

Deutsche Notar-Zeitschrift

Heft 3

März 2008

Seite 161 – 240

INHALT

Mitteilungen

Höchstpersönliche Verwendung von Signaturkarten	161
Achtes Wissenschaftliches Symposium „Scheidung, Trennung – Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen“	164
Symposium „Die Reform des GmbH-Rechts“	164
Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare	165
Verbraucherpreisindex für Deutschland im Januar 2008	166

Aktuelles Forum

<i>Paulick</i> , Das Ende der „gGmbH“ im Gemeinnützigkeitsrecht?	167
--	-----

Aufsatz

<i>Keim</i> , Die Vollmacht über den Tod hinaus bei Vor- und Nacherb-schaft	175
---	-----

Rechtsprechung

I. Allgemeines

Änderung von DIN-Normen beim Bauträgervertrag <i>Pfälz. OLG Zweibrücken, Urt. v. 21. 12. 2006 – 4 U 12/06 (mit Anm. Pause)</i>	187
---	-----

II. Familienrecht

1. Eheleiche Lebensverhältnisse bei gehobenen Einkommensverhältnissen und dürftigem Lebensstandard <i>BGH, Urt. v. 4. 7. 2007 – XII ZR 141/05</i>	193
2. Haftungsgrenze für Unterhaltsanspruch gegenüber Erben des geschiedenen Ehegatten <i>BGH, Urt. v. 18. 7. 2007 – XII ZR 64/05</i>	196
3. Vormundschaftsgerichtliche Genehmigung einer Überlassung unter Anrechnung auf den Pflichtteil <i>OLG München, Beschl. v. 17. 7. 2007 – 31 Wx 018/07</i>	199

III. Handels- und Gesellschaftsrecht

1. Kapitalerhaltungsgebot für Veräußerer und Erwerber bei auf-schiebend bedingter Anteilsübertragung <i>BGH, Urt. v. 18. 6. 2007 – II ZR 86/06</i>	202
---	-----

2. Vorliegen einer verdeckten gemischten Sacheinlage und Nachgründung <i>BGH, Urt. v. 9. 7. 2007 – II ZR 62/06</i>	207
3. Dogmatische Grundlage der Existenzvernichtungshaftung <i>BGH, Urt. v. 16. 7. 2007 – II ZR 3/04 (mit Anm. Witt)</i>	213
4. Bestellung eines Liquidators für eine Kommanditgesellschaft <i>OLG Hamm, Beschl. v. 16. 7. 2007 – 15 W 56/07</i>	227
<i>IV. Kostenrecht</i>	
Beschaffung von Lösungsunterlagen bei Grundstückskaufvertrag <i>BGH, Beschl. v. 12. 7. 2007 – V ZB 113/06</i>	229
<i>V. Notarrecht</i>	
1. Errichtung und Besetzung von Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung im badischen Rechtsgebiet <i>BGH, Beschl. v. 23. 7. 2007 – NotZ 50/06</i>	231
2. Anforderungen an Bewerber für hauptberufliche Amtsausübung <i>BGH, Beschl. v. 23. 7. 2007 – NotZ 54/06</i>	236
Buchbesprechungen	
Ruff, Erschließungsbeiträge von A-Z (<i>Faiß</i>) – BNotK, Bibliographie zur Geschichte des deutschen Notariats (<i>Ordemann</i>)	239

Deutsche Notar-Zeitschrift

VERKÜNDUNGSBLATT DER BUNDESNOTARKAMMER

Herausgegeben im Auftrag der Bundesnotarkammer von
RA und Notar Manfred Blank, Lüneburg,
Notar Prof. Dr. Günter Brambring, Köln,
Notar Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Neu-Ulm

3 | 2008

Heft 3, März 2008
Seite 161–240

MITTEILUNGEN

Höchstpersönliche Verwendung von Signaturkarten

Die Diskussionen über die Verwendung von Signaturkarten im Notarbüro geben Anlass, die Rechtslage aus Sicht der Bundesnotarkammer zusammenfassend darzustellen:

1. § 39a Satz 2 BeurkG

Die qualifizierte elektronische Signatur stellt das elektronische Äquivalent der eigenhändigen Unterschrift dar. Diese Funktionsäquivalenz hat der Gesetzgeber in §§ 126 Abs. 3, 126a BGB sowie im Signaturgesetz festgelegt. Bei qualifizierten elektronischen Signaturen wird in einem Zertifizierungsverfahren ein Signaturschlüssel nachweislich einer bestimmten Person durch den Zertifizierungsdiensteanbieter (Zertifizierungsstelle, Trust Center) zugewiesen und auf einer sicheren Signaturerstellungseinheit gespeichert (§ 5 Abs. 1 SigG).

Wie die Unterschrift des Notars auf der papiergebundenen Urkunde nach § 39 BeurkG ist auch ihr elektronisches Äquivalent, die Erzeugung einer qualifizierten elektronischen Signatur bei Errichtung einer elektronischen notariellen Urkunde nach § 39a BeurkG, eine Amtshandlung. Eine Urkunde kann nur von demjenigen erstellt werden, dem die Fähigkeit zur Aufnahme öffentlicher Urkunden von der Staatsgewalt übertragen ist. Würde die Signatur von einer anderen Person als dem Notar selbst erzeugt werden, läge zudem der Sache nach ein Fall der verdeckten Stellvertretung vor. Diese ist nach dem notariellen Berufsrecht ausgeschlossen. Eine Stellvertretung ist ausschließlich nach Maßgabe der Vorschriften über die Bestellung eines Notarvertreters nach §§ 39 ff. BNotO zulässig.

Unbeachtlich ist dabei die Überlegung, dass bei papiergebundenen notariellen Urkunden das Siegel nicht vom Notar persönlich begedrückt werden muss. Bei elektronischen notariellen Urkunden ist Funktionsäquivalent des Siegels der nach § 39a Satz 4 BeurkG vorgeschriebene Nachweis der Notar-

eigenschaft. Dieser wird bei einer von einem Notar erstellten Urkunde regelmäßig über das im qualifizierten Zertifikat enthaltene Notarattribut geführt. Bei der Erzeugung der qualifizierten elektronischen Signatur wird diese Information zur Berufsträgereigenschaft automatisch Bestandteil der Signaturdatei und erleichtert damit im Ergebnis die Abwicklung, weil der zusätzliche Akt des Siegelbeidrückens entfällt. Diese Möglichkeit, mit der Signatur zugleich auch den Nachweis der Notareigenschaft beizufügen, hat demgegenüber keinen Einfluss auf die Notwendigkeit der höchstpersönlichen Erzeugung der Signatur. Denn es bliebe dem Notar grundsätzlich unbenommen, den Nachweis der Notareigenschaft auch in anderer Weise als über die Signatur zu führen. Bei der von einem Notarvertreter erstellten Urkunde erfolgt dieser Nachweis z. B. regelmäßig durch eine elektronische beglaubigte Abschrift der Bestellungsurkunde (vgl. Rundschreiben Nr. 25/2006 der Bundesnotarkammer vom 7. 12. 2006).

Zur Klarstellung dieser Grundsätze hat die 92. Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer am 28. 4. 2006 in Berlin eine entsprechende Ergänzung von Ziffer IV der Richtlinienempfehlungen hinsichtlich der Pflicht zur persönlichen Amtsausübung um folgende neue Ziffer 2 beschlossen:

„2. Der Notar darf die zur Erzeugung seiner elektronischen Signatur erforderliche Signatureinheit von Zugangskarte und Zugangscode (sichere Signaturerstellungseinheit) nicht Mitarbeitern oder Dritten zur Verwendung überlassen. Er hat die Signatureinheit vor Missbrauch zu schützen.“

Die Mehrzahl der regionalen Notarkammern hat diese Empfehlungen zwischenzeitlich in ihre Richtlinien aufgenommen.

2. Signaturrecht

Unabhängig vom notariellen Berufsrecht ergibt sich ein Verbot der Weitergabe von Signaturkarte und PIN bereits aus dem Signaturgesetz (vgl. *Roßnagel*, BB 2007, 1233, 1235). So steht die eindeutige und sichere Zuordnung von Signaturkarte und PIN zu einer bestimmten Person im Zentrum des Zertifizierungsverfahrens. Hierfür sieht das Signaturrecht zahlreiche Sicherungsmechanismen vor. Das gesamte Sicherungssystem des Signaturgesetzes wird kompromittiert, wenn die Signaturkarte an einen Dritten weitergegeben wird. Denn der Signaturschlüssel-Inhaber verliert seine tatsächliche Sachherrschaft an den Dritten, der nunmehr über die Zugangskarte verfügt. Durch die Mitteilung der PIN an den Dritten gibt der Signaturschlüssel-Inhaber zudem sein Wissensmonopol auf und kann daher den Einsatz des Wissens nicht mehr kontrollieren.

3. Folgen eines Verstoßens gegen die Pflicht zur höchstpersönlichen Erstellung der qualifizierten elektronischen Signatur

a) Unwirksamkeit der Urkunde

Wird die Signatur durch den Notar nicht höchstpersönlich erzeugt, ist die elektronische Urkunde unwirksam. Bei der in § 39a Satz 2 BeurkG nor-

mierten Pflicht zur höchstpersönlichen Erzeugung der Signatur handelt es sich um eine zwingende Vorgabe des Beurkundungsrechts. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Beurkundungsrechts ziehen Verstöße gegen Muss-Vorschriften die Unwirksamkeit der Urkunde nach sich (BT-Drucks. 5/3282, S. 24; BayObLGZ 1983, 101, 106; *Eylmann* in *Eylmann/Vaasen*, BeurkG, 2. Aufl., 2004, Einl. Rdn. 6; *Winkler*, BeurkG, 15. Aufl., 2003, Einl. Rdn. 13).

b) Disziplinarmaßnahmen, insbesondere Amtsenthebung

Daneben sind bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur höchstpersönlichen Verwendung der Signaturkarte des Notars Disziplinarmaßnahmen zu ergreifen. Bei schwerwiegenden Verstößen kommt als Sanktion die Entfernung aus dem Amt in Betracht. Die Überlassung der Signaturkarte an Mitarbeiter des Notars zur Erzeugung der Signatur stellt ein solches schweres Dienstvergehen dar, da vorsätzlich – und ggf. wiederholt – gegen zwingende Vorschriften des Beurkundungsrechts verstoßen wird. Zudem wird zugelassen, dass scheinbar wirksame notarielle Urkunden in den Rechtsverkehr gelangen und hierdurch der Rechtsverkehr getäuscht wird.

c) Mögliche weitere Konsequenzen

Gibt der Notar seine Signaturkarte einem Dritten, insbesondere einem Mitarbeiter, damit dieser die qualifizierte elektronische Signatur nach § 39a Satz 2 BeurkG erzeugt, und wird in dieser Weise der Anschein einer wirksamen Urkunde geschaffen, kommt eine Strafbarkeit nach § 269 StGB (Fälschung beweisheblicher Daten) in Betracht. Entscheidend für eine Strafbarkeit nach § 269 StGB ist, ob der Täter durch die Speicherung der Daten ein Datenprodukt hergestellt hat, das im Falle seiner visuellen Darstellung als unechte Urkunde zu qualifizieren wäre (vgl. *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl., 2006, § 269 Rdn. 15). Diese Voraussetzung ist erfüllt, da das Datenprodukt aufgrund der Signatur des Notars scheinbar vom Notar erstellt worden ist, tatsächlich aber ein Mitarbeiter des Notars die Urkunde erstellt hat. Unerheblich ist dabei, dass nach dem strafrechtlichen Urkundsbegriff der §§ 267 ff. StGB Aussteller einer Urkunde grundsätzlich derjenige ist, der als geistiger Urheber für die Erklärung einsteht und nicht derjenige, der die Urkunde körperlich hergestellt hat (sog. Geistigkeitstheorie, vgl. BGHSt 13, 383, 385; *Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl., 2006, § 267 Rdn. 55). Denn auf die eigenhändige Unterzeichnung bzw. die eigenhändige Erzeugung der Signatur ist in Fällen abzustellen, in denen – wie in § 39a Satz 2 BeurkG – Eigenhändigkeit ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist (*Schönke/Schröder*, StGB, 27. Aufl., 2006, § 267 Rdn. 59). Je nach dem Kenntnisstand des Mitarbeiters, der die Signatur erzeugt, kommt entweder eine unmittelbare Täterschaft des Mitarbeiters und eine Strafbarkeit des Notars als Teilnehmer oder eine mittelbare Täterschaft des Notars ggf. mit Beihilfe durch den Mitarbeiter in Betracht.

4. Notarprüfungen und Schulungen der Notarfachangestellten

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass die Frage der höchstpersönlichen Erzeugung der Signatur verstärkt Gegenstand der Notarprüfungen auch durch eine Befragung der Angestellten des Notars sein wird. Sollten dabei Verstöße festgestellt werden, ist von einem Ergreifen der erforderlichen disziplinar- und strafrechtlichen Maßnahmen auszugehen. Zum Schutze der Mitarbeiter des Notars, die sich bei Verwendung der Signaturkarte des Notars der Gefahr einer Strafverfolgung aussetzen, wird diese Mitteilung auch im Rahmen der Notarfachangestellten- bzw. RENO-Schulungen sowie im Bereich der Notarkassen im Rahmen der Schulungen der Notarkassenangestellten berücksichtigt werden.

Achtes Wissenschaftliches Symposium „Scheidung, Trennung – Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen“

Das Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg veranstaltet am 30. 5. 2008 in der Julius-Maximilians-Universität Würzburg, Neubaukirche, Domerschulstr. 16, sein Achtes Wissenschaftliches Symposium zum Thema „Scheidung, Trennung – Scheidungs- und Trennungsvereinbarungen“. Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend tätigen Praktiker und einschlägig interessierte Wissenschaftler sowie an alle Verwaltungsjuristen.

Die Teilnahmegebühr (incl. Verpflegung, Teilnahmebescheinigung und Tagungsband) beträgt 130,- € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., 185,- € für Nichtmitglieder und 65,- € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung. Die Teilnahme für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind, ist kostenfrei.

Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstr. 19, 97070 Würzburg, Telefon 0931/355760, Telefax 0931/35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de.

Symposium „Die Reform des GmbH-Rechts“

Das Rheinische Institut für Notarrecht der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn veranstaltet zusammen mit dem Institut für Gesellschaftsrecht der Universität zu Köln am 9. 5. 2008, 9.30 Uhr, eine Gemeinschaftstagung in der Universität zu Köln, Hauptgebäude, Neuer Senatssaal, Albertus-Magnus-Platz, zu aktuellen Entwicklungen des GmbH-Rechts. Das Symposium ist in drei Abteilungen gegliedert: Gründung einer GmbH nach dem MoMiG, Die Übertragung von Geschäftsanteilen und Grenzüberschreitende Verschmelzungen.

Nähere Informationen siehe unter www.jura.uni-bonn.de/notarrecht. Anfragen sind zu richten an das Rheinische Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46 a, 53113 Bonn, Telefon 0228/734432, Telefax 0228/734041, E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de.

Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare

1. Intensivkurs Überlassungsvertrag

Zeit/Ort: 4. – 5. 4. 2008, Berlin, Ausbildungs-Center des DAI
Referenten: Rechtsanwalt und Notar, Steuerberater *Dr. Reinhard Geck*, Hannover,
Notar *Dr. Jörg Mayer*, Simbach am Inn
Kostenbeitrag: 375,- € / ermäßigt 295,- €
25,- € für den Erfolgsnachweistest

2. Haftungsgefahren und Gestaltungschancen im Gesellschaftrecht

Zeit/Ort: 11. 4. 2008, Heusenstamm, Ausbildungs-Center des DAI
12. 4. 2008, Kiel, Maritim Hotel Bellevue
Leitung: Notar *Dr. Heribert Heckschen*, Dresden
Referenten: Notar *Dr. Heribert Heckschen*, Dresden, Rechtsanwalt *Dr. Andreas Heidinger*, DNotI, Würzburg
Kostenbeitrag: 295,- € / ermäßigt 225,- €
25,- € für den Erfolgsnachweistest

3. Die Immobilie im Zivil- und Steuerrecht

Zeit/Ort: 25. – 26. 4. 2008, Bochum, Ausbildungs-Center des DAI
Leitung: Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim
Referenten: Richter am BFH *Dr. Bernd Heuermann*, München, Notar *Dr. Sebastian Spiegelberger*, Rosenheim, Notar *Dr. Eckhard Wälzholz*, Füssen
Kostenbeitrag: 445,- € / ermäßigt 345,- €
25,- € für den Erfolgsnachweistest

4. Haftungsfallen im Erbrecht – Typische Fälle aus der notariellen Praxis

Zeit/Ort: 25. 4. 2008, Kiel, Maritim Hotel Bellevue
26. 4. 2008, Heusenstamm, Ausbildungs-Center des DAI
Referenten: Notar *Dr. Ivo Malte*, Hamburg, Rechtsanwältin *Dr. Gabriele Müller*,
DNotI, Würzburg
Kostenbeitrag: 295,- € / ermäßigt 225,- €
25,- € für den Erfolgsnachweistest

5. Jahresarbeitstagung Erbrecht

Zeit/Ort: 16. – 17. 5. 2008, Heusenstamm, Ausbildungs-Center des DAI
Leitung: Rechtsanwalt *Dr. Michael Bonefeld*, Grünwald, Notar *Dr. Norbert Frenz*, Kempen, Rechtsanwalt *Dr. Peter Haas*, Bochum
Referenten: N.N.
Kostenbeitrag: 495,- € / 465,- € für Mitglieder der Notarkammer Frankfurt /
ermäßigt 395,- €

6. Umwandlungsrecht in der notariellen Praxis

Zeit/Ort: 7. 6. 2008, Heusenstamm, Ausbildungs-Center des DAI
Referent: Notar *Prof. Dr. Dieter Mayer*, München
Kostenbeitrag: 295,- € / 265,- € für Mitglieder der Notarkammer Frankfurt /
ermäßigt 225,- €
25,- € für den Erfolgsnachweistest

7. Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht

<i>Zeit/Ort:</i>	13. 6. 2008, Heusenstamm, Ausbildungs-Center des DAI 14. 6. 2008, Berlin, Ausbildungs-Center des DAI
<i>Referent:</i>	Notar <i>Dr. Wolfram Waldner</i> , Bayreuth
<i>Kostenbeitrag:</i>	295,- € / 265,- € für Mitglieder der Notarkammer Frankfurt / ermäßigt 225,- € / 175,- € Mitarbeiter 25,- € für den Erfolgsnachweistest

Die Veranstaltung kann aus wichtigem Grund, z. B. bei zu geringer Teilnehmerzahl, bei Ausfall bzw. Erkrankung eines Referenten, Hotelschließung oder höherer Gewalt abgesagt werden. Im Fall einer zu geringen Teilnehmerzahl hat die Absage nicht später als zwei Wochen vor Beginn der Veranstaltung zu erfolgen. In allen anderen Fällen einer Absage aus wichtigem Grund sowie in Fällen notwendiger Änderungen des Programms, insbesondere eines Dozentenwechsels, wird das DAI die Teilnehmer so rechtzeitig wie möglich informieren. Muss ausnahmsweise eine Veranstaltung abgesagt oder verschoben werden, wird die bezahlte Teilnehmergebühr umgehend erstattet. Weitergehende Ansprüche sind ausgeschlossen, außer in Fällen vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Verhaltens der gesetzlichen Vertreter, Angestellten oder sonstigen Erfüllungsgehilfen des DAI.

Anfragen und Anmeldungen sind zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V. – Fachinstitut für Notare –, Universitätsstr. 140, 44799 Bochum, Telefon 0234/9706418, Telefax 0234/703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de, Internet: www.anwaltsinstitut.de, Bankverbindung: Dresdner Bank AG Bochum (BLZ 430 800 83), Konto-Nr. 802 950 700.

Verbraucherpreisindex für Deutschland im Januar 2008

Der Verbraucherpreisindex wird in fünfjährigem Abstand einer turnusmäßigen Überarbeitung unterzogen. Ab Berichtsmonat Januar 2008 erfolgt die Umstellung von der bisherigen Basis 2000 auf das Basisjahr 2005. Die Umstellung auf das neue Basisjahr ist mit einer Neuberechnung des Verbraucherpreisindex ab Januar 2005 verbunden.

Nach Mitteilung des Statistischen Bundesamtes ist der Verbraucherpreisindex für Deutschland auf Basis 2005 = 100 im Januar 2008 gegenüber Januar 2007 um 2,8% (105,3) gestiegen. Im Vergleich zum Dezember 2007 verringerte sich der Index um 0,4%.

Das Statistische Bundesamt ist im Internet unter www.destatis.de vertreten (Service-Nr. 0611/75-4777, E-Mail: verbraucherpreisindex@destatis.de).