Wird ein Mieter also an die Abnahme von Betreuungs- oder Pflegeleistungen, die über die genannten allgemeinen Leistungen hinausgehen, gebunden, ist das LHeimG auch auf diese Einrichtung des betreuten Wohnens anwendbar. Maßgebendes **Abgrenzungskriterium** nach neuem Recht ist das der **freien Wählbarkeit von über die allgemeinen Leistungen hinausgehenden Betreuungsleistungen**.

Auffällig ist, dass Einrichtungen des betreuten Wohnens nach der Gesetzesdefinition i.d.R. **nicht dem LHeimG unterfallen**, wenn die Wohneinheiten nicht vermietet, sondern vom

**Eigentümer selbst genutzt sind**. Die Gesetzesbegründung begründet das damit, dass nach der Rspr. des BGH<sup>27</sup> ein Eigentümer nicht länger als 2 Jahre an einen Betreuungsvertrag gebunden werden könne. Dies rechtfertigt es, solche Einrichtungen des betreuten Wohnens i.d.R. auch dann aus dem Anwendungsbereich des LHeimG auszunehmen, wenn eine vertragliche Abnahmepflicht von über allgemeine Betreuungsleistungen hinausgehenden Leistungen besteht, es sei denn, die Gesamtwürdigung ergibt etwas anderes.

Bei der Beurkundung eines Testaments zugunsten des Trägers einer betreuten Wohnanlage, des Trägers des Betreuungsdienstleisters oder zugunsten von Beschäftigten von solchen Trägereinrichtungen sollte daher geprüft werden, ob es sich bei der Wohnanlage um eine solche handelt, die dem LHeimG unterfällt. Ist dies der Fall, sind § 14 Abs. 1 und Abs. 5 LHeimG anwendbar und es droht die Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung bei bestehendem Einvernehmen. Ist der Testator dagegen nicht Mieter sondern Eigentümer einer Eigentumswohnung in einer betreuten Wohnanlage, stellt sich die Frage der Anwendung von § 14 Abs. 1 oder 5 LHeimG nur dann, wenn der Verkäufer eine „Rundumversorgung“ anbietet oder Erwartungen weckt, eine einem Heim vergleichbare Versorgungssicherheit zu bieten<sup>28</sup>.

#### **c) Wohngemeinschaften für Pflegebedürftige, § 1 Abs. 7 LHeimG**

Wohngemeinschaften für Pflegebedürftige sind nach der Gesetzesbegründung ambulant betreute Wohngemeinschaften pflegebedürftiger Personen. Die ambulante Betreuung, die auch rund um die Uhr denkbar ist, entsteht durch ein gemeinschaftliches Pflegearrangement der Wohngemeinschaft.

Im HeimG (Bund) sind keine besonderen Regelungen zu Wohngemeinschaften für Pflegebedürftige enthalten. Dies führte zu einer umstrittenen Rechtslage, ob das HeimG im Einzelfall auf solche ambulant betreuten Wohngruppen anwendbar ist<sup>29</sup>.

Das LHeimG regelt in § 1 Abs. 7, wann das LHeimG auf solche Wohngemeinschaften nicht anzuwenden ist. Damit wird zugleich klargestellt, dass das LHeimG und damit auch dessen § 14 auf ambulant betreute Wohngemeinschaften anzuwenden ist, wenn die Voraussetzungen des § 1 Abs. 7 LHeimG nicht vorliegen.

Ambulant betreute Wohngemeinschaften von Pflegebedürftigen fallen dann nicht unter das LHeimG, wenn sie **strukturell von Dritten unabhängig sind**. Eine solche strukturelle Unabhängigkeit besteht nur dann, wenn die Mitglieder der Wohngemeinschaft **alle Angelegenheiten der Wohngemeinschaft in einer Auftragsbergemeinschaft selbst regeln**. Die Wahlfreiheit bezüglich der Betreuungsleistungen darf hierbei nicht beschränkt werden. Eine **Beschränkung liegt insbesondere dann vor, wenn Vermieter und Pflegedienstleister identisch oder rechtlich oder faktisch verbunden sind**.

Die neue Regelung wird in der Praxis dazu führen, dass ambulant betreute Wohngemeinschaften, die bisher nicht in den Anwendungsbereich des HeimG (Bund) gefallen sind, künftig dem Anwendungsbereich des LHeimG unterfallen werden<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> WuM 2006, 704-706; DNotZ 2007, 39-41

<sup>28</sup> siehe Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 2 LHeimG

<sup>29</sup> siehe hierzu bspw. LG Bonn, NJW 1999, 2977

<sup>30</sup> vgl. Stellungnahme der BUNDESINTERESSENVERTRETUNG DER NUTZERINNEN UND NUTZER VON WOHN- UND BETREUUNGSANGEBOTEN IM ALTER UND BEI BEHINDERUNG (BIVA) E.V. zum Regierungsentwurf

<sup>26</sup> siehe Gesetzesbegründung zu § 1 Abs. 2 LHeimG

Wesentliches Abgrenzungsmerkmal ist nach § 1 Abs. 7 LHeimG das der strukturellen Unabhängigkeit. Nach der Definition in § 1 Abs. 7 S. 2 LHeimG liegt eine solche vor, wenn die Mitglieder der Wohngemeinschaft, ohne in ihrer Wahlfreiheit für Betreuungsleistungen beschränkt zu sein, alle Angelegenheiten der Gemeinschaft in einer Auftraggebergemeinschaft selbst regeln.

Nach der Gesetzesbegründung ist Wahlfreiheit im Sinne des Gesetzes als kollektive Wahlfreiheit der Auftraggebergemeinschaft zu verstehen, nicht als Wahlfreiheit des einzelnen Mitglieds der Wohngemeinschaft. Um ein Funktionieren einer Wohngemeinschaft zu gewährleisten, müssen ihre Mitglieder bereit sein, sich Mehrheitsentscheidungen zu beugen.

Die Wahlfreiheit, die das Gesetz fordert, ist die Unabhängigkeit der Auftraggebergemeinschaft von Dritten wie dem Vermieter oder einem Pflegedienstleister. Die Bewohner bzw. ihre Angehörigen oder gesetzlichen Vertreter müssen nach der Gesetzesbegründung eine Auftraggebergemeinschaft bilden, die über alle wesentlichen Belange der Gemeinschaft nach dem Mehrheitsprinzip entscheidet, vergleichbar einer Wohnungseigentümergeinschaft. Diese Entscheidungsbefugnis darf durch Dritte nicht beschränkt werden.

Nach der Gesetzesbegründung ist Indiz gegen eine strukturelle Unabhängigkeit, dass wesentliche Entscheidungen der Wohngemeinschaft Dritten, bspw. einem Pflegedienst, überlassen werden. Bestimmt bspw. der Pflegedienst den Tagesablauf, wird die Wohngemeinschaft i.d.R. dem LHeimG unterliegen, damit unterfallen auch die Betreuungsdienstleister und deren Mitarbeiter als Verbotsadressaten dem § 14 Abs. 1 und 5 LHeimG, ebenso der Vermieter der Wohneinheit und ggf. dessen Beschäftigte.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang insbesondere § 1 Abs. 7 S. 3 LHeimG. Nach dieser Vorschrift liegt eine Beschränkung der Wahlfreiheit bezüglich Betreuungsleistungen und damit eine strukturelle Abhängigkeit der Wohngemeinschaft insbesondere dann vor, wenn Vermieter und Pflegedienstleister identisch oder rechtlich oder faktisch verbunden sind. Sind somit Vermieter und Pflegedienstleister ein- und dieselbe Person, wird unabhängig von einer Vertragsbindung der Wohngemeinschaft an die Betreuungsleistungen eine Beschränkung der Wahlfreiheit angenommen. Die Wohngemeinschaft unterfällt damit dem LHeimG.

#### **Bsp.:**

*Ein gemeinnütziger Verein ist Vermieter einer Eigentumswohnung, in der 3 pflegebedürftige Personen in einer Wohngemeinschaft leben. Diese werden von Mitarbeitern dieses Vereins ambulant tagsüber und teilweise auch nachts betreut.*

*Hier wird eine strukturelle Abhängigkeit der Mitglieder der Wohngemeinschaft fingiert, weil Vermieter und Pflegedienstleister ein und dieselbe Person sind. Die Wohngemeinschaft unterfällt dem LHeimG unabhängig davon, ob eine Bindung an den Pflegevertrag besteht. Zuwendungen der Bewohner/Bewerber an den gemeinnützigen Verein oder Zuwendungen der Bewohner an dessen Mitarbeiter (unabhängig davon, ob diese für die Pflege des Zuwendenden zuständig sind) oder Dritter zugunsten der Bewohner sind an § 14 Abs. 1 und 5 LHeimG zu messen.*

Nach der Gesetzesbegründung ist ein typischer Fall einer rechtlichen Verbundenheit von Vermieter und Pflegedienstleister die Zusammenarbeit von Mutter- und Tochtergesellschaften bzw. sonstiger Konzerngesellschaften, wenn bspw. die Muttergesellschaft Vermieter ist und die Tochtergesellschaft Pflegedienstleistungen erbringt. Solche Wohngemein-

schaften unterfallen dem LHeimG, Vermieter und Pflegedienstleister sind daher Verbotsadressaten des § 14 Abs. 1 LHeimG, ebenso die Beschäftigten nach § 14 Abs. 5 LHeimG.

#### **Bsp.:**

*Ein gemeinnütziger Verein ist Vermieter einer Eigentumswohnung, in der 5 pflegebedürftige Personen in einer Wohngemeinschaft leben. Die Mitglieder der Wohngemeinschaft werden ambulant durch Mitarbeiter einer gemeinnützigen GmbH, an der der genannte Verein zu 80% als Gesellschafter beteiligt ist, betreut.*

*Auch diese Wohngemeinschaft unterfällt dem LHeimG, es liegt der Fall einer rechtlichen Verbundenheit von Vermieter und Pflegedienstleister vor. Zwar handelt es sich bei der GmbH nicht um eine 100%ige Tochter des Vereins, dieser ist aber mit 80% an der GmbH beteiligt, eine rechtliche Verbundenheit ist anzunehmen.*

*Einvernehmliche Zuwendungen der Bewohner/Bewerber an den Verein oder die GmbH sowie Zuwendungen der Bewohner an die Beschäftigten des Vereins und der GmbH oder Dritter zugunsten der Bewohner unterfallen daher § 14 Abs. 1 und 5 LHeimG.*

Ein typischer Fall der faktischen Verbundenheit ist der, dass ein Ehepaar Vermietungs- und Pflegeleistungen erbringt, wenn bspw. der Ehemann Vermieter ist und die Ehefrau Pflegeleistungen erbringt. Auch die Ehegatten und deren Beschäftigte sind dann Verbotsadressaten des § 14 Abs. 1 und 5 LHeimG.

#### **Bsp.:**

*Anton Adler ist Vermieter eines Wohnhauses, in dem 6 pflegebedürftige Personen in einer Wohngemeinschaft leben. Diese werden tagsüber durch Mitarbeiter des Einzelunternehmens der Ehefrau des A ambulant betreut.*

*Auch diese Wohngemeinschaft unterfällt aufgrund bestehender faktischer Verbundenheit zwischen Vermieter und Pflegedienstleister dem LHeimG.*

Ebenso wie beim betreuten Wohnen ist auch bei den Wohngemeinschaften eine Gesamtbetrachtung erforderlich. Dennoch wird die Neuregelung in vielen Fällen dazu führen, dass bisher nicht dem HeimG (Bund) unterliegende ambulant betreute Wohngemeinschaften pflegebedürftiger künftig dem LHeimG unterfallen werden.

Zu beachten ist, dass eine ambulant betreute Wohngemeinschaft im Sinne des § 1 Abs. 7 LHeimG -von extremen Ausnahmefällen abgesehen- nicht dem LHeimG unterfallen dürfte, wenn die Mitglieder der Wohngemeinschaft nicht Mieter, sondern selbstnutzende Eigentümer sind. Dieser Fall dürfte in der Praxis allerdings selten vorkommen.

In entsprechenden Fällen muss der Notar bei einer erbrechtlichen Beratung den Sachverhalt genau ermitteln und überprüfen, ob der Testator Mitglied oder Bewerber einer solchen Wohngemeinschaft ist und diese dem LHeimG unterfällt, wobei eine abschließende Beurteilung durch den Notar nicht möglich sein wird. In diesem Fall wären Zuwendungen an den Vermieter oder den Pflegedienstleister oder an Beschäftigte derselben an § 14 Abs. 1 oder 5 LHeimG zu messen. Gleiches gilt für Zuwendungen Dritter an die Verbotsadressaten zugunsten von Bewohnern einer solchen Wohngemeinschaft.

#### **d) Betreute Wohngruppen für psychisch Kranke oder Menschen mit Behinderungen, § 1 Abs. 8 LHeimG**

Betreute Wohngruppen sind nach § 1 Abs. 8 LHeimG ge-

meinschaftlich betreute Wohnformen für psychisch Kranke oder Menschen mit Behinderungen, deren Ziel es ist, die Selbständigkeit und Selbstverantwortung der Bewohner sowie die Eingliederung und Teilhabe am gesellschaftlichen Leben oder Arbeitsleben zu unterstützen.

Betreute Wohngruppen dürfen nach dem LHeimG nur Personen aufnehmen, die in der Lage sind, den vorstehenden Zielsetzungen zu entsprechen und die nicht der dauernden persönlichen Anwesenheit von Betreuungskräften während des gesamten Tages und der ganzen Nacht bedürfen.

Betreute Wohngruppen nach § 1 Abs. 8 LHeimG sind eine Untergruppe der Wohngemeinschaften nach § 1 Abs. 7 LHeimG. Dennoch findet nach § 1 Abs. 8 S. 3 LHeimG die Vorschrift des Abs. 7 auf betreute Wohngruppen keine Anwendung, diese sind also ausschließlich nach Absatz 8 zu bewerten.

Betreute Wohngruppen **fallen dann unter das LHeimG**, wenn:

- aa) es sich entweder um räumlich und organisatorisch nicht abgeschlossene Wohneinheiten handelt oder
- bb) mehr als 8 Plätze in der Wohngruppe vergeben werden.

Handelt es sich um räumlich und organisatorisch abgeschlossene Wohngruppen mit nicht mehr als 8 Plätzen, ist das LHeimG und damit auch § 14 nicht anwendbar unabhängig von der Ausgestaltung der Betreuungsleistungen.

Wenn in einer erbrechtlichen Beratung eine Zuwendung von einem Bewohner/Bewerber einer betreuten Wohngruppe oder zugunsten eines solchen Bewohners im Raume steht, sollte der Notar prüfen, ob die betreffende Wohngruppe unter das LHeimG fällt, wobei auch hier eine abschließende Beurteilung nicht möglich sein wird. Fällt die betreute Wohngruppe unter das LHeimG, ist für testamentarische Zuwendungen an den Träger der Wohngruppe, den Pflegedienstleister oder Beschäftigte desselben § 14 LHeimG zu beachten.

#### IV. Ergebnisse

Das LHeimG hat das HeimG (Bund) zum 01.07.2008 für in Baden-Württemberg liegende Heime abgelöst. Die bisherige Vorschrift des § 14 HeimG (Bund) wurde zwar nicht wörtlich, aber inhaltlich unverändert in das LHeimG übernommen.

Dennoch ergeben sich aufgrund der Änderung der Heimdefinition in § 1 LHeimG moderate Änderungen im Kreis der Verbotsadressaten des § 14 LHeimG.

So fallen künftig Einrichtungen der Tages- und Nachpflege nicht mehr in den Anwendungsbereich des LHeimG. Testamentarische Zuwendungen an die Träger oder Beschäftigte solcher Einrichtungen sind daher zulässig.

Die Abgrenzung eines Heimes gegenüber Einrichtungen des betreuten Wohnens hat sich verändert. Geprüft wird nun nicht mehr, ob das Entgelt für Betreuungsleistungen im Verhältnis zur Miete von untergeordneter Bedeutung ist, sondern ob über die in § 1 Abs. 2 LHeimG genannten Leistungen hinausgehende Pflege- und Betreuungsleistungen durch die Bewohner frei wählbar sind. Wird die freie Wählbarkeit beschränkt, ist das LHeimG und damit auch § 14 anwendbar.

Neu ist die Regelung der Anwendbarkeit des LHeimG auf betreute Wohngruppen und Wohngemeinschaften Pflegebedürftiger. Wohngemeinschaften Pflegebedürftiger unterfallen nur dann dem LHeimG, wenn sie strukturell von Dritten abhängig sind, insbesondere, wenn Vermieter und Pflegedienstleister identisch oder rechtlich oder faktisch verbunden

sind. Die neue Regelung wird dazu führen, dass viele Wohngemeinschaften Pflegebedürftiger nunmehr dem Heimrecht unterfallen. In diesen Fällen sind auch testamentarische Zuwendungen von Mitgliedern der Wohngemeinschaft oder zugunsten von Mitgliedern einer solchen Wohngemeinschaft an § 14 LHeimG zu messen.

Betreute Wohngruppen unterfallen dann dem LHeimG, wenn sie entweder keine räumlich und organisatorisch abgeschlossenen Einheiten sind oder mehr als 8 Plätze vergeben haben.

Stationäre Hospize und Kurzzeitheime fallen wie bisher in den Anwendungsbereich des LHeimG.

Insgesamt ergeben sich daher nur moderate Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage. Der Anwendungsbereich des § 14 LHeimG ist aus der Sicht des Testamentsgestalters immer noch „erschreckend weit“<sup>31</sup>.

Aufgrund der teilweisen Ausweitung des Anwendungsbereiches des LHeimG ist es für den Testamentsgestalter ebenso wichtig wie bisher, den Sachverhalt genau darauf zu untersuchen, ob der Anwendungsbereich des § 14 LHeimG eröffnet ist. Dies ist oftmals nicht einfach, weil auch Zuwendungen zugunsten von Beschäftigten oder Angehörigen von Beschäftigten dem Zuwendungsverbot unterfallen können. Besondere Brisanz bekommt die Regelung des § 14 LHeimG dadurch, dass auch Zuwendungen dritter Personen an den Träger oder Beschäftigte als Zuwendungen zugunsten eines Heimbewohners angesehen werden und daher dem Zuwendungsverbot unterfallen können.

Aufgrund der Ausweitung des LHeimG auf betreute Wohngruppen und Wohngemeinschaften Pflegebedürftiger wird die Sachverhaltsermittlung künftig noch schwieriger sein, ggf. müsste bei jeder Zuwendung an eine familienfremde Person erfragt werden, was der Beweggrund für die Zuwendung ist und ob nicht ein Anwendungsfall des § 14 Abs. 1 oder 5 LHeimG vorliegt.

Als Testamentsgestalter wird man sich auch nach Inkrafttreten des LHeimG in dem Dilemma befinden, in Anwendungsfällen des § 14 LHeimG, in denen ein Einvernehmen mit dem Zuwendungsempfänger noch nicht herbeigeführt ist, eine Empfehlung für das weitere Vorgehen auszusprechen. Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten. Einmal die Einholung einer Ausnahmegenehmigung nach § 14 Abs. 6 LHeimG. Wird diese allerdings verweigert, hat der Zuwendungsempfänger durch das Verwaltungsverfahren auf jeden Fall Kenntnis von der geplanten Zuwendung erlangt, ein Einvernehmen ist damit hergestellt, die testamentarische Verfügung kann nicht mehr wirksam werden.

Zum anderen besteht die Möglichkeit des Schweigens, aber nur dann, wenn noch keine Kenntnis des Zuwendungsempfängers von der geplanten Zuwendung vorliegt. Die Problematik dieser Lösung besteht darin, dass ein Einvernehmen angenommen wird, wenn der Zuwendungsempfänger oder ein Wissensvertreter später Kenntnis von der testamentarischen Zuwendung erlangen<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> so Dietz, MittBayNot 2007, 460 zu § 14 HeimG (Bund)

<sup>32</sup> Dietz, aaO, S. 458

## Rechtsprechung

### BGB §§ 2078, 2079

**Die objektiv unzutreffende Angabe des Familienstandes des Testierenden mit „nicht verheiratet“ in einem notariellen Testament ist für sich genommen nicht ausreichend als Nachweis dafür, dass sich der Erblasser in einem Irrtum über das Bestehen der Ehe befunden hat.**

OLG München, Beschluss vom 07.05.2008 - 31 Wx 012/08

#### Gründe:

##### I.

Der Erblasser ist am 17.12.2006 im Alter von 78 verstorben. Er war seit 1961 mit der Beteiligten zu 1 verheiratet, wobei die Ehegatten in getrennten Wohnungen im selben Gebäude lebten. Der gemeinsame einzige Sohn ist 2002 verstorben.

Es liegt ein notarielles Testament vom 29.11.2006 vor, in dem der Erblasser die Beteiligte zu 2 als Alleinerbin einsetzte mit der Auflage, ein Viertel des Nachlasses an eine angegebene gemeinnützige Organisation auszukehren und die Grabpflege zu übernehmen. Bei den Personalien des Erblassers ist festgehalten „nach Angabe nicht verheiratet“.

Die Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 7.2.2007 das Testament angefochten mit der Begründung, der Erblasser habe sich im Irrtum befunden, da ihm offenkundig die eheliche Beziehung nicht mehr bewusst gewesen sei. Sie hat beantragt, ihr einen Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge zu erteilen. Die Beteiligte zu 2 hat die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund des notariellen Testaments vom 29.11.2006 beantragt. Dem Erblasser sei klar gewesen, dass seine Ehe nicht durch eine rechtskräftige Scheidung beendet gewesen sei. Das ergebe sich aus dem Schriftverkehr der Ehegatten in steuerlichen und erbrechtlichen Angelegenheiten sowie Äußerungen des Erblassers gegenüber Dritten. Nach Einholung von schriftlichen Stellungnahmen der behandelnden Ärzte Dr. H., Dr. B. und Dr. L., der Wohnbereichsleiterin B., des Notars Dr. Sch. und des Freundes des Erblassers M. hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 24.7.2007 angekündigt, den von der Beteiligten zu 2 beantragten Erbschein zu erteilen. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluss vom 14.11.2007 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1, mit der sie auch die Einziehung des zwischenzeitlich erteilten Erbscheins begehrt.

##### II.

Das zulässige Rechtsmittel ist nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Maßgeblich für die Erbfolge sei das notarielle Testament vom 29.11.2006. Es sei nicht nachgewiesen, dass dem Erblasser die Existenz der pflichtteilsberechtigten Ehefrau nicht bekannt gewesen sei. Die Erklärung in der Urkunde belege noch nicht eine unbewusste Unkenntnis. Aufgrund der durchgeführten Beweisaufnahme und der auch von der Beteiligten zu 1 geschilderten ehelichen Verhältnisse könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Erblasser dem Notar wider besseres Wissen mitgeteilt habe, nicht verheiratet zu sein; die unzutreffende Angabe könne auch Ausdruck der Distanzierung von der Ehefrau sein.

2. Die Entscheidung des Landgerichts ist aus Rechtsgründen (§ 27 FGG, § 546 ZPO) nicht zu beanstanden.

a) Die Frage, ob die Voraussetzungen der Anfechtung (§ 2078 Abs. 1, § 2079 BGB) gegeben sind, liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Die damit verbundene Tatsachenwürdigung des Beschwerdegerichts kann im Rechtsbeschwerdeverfahren nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Die Nachprüfung kann

sich nur darauf erstrecken, ob das Beschwerdegericht den maßgeblichen Sachverhalt ausreichend erforscht hat (§ 12 FGG), ob Vorschriften über die Beweisaufnahme (§ 15 FGG) oder sonstige Verfahrensvorschriften verletzt wurden und ob die Beweiswürdigung fehlerhaft ist. Die Beweiswürdigung kann nur daraufhin überprüft werden, ob das Beschwerdegericht bei der Erörterung des Beweisstoffes alle wesentlichen Umstände berücksichtigt und hierbei nicht gegen gesetzliche Beweisregeln oder die Denkgesetze und feststehende Erfahrungssätze verstoßen hat, ferner ob es die Beweisanforderungen zu hoch oder zu niedrig angesetzt hat (BayObLG FamRZ 2001, 1254/1255). Solche Fehler liegen nicht vor.

b) Die Feststellungslast für das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes trifft die Beteiligte zu 1 als diejenige, die sich auf die Wirksamkeit der Anfechtung beruft (vgl. BayObLG FamRZ 1997, 772/773). Davon ist das Landgericht ausgegangen und aufgrund der im gebotenen Umfang durchgeführten Ermittlungen zu der Auffassung gelangt, ein Irrtum des Erblassers darüber, dass seine Ehe nach wie vor bestand und seine Ehefrau noch lebte, sei nicht nachgewiesen. Die Würdigung des Landgerichts, die unzutreffende Angabe des Familienstandes gegenüber dem Notar beweise nicht die Unkenntnis von der Existenz der Ehefrau, sondern könne Ausdruck der Distanzierung des Erblassers von ihr sein, ist nicht zu beanstanden und angesichts der tatsächlichen Lebensverhältnisse sogar naheliegend. Auch bei der Anmeldung im Wohnheim und bei der Aufnahme im Krankenhaus bezeichnete sich der Erblasser als alleinstehend bzw. verwitwet, obgleich er noch im Juli 2005 eine gemeinsame Steuererklärung mit der Beteiligten zu 1 abgegeben hatte. Entgegen der Auffassung der weiteren Beschwerde erscheint es durchaus plausibel und mit der allgemeinen Lebenserfahrung zu vereinbaren, dass der Erblasser bewusst gegenüber Dritten die formal bestehende eheliche Bindung leugnete, nachdem eine tatsächliche Lebensgemeinschaft nicht geführt wurde.

c) Zu Unrecht rügt die weitere Beschwerde, das Landgericht habe der notariellen Urkunde keine hinreichende Beweiskraft beigegeben. Die Vorschriften über die Beweiskraft von Urkunden (§ 415 ff. ZPO) sind im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechend anwendbar (vgl. BayObLG FamRZ 1994, 530). Gemäß § 415 Abs. 1 ZPO begründet eine öffentliche Urkunde vollen Beweis dafür, dass alle Erklärungen, die Rechtswirkungen erzeugen, vollständig und richtig nach Inhalt und Begleitumständen wiedergegeben sind. Sie erbringt hingegen keinen Beweis dafür, dass die Erklärung inhaltlich richtig ist; dies unterliegt der freien Würdigung des Gerichts (vgl. Thomas/Putzo/Reichold ZPO 28. Aufl. § 415 Rn. 5). Erst recht erbringt die Urkunde keinen Beweis hinsichtlich der Frage, ob eine in ihr enthaltene objektiv unrichtige Erklärung vom Erklärenden im Bewusstsein der Unrichtigkeit oder irrtümlich abgegeben wurde. Die objektiv unrichtige Angabe „nicht verheiratet“ in dem notariellen Testament lässt deshalb auch den vom Landgericht gezogenen Schluss zu, der Erblasser habe diese Erklärung abgegeben, wohl wissend, dass sie unrichtig sei. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Stellungnahme des Notars gegenüber dem Nachlassgericht. Danach hat der Erblasser hierzu keine näheren Angaben gemacht; nach Einschätzung des Urkundsnotars „fühlte (der Erblasser) sich wohl als nicht mehr verheiratet, da er wohl schon länger getrennt lebte“. Das steht im Einklang mit der Annahme des Landgerichts, der Erblasser habe sich bewusst von der Ehefrau distanziert.

d) Das Landgericht war auch nicht gehalten, den Zeugen M. förmlich zu vernehmen. Von weiteren Ermittlungen, die ein sachdienliches, die Entscheidung beeinflussendes Ergebnis nicht erwarten lassen, kann das Gericht absehen. Die Aufklärungspflicht besteht nur insoweit, als das Vorbringen der Beteiligten und der festgestellte Sachverhalt bei sorgfältiger Überlegung hierzu Anlass geben. Der Zeuge M. hat in seiner knappen schriftlichen Stellungnahme bereits ausgeführt, der Erblasser sei sich „bewusst gewesen“, verheiratet zu sein, „obwohl sie seit

Jahren getrennt gelebt haben“. Worauf er diese Feststellung stützt, vermag keine entscheidungserheblichen Erkenntnisse beizutragen zu dem von der Beteiligten zu 1 zu erbringenden Nachweis, dass sich der Erblasser im Irrtum über das Fortbestehen der Ehe war.

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG, die Festsetzung des Geschäftswerts auf § 30 Abs. 1 KostO.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

## FGG § 15

**1. Der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme gilt im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur insoweit, als das Gericht förmliche Beweiserhebungen durchführt.**

**2. Ein Wechsel in der Besetzung des Gerichts hindert die Verwertung der förmlich erhobenen Beweise grundsätzlich dann nicht, wenn die an der Entscheidung mitwirkenden Richter nur das berücksichtigen, was aktenkundig ist.**

OLG München, Beschluss vom 11.06.2008 - 31 Wx 026/08

### Gründe:

I.

Der ledige, kinderlose Erblasser ist am 19.5.2003 im Alter von 75 Jahren verstorben. Die Beteiligte zu 1 ist seine Schwester. Die Beteiligte zu 2 ist mit notariellem Erbvertrag vom 18.6.1998 erbvertraglich bindend zur Alleinerbin eingesetzt. Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus einer Eigentumswohnung im Wert von rund 141.000 € und Bankguthaben in Höhe von etwa 72.000 €.

Für den Erblasser wurde mit Beschluss des Vormundschaftsgerichts vom 21.10.1998 eine Betreuung angeordnet, nachdem der Sachverständige Dr. Rn. aufgrund der Untersuchung vom 15.8.1998 in seinem Gutachten vom 20.8.1998 ein weit fortgeschrittenes demenzielles Syndrom mit schwerster Beeinträchtigung des Gedächtnisses, der Orientierung und des Denkens, wahrscheinlich aufgrund einer Alzheimer Krankheit, festgestellt hatte. Die Beteiligte zu 1 beantragte die Erteilung eines Alleinerbscheins aufgrund gesetzlicher Erbfolge; der Erblasser sei bei Abschluss des Erbvertrages am 18.6.1998 geschäftsunfähig gewesen. Die Beteiligte zu 2 bestritt dies und trat dem Antrag entgegen.

Das Nachlassgericht zog die Betreuungsakten bei, holte zahlreiche Stellungnahmen behandelnder Ärzte sowie des Urkundsnotars ein, ließ von der Beteiligten zu 2, die den Erblasser zwischen 1997 und 1999 hausärztlich betreut hatte, die Behandlungsunterlagen vorlegen und erholte ein psychiatrisches Gutachten des Medizinaldirektors Dr. Ho., eines Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie und Schwerpunktarztes für Forensische Psychiatrie. Dieser legte ein schriftliches Gutachten vom 26.11.2004 vor und erstattete in der Folge im Hinblick auf weitere ärztliche Unterlagen und Vorbringen der Beteiligten fünf ergänzende Stellungnahmen. Er kam zu dem Ergebnis, dass eine fortgeschrittene und chronisch verlaufende Demenz im Zeitpunkt zur Errichtung der letztwilligen Verfügung sicher belegt sei; der Erblasser sei mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit am 18.6.1998 nicht testierfähig gewesen.

Mit Beschluss vom 22.1.2007 kündigte das Nachlassgericht die Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins an. Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 2 hörte das Landge-

richt die Beteiligten zu 1 und 2 in Gegenwart des Sachverständigen persönlich an, insbesondere zum gesundheitlichen Zustand des Erblassers im Zeitraum Juni bis August 1998. Mit Beschluss vom 16.1.2008 wies das Landgericht die Beschwerde zurück. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 2.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Aufgrund der Beweisaufnahme sei von Geschäftsunfähigkeit des Erblassers zum Zeitpunkt der Erbvertragserrichtung am 18.6.1998 aufgrund einer zumindest mittelgradigen Demenz mit kontinuierlichem Verlauf auszugehen. Dafür sprächen die Feststellungen aus der Betreuungsakte. Bei der richterlichen Anhörung im Betreuungsverfahren am 15.10.1998 sei der Erblasser vollständig desorientiert und hilflos erschienen. Der Sachverständige Dr. Rn., der den Erblasser am 15.8.1998 gezielt auf die Frage der Notwendigkeit einer Betreuung untersucht hat, sei zu dem Ergebnis gelangt, dass durch das weit fortgeschrittene demenzielle Syndrom die intellektuelle Leistungsfähigkeit praktisch aufgehoben sei, allerdings eine ausgeprägte Fähigkeit festzustellen sei, eine Fassade aufrechtzuerhalten. Dieses Ergebnis werde bestätigt durch den Arztbrief des Prof. F., Direktor der Klinik und Poliklinik für Psychiatrie und Psychotherapie, vom 5.11.1999, der aufgrund der Untersuchung am 11.10.1999 von einer mittel- bis schwergradigen Altersdemenz mit frühem Beginn ausgehe und schwerste intellektuelle Ausfälle beschreibe. Aufgrund der Stellungnahme von Prof. N., Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie der Universität M., stehe fest, dass der Erblasser bereits am 11.4.1995 in der Gedächtnissprechstunde vorstellig geworden sei, wobei eine leichte Demenz mit starken Wortfindungsstörungen festgestellt worden sei. Auch der Facharzt für Chirurgie Dr. C. habe bei seinen Untersuchungen am 11.5.1998 und 26.5.1998 die bestehende Erkrankung „Morbus Alzheimer“ vermerkt, wobei er von einem Anfangsstadium ausgegangen sei. Der Facharzt für innere und psychotherapeutische Medizin Dr. Ha. habe bei der Behandlung des Erblassers ab 15.12.1999 einen fortgeschrittenen schweren Verlauf der Alzheimer Krankheit mit ausgeprägter Demenz festgestellt. Im Gegensatz dazu habe der Urkundsnotar in seiner Stellungnahme erklärt, er habe keine Zweifel an der Testierfähigkeit gehabt, der Erblasser sei etwas schüchtern gewesen, habe jedoch seine Wünsche und Vorstellungen darlegen und seinen Willen ohne Fremdbestimmung äußern können. Auch der Neurologe Dr. E. sei aufgrund der einmaligen Untersuchung am 6.3.2000 von Testierfähigkeit zum 18.6.1998 ausgegangen. Der Urologe Dr. V. habe bei den Behandlungen am 3.7.1996 und 28.10.1999 keine Auffälligkeiten festgestellt, ebenso wenig der Internist und Kardiologe Dr. St.. Diese Zeugen hätten den Erblasser jedoch nur bei ein- oder zweimaligen Terminen kennengelernt und gezielte Fragen oder Untersuchungen im Hinblick auf das Vorliegen einer demenziellen Symptomatik soweit ersichtlich unterlassen. Zudem sei zu berücksichtigen, dass der Erblasser ausweislich der gutachterlichen Stellungnahme von Dr. Rn. gut in der Lage gewesen sei, eine Fassade aufrecht zu erhalten. Der langjährig behandelnde Neurologe Dr. Rt. habe den Erblasser am 11.8.1998 untersucht. In seiner Stellungnahme gegenüber dem Nachlassgericht vom 19.8.2004 gehe er zum fraglichen Zeitpunkt von einer Minderung des Auffassungsvermögens und des Kurzzeitgedächtnisses und leichten Orientierungsstörungen aus und vertrete die Auffassung, der Erblasser sei noch testierfähig gewesen. Hierzu im Widerspruch stünden seine Angaben im Arztbrief vom 29.9.1998 über diese Untersuchung, wonach die Gedächtnisstörungen seit der Erstdiagnose langsam fortgeschritten und in den letzten Monaten Orientierungsstörungen hinzugekommen seien. In Übereinstimmung mit dem Sachverständigen Dr. Ho. sehe das Gericht hierin die Bestätigung einer Symptomatik, die die Annahme einer zumindest mittelgradigen Demenz rechtfertige. Der Sachverständige Dr. Ho. habe bei der mündlichen Anhörung vor der Beschwerdekammer seine im schriftlichen Gutachten und den ergänzenden Stellungnahmen

festgehaltene Auffassung nochmals bestätigt, wobei er auch die Angaben der Beteiligten zum Gesundheitszustand des Erblassers im Sommer 1998 zugrunde gelegt habe. Die teilweise widersprüchlichen Aussagen der beiden Beteiligten stimmten insofern überein, als keine von ihnen auffällige Schwankungen im Verhalten des Erblassers berichtet habe. Das habe den Sachverständigen in seiner Meinung bestätigt, dass die Erkrankung progredient verlaufen sei und sich nicht schubweise verschlechtert habe. Der von der Beteiligten zu 2 behauptete Krankheitsverlauf mit einer Entgleisung des Diabetes mellitus im Juli/August 1998 sei nach den Ausführungen des Sachverständigen zwar grundsätzlich geeignet, eine schubweise Verschlechterung hervorzurufen, eine solche werde aber von keiner der vorliegenden Aussagen bestätigt. Gleiches gelte für die vortragene Gefäßerkrankung mit wechselndem Blutdruck sowie die behauptete Epilepsie.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Das Landgericht hat zutreffend geprüft, ob der Erblasser bei Abschluss des Erbvertrags vom 18.6.1998 geschäftsfähig war (§ 2275 Abs. 1 BGB). Gemäß § 104 Nr. 2 BGB ist die Geschäftsfähigkeit ausgeschlossen (und damit die Willenserklärung nichtig, § 105 Abs. 1 BGB), wenn sich der Erblasser bei Vertragsabschluss in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand krankhafter Störung der Geistestätigkeit befindet, sofern nicht der Zustand seiner Natur nach ein vorübergehender ist. Nichtig ist auch eine Willenserklärung, die der Erblasser im Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgibt (§ 105 Abs. 2 BGB). Sowohl die Geschäftsunfähigkeit als auch die Testierunfähigkeit, auf die sich entsprechend dem Auftrag des Nachlassgerichts die Begutachtung des Sachverständigen zunächst gerichtet hat, setzen eine Störung der Geistestätigkeit im Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung voraus, die ein Handeln in freier Willensbestimmung ausschließt (BayObLG FamRZ 2002, 62/63). Die Frage, ob die Voraussetzungen der Geschäftsunfähigkeit im Sinne des § 104 Nr. 2 BGB gegeben sind, liegt im Wesentlichen auf tatsächlichem Gebiet. Der Senat hat die dazu getroffenen Feststellungen des Landgerichts nur daraufhin zu überprüfen, ob das Landgericht den maßgebenden Sachverhalt ausreichend erforscht hat (§§ 12 FGG, 2358 Abs. 1 BGB), ob die Vorschriften über die Beweisaufnahme (§ 15 FGG) verletzt wurden und die Beweiswürdigung im Verfahren der weiteren Beschwerde zu berücksichtigende Fehler aufweisen. Nach diesen Kriterien ist die Entscheidung des Landgerichts nicht zu beanstanden.

b) Die Vorinstanzen haben den für die Beurteilung der Geschäftsfähigkeit maßgeblichen Sachverhalt hinreichend aufgeklärt. Sie haben insbesondere die Betreuungsakten beigezogen, zahlreiche Stellungnahmen behandelnder Ärzte, Äußerungen von Kontaktpersonen und eine Auskunft des Urkundsnotars eingeholt sowie das Gutachten eines psychiatrischen Sachverständigen eingeholt. Das Landgericht hat zudem die Beteiligten persönlich in Gegenwart des Sachverständigen angehört und diesen ergänzend befragt. Von weitergehenden Ermittlungen konnte das Landgericht rechtsfehlerfrei absehen.

Über Art und Umfang seiner Ermittlungen entscheidet das Tatsachengericht im Erbscheinsverfahren nach pflichtgemäßem Ermessen. Das Gericht der weiteren Beschwerde hat nicht die Ermessensausübung als solche nachzuprüfen, sondern nur, ob das Landgericht die Voraussetzungen und Grenzen seines Ermessens eingehalten hat (Keidel/Meyer-Holz FGG 15. Aufl. § 27 Rn. 23 f.). Das ist hier der Fall. Ohne Rechtsfehler haben die Vorinstanzen hinsichtlich des Urkundsnotars, der behandelnden Ärzte und Kliniken sowie mehrerer Kontaktpersonen schriftliche Stellungnahmen als ausreichend angesehen. Die Annahme des Landgerichts, dass von einer persönlichen Anhörung dieser Personen keine entscheidungserheblichen weitergehenden Erkenntnisse zu erwarten seien, hält sich in den Grenzen tatrichterlichen Ermessens. Insbesondere war das Landgericht nicht gehalten, den Neurologen Dr. E. und den Betreuungsgutachter Dr. Rn. im Hinblick auf deren unterschiedliche Einschätzungen des Krankheitsbildes persönlich anzuhören, sondern konnte deren schriftlich niedergelegte Feststellungen zur Grundlage

seiner Beurteilung machen. Im Hinblick auf die vom Sachverständigen Dr. Rn. festgestellte ausgeprägte Fähigkeit des Erblassers, auch bei schweren intellektuellen Ausfällen eine Fassade aufrechtzuerhalten, brauchte das Landgericht von den Beobachtungen weiterer Kontaktpersonen keine über das bereits vorliegende Ermittlungsergebnis hinausgehenden und entscheidungserheblichen Erkenntnisse zu erwarten.

c) Die Feststellung des Landgerichts, der Erblasser sei bei Errichtung des Erbvertrags am 18.6.1998 geschäftsunfähig gewesen, beruht auf einer möglichen tatrichterlichen Würdigung des Beweisergebnisses. Sie ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat ausführlich und sorgfältig die vorliegenden umfangreichen ärztlichen Befunde, die Angaben des Urkundsnotars und einiger Kontaktpersonen, die Schilderungen der Beteiligten und das Gutachten des Sachverständigen Dr. Ho. gewürdigt und sich dabei eingehend mit dem Beschwerdevorbringen auseinandergesetzt.

aa) Zu Unrecht beanstandet die weitere Beschwerde, das Landgericht habe die Stellungnahme des Dr. E. nicht berücksichtigt, dessen Befund aufgrund der Untersuchung am 6.3.2000 nicht mit einem progredienten Verlauf der Erkrankung zu vereinbaren sei. Das Landgericht hat vielmehr in seine Gesamtwürdigung einbezogen, dass dieser Befund insbesondere zum Gutachten des Sachverständigen Dr. Rn. im Betreuungsverfahren und zu dem Ergebnis der Untersuchung vom 11.10.1999 in der Klinik und Poliklinik für Psychiatrie und Psychotherapie der TU München in Widerspruch steht, und dargelegt, weshalb es den von Dr. E. mitgeteilten Befund (ebenso wie diejenigen von Dr. V. und Dr. St.) sowie die Beobachtung des Urkundsnotars für weniger aussagekräftig erachtet als die Befunde, die aufgrund gezielter Untersuchungen zum Vorliegen einer dementiellen Symptomatik erhoben wurden. Das stellt eine zulässige tatrichterliche Würdigung des Beweisergebnisses dar. Auch mit den Einwänden der Beschwerdeführerinnen gegen das im Betreuungsverfahren erstattete Gutachten des Dr. Rn. hat sich das Landgericht auseinandergesetzt und darauf hingewiesen, dass die wörtliche Wiedergabe des Gesprächs ein deutliches Bild von der Orientierungslosigkeit des Erblassers zeichne. Den Mutmaßungen der Beteiligten zu 2, der Erblasser habe bei dieser Untersuchung an Unterzucker oder an den Folgen eines vorausgegangenen epileptischen Anfalls gelitten, ist das Landgericht zu Recht nicht nachgegangen, zumal der Gutachter ausdrücklich festgehalten hat, der Untersuchte erscheine „körperlich durchtrainiert, sonnengebräunt, flink und spannkraftig“ und mache „körperlich keinen kranken Eindruck“.

bb) Die Stellungnahme des langjährig behandelnden Neurologen Dr. Rt. gegenüber dem Nachlassgericht vom 19.8.2004 und dessen von der Beteiligten zu 2 vorgelegten Arztbrief vom 29.9.1998 hat das Landgericht rechtsfehlerfrei unter Berücksichtigung der Ausführungen des Sachverständigen Dr. Ho. dahin gewürdigt, dass die Feststellungen im Arztbrief vom 29.9.1998 betreffend die Untersuchung am 11.8.1998 eine Symptomatik bestätigen, die für eine zumindest mittelgradige Demenz sprächen. Im Arztbrief vom 29.9.1998 an die Beteiligte zu 2 als damalige Hausärztin des Erblassers sind „erhebliche“ Auffassungs- und Gedächtnisstörungen und wechselnde Orientierungsstörungen vermerkt, während in der Stellungnahme vom 19.8.2004 eine „Minderung des Auffassungsvermögens, leichte Orientierungsstörungen sowie eine Minderung des Kurzzeitgedächtnisses“ berichtet werden mit der Einschätzung, der Erblasser sei in einer vertrauten und ruhigen sowie freundlich zugewandten Situation in der Lage gewesen, seinen Willen zum Ausdruck zu bringen, so dass unter diesen Voraussetzungen Testierfähigkeit bestanden habe. Es ist nicht zu beanstanden, dass das Landgericht ebenso wie der Sachverständige Dr. Ho. dem zeitnah zur Untersuchung niedergelegten Befund höheres Gewicht beigemessen hat als der im Nachlassverfahren abgegebenen Stellungnahme, die den früher festgehaltenen Befund etwas abschwächt. Hierzu war angesichts der schriftlich vorliegenden Befunde auch keine persönliche Befragung des Dr. Rt. erforderlich. Die in der Stellungnahme vom 19.8.2004 festgehaltene Einschätzung von Dr. Rt., der Erblasser sei zum Zeitpunkt der Untersuchung testierfähig gewesen, musste sich das Landge-

richt nicht zu eigen machen. Zur Beurteilung der Geschäfts- bzw. Testierfähigkeit ist regelmäßig das Gutachten eines psychiatrischen Sachverständigen erforderlich. Die Stellungnahmen der behandelnden Ärzte dienen vorrangig der Ermittlung der hierfür erforderlichen Anknüpfungstatsachen, nicht aber einer abschließenden Beantwortung dieser Frage. Im Übrigen hat das Landgericht zu Recht hervorgehoben, dass Dr. Rt. ersichtlich auf die Fähigkeit zur Äußerung eines Willens – unter günstigen äußeren Voraussetzungen – abstellt, nicht aber auf die entscheidende Frage der Willensbildung.

Soweit die weitere Beschwerde rügt, die Stellungnahme von Dr. Rt. vom 19.8.2004 nicht erhalten zu haben, ist dazu anzumerken, dass diese bereits im Gutachten des Sachverständigen Dr. Ho. vom 26.11.2004 wiedergegeben ist (mit dem Datum der Zuleitung des Nachlassgerichts an den Sachverständigen am 24.8.2004), zu dem die Beschwerdeführerin nach Bewilligung von Akteneinsicht eingehend Stellung genommen hat. Im Ergänzungsgutachten vom 6.6.2005 wird das Schreiben von Dr. Rt. an das Nachlassgericht erneut erwähnt und hinsichtlich der Abweichungen zu dem von der Beteiligten zu 2 selbst vorgelegten Arztbrief vom 29.9.1998 gewürdigt. Der Inhalt der Stellungnahme des Dr. Rt. war der Beteiligten zu 2 somit bereits im Verfahren erster Instanz bekannt, sie hatte hinreichend Gelegenheit, sich dazu zu äußern.

cc) Das Landgericht konnte sich auf die Ausführungen des Sachverständigen Dr. Ho. stützen, die es sich unter kritischer Würdigung zu Eigen gemacht hat. Neben der Sache liegen die Einwände der Beteiligten zu 2 gegen die fachliche Qualifikation des Sachverständigen, eines Facharztes für Psychiatrie und Psychotherapie und Schwerpunktarztes für Forensische Psychiatrie, der – wie das Landgericht bereits dargelegt hat – im Rahmen seiner langjährigen Tätigkeit als gerichtlicher Gutachter auch in Nachlassverfahren bereits zahlreiche Gutachten zur Geschäfts- und Testierfähigkeit erstattet hat.

Sowohl der Sachverständige als auch das Gericht haben umfassend die Erkenntnisse aus den umfangreichen Ermittlungen in ihre Überlegungen einbezogen. Zu Unrecht bemängelt die weitere Beschwerde, das Landgericht habe den „Pick-Komplex“ zwar im Tatbestand erwähnt, dann jedoch übergangen. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hat die wesentlichen Gründe wiederzugeben, nicht aber jede im Lauf des Verfahrens angesprochene Frage zu behandeln. Nachdem der Sachverständige bereits in seinem Ergänzungsgutachten vom 11.12.2006 zu dem von der Beteiligten zu 2 angesprochenen „Pick-Komplex“ erläutert hat, dass entsprechende Symptome beim Erblasser von niemandem beobachtet oder beschrieben worden seien, bestand kein Anlass für das Beschwerdegericht, sich in seiner Entscheidung mit dieser Frage auseinanderzusetzen. Der Möglichkeit eines etwaigen „lichten Intervalls“ am Tag der Urkundenserrichtung musste das Landgericht mangels hinreichender konkreter Anhaltspunkte nicht weiter nachgehen. Nicht zu beanstanden ist auch die Würdigung des Untersuchungsergebnisses der Gedächtnissprechstunde der Universität München am 11.4.1995, bei der eine leichte Demenz festgestellt wurde, wobei der Erblasser in der Mini-Mental-State-Untersuchung 22 von 30 Punkten erzielte.

Die weitere Beschwerde versucht im Wesentlichen, die eigene Würdigung des Beweisergebnisses an die Stelle der Würdigung des Beschwerdegerichts zu setzen. Damit kann sie im Rechtsbeschwerdeverfahren keinen Erfolg haben.

d) Die von der weiteren Beschwerde gerügten Verfahrensmängel liegen nicht vor.

aa) An der Entscheidung des Landgerichts vom 16.1.2008 haben die hierzu nach der Geschäftsverteilung berufenen Richter - an Stelle der dienstunfähig erkrankten Vorsitzenden das Mitglied der Kammer Richter am Landgericht W. – mitgewirkt. Verfahrensrechtlich ist nicht zu beanstanden, dass an der abschließenden Entscheidung des Beschwerdegerichts nicht dieselben Kammermitglieder wie im Termin zur Beweisaufnahme mitgewirkt haben. Denn im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht es grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts, mit den Beteiligten mündlich zu verhandeln. Das gilt

auch für das Beschwerdegericht. Grundlage seiner Entscheidung ist aber nicht nur eine mündliche Verhandlung, sondern das gesamte Ermittlungsergebnis sowie der ganze Akteninhalt. Die abschließende Entscheidung kann deshalb auch von anderen Richtern getroffen werden als denjenigen, die bei der mündlichen Verhandlung, hier der Beweisaufnahme im Termin am 12.12.2007 zugegen waren.

bb) Der Verwertung des Ergebnisses der Beweisaufnahme steht der Grundsatz der Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme nicht entgegen. Dieser gilt im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur insoweit, als das Gericht förmliche Beweiserhebungen gemäß § 15 FGG durchführt (BayObLGZ 1982, 384/387). Das war hier hinsichtlich der Anhörung des Sachverständigen der Fall; die Befragung der Beteiligten zum Gesundheitszustand des Erblassers erfolgte im Wege formloser Anhörung (§ 12 FGG). Der Wechsel in der Besetzung des Gerichts nach Abschluss der Beweisaufnahme hindert die Verwertung der erhobenen Beweise grundsätzlich dann nicht, wenn die bei der Entscheidung Mitwirkenden nur das berücksichtigen, was aktenkundig ist. Ist der persönliche Eindruck von einer Beweisperson erheblich, so muss dieser in einem Protokoll niedergelegt sein. Hier wurden sowohl die Angaben der beiden Beteiligten bei ihrer Anhörung vor der Beschwerdekammer als auch die ergänzenden Ausführungen des Sachverständigen im Protokoll festgehalten und konnten deshalb auch nach dem Wechsel in der Besetzung des Gerichts bei der Entscheidung berücksichtigt werden.

cc) Soweit in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit mündlich verhandelt wird, gilt der Grundsatz der Öffentlichkeit (§ 169 S. 1 GVG) nicht (Keidel/Meyer-Holz Vor § 8 Rn. 7). Die Beteiligte zu 2, die mit ihrem Verfahrensbevollmächtigten am Termin am 12.12.2007 teilgenommen hat, rügt deshalb zu Unrecht, dass weitere Begleitpersonen im Hinblick auf die Nichtöffentlichkeit nicht zugegen sein durften.

dd) Eine Verletzung des rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG, Art. 91 Abs. 1 BayVerf) liegt nicht vor. Die Beteiligten hatten sowohl im Verfahren erster Instanz als auch im Beschwerdeverfahren ausreichend Gelegenheit sich zu äußern. Der Vorwurf, das Gericht habe es versäumt, den Beteiligten Hinweise zu erteilen und eine Überraschungsentscheidung gefällt, entbehrt jeder Grundlage. Gegenstand des Verfahrens war von Anfang an die Frage der Testier- bzw. Geschäftsfähigkeit des Erblassers. Neue Gesichtspunkte, die dem Verfahren eine für die Beteiligten unerwartete Wendung gegeben hätten, sind nicht aufgetreten. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin war das Gericht nicht gehalten, sich vor seiner Entscheidung im Wege eines Hinweises dazu zu äußern, wie es entscheiden wolle.

3. Die Entscheidung über die Erstattung der außergerichtlichen Kosten beruht auf § 13 a Abs. 1 Satz 2 FGG, die Festsetzung des Geschäftswerts auf § 30 Abs. 1 KostO. Die Kostenentscheidung des Landgerichts ist nicht zu beanstanden.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

#### **KostO §§ 32, 154 Abs. 2**

#### **Das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO verlangt auch die Angabe des § 32 KostO.**

BGH, Beschluss vom 03.04.2008 - V ZB 115/07

Aus den Gründen:

I.

Rn. 1

Der Kostengläubiger (im Folgenden: Notar) beurkundete am 4. Oktober 2004 einen Vertrag, der den Kauf einer Eigentumswohnung durch den Kostenschuldner zum Gegenstand hatte. Ent-

sprechend den Vereinbarungen der Vertragsparteien wurde die Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt.

Rn. 2

Unter dem 8. November 2004 ist dem Kostenschuldner eine Kostenberechnung erteilt worden, mit der der Notar – ohne schlagwortartige Bezeichnung der Kostenpositionen – Gebühren nach §§ 147 Abs. 2, 149 KostO und Auslagen gefordert hat. Auf die Beschwerde des Kostenschuldners hat der Notar unter dem 30. März 2005 seine Kostenberechnung im Hinblick auf das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO neu gefasst. Die Gebührentatbestände enthalten nunmehr stichwortartige Angaben zu den abgerechneten Tätigkeiten. Der Kostenschuldner hält auch diese Berechnung für rechtsfehlerhaft und macht hierzu u.a. geltend: Seinem Einwand, die Kostenvorschriften der §§ 32, 141 KostO seien nicht zitiert, habe der Notar auch mit der neuen Fassung nicht Rechnung getragen. Davon abgesehen sei die Abwicklung über das Notaranderkonto unnötig gewesen und habe gegen § 54a BeurkG verstoßen. Aber selbst wenn man das anders sehen wollte, könne die Kostenforderung keinen Bestand haben, weil mit der Hebegebühr des § 149 KostO alle mit der Erhebung, Verwahrung und Ablieferung des Kaufpreises verbundenen Tätigkeiten des Notars abgegolten seien.

Rn. 3

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht hält die zugelassene weitere Beschwerde für unbegründet, sieht sich an einer Zurückweisung aber zumindest durch die Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm vom 4. Januar 1990 (Jur-Büro 1990, 899 f.) gehindert. Es hat die Sache deshalb dem Bundesgerichtshof zur Entscheidung vorgelegt. Nach Eingang der Sache bei dem Bundesgerichtshof haben die Beteiligten die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Rn. 4

II.

Die Vorlage ist statthaft (§ 156 Abs. 4 Satz 4 KostO i.V.m. § 28 Abs. 2 FGG).

Rn. 5

1.

Das vorliegende Gericht und das Oberlandesgericht Hamm sind unterschiedlicher Ansicht darüber, ob neben der Hebegebühr des § 149 KostO eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Prüfung der Kaufpreisfälligkeit anfallen kann. Das rechtfertigt die Vorlage. An die von dem vorlegenden Gericht bejahte Erheblichkeit der Rechtsfrage für die Entscheidung über die weitere Beschwerde ist der Senat – soweit es um die der Beurteilung der Statthaftigkeit der Vorlage geht – gebunden (Senat, BGHZ 116, 392, 394 m.w.N.). Eine Teilentscheidung über einzelne Positionen der Kostenberechnung scheidet schon deshalb aus, weil die vorrangige Frage, ob die Rechnung dem Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO entspricht, nur einheitlich beantwortet werden kann.

Rn. 6

2.

Der Statthaftigkeit steht nicht entgegen, dass das Vorlageverfahren bei der Notarkostenbeschwerde erst durch Art. 33 Nr. 3 des Zivilprozessreformgesetzes vom 27. Juli 2001 (BGBl. I S. 1887) eingeführt worden ist und die Auffassung des vorlegenden Gerichts von einer Entscheidung abweicht, die vor dem 1. Januar 2002 ergangen sind (Senat, Beschl. v. 8. Dezember 2005, V ZB 144/05, NJW 2006, 1208, 1209 m.w.N., insoweit in BGHZ 165, 243 ff. nicht abgedruckt).

Rn. 7

3.

Schließlich ist die Statthaftigkeit der weiteren Beschwerde nicht nachträglich dadurch entfallen, dass die Beteiligten die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben. Da der

Bundesgerichtshof infolge der statthaften Vorlage an die Stelle des Oberlandesgerichts getreten ist und die Erledigungserklärungen erst nach Eingang der Vorlage bei dem Bundesgerichtshof abgegeben worden sind, muss der Senat die nunmehr auf den Kostenpunkt reduzierte Beschwerde entscheiden (vgl. Senat, Beschl. v. 10. Februar 1983, V ZB 18/82, NJW 1983, 1672, 1673; Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann, FGG, 15. Aufl. 2003, § 13a Rdn. 48 m.w.N.).

Rn. 8

III.

Haben die Parteien die Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt, ist über die Gerichtskosten – so solche anfallen – in rechtsähnlicher Anwendung des § 91a ZPO nach billigem Ermessen zu entscheiden, wobei vor allem die Erfolgsaussichten der Beschwerde vor Erledigung der Hauptsache zu berücksichtigen sind (vgl. BGHZ 66, 297, 300 m.w.N.). Für die Erstattung außergerichtlicher Kosten ergibt sich das Erfordernis einer Billigkeitsentscheidung in solchen Fällen aus § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG (vgl. BGHZ 28, 117, 120 ff.; 66, 297, 300; Keidel/Kuntze/Winkler/Kahl, FGG, 15. Aufl. 2003, § 19 Rdn. 91 i.V.m. § 13a Rdn. 48; jeweils m.w.N.).

Rn. 9

1.

Danach scheidet eine Entscheidung über die Gerichtskosten vorliegend aus. Das Verfahren vor dem Landgericht ist nach § 156 Abs. 5 Satz 1 KostO gerichtskostenfrei. Gleiches gilt nach §§ 156 Abs. 5 Satz 2, 131 Abs. 1 Satz 2 KostO für das Verfahren der weiteren Beschwerde, weil die Erledigung der Hauptsache keinem der Tatbestände des § 131 Abs. 1 Satz 1 KostO unterfällt (vgl. BayObLGZ 1989, 75, 78; BayObLG, NJW-RR 1997, 1445).

Rn. 10

2.

Bei der nach § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG zu treffenden Billigkeitsentscheidung ist zu berücksichtigen, dass die Erstattung der außergerichtlichen Kosten die Ausnahme darstellt und deshalb das Unterliegen eines der Beteiligten eine Auslagenerstattung nur bei Hinzutreten besonderer Umstände rechtfertigt (vgl. nur Jansen/v. König, FGG, 3. Aufl., § 13a Rdn. 9; Keidel/Kuntze/Winkler/Zimmermann, aaO, § 13a Rdn. 23; jeweils m.w.N.). Gemessen daran, hat der Notar dem Kostenschuldner dessen notwendige außergerichtliche Auslagen zu erstatten.

Rn. 11

a) Die zulässige weitere Beschwerde wäre begründet gewesen. Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts genügt die angegriffene Kostenberechnung nicht dem Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO. Ohne Erledigung der Hauptsache hätte dies zur Folge gehabt, dass die Rechnung ohne weitere Sachprüfung hätte aufgehoben werden müssen (vgl. Senat, BGHZ 164, 355, 359 m.w.N.).

Rn. 12

aa) Ob die §§ 32, 141 KostO dem Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO unterfallen, wird nicht einheitlich beurteilt. Während es nach einer Ansicht genügen soll, dass die den jeweiligen Gebührentatbestand auslösenden Vorschriften benannt werden (Korintenberg/Lappe/Bengel/Tiedtke, KostO, 16. Aufl., § 154 Rdn. 8; ebenso für § 154 a.F. KostO BayObLGZ 1962, 281, 287; Küntzel, DNotZ 1953, 194, 195 f.), geht eine andere Auffassung davon aus, dass auch die §§ 141 und 32 KostO zu zitieren sind (Heinze, NotBZ 2007, 119, 121 u. 125; vgl. auch Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl., 2002, S. 167 [Musterberechnung]: "Kostenberechnung gemäß §§ 32, 141 KostO"). Eine dritte Meinung hält zwar nicht die Angabe des § 141 KostO für erforderlich, wohl aber die des § 32 KostO (Rohs/Wedewer/Rohs/Rohs, KostO, 3. Auflage, § 154 Rdn. 13 a.E.; Filzek, Notarkosten-ABC, 2006, S. 161 [Musterberechnung]).

Rn. 13

bb) Die Rechtsfrage ist im Sinne der zuletzt genannten Rechtsauffassung zu entscheiden.

Rn. 14

Das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO ist mit der Novellierung der Kostenordnung durch Gesetz vom 24. Juni 1994 (BGBl. I S. 1325) deutlich verschärft worden. Genügte bis dahin die Angabe des Geschäftswerts, der Gebührenvorschriften und der Beträge für die Gebühren und Auslagen, müssen nunmehr darüber hinaus nicht nur die in Rechnung gestellten Positionen schlagwortartig bezeichnet, sondern auch die "Kostenvorschriften" angegeben werden. Diese Verschärfung ist von dem gesetzgeberischen Anliegen getragen, eine "bürgerfreundliche Transparenz von (Notar-)Rechnungen zu garantieren" (BT-Drs. 12/6962, S. 92, 102). Die Angaben des § 154 Abs. 2 KostO sollen den Kostenschuldner in die Lage versetzen, die angesetzten Kosten zu prüfen (Senat, Beschl. v. 14. Dezember 2006, V ZB 115/06, NJW-RR 2007, 784, 785).

Rn. 15

Zu beachten ist allerdings, dass das Zitiergebot nicht um seiner Selbst willen besteht und es daher nicht von seinem Zweck gelöst werden darf (Senat, Beschl. v. 14. Dezember 2006, aaO). Unter Kostenvorschriften im Sinne des § 154 Abs. 2 KostO können daher nur solche Normen verstanden werden, deren Angabe für die Nachvollziehbarkeit und Durchschaubarkeit des Kostenansatzes aus der Sicht eines verständigen – mit Kostensachen nicht vertrauten – Kostenschuldners von grundlegender Bedeutung sind (vgl. auch Senat, BGHZ 164, 355, 358 f.). Dass hierzu die Regelung des § 141 KostO nicht gehört, aus der sich lediglich ergibt, dass auch für Notarkosten die Vorschriften des Ersten Teils der Kostenordnung gelten, liegt auf der Hand. Anders verhält es sich dagegen mit der Vorschrift des § 32 KostO.

Rn. 16

Nur mit Angaben zum Gebührentatbestand und zum Geschäftswert kann ein verständiger Kostenschuldner nicht nachvollziehen, woraus sich die Höhe der angesetzten Gebühr ergibt. Ohne Hinweis auf § 32 KostO mag sich ihm zwar noch erschließen, dass dem Geschäftswert Bedeutung für die Höhe der Gebühr zukommt, nicht aber wird er nachvollziehen können, wie sich der angegebene Geschäftswert in der geforderten Gebühr niederschlägt. Insoweit besteht eine "Transparenzlücke", die durch den Hinweis auf die für das Verständnis der Höhe der Gebührenforderung grundlegende Norm des § 32 KostO zu schließen ist. Das gilt umso mehr, als die Vorschrift nicht nur die Gebührenehmere regelt, sondern zudem den bürgerfreundlichen Hinweis enthält auf die der Kostenordnung als Anlage beigefügte – nach Geschäftswerten gestaffelte – Gebührentabelle, die den Gebührenansatz der Höhe nach gerade auch für Laien plausibel macht. Dies erhellt, dass entgegen der Auffassung des vorliegenden Gerichts nicht die Rede davon sein kann, die Angabe des § 32 KostO erschwere eher das Verständnis einer Kostenberechnung.

Rn. 17

b) Es entspricht der Billigkeit, dem Notar die außergerichtlichen Kosten des Kostenschuldners aufzuerlegen. Die Rechtsmittel des Kostenschuldners hätten nicht nur Erfolg gehabt. Hinzu kommt, dass der Kostenschuldner bereits bei der ersten Notarrechnung gerügt hatte, dem Zitiergebot sei auch im Hinblick auf § 32 KostO nicht genügt worden. Im Beschwerdeverfahren hat der Notar zwar wegen der ebenfalls monierten fehlenden Angaben zu den jeweiligen Gebührentatbeständen seine Kostenberechnung nachgebessert. Von der Angabe des § 32 KostO hat er indessen ohne Not auch weiterhin abgesehen. Das rechtfertigt die Anwendung des § 13a Abs. 1 Satz 1 FGG zu seinen Lasten.

Mitgeteilt von Martin Filzek, Fachbuchautor / Dozent, vorm. Notariatsvorsteher, Husum

**Anmerkung:**

Es handelt sich um eine weitere Entscheidung des BGH zum Zitiergebot bei der Aufstellung von Notarkostenrechnungen nach § 154 Abs. 2 KostO, nachdem der BGH am 4.12.2006 (Az. V ZB 115/06) = RNotZ 2007, 166 = NJW RR 2007, 784 erfreulich großzügig das Zitiergebot bei Auslagenvorschriften eingeschränkt hatte (vgl. hierzu Wudy NotBZ 2007, 90). Einige Zeit davor hat der BGH am 25.10.2005 zur Entwurfsgebühr § 145 entschieden, dass diese nur in Verbindung mit der zutreffenden Beurkundungsgebühren-Vorschrift des ersten Teils (§§ 36 ff., z. B. i.V.m. § 36 Abs. 2 KostO) zu zitieren sei (DNotZ 2006, 223 mit Bespr. von Bengel in DNotZ 2006, 438 ff. = MittBayNot 2006, 168 = ZNotP 2006, 197 mit Anm. Tiedtke = NotBZ 2006, 16). Der Notarsenat des BGH hatte im Jahr 2003 schon in einem berufsrechtlichen Verfahren der Forderung der Dienstaufsicht zugestimmt, wonach der Notar die Aufgliederung des Geschäftswertes für mehrere gegenstandsverschiedene Erklärungen oder in sonstigen Fällen mit zusammengesetzten Geschäftswerten vornehmen muss (NJW 2003, 977 = DNotZ 2003, 234 = ZNotP 2004, 77 mit Anm. Tiedtke).

Nach der aktuellen Entscheidung des BGH verlangt das Zitiergebot des § 154 Abs. 2 KostO auch die Angabe des § 32 KostO, der auf die Gebührentabelle verweist. Der Kostenschuldner hatte unter anderem geltend gemacht, die Vorschriften §§ 141 und 32 KostO seien nicht in der Rechnung zitiert worden. Nach Auffassung des BGH war dies in Bezug auf § 141 KostO (dort wird für Notarkosten auf die entsprechende Geltung des Gerichtskostenteils, in dem z. B. die §§ 36 ff. stehen, verwiesen) für die Formwirksamkeit der Rechnung unschädlich (Rn. 15 der Entscheidungsgründe). Anders verhalte es sich dagegen mit der Vorschrift des § 32, ohne dessen Angabe der Kostenschuldner nicht nachvollziehen könne, wie sich der angegebene Geschäftswert in der geforderten Gebühr niederschlägt (Rn. 16 der Entscheidungsgründe).

Soweit der BGH bei den in Rn. 12 dargestellten verschiedenen Ansichten zu diesen Formfragen als eine "dritte Meinung" Rohs/Wedewer, KostO, 3. Aufl. § 154 Rn. 13 aE und Filzek, Notarkosten-ABC, 7. Aufl. 2006, S. 161 (Musterberechnung) zitiert, in deren Sinne die Rechtsfrage zu entscheiden gewesen sei, ist nachzutragen, dass die Musterberechnung a.a.O. wie auch Filzek, KostO, 3. Aufl. 2007, § 154 Anm. 7 m.w.N., nicht nur die Angabe des § 32 KostO, sondern für alle Gebührenzitate aus dem ersten Teil auch die des § 141 KostO für sinnvoll halten. Soweit in der Musterkostenrechnung einzelne Gebühren ohne § 141 KostO zitiert sind, betrifft dies Gebührenvorschriften aus dem zweiten Teil der KostO (Kosten der Notare), wie z. B. die Gebühren §§ 146 oder 147 KostO, für die der Verweis auf den zweiten Teil mit den Beurkundungsgebühren §§ 36 ff. natürlich nicht passt. Insofern deckt sich die Meinung mit der als zweite Auffassung vom BGH genannten Auffassung von Heinze, NotBZ 2007, 119, 121 u. 125, und Waldner, Die Kostenordnung für Anfänger, 6. Aufl. 2002, S. 167. Aber zuzugeben ist dem BGH, dass § 32 KostO insoweit wichtiger ist als § 141 KostO. Die Großzügigkeit in Bezug auf § 141 KostO lässt für künftige Entscheidungen hoffen, dass der BGH wie auch schon in der früheren Entscheidung zu den Auslagenvorschriften vom 14.12.2006, Az. V ZB 115/06, unnötige Förmerei ablehnt.

Im aktuellen Beschluss hat der BGH jedoch (im Gegensatz zur Vorinstanz OLG Köln, vgl. ZNotP 2008, 255 mit Anm. Tiedtke) zum nicht zitierten § 32 KostO die Folge der Aufhebung der Kostenberechnung ohne nähere Sachprüfung angenommen, so dass die zurückgenommene Beschwerde jedenfalls in diesem Punkt erfolgreich gewesen wäre. Nach Meinung des BGH ist die Bedeutung der Angabe des § 32 KostO, der auf die Tabelle verweist, nach der sich die Höhe der meisten Gebühren errechnen, als so wesentlich anzusehen, dass bei Nichtbeachtung die in § 154 Abs. 2 KostO geforderte Transparenz der Berechnung für den Kostenschuldner vermisst wird.

Der BGH hat diesen Formmangel auch zum Anlass genommen, die Erstattung der außergerichtlichen Auslagen (Rechtsanwaltskosten) an den Kostenschuldner anzuordnen, was bei der nach § 13 a Abs. 1 S. 1 FGG zu treffenden Billigkeitsentscheidung nur

beim Hinzutreten besonderer Umstände gerechtfertigt ist (BGH bei Rn. 10 m.w.N.), z. B. indem ein grobes Verschulden des Notars bei der fehlerhaften Kostenrechnung vorliegen muss. Dadurch könnte aber der Kostenschuldner zu Lasten der Notare unangemessen bevorteilt werden. Nach Ansicht von Lappe (DNotZ 1992, 116; NJW 2003; 566) ist die Annahme der Unwirksamkeit der Berechnung bei bloßen Formmängeln unangemessen, wenn eine formgerechte Berechnung im Ergebnis zu keinem anderen Kostenbetrag führen würde. § 46 VwVfG sollte in diesen Fällen entsprechend angewendet werden, so dass Kostenrechnungen wie Verwaltungsakte nicht allein wegen Formmängeln angefochten und aufgehoben werden könnten (vgl. Wudy NotBZ 2007, 90, 93; Tiedtke ZNotP 2001, 207, 208; Filzek, KostO, 3. Aufl. 2007, § 154 Anm. 1). Leider sind die herrschende Meinung und jetzt auch die Rechtsprechung des BGH dieser Auffassung bisher nicht gefolgt. Dies ist auch insofern überraschend, als der BGH in seiner - zufällig dasselbe Aktenzeichen V ZB 115 mit der Jahresendzahl /06 statt jetzt 07 - Entscheidung über die Lockerung des Zitiergebotes bei Auslagenvorschriften eine Gleichsetzung der vollstreckbaren Kostenberechnung mit gerichtlichen Entscheidungen abgelehnt und wegen der öffentlich-rechtlichen Natur der Notarkosten Parallelen zu Leistungsbescheiden der Verwaltung gezogen hat (eingehend Wudy NotBZ 2007, 90, 93 f.), deren gerichtliche Kontrolle auch erst nachträglich stattfindet.

Es drängt sich die Vermutung auf, dass ein Motiv der den Kostenschuldner zu Lasten der Notare bevorteilenden Praxis bei diesen kleinen Formmängeln ist, vom Notar, der in der Bevölkerung zu Recht bei seiner Berufstätigkeit als Bewahrer von Klarheit, Vollständigkeit und Genauigkeit erlebt wird, eben diese Vollständig- und Genauigkeit auch bei den Formalien seiner eigenen Kostenberechnung zu verlangen. Dass dies bei bloßen Formmängeln unter Umständen zu großen Kostenverlusten führen kann wird hingenommen. Die Nachteile wie z. B. Aufhebung ohne Sachprüfung, keine verjährungsunterbrechende Wirkung, auch bei Stundungsmittelteilung hat Wudy NotBZ 2007, 90 f. dargestellt, der a.a.O. S. 93 aber auch darauf hinweist, dass bis zum Verfahren der weiteren Beschwerde eine berichtigte Kostenberechnung nachgereicht werden kann und auch die Entscheidung über die Aufhebung den materiellrechtlichen Anspruch des Notars unberührt lässt. Die Nachteile für den Notar werden hierbei scheinbar nach der Devise "Selbst schuld, wer als Notar seine eigene Rechnung nicht formal in allen Punkten korrekt aufstellen kann" hingenommen. Zu bezweifeln ist, dass die Notare dieses "Notar, ärgere Dich-Spiel" verdient haben. Die Gerichtspraxis in diesen Fällen verletzt Art. 12 GG (Berufsfreiheit), da die Notare auf die Erzielung angemessener Einkommen für die ihnen zugewiesenen Aufgaben angewiesen sind. Gerade der entschiedene Fall zeigt, dass die vom Kostenschuldner geltend gemachte Nichtaufnahme der §§ 141 und 32 KostO als bloßer Formmangel ja ergibt, dass die Rechnung von ihm verstanden wurde, er also selbst die nach § 32 KostO maßgebliche Berechnungsvorschrift kannte. Andererseits lässt sich einwenden, dass er zu dieser Erkenntnis auch durch die Hinzuziehung von eigenen Rechtsanwältinnen kam, so dass die hier angeordnete Erstattung der außergerichtlichen Kosten sogar gerechtfertigt ist, wenn der Notar - wie hier geschehen - seine Kostenberechnung bis zur Entscheidung nicht weiter erläutert und nachgebessert hat.

Für die Praxis bleibt bis zu einer an § 46 VwVfG orientierten wünschenswerten Änderung der Rechtsprechung festzuhalten, dass ein "Vergessen" des § 32 KostO, der auf die Tabelle bei den entsprechenden Gebühren verweist, schlimmste Folgen bis zur Verjährung des Anspruchs und Erstattung der Anwaltskosten des Kostenschuldners haben kann, und daher spätestens bei einer berichtigten Kostenberechnung nachgeholt werden sollte. Im Hinblick auf die Ausführungen des BGH bei Rn. 14 u. 15 der Entscheidung, wonach das Zitiergebot 1994 deutlich verschärft worden sei und seitdem neben der Angabe des Geschäftswerts, der Gebührenvorschriften und der Beträge für die Gebühren und Auslagen nunmehr auch die in Rechnung gestellten Positionen schlagwortartig bezeichnet und auch die "Kostenvorschriften" angegeben werden müssen, ist auch zu den ausgeübten Tätigkeiten, die Gebühren und Auslagen ausgelöst

haben, an deren Aufnahme in die Rechnung zu erinnern (also z. B. „Beurkundungsgebühr Kaufvertrag“ §§ 141, 32, 36 Abs. 2 KostO oder „Betreuungsgebühr“ §§ 32, 147 Abs. 2 für Fälligkeitsmitteilung, gem. § 30 Abs. 1 aus 30 % des Kaufpreises = 90.000 Euro“).

Natürlich ist bei den Gebühren nach § 149 KostO (Hebegebühren) das Zitat des § 32 KostO nicht erforderlich, da es sich mangels eigener Bestimmung dieser Gebühr in § 149 KostO selbst (und den dazu im Handel erhältlichen Tabellen) anders als die Gebühren nach § 32 KostO errechnet. Ebenso sind zahlreiche Festgebühren wie z. B. § 150 Nr. 1 und 2 KostO oder die Gebühren für Abschriftsbeglaubigungen nach § 55 KostO ohne § 32 KostO zu zitieren.

Auch nach der für die Notare überwiegend enttäuschenden neuen BGH-Entscheidung sind weitere streitige Detailfragen ungeklärt, wie etwa zur Notwendigkeit der Angabe von Vorschriften zum Geschäftswert (dafür z. B. OLG Düsseldorf JurBüro 2005, 152; Rohs/Wedewer Loseblattkommentar zur KostO § 154 Rn. 12; Lappe NJW 1995, 1199; für nicht unbedingt nötig halten Korintenberg 17. Aufl. 2008 § 154 Rn. 8 c; Schmidt JurBüro 2005, 118 und Tiedtke ZNotP 2005, 279 f. die §§-Angabe zum Wert; Hartmann, Kostengesetze 38. Aufl. 2008 § 154 KostO Rn. 8 fordert die Angabe, wenn die Rechnung sonst nicht ohne weiteres für den Schuldner nachvollziehbar ist).

Wudy (NotBZ 2007, 90, 95) rät im Fall von Beschwerdeverfahren neben der sorgfältigen Überprüfung und ggf. Berichtigung der Kostenberechnung (die natürlich erneut dem Schuldner zuzustellen ist und in Kopie zur Gerichtsakte zu reichen ist), in der Beschwerdeerwiderung zu beantragen, vom Gericht gesehene Verstöße gegen das Zitiergebot nach § 154 Abs. 2 KostO durch „Zwischenverfügung“ mitzuteilen, um die Kostenberechnung im laufenden Verfahren berichtigen zu können (OLG München NotBZ 2006, 181; OLG Düsseldorf MDR 2001, 175).

Wegen der leider vom BGH nicht entschiedenen Hauptfrage des Notarkostenbeschwerdeverfahrens, ob die Betreuungsgebühr § 147 Abs. 2 KostO für eine Fälligkeitsmitteilung zur Einzahlung auf das Notar-Anderkonto neben der Hebegebühr § 149 KostO anfällt und zur Frage des berechtigten Sicherungsinteresses i.S.d. § 54 e Abs. 2 Nr. 1 BeurkG siehe die Entscheidung der Vorinstanz OLG Köln in NotBZ 2008, 160 mit Besprechungsaufsatz von Renner in NotBZ 2008, 142 sowie in ZNotP 2008, 255 mit Anm. Tiedtke. Die Beteiligten hatten insoweit die Hauptsache übereinstimmend nach Abgabe an den BGH für erledigt erklärt, so dass dieser nur noch zu den Kosten entscheiden hatte.

Martin Filzek, Fachbuchautor / Dozent, vorm. Notariatsvorsteher, Husum

## EWGRL 69/335 Art. 1; Art. 4; Art. 10 lit. c

### 1. Die Übertragung von GmbH-Anteilen unterliegt nicht der Gesellschaftssteuerliche.

### 2. Die Beurkundung von Erklärungen, die nicht im Zusammenhang mit Vorgängen stehen, die der Gesellschaftssteuerliche unterfallen, werden von dem in Art. 10 lit. c der Gesellschaftssteuerliche normierten Verbot der Erhebung anderer Steuern oder Abgaben nicht erfaßt.

OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat in Freiburg), Beschluss vom 10.04.2008 – 14 Wx 26/06

Aus den Gründen:

1. Der Notar beim Notariat Freiburg hat am 07.12.2001 in der Urkunde 9 UR 2025/2001 die Erklärung der alleinigen Gesellschafter der Kostenschuldnerin beurkundet, wonach sie ihre Geschäftsanteile an der GmbH (Kostenschuldnerin) an eine BGB-Gesellschaft, deren alleinige Gesellschafter sie sind, veräußern und übertragen; ferner hat er einen Gesellschafterbeschluss der GmbH beurkundet, wonach die einzelnen von den BGB-Gesellschaftern erworbenen Geschäftsanteile zu einem einzigen Geschäftsanteil in Höhe von 105.000,00 DM - das entspricht 53.685,65 € - zusammengefasst und das Stammkapital der GmbH um 314,35 € auf 54.000,00 € erhöht wird. - Mit Urkunden 9 UR 2026/2001 und 9 UR 2027/2001 hat der Notar die Unterschriften der Gesellschafter beglaubigt.

2. Aufgrund der unter dem 15.01.2002 durch die Kostenbeamten des Notariats erfolgten Kostenrechnung (I 9) erging am 07.02.2002 folgende Kostenrechnung der Landesoberkasse Baden-Württemberg:

Beurkundung Vertrag (§ 36 Abs. 2 KostO)	Wert: 207.368,17 €	Betrag: 756,41 €
Beurkundung Gesellschafterbeschlüsse (§ 47 KostO)	Wert: 25.878,95 €	Betrag: 173,84 €
Unterschriftbeglaubigung (§ 45 Abs. 1 KostO)	Wert: 25.878,95 €	Betrag: 21,73 €
Unterschriftbeglaubigung (§ 45 Abs. 1 KostO)	Wert: 314,35 €	Betrag: 10,23 €
Schreibauslagen (§ 136 Abs. 1, 3 KostO)		Betrag: 25,56 €
16 % Umsatzsteuer (§ 151 a KostO) aus	988,07 €	Betrag: 158,09 €
		1.146,16 €

3. Mit Schreiben vom 31.08.2004 hat die Kostenschuldnerin gegen den Kostenansatz Erinnerung eingelegt. Zur Begründung hat sie ausgeführt, der Notar habe für die Vertragsbeurkundung lediglich zwei Stunden gearbeitet. Hierfür könnten nur Kosten in Höhe von 300,00 € entstanden sein. Die Inrechnungstellung eines höheren Betrags verstoße gegen Europarecht und nationales Verfassungsrecht.

4. Das Amtsgericht hat die Erinnerung mit Beschluss vom 01.12.2004 mit der Begründung zurückgewiesen, die Gesellschaftssteuerrichtlinie finde im vorliegenden Fall keine Anwendung und die Erhebung der Gebühren sei auch nicht verfassungswidrig. - Die dagegen gerichtete Beschwerde der Kostenschuldnerin vom 07.01.2005 hat das Landgericht durch Beschluss vom 28.03.2006 unter Zulassung der weiteren Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die mit Schriftsatz vom 20.04.2006 eingelegte weitere Beschwerde der Kostenschuldnerin, welcher der Vertreter der Staatskasse entgegengetreten ist.

II.

Das statthafte und auch sonst zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Zutreffend hat das Landgericht ausgeführt, daß die vom Notariat vorgenommene Gebührenerhebung entgegen der Auffassung der Kostenschuldnerin nicht gegen Art. 10 lit. c der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.06.1985 (Gesellschaftssteuerrichtlinie; im folgenden auch als „Richtlinie“ oder „RL“ bezeichnet) verstößt:

a) Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH (Beschluss vom 21.03.2002, C-264/00 - „Gründerzentrum“ - ZIP 2002, S. 663 ff.) sind die Gebühren für die notarielle Beurkundung eines unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallenden Vorgangs durch einen beamteten Notar im OLG-Bezirk Karlsruhe als „Steuer“ im Sinne

der Richtlinie anzusehen. Nach deren Art. 1 können die Mitgliedsstaaten eine als „Gesellschaftssteuer“ bezeichnete harmonisierte Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften im Sinne der Richtlinie (Art. 3 Abs. 1 RL) oder ihnen gemäß Art. 3 Abs. 2 RL gleichzusetzende Vereinigungen erheben. In Art. 4 RL sind die Vorgänge, die der Gesellschaftssteuer unterliegen (Abs. 1) oder ihr unterworfen werden können (Abs. 2) abschließend aufgeführt. In Art. 10 RL ist bestimmt, daß von Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristischen Personen mit Erwerbszweck - abgesehen von der Gesellschaftssteuer - keine „Steuern oder Abgaben“ erhoben werden auf „die in Art. 4 genannten Vorgänge“ (Art. 10 lit. a), auf „die Einlagen, Darlehen oder Leistungen im Rahmen der in Art. 4 genannten Vorgänge“ (Art. 10 lit. b) sowie auf „die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehende Eintragung oder sonstige Förmlichkeit, der eine Gesellschaft, Personenvereinigung oder juristische Person mit Erwerbszweck aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann“ (Art. 10 lit. c). Art. 12 Abs. 1 RL normiert Ausnahmen von diesem Gebot.

b) Wie das Landgericht richtig ausgeführt hat und was von der Kostenschuldnerin auch nicht in Abrede gestellt wird, stehen die den beanstandeten Gebührenansätzen zugrundeliegenden Beurkundungen - von der Erhöhung des Stammkapitals um 314,35 € abgesehen - in keinem Zusammenhang mit Vorgängen, die gemäß Art. 4 RL der Gesellschaftssteuer unterliegen oder ihr unterworfen werden können. Damit unterfallen sie auch nicht dem in Art. 10 lit. c RL normierten Verbot der Erhebung anderer Steuern oder Abgaben.

aa) Daß Art. 4 RL in der genannten Vorschrift - anders als in Art. 10 lit. a und b - nicht ausdrücklich in Bezug genommen ist, ändert daran entgegen der Auffassung der Kostenschuldnerin nichts (vgl. auch schon OLG Karlsruhe [11. Senat], NJW-RR 2002, S. 321 ff., 322 f.; OLG Karlsruhe [14. Senat], FGPrax 2003, S. 95 ff., 96; Görk, DNotZ 1999, S. 851 ff., 868; ders., ZIP 2002, S. 667 ff., 668). Dies ergibt sich daraus, daß zum einen Art. 10 in seinen drei Varianten die Erhebbarkeit einer Gesellschaftssteuer voraussetzt („abgesehen von der Gesellschaftssteuer“) und zum anderen „aus Art. 1 i.V.m. Art. 4 der RL hervorgeht, daß die Abgabe auf Kapitalzuführungen an Kapitalgesellschaften eine „Gesellschaftssteuer“ im Sinne der Richtlinie darstellt, **wenn sie auf durch die Richtlinie erfasste Vorgänge erhoben wird**“ (EuGH, Urteil vom 27.10.1998, C-152/97 - „Agas“ - Tz. 19 [WM 1999, S. 343 ff., 345]; Hervorhebung nicht im Original). Demgemäß heißt es bei EuGH, a.a.O., Tz. 21, daß das in Art. 10 lit. c RL normierte Verbot der Erhebung einer Gesellschaftssteuer dadurch gerechtfertigt ist, daß die dort genannten Abgaben „zwar nicht auf die Kapitalzuführungen als solche, wohl aber wegen der Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft, also des Instruments zur Kapitalansammlung, erhoben werden, so daß die Beibehaltung dieser Abgabe auch die Erreichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährden würde“. Damit im Einklang steht, daß der EuGH (a.a.O., Tz. 27) die dort in Rede stehende italienische Registersteuer deshalb als nicht unter Art. 10 lit. c RL fallend ansieht, weil sie „nicht bei der Eintragung einer neuen Aktiengesellschaft, d.h. bei der Erfüllung einer der Ausübung einer Tätigkeit vorausgehenden Formalität gezahlt worden und auch nicht bei der Eintragung einer Kapitalerhöhung erhoben (ist), die Bedingung für die Ausübung und Fortführung einer solchen Tätigkeit ist“. An diese - Sinn und Zweck der Richtlinie und dem Regelungszusammenhang entsprechende - Interpretation des Art. 10 lit. c durch den EuGH ist der Senat gebunden.

bb) Mit dem in der bisherigen Rechtsprechung des EuGH zum Ausdruck kommenden Verständnis, wonach das Verbot gemäß Art. 10 lit. c RL nur für unter Art. 4 RL fallende Vorgänge gilt, stehen die in den von der Kostenschuldnerin angesprochenen Verfahren ergangenen neueren Entscheidungen des EuGH in Einklang.

Mit Urteil vom 15.06.2006, C-264/04 - „Badischer Winzerkeller“ - (NJW 2006, S. 2972 ff.) hat der EuGH entschieden, daß die im Ausgangsverfahren gemäß § 60 KostO erhobene Gebühr für die nach § 82 GBO erfolgte Berichtigung des Grundbuchs grundsätzlich unter das Verbot des Art. 10 lit. c RL falle. Dabei lag dem

Ausgangsverfahren - worauf der EuGH in Tz. 23 ausdrücklich abstellt - die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften (e.G.) durch Aufnahme zugrunde. Bei der Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften durch Aufnahme handelt es sich um einen zur Erhöhung des Eigenkapitals der aufnehmenden e.G. führenden und damit unter Art. 4 Abs. 1 lit. c RL fallenden gesellschaftsrechtlichen Vorgang, der zu seiner Wirksamkeit gemäß § 6 UmwG der Beurkundung bedarf; diese stellt damit im Sinne von Art. 10 lit. c RL eine „sonstige Formalität“ dar, der die Gesellschaft (im Sinne von Art. 3 RL) zur Ausübung ihrer Tätigkeit unterworfen ist (eingehend OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, S. 95 ff.). Die Grundbuchberichtigung stellt den grundbuchmäßigen Vollzug der aus gesellschaftsrechtlichen Gründen beurkundungspflichtigen und damit von Art. 10 lit. c RL erfassten Verschmelzung dar. Sie steht mit dieser somit in einem unlösbaren Zusammenhang und ist als deren Bestandteil anzusehen. Es ist deshalb konsequent, wenn der EuGH die durch die Grundbuchberichtigung ausgelösten Gebühren ebenfalls als dem Verbot des Art. 10 lit. c RL unterworfen ansieht. - Entsprechendes gilt für das Urteil des EuGH vom 28.06.2007, C-466/03 - „Albert Reiss Beteiligungsgesellschaft m.b.H.“ - (NJW 2007, S. 3051 ff.). Dort ging es um Gebühren, die für die notarielle Beurkundung der Übertragung von Geschäftsanteilen an einer Gesellschaft erhoben wurden, die als Sacheinlage im Rahmen einer Erhöhung des Stammkapitals einer Kapitalgesellschaft erfolgte (vgl. Tz 54 und 66). Damit handelte es sich gleichfalls um einen Vorgang, der gemäß § 15 Abs. 3 und Abs. 2 GmbHG aufgrund der Rechtsform der Gesellschaft der notariellen Beurkundung bedurfte und damit ebenfalls unter Art. 4 Abs. 1 lit. c RL fiel.

cc) Für die Entscheidung des vorliegenden Falles kann dahingestellt bleiben, welche Bedeutung der sich in Tz. 51 des Urteils vom 28.06.2007 - C-466/03 - findenden, als die Entscheidung nicht tragendes obiter dictum ergangenen Bemerkung beizumessen ist. Dort heißt es - nachdem in Tz. 50 ausgeführt ist, daß auch die Beibehaltung von Steuern und Abgaben, die zwar nicht „auf die Kapitalzuführungen als solche, wohl aber wegen der wesentlichen Formalitäten im Zusammenhang mit der Rechtsform der Gesellschaft, also des Instruments zur Kapitalansammlung, erhoben werden, **die mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährdet würden**“ (Hervorhebung durch den Senat) - in der deutschen Übersetzung:

*„Der Gerichtshof hat daraus geschlossen, dass Art. 10 Buchstabe c der Richtlinie grundsätzlich weit auszulegen ist, und zwar dahin, daß er nicht nur die formalen, der Ausübung der Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft vorangehenden Verfahren erfaßt, sondern auch die Formalitäten, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit einer solchen Gesellschaft darstellen“ [es folgen Hinweise auf die Urteile Fantask, Solred und Badischer Winzerkeller].*

Insbesondere kann offenbleiben, ob damit zum Ausdruck gebracht werden soll, daß unter „Formalitäten, die eine Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Tätigkeit“ der Kapitalgesellschaft darstellen, auch dann als unter Art. 10 lit. c RL fallend angesehen werden, wenn sie nicht im Zusammenhang mit einem gemäß Art. 4 RL der Gesellschaftsteuer unterliegenden Vorgang stehen. Der Senat braucht sich an dieser Stelle auch nicht festzulegen, ob dem EuGH in einer solchen würde gefolgt werden können Auslegung von Art. 10 lit. c RL gefolgt werden kann. Die aufgeworfene Frage ist nämlich für die hier zu treffende Entscheidung nicht erheblich, weil es sich bei den in Rede stehenden Beurkundungen der auf die Veräußerung von GmbH-Anteilen und deren Zusammenfassung zu einem einzigen Geschäftsanteil gerichteten Erklärungen - anders als das etwa bei gem. § 130 AktG zu beurkundenden Beschlüssen, die auf gem. § 121 Abs. 1 AktG zwingend durchzuführenden Hauptversammlungen gefaßt werden, der Fall ist - nicht um Bedingungen für die Ausübung oder Fortführung der Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft handelt. Aus diesem Grund besteht auch keine Verpflichtung zur Vorlage der Sache an den EuGH (Art. 234 EGV).

c) Von den beurkundeten Vorgängen unterfällt, wie das Landgericht richtig ausgeführt hat, - lediglich - der Beschluß über die Kapitalerhöhung um 314,35 € der Gesellschaftssteuerrichtlinie

(Art. 4 Abs. 2 lit. c). Dieser bedurfte der notariellen Beurkundung (§ 53 Abs. 2 GmbHG). Damit handelte es sich bei dieser Beurkundung um einen unter Art. 10 lit. c RL fallenden Vorgang. Da auf diese Beurkundung - wie das Landgericht rechtsfehlerfrei dargelegt hat - bei einem Geschäftswert von 314,35 € Gebühren nach § 47 KostO in Höhe von nicht mehr als 20 € angefallen wären und dieser Betrag den Aufwand des Notars nicht überschreitet, kommt ihm Gebührencharakter i.S.v. Art. 12 Abs. 1 lit. e RL zu. Deshalb war er bei der Bemessung des Gesamtgeschäftswertes zu berücksichtigen.

2. Wie das Landgericht ebenfalls richtig entschieden hat, verstoßen die beanstandeten Gebührensätze auch nicht gegen nationales Verfassungsrecht. Zu den diesbezüglichen Fragen hat sich der Senat bereits mehrfach eingehend geäußert (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2003, S. 287 ff.) und dabei insbesondere ausgeführt, daß der Gleichheitssatz dann, wenn höherrangiges Recht nichts anderes vorschreibt, die Anwendung der KostO auch im Badischen Rechtsgebiet fordert, ferner, daß die Entscheidung des BVerfG vom 19.03.2003 (BVerfGE 108, S. 1 ff.) in Fällen der hier vorliegenden Art nicht zur Unanwendbarkeit der KostO führt. Auf diese Ausführungen wird Bezug genommen. Die von der Kostenschuldnerin aufgeführten Gesichtspunkte geben dem Senat keinen Anlaß, von seiner bisherigen Rechtsauffassung abzugehen.

III.

Nach allem hat das Landgericht richtig entschieden, so daß die Rechtsbeschwerde als unbegründet zurückzuweisen war. Eine Verpflichtung zur Anrufung des EuGH (Art. 234 Abs. 3 EGV) bestand nicht, weil - wie ausgeführt - das Erfordernis einer Entscheidung des EuGH angesichts der Eindeutigkeit der Rechtslage und der im Einklang mit Wortlaut und Sinn der Gesellschaftssteuerrichtlinie stehenden Rechtsprechung des EuGH, der der Senat folgt, nicht gegeben ist.

Die Nebenentscheidungen ergeben sich aus den §§ 14 Abs. 7, 131 Abs. 5 KostO.

Mitgeteilt durch Richter am OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat in Freiburg) a.D. Dr. Ernst-Friedrich Krauß

#### Anmerkung zum Beschluss des OLG Karlsruhe vom 10.04.2008 (14 Wx 26/06)

Das OLG wiederholt in seinem Beschluss seine irrige und bereits früher ausführlich widerlegte<sup>1</sup> Rechtsmeinung, dass die Voraussetzungen des Art. 4 RL in Art. 10 lit. c RL zu inkorporieren seien, so dass das Verbot der Erhebung indirekter verdeckter Gesellschaftsteuern bei auf Erwerb ausgerichteten Gesellschaften nur dann eingreife, wenn eine Erhöhung des Gesellschaftskapitals vorliege. Das OLG vermeidet eine Auseinandersetzung mit den zahlreichen Argumenten, die nach der grundlegenden Entscheidung des OLG vom 24.09.2002 (14 Wx 133/00) veröffentlicht worden sind<sup>2</sup>, was dem Umstand zugeschrieben werden mag, dass man eine solche inhaltliche Auseinandersetzung mit Literaturmeinungen nicht für notwendig erachtet. Nicht hinnehmbar ist jedoch, dass der Beschluss eine inzwischen eindeutige und gefestigte Rechtsprechung des EuGH zu dieser Frage ignoriert.

Die aus dem Zusammenhang gerissenen EuGH-Zitate und die Versicherung unter II. 1. b)aa) des Beschlusses, sich an die Rechtsprechung des EuGH gebunden zu fühlen<sup>3</sup>, können nicht

<sup>1</sup> Böckenförde, Rechtsgutachten: „Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Rückmeldegebühren durch die beamteten Notare des Landes Baden-Württemberg“, I.2.b), S. 12; Sandweg, BWNotZ 2003, 25 ff; ders., NJW 2008, 410, 413.

<sup>2</sup> Vgl. Fußn. 1.

<sup>3</sup> Die Bindung der nationalen Gerichte an Vorabentscheidungsurteile ergibt sich aus der Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 10 EGV und dem Sinn und Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens. Heß, ZZZ 108 (1995) S. 59 (69).

über die Tatsache hinwegtäuschen, dass der Beschluss des OLG inhaltlich diametral der Rechtsprechung des EuGH widerspricht.

Schon der Ausgangspunkt des OLG, dass Art. 10 RL „die Erhebbarkeit einer Gesellschaftsteuer voraussetzt“, ist unrichtig. Die Richtlinie unterscheidet nämlich zwischen der „Gesellschaftsteuer“, die u. a. in Artikel 4 und Artikel 9 genannt ist, und den „indirekten anderen“ Steuern. Hierzu heißt es im letzten Absatz der Präambel der Richtlinie:<sup>4</sup>

„Die Beibehaltung **anderer indirekter Steuern mit den gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftsteuer gefährdet die Zielsetzungen, die mit den in dieser Richtlinie vorgesehenen Maßnahmen verfolgt werden; infolgedessen ist die Aufhebung dieser Steuern erforderlich.**“

Diese „anderen indirekten“ Steuern, die von den „Gesellschaftsteuern“<sup>5</sup> streng zu trennen sind,<sup>6</sup> sind in den Artikeln 10 und 11 der Richtlinie 69/335 als Verbote aufgeführt, wobei Buchstabe c des Art. 10 RL nicht auf Art. 4 RL verweist.<sup>7</sup>

Auch *Böckenförde*<sup>8</sup> folgt inhaltlich nicht dem OLG Karlsruhe. Er führt aus: „Denn Art. 10 der Richtlinie stellt die Verbotstatbestände lit. a und lit. c ausdrücklich nebeneinander; er nimmt nur in lit. a Bezug auf die in Art. 4 bezeichneten Vorgänge und beschreibt die Reichweite des in lit. c normierten Verbots eigenständig und unabhängig davon. Eben das entspricht Sinn und Zweck der Richtlinie, wie sie von den Erwägungsgründen formuliert werden. Die Richtlinie will einerseits die Wertpapiersteuer abschaffen und die Besteuerung von Kapitalansammlungen auf eine, durch die Richtlinie selbst harmonisierend ausgestaltete sog. Gesellschaftsteuer beschränken, andererseits aber – darüber hinausgehend – andere indirekte Steuern mit gleichen Merkmalen wie die Gesellschaftsteuer generell aufheben (Richtlinie 69/335, Präambel, Erwägungsgrund 8). Von daher ist es folgerichtig, wenn nicht geboten, die Abgaben auf Eintragungen und sonst vorgeschriebene Formalitäten, die aufgrund der Rechtsform der Gesellschaften bestehen, allgemein und nicht nur für die in Art. 4 näher bezeichneten Vorgänge zu untersagen.“

Das vom OLG zur Stützung seiner Meinung angeführte Urteil des EuGH vom 27.10.1998, C-152/97 „Agas“<sup>9</sup> spricht in keiner Weise für die Auslegung des OLG. In diesem Rechtsstreit ging es um eine italienische *direkte* Registersteuer. Hierbei stellte sich die Frage, ob die Verbote aus Art. 10 RL für den Fall einer Fusion gelten, bei der die übernehmende Gesellschaft bereits zu 100% Eigentümerin des Kapitals der übernommenen Gesellschaft war. Der EuGH stellte hierzu fest, dass die Verbote aus Art. 10 lit. a und b RL nicht eingriffen, da keine Kapitalerhöhung (gemäß Art. 4 Abs. 1 lit. c oder Art. 4 Abs. 2 lit. b RL) vorlag. Bei der Prüfung, ob die Voraussetzungen des Art. 10 lit. c RL erfüllt seien (Rdnr. 27 des Urteils „Agas“), wird mit keinem Wort auf das Nichtvorliegen einer Kapitalerhöhung abgestellt. Vielmehr waren die einzigen Gründe für die Ablehnung des Verbots aus Art. 10 lit. c RL der Umstand, dass als Anknüpfungspunkte für das Entstehen der Registersteuer weder eine vorangehende Formalität maßgeblich gewesen sei, noch eine Formalität, die Bedingung für die Ausübung und Fortführung der Gesellschaftstätigkeit ist. Wäre nach der Meinung des EuGH eine Kapitalerhöhung Voraussetzung für die Anwendung des Art. 10 lit. c RL, so hätte er dies zum Ausdruck gebracht und stattdessen nicht in seinem Urteil (Rdnr. 27) ausschließlich auf das Fehlen einer Formalität abgestellt.

<sup>4</sup> vom EuGH auch „Begründungserwägung“ genannt.

<sup>5</sup> siehe Art. 1 der Richtlinie 69/335/EWG.

<sup>6</sup> vgl. Urteil des EuGH vom 10.09.2002 C-216/99 und C-222/99 „Riccardo Prisco“ Rdnr. 37, wo der EuGH ausdrücklich feststellt: „Dabei ist unstrittig, dass diese Abgaben keine Gesellschaftsteuern sind.“

<sup>7</sup> Schlussanträge GA Cosmas – C-152/97 „Agas“ – Slg. I – 1998 10A/10B – S. 6559.

<sup>8</sup> Rechtsgutachten: „Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu Rückmeldegebühren durch die beamteten Notare des Landes Baden-Württemberg“, I.2.b), S. 12.

<sup>9</sup> Urteil des EuGH vom 27.10.1998, C-152/97 „Agas“ WM 1999, 343.

In drei seiner neueren Urteile hat der EuGH ausdrücklich und eindeutig zu der Frage Stellung genommen, ob das Verbot aus Art. 10 lit. c RL auch dann erfüllt sein kann, wenn die Formalität nicht im Zusammenhang mit einem gemäß Art. 4 RL der Gesellschaftsteuer unterliegenden Vorgang steht:

1. Im Verfahren „Badischer Winzerkeller“<sup>10</sup> hatte das vorlegende Amtsgericht die Frage gestellt, ob eine für die Berichtigung des Grundbuchs im Fall der Verschmelzung zweier juristischer Personen erhobene Gebühr unter das Verbot des Art. 10 lit. c RL fallen kann. Bei der Fragestellung hatte das Amtsgericht ausdrücklich die Rechtsprechung des OLG Karlsruhe zu Art. 10 lit. c RL angesprochen und in seine Fragestellung aufgenommen.<sup>11</sup> In seiner Antwort verweist der EuGH darauf, dass das Verbot aus Art. 10 lit. c RL „zu den Verboten des Artikels 10 Buchstabe a und b *hinzutritt*“, also sich nicht auf die Fallgestaltungen bezieht, die in Artikel 4 der Richtlinie beschrieben sind. Hierbei verweist der EuGH auf sein Urteil vom 27. Oktober 1998 in der Rechtssache C-152/97, Agas, Slg. 1998, I-6553, Randnr. 21. Im Folgenden untersucht der EuGH bei den Voraussetzungen des Art. 10 lit. c RL in keiner Weise, ob eine Gestaltung der in Art. 4 RL beschriebenen Art gegeben ist. Gleichwohl kommt der EuGH zu dem Schluss, dass die Voraussetzungen eines Verbots aus Art. 10 lit. c RL grundsätzlich gegeben sind.

2. Das Urteil des EuGH in der Sache „Organon Portuguesa“<sup>12</sup> befasst sich mit Gebühren für die Beurkundung einer Übertragung von Gesellschaftsanteilen bei einem portugiesischen staatlichen Notar. Hier geht der EuGH davon aus, dass diese Gebühren grundsätzlich als eine Steuer unter das Verbot des Art. 10 lit. c RL fallen. Der EuGH erkennt dann jedoch eine Ausnahme gemäß Art. 12 Abs. 1 lit. a RL, da in Portugal nicht die notarielle Dienstleistung der auslösende Faktor der Abgabe war, sondern der reine Umsatz, der mit einer nach Art. 12 Abs. 1 lit. a RL erlaubten Börsenumsatzsteuer belegt werden darf.<sup>13</sup>

3. Schließlich macht der EuGH in seinem Urteil „Reiss“<sup>14</sup> nochmals deutlich, dass das Verbot aus Art. 10 lit. c RL „neben die in Art. 10 Buchst. a und b der Richtlinie genannten Verbote, die sich auf die in Art. 4 der Richtlinie beschriebenen Fallgestaltungen beziehen, tritt.“<sup>15</sup> Außerdem betont der EuGH, „dass Art. 10 Buchst. c der Richtlinie 69/335 grundsätzlich weit auszulegen ist“<sup>16</sup> und sich „nicht auf die Kapitalzuführungen als solche“ bezieht.<sup>17</sup>

Die Bindungswirkung dieser Urteile erstreckt sich nicht nur auf die vorlegenden Gerichte, sondern auf sämtliche nationalen Gerichte, die sich mit der entschiedenen Rechtsfrage zu befassen haben.<sup>18</sup>

Will ein Prozessgericht nicht der Meinung des EuGH folgen, so hat es die Frage erneut dem EuGH unter Darlegung seiner abweichenden Meinung vorzulegen.<sup>19</sup> Das OLG erkennt offenbar

<sup>10</sup> Urteil des EuGH vom 15.06.2006 Rechtssache C-264/04 „Badischer Winzerkeller“ Slg. 2006, I-5275 = NJW 2006, 2972.

<sup>11</sup> AG Breisach, Beschl. vom 07.06.2004, BWNNotZ 2005, 69 (70).

<sup>12</sup> Urteil des EuGH vom 07.09.2006 Rechtssache C-193/04 „Organon Portuguesa“, Slg. 2006, I-7271 Rdnr. 17.

<sup>13</sup> Die Ausnahme des Art. 12 Abs. 1 lit. a RL gilt jedoch nicht bei Beurkundungen der Abtretungen von GmbH-Geschäftsanteilen bei deutschen Amtsnotaren. Hierzu verweist Generalanwältin Trstenjak auf den Rechtsgrundsatz „ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus“, womit sie zum Ausdruck bringt, dass nach der ausdrücklichen und ausnahmslosen Abschaffung der Börsenumsatzsteuer in Deutschland nicht einerseits für GmbH-Anteile eine Börsenumsatzsteuer angenommen werden könne, während der Umsatz von Aktien steuerfrei bleibe (Schlussanträge C-466/04 vom 08.03.2007 Rdnr. 66, 67). In seinem Urteil folgt der EuGH dieser Ansicht mit dem Hinweis, Art. 12 Abs. 1 lit. a RL sei eng auszulegen (Urteil des EuGH vom 28.06.2007 Rechtssache C-466/03 „Reiss“ NJW 2007, 3051 = BWNNotZ 2007, 146, Rdnr. 59).

<sup>14</sup> Urteil des EuGH vom 28.06.2007 Rechtssache C-466/03 „Reiss“ NJW 2007, 3051 = BWNNotZ 2007, 146.

<sup>15</sup> Urteil des EuGH vom 28.06.2007 Rechtssache C-466/03 „Reiss“ Rdnr. 50.

<sup>16</sup> Urteil des EuGH vom 28.06.2007 Rechtssache C-466/03 „Reiss“ Rdnr. 51.

<sup>17</sup> Urteil des EuGH vom 28.06.2007 Rechtssache C-466/03 „Reiss“ Rdnr. 50.

<sup>18</sup> EuGH „Deutsche Milchkontor“ Rechtssache 29/68, Slg. 1969, 165 Rdnr. 3.

<sup>19</sup> Heß, ZJP 108 (1995) S. 59 (69).

selbst, dass der EuGH spätestens mit dem Urteil in der Sache „Reiss“ die Problematik des Verhältnisses von Art. 10 lit. c RL zu Art. 4 RL behandelt und – allerdings nicht im Sinne des OLG – gelöst hat. Gleichwohl meint das OLG, sich hieran nicht halten zu müssen. Dies bringt das OLG sprachlich verunglückt wie folgt zum Ausdruck: „Der Senat braucht sich an dieser Stelle auch nicht festzulegen, ob dem EuGH in einer solchen würde gefolgt werden können Auslegung von Art. 10 lit. c RL gefolgt werden kann.“ Im vorliegenden Fall kommt es jedoch entscheidend auf die Beantwortung der Frage an, ob das Verbot aus Art. 10 lit. c RL unabhängig von Art. 4 RL immer schon dann eingreift, wenn eine Beurkundung durch einen beamteten Notar vorgenommen wird, die zwingend wegen der Rechtsform der Gesellschaft erforderlich ist. Wenn das OLG dieser Meinung nicht folgen wollte, wäre eine Vorlage an den EuGH gemäß Art. 234 EGV geboten gewesen.

Abschließend ist zu bemerken, dass sich der Senat Freiburg des OLG Karlsruhe mit seiner Rechtsmeinung in Widerspruch zu den Rechtsmeinungen des BayObLG<sup>20</sup>, des OLG Zweibrücken<sup>21</sup>, des OLG Köln<sup>22</sup> und selbst des eigenen 11. Senats<sup>23</sup> stellt.

Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a. D. in Müllheim/Baden

<sup>20</sup> BayObLG, NJW 1999, 652, 654 Eintragung einer Zweigniederlassung; ZIP 1999, 363 Ausscheiden eines Kommanditisten.

<sup>21</sup> OLG Zweibrücken, WM 1999, 1631 Eintragung einer Zweigniederlassung.

<sup>22</sup> OLG Köln, ZIP 2000, 311 Ausscheiden eines Kommanditisten.

<sup>23</sup> OLG Karlsruhe, Rpfleger 2001, 271 Bestellung des Gründungsprüfers einer AG.

## Buchbesprechungen

**Dr. Werner Bohl, IAS/IFRS für Juristen, NJW Praxis Band 80, C.H. Beck-Verlag, 2008, 165 Seiten, € 34,00**

Auch wenn weiterhin die Jahresabschlüsse von Unternehmen nach HGB-Regeln zu erstellen sind, solange diese Abschlüsse Grundlage für die Gewinnermittlung und die Steuerbilanz bleiben, besteht bereits seit geraumer Zeit auch für deutsche Unternehmen die Pflicht, Abschlüsse nach den Regeln der IFRS (International Financial Reporting Standards) zu erstellen.

Nach § 315a Abs. 2 HGB müssen börsennotierte Unternehmen ihren Konzernabschluss grundsätzlich nach internationalen Rechnungslegungsstandards erstellen. Daneben können Unternehmen unter den Voraussetzungen des § 325 Abs. 2a HGB anstelle des HGB-Einzelabschlusses ihren IFRS-Abschluss veröffentlichen. Hieraus ergibt sich der Vorteil, dass der Einzelabschluss direkt mit dem Konzernabschluss vergleichbar ist. Damit der Konzernabschluss nach IFRS erstellt werden kann, müssen die Tochterunternehmen dem Mutterunternehmen die erforderlichen Angaben liefern. Dies führt dazu, dass die Tochterunternehmen entweder selbst für diese Zwecke einen IFRS-Einzelabschluss erstellen oder zumindest eine Überleitung der HGB-Bilanz durch eine Überleitungsrechnung gewährleisten. Damit haben die Rechnungslegungsvorschriften nach IFRS auch den Einzelabschluss der Personenhandelsgesellschaft, GmbH und nicht-börsennotierten Aktiengesellschaft erreicht.

Obwohl beide Rechnungslegungssysteme eine den tatsächlichen Verhältnissen entsprechende Darstellung verlangen, sind deren Abschlüsse nicht miteinander vergleichbar. Die Bewertung der einzelnen Positionen in HGB-Abschlüssen unterscheidet sich wesentlich von den Ansätzen in IFRS-Abschlüssen, da beide Rechnungslegungskonzepte unterschiedliche Funktionen erfüllen sollen. Der HGB-Abschluss ist nicht nur die Grundlage für die Ermittlung des Gewinns der Gesellschaft für die Gesellschafter, sowie die Basis für Fragen der Kapitalerhaltung und damit des Gläubigerschutz, sondern er ist auch noch maßgeblich für die Steuerbilanz. Das Regelwerk des IFRS hingegen hat alleine den Zweck, den Teilnehmern der weltweiten Kapitalmärkte und anderen Nutzern die Informationen zu liefern, die notwendig sind, um die wirtschaftliche Lage des Unternehmens beurteilen zu können, um auf Basis dieser Informationen wirtschaftliche Entscheidungen zu treffen. Von wesentlichem Interesse ist hier die Fähigkeit des Unternehmens, in Zukunft Liquiditätsüberschüsse (cash-flows) erwirtschaften zu können. In diesem Gedankengebäude stört der Gläubigerschutz der § 30 GmbHG und § 57 AktG. Die IFRS überlassen die Entscheidung, in welcher Höhe Ausschüttungen erfolgen, den Gesellschaftern und Gläubigern. Ferner dient der IFRS-Abschluss nicht als Basis für die steuerliche Gewinnermittlung.

Wenn schon die Rechnungslegungsvorschriften des HGB in der Ausbildung der Juristen regelmäßig ausgeklammert sind, gilt dies noch viel mehr für die Vermittlung von Kenntnissen über IFRS-Abschlüsse.

Nachdem Graf Kanitz im Schwesterwerk „Bilanzkunde für Juristen“, C.H. Beck-Verlag, 2006, die Vorschriften des HGB und die deutschen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung verständlich und lesenwert darstellt und damit eine Lücke in der juristischen Literatur geschlossen hat, ist es dankenswert, dass sich Bohl der Aufgabe hinsichtlich der IFRS-Regeln annimmt.

Bohl stellt zunächst die unterschiedlichen Funktionen und Prinzipien der Rechnungslegung nach HGB und IFRS dar. Sodann zeigt er die Entwicklung der Standards nach IFRS und deren weltweite Verbreitung auf. Von Nutzen des Lesers für die Arbeit mit den IFRS-Standards ist insbesondere die Gegenüberstellung HGB und IFRS in den Kapiteln: Die Posten der Jahresbilanz: Ansatz, Bewertung, Ausweis; Die Gewinn- und Verlustrechnung; Die anderen Bestandteile des Abschlusses (Seiten 33 bis 74). Zum besseren Verständnis der beiden unterschiedlichen Konzepte über die Rechnungslegung sind ferner folgende Kapitel sehr nützlich: Inhalt des IFRS-Konzernabschlusses; die Anwendung der IFRS auf das Recht der deutschen Personengesellschaft (Seiten 95 bis 120); Kapitalerhaltung – Gewinnverwendung – Überschuldung, sowie IFRS und steuerliche Gewinnermittlung (Seiten 125 bis 131). Weitere Themen beschäftigen sich mit: Den Überleitungsregeln; der Auslegung der Standards; dem Zusammenspiel von IFRS und dem deutschen Recht in Verfahrensfragen. Das Buch schließt mit der IAS-Anwendungs-Verordnung und einem umfangreichen Glossar (Seiten 139 – 161).

Laut Vorwort wendet sich das Buch „an Juristen, die als externe oder interne Berater für Unternehmen, Behörden, Regierungen, Verbände oder andere Institutionen tätig sind und die die Rechnungslegung bei ihrer Tätigkeit berücksichtigen müssen, z. B. bei der Abfassung von Verträgen, bei der Beurteilung eines potenziellen Fusionspartners oder Kreditnehmers und nicht zuletzt bei der Einschätzung von Risiken und Chancen des „eigenen“ Unternehmens. .... Angesprochen sind mit diesem Buch Berufsgruppen, die die Rechnungslegung nicht selbst erstellen, jedoch deren Wirkungsweise und Aussagekraft verstehen müssen.“ Notare sind im Adressatenkreis nicht aufgeführt. Tatsächlich ist der Informationswert und Nutzen für die notarielle Praxis nur von eingeschränktem Wert. Dies liegt jedoch weniger am Inhalt des Buchs als an der Tatsache, dass für notarielle Tätigkeiten die Bestimmungen des HGB zur Rechnungslegung immer noch von erheblicher größerer Bedeutung sind als die internationalen Rechnungslegungsstandards. Relevante Fragestellungen, mit denen der Notar im Schnittfeld Gesellschaftsrecht und Bilanzrecht zu tun hat, wie Kapitalerhaltung, Kapitalerhöhung oder Höhe der Gewinnausschüttungen, beurteilen sich unverändert nach dem HGB. Regelmäßig sind nur im Zusammenhang mit der Gestaltung von Kaufpreisklauseln und Garantiekatalogen in Unternehmenskaufverträgen Kenntnisse des IFRS beim Notar gefordert. Für all diejenigen jedoch, die bereits Kenntnisse über die Rechnungslegungsvorschriften des HGB haben und einen Einstieg in die andere Sicht- und Denkweise der internationalen Rechnungslegungsstandards erhalten wollen, kann das Buch zum Kauf

empfohlen werden. Es ist gut verständlich geschrieben. Der Benutzerfreundlichkeit dienen insbesondere die häufig dargestellten Abweichungen gegenüber dem HGB. Mehr als ein Einstieg in das interessante Gebiet der internationalen Rechnungslegung kann von einem Buch mit dem vorliegenden Umfang auch nicht erwartet werden.

Armin Steiner, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart

**Röll/Sauren. Handbuch für Wohnungseigentümer und Verwalter. Begründet von Notar Dr. Ludwig Röll, weitergeführt von RA und StB Dr. Marcel M. Sauren. 9. neu bearbeitete Auflage 2008, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 969 Seiten, 44,80 €.**

Der Klassiker zum Wohnungseigentumsrecht bringt die komplexe Rechtsmaterie auf den neuesten Rechtsstand. In gewohnter Qualität werden der Praxis Lösungsvorschläge für die vielfältigen Arbeitsabläufe angeboten. Neben rechtlichen Problemen werden auch wirtschaftliche Fragen angesprochen, gleichgültig ob es um Beratung, Verwaltung oder Prozessführung geht. Der Umfang der Erläuterungen ist in Anbetracht der WEG-Novelle erheblich erweitert worden, der Text mit vielen Beispielen angereichert. ABC-Übersichten erleichtern den Umgang mit der Kasuistik, der Musterteil rundet das vorzügliche Werk ab. Der Rat-suchende wird kompakt, stets fundiert und zuverlässig informiert sowie mit vielen Formularhilfen unterstützt. Das Handbuch ist aus der Praxis für die Praxis geschrieben und bedarf keiner Empfehlung mehr.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Schmid/Kahlen. Wohnungseigentumsgesetz. Kommentar von Dr. Michael J. Schmid und Hermann Kahlen. Verlag Franz Vahlen, 2007, 454 Seiten. 32 €.**

Das seit 1.7.2007 geltende neue Wohnungseigentumsgesetz bringt Neues, lässt aber auch viel Altes unverändert. Das Buch

soll dem Praktiker bei seiner täglichen Arbeit eine Hilfestellung bieten. Im Vordergrund steht neben den Neuregelungen die Darstellung der Rechtsprechung, soweit sie nach der Reform noch von Bedeutung ist. Insbesondere wurden zahlreiche Einzelfälle (in alphabetischer Reihenfolge) zu den Einzelvorschriften aufgelistet, um eine schnelle Problembehandlung zu erleichtern. Diese Darstellungsweise besticht wohltuend. Selbstverständlich werden alle Bestimmungen der WEG-Novelle 2007 erläutert. Eindeutig bejaht der Kommentar, dass auch auf Grund einer Öffnungsklausel gefasste Beschlüsse nicht im Grundbuch eintragungsfähig sind (§ 10 Rn. 122). Klar sind auch die Ausführungen zur Rechtsfähigkeit des neuen WEG-Personenverbands; Gläubiger eines einzelnen Wohnungseigentümers können nicht (anteilig) auf die gebildete Instandhaltungsrücklage zugreifen, lediglich wenn die rechtsfähige Gemeinschaft selber Schuldnerin ist (z. B. bei einem Heizölkauf) ist ein Zugriff durch Dritte möglich (§ 10 Rn. 153). Eindeutig wird die Meinung vertreten, dass nach Vereinigung des Verwaltungsvermögens durch eine anschließende Veräußerung eines Wohnungseigentumsrechts das bisherige Verwaltungsvermögen dieser (neuen) Gemeinschaft zustehe (§ 10 Rn. 161). Großen Raum nehmen die Ausführungen zu den Aufgaben und Befugnissen des Verwalters nach § 27 WEG ein, wobei scharf getrennt wird zwischen dem Handeln für den neuen Personenverband und für die Wohnungseigentümer als solchen. Richtig ist die Ansicht, dass ein einmal aufgehobenes Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG durch Beschluss nicht neu begründet werden kann (§ 12 Rn. 51). Akzeptiert wird, dass die Zustimmungspflicht von dinglich Berechtigten nach § 5 WEG umgangen werden kann, wenn neben dem eigentlich gewollten Sondernutzungsrecht allen anderen Wohnungseigentümern mehr oder weniger wertlose Sondernutzungsrechte eingeräumt werden (§ 15 Rn. 31). Eingearbeitet sind auch das begrenzte Vorrecht für Hausgeldforderungen der Wohnungseigentümer vor Grundpfandrechten in der Zwangsversteigerung und die Einführung einer Beschluss-Sammlung beim Verwalter. Alles in allem werden die Erläuterungen kurz und prägnant gegeben. Von dem leicht verständlich geschriebenen Kommentar können auch fachkundige Nichtjuristen profitieren. Der Kommentar ist ein ausgezeichnetes Hilfsmittel für den schnellen Zugriff. Besonders für denjenigen, der Auswärtstermine wahrzunehmen hat, ist das Werk – auch wegen seines handlichen Formats – ein guter Ratgeber.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

## Aktuelles im IPR/aus dem Ausland

### Polen: Notare ab Oktober 2008 in Nachlasssachen zuständig

Im Oktober 2008 wird in Polen das Änderungsgesetz zum Notar-gesetz und anderer Gesetze von September 2007 in Kraft treten. Nach diesem Gesetz sind polnische Notare künftig zur Eröffnung von Testamenten und Erteilung von Erbnachweisen zuständig und zwar sowohl bei gesetzlicher Erbfolge als auch testamentarischer Erbeinsetzung. Liegen allerdings ausser-ordentliche Testamentsformen vor, ist die Zuständigkeit des Notars ausgeschlossen. Erteilt der Notar nach Abschluss des Verfahrens einen Erbnachweis, hat dieser die selben Wirkungen wie eine gerichtliche Feststellung der Erbschaft. Der vom Notar erstellte Erbnachweis wird in einem Register eingetragen. Das Nachlassgericht kann in bestimmten Fällen den vom Notar erteilten Erbnachweis aufheben.

### Türkei: Neues IPR-Gesetz in Kraft getreten

Im November 2007 hat die Türkei ein neues IPR-Gesetz verabschiedet, das das bisherige IPR-Gesetz von 1982 ablöst. Das Gesetz ist am 12.12.2007 in Kraft getreten<sup>1</sup>.

Für die notarielle Praxis ergeben sich durch das neue Gesetz mit einer Ausnahme keine großen Änderungen gegenüber dem bisher geltenden Recht.

In erbrechtlichen Fragen ist weiterhin der deutsch-türkische Konsularvertrag zu beachten, der für die Erbfolge in Mobilien an das Heimatrecht des Erblassers und für die Erbfolge in Immobilien an das Belegenheitsrecht anknüpft.

Das Güterrechtsstatut richtet sich nach dem neuen IPR-Gesetz mangels Rechtswahl weiterhin in erster Linie nach dem gemeinsamen Heimatrecht im Zeitpunkt der Eheschließung, bei gemischt-nationalen Ehen nun nach dem gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt im Zeitpunkt der Eheschließung (bisher: gemeinsamer Wohnsitz bei Eheschließung).

Neu ist dagegen die güterrechtliche Regelung in Artikel 15 Nr. 2 IPR-Gesetz, der folgende Aussage trifft (Übersetzung von Prof. Dr. Hilmar Krüger in IPrax 2008, 283ff):

<sup>1</sup> Der übersetzte Gesetzestext ist veröffentlicht in IPrax 2008, 283ff, ferner findet sich in IPrax 2008, 281ff eine kurze Zusammenfassung der neuen Regeln

„2. Auf die Auseinandersetzung des Vermögens hinsichtlich unbeweglicher Sachen wird das Recht des Landes, in dem sie belegen sind, angewandt.“

Die Vorschrift könnte als Rück- bzw. Weiterverweisung zu deuten sein, so dass sich das Güterstatut im Hinblick auf unbewegliche Sachen nach dem Recht der Belegenheit richten würde<sup>2</sup>.

Das hätte zur Folge, dass für in Deutschland belegene Grundstücke auch bei ausschließlicher türkischer Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung deutsches Güterrecht anzuwenden wäre. Da auch der deutsch-türkische Konsularvertrag bestimmt, dass auf in Deutschland belegene Grundstücke deutsches Erbrecht zur Anwendung kommt, würde dies zu einem Gleichlauf von Güter- und Erbrecht führen. Folge wäre, dass das Erhöhungsviertel nach § 1371 I BGB bei gesetzlicher Erbfolge in in Deutschland belegene Grundstücke auch nach der Judikatur des OLG Stuttgart zu gewähren wäre, wenn die Ehegatten keine anderweitigen Bestimmungen getroffen haben.

Fraglich ist in diesem Zusammenhang, wie sich - für den Fall, dass Art. 15 Nr. 2 IPR-Gesetz wirklich eine Güterrechtsverweisung auf das Belegenheitsrecht enthält- die Neuregelung in Fällen auswirkt, in denen Grundeigentum bereits vor dem 12.12.2007 erworben wurde. Auch in Altfällen könnte es an diesem Tag zu einem Statutenwechsel gekommen sein. Übergangsbestimmungen zum IPR-Gesetz fehlen, in Art. 1 EinfG zum türk. ZGB, Gesetz Nr. 4722/2001 ist der allgemeine Grundsatz der Nichtrückwirkung von Gesetzen enthalten. In abgeschlossenen Vorgängen führt dieser Grundsatz dazu, dass auf diese das neue Recht nicht anzuwenden ist. Für die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Eheleute sind aber wohl ab Inkrafttreten des neuen Gesetzes die neuen Regeln anzuwenden<sup>3</sup>. Dies dürfte auch für das Güterrecht gelten, so dass am 12.12.2007 ein Güterstatutenwechsel im Hinblick auf in Deutschland belegene Grundstücke eingetreten sein könnte.

Literatur und Rechtsprechung liegen zu der neuen Vorschrift allerdings nach meiner Kenntnis noch nicht vor, so dass abzuwarten sein wird, ob sich die dargestellte Auslegung bestätigen wird.

<sup>2</sup> in diese Richtung gehend auch Gutachten des DNotI vom 12.03.2008, Dokumentennummer 83399

<sup>3</sup> Krüger/Nomer-Ertan, IPrax 2008, 281

### Türkei: Immobilienerwerb durch Ausländer wieder möglich

Aufgrund eines Verfassungsgerichtsurteil wurde am 14.04.2008 eine vorläufige Anweisung an die türkischen Grundbuchämter herausgegeben, Eintragungsverfahren vorläufig ruhen zu lassen, wenn ausländische Käufer an einem Grundstückserwerb in der Türkei beteiligt sind.

Anfang Juli 2008 wurden die vom Verfassungsgericht beanstandeten Regelungen des Grundbuchgesetzes geändert. Der Immobilienerwerb durch Ausländer in der Türkei ist nunmehr wieder möglich, wenn die Gegenseitigkeit verbürgt ist.

Allerdings können ausländische natürliche Personen und Gesellschaften mit überwiegend ausländischer Beteiligung Grundbesitz nur in Gebieten erwerben, in denen ein offizieller Bebauungsplan besteht. Ferner dürfen maximal 10% der Flächen der im Gebiet eines solchen Bebauungsplanes befindlichen Flächen an Ausländer oder Gesellschaften mit überwiegend ausländischer Beteiligung verkauft werden dürfen. Nach wie vor dürfen Grundstücke mit Gewässern und Flüssen, die zur Bewässerung und als Trinkwasser dienen und solche, die zum kulturellen Erbe gehören, wie auch militärische Sperrgebiete und Sicherheitszonen nicht von Ausländern erworben werden.

### FGG-Reformgesetz verabschiedet

Am 27.06.2008 hat der Bundestag das FGG-Reformgesetz verabschiedet. Das Gesetz wird voraussichtlich zum 01.09.2009 in Kraft treten.

Im Bereich des internationalen Verfahrensrechtes ist für die notarielle Praxis insbesondere von Bedeutung, dass der Gleichlaufgrundsatz im nachlassgerichtlichen Verfahren aufgehoben wird. Ab 01.09.2009 werden deutsche Nachlassgerichte international zuständig sein, wenn sie örtlich zuständig sind. § 2369 BGB wird in diesem Zusammenhang geändert<sup>4</sup>.

Zusammengestellt von Daniel Schaal, Notarvertreter, Stuttgart

<sup>4</sup> siehe die Abhandlung in BWNNotZ 2007, 154ff

### Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail:

wuertt.NotV@t-online.de) zu richten. Der Bezugspreis beträgt jährlich € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. 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.

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

Qualifizierter

**Württ. Notariatsassessor (m/w)**

vorzugsweise mit Berufserfahrung zur Übernahme eines vollen Referats mit allen Aufgaben eines Notars, einschl. Notarvertretung, in lebhaft, modern ausgestattete (Anwalts-)Notarkanzlei gesucht.

Weitere Einzelheiten gerne persönlich.

Notar Alfons Biermeier  
Mörikestraße 17-19, 70178 Stuttgart  
Tel. 0711/96785-12, pers. E-Mail: [biermeier@biermeier-notar.de](mailto:biermeier@biermeier-notar.de)

