

grundsätzlich auch im Bereich der Erbschaft- und Schenkungsteuer keine Belehrungspflicht bezüglich der steuerlichen Auswirkungen des Rechtsgeschäfts. Auf diesen allgemeinen Hinweis sollte der Notar jedoch angesichts der in § 8 ErbStDV ausdrücklich normierten Hinweispflicht und der daran anknüpfenden Amtshaftungsgefahr nicht verzichten.

CV

### **9. Kostenrecht – Erstellung von XML-Strukturdaten als gebührenfreies Nebengeschäft**

(*OLG Düsseldorf*, Beschluss vom 15. 9. 2009 – I-10 W 55/09 – mit Anmerkung von *André Elsing, Hamburg*)

#### **KostO §§ 30 Abs. 1; 147 Abs. 2**

**Für die im Rahmen einer Handelsregisteranmeldung erstellte Strukturdatei (XML-Datei) darf eine Gebühr nach §§ 147 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO nicht erhoben werden.**

(Leitsatz nicht amtlich)

#### **Aus den Gründen:**

Die bei Gericht am 8. 6. 2009 eingegangene weitere Beschwerde des Kostengläubigers vom 4. 6. 2009 gegen den Beschluss der 25. Zivilkammer des LG Düsseldorf vom 8. 5. 2009 ist gemäß § 156 Abs. 2 KostO infolge Zulassung durch das LG statthaft und sowohl form- als auch fristgerecht eingelegt worden.

Die weitere Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die Entscheidung des LG beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts. Es lässt keine Rechtsfehler erkennen, dass das LG die beanstandete Kostenrechnung um einen Betrag von € 66,- zuzüglich Umsatzsteuer gekürzt hat. Für die im Rahmen einer Handelsregisteranmeldung erstellte Strukturdatei (XML-Datei) durfte der Kostengläubiger eine Gebühr nach §§ 147 Abs. 2, 30 Abs. 1 KostO nicht erheben.

#### **Für die Erstellung einer XML-Strukturdatei existiert keine besondere Gebührenschrift**

1. Die Auffangnorm des § 147 Abs. 2 KostO setzt zunächst voraus, dass für die Tätigkeit eine besondere Gebühr nicht bestimmt ist. Nach der derzeitigen Gesetzeslage gibt es für die hier fragliche Erstellung einer XML-Strukturdatei keine besondere Gebührenschrift. Eine solche soll nach dem Vorschlag der Expertenkommission „Reform der Notarkosten“ vom 10. 2. 2009 erst geschaffen werden (vgl. „Entwurf der Kostenordnung – nur notarrelevante Regelungen“ unter [www.bmj.bund.de](http://www.bmj.bund.de)).

#### **Hinsichtlich der Mindestangaben besteht eine § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO unterfallende Pflicht des Notars zur Übermittlung der XML-Datei**

2. Desweiteren setzt § 147 Abs. 2 KostO voraus, dass die Kostenordnung keine Regelung enthält, aus der sich ergibt, dass dem Notar für die Tätigkeit keine besondere Gebühr erwachsen soll. Hier stellt sich die Frage, ob die Gebührenfreiheit gemäß § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO auch die Aufbereitung der anmelderelevanten Daten in eine XML-Datei erfasst.

Nach § 12 Abs. 1 S. 1 HGB sind Anmeldungen zur Eintragung im Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form einzureichen. Dies bedeutet, dass das Papierdokument in ein elektronisches Dokument umzuwandeln und zu übermitteln ist. Die elektronische Übermittlung des Dokuments wird unzweifelhaft von § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO erfasst. Als weitere Datei ist gemäß § 8 a Abs. 2 HGB i. V. mit § 8 der Elektronischen Registerverordnung Amtsgerichte (ERegister-VO) vom 19. 12. 2006 und Ziff. 6 der aufgrund § 10 Register-VO erfolgten Bekanntmachung von Einzelheiten des Verfahrens im Falle einer Anmeldung eine gültige (valide) XML-Datei zu übermitteln. Diese muss mindestens Angaben zum gerichtlichen Aktenzeichen, eine schlagwortartige Bezeichnung des Gegenstands der Anmeldung und zur aktuell eingetragenen Firma bzw. zum Namen des Rechtsträgers, auf den sich die Anmeldung bezieht sowie die Bezeichnung der Person des Einreichers der Anmeldung enthalten. Hinsichtlich dieser Mindestangaben besteht mithin eine Pflicht des Notars zur Erstellung und Übermittlung der XML-Datei. Dies rechtfertigt es, auch die hiermit verbundene Tätigkeit als Teil der gemäß § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO gebührenfreien Übermittlungstätigkeit anzusehen (vgl. Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse, NotBZ 2007, 356; Rohs/Wedewer/Rohs, § 147 KostO Rn. 32).

Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn die XML-Datei über die genannten Mindestangaben hinausgehend sämtliche anmelderelevanten Informationen enthält und damit die komplette elektronische Steuerung und Bearbeitung des Anmeldevorgangs durch das Registergericht ermöglicht; diese Datenvorerfassung geht über das nach der ERegister-VO in Verbindung mit der o.g. Bekanntmachung geforderte Maß hinaus (vgl. auch OLG Hamm NotBZ 2009, 281 = RNotZ 2009, 415 m. Anm. Schmidt; Diehn, NotBZ 2009, 282 f.; Tiedtke, ZNotP 2009, 246, 248; Sikora, MittBayNot 2009, 326, 328; Bund, JurBüro 2008, 625, 627; Prüfungsabteilung der Ländernotarkasse A.d.ö.R., NotBZ 2007, 356). Sie kann daher nicht mehr der nach § 147 Abs. 4 Nr. 1 KostO gebührenfreien Übermittlungstätigkeit zugeordnet werden (vgl. auch Korinthenberg/Bengel/Tiedtke, 17. Aufl. 2008, § 41 a KostO Rn. 126).

Für den vorliegenden Fall ist nicht vorgetragen, in welchem Umfang der Kostengläubiger die XML-Strukturdatei erstellt und übermittelt hat, ob er sich also auf die Mindestangaben beschränkt oder darüber hinaus weitergehende Daten vorerfasst hat. Auch ist nicht vorgetragen, ob der Kostengläubiger ggf. einen entsprechenden Auftrag der Kostenschuldnerin für eine überobligatorische Erstellung der XML-Datei hatte. Diese tatsächlichen Fragen bedürfen indes ebenso wenig einer Klärung wie die Frage, ob unter Geltung des EHUG jeder Vollzugauftrag eines Beteiligten in Handelsregistersachen dahin zu verstehen ist, dass der Notar auch eine komplette Daten-Vorerfassung zur Weiterbearbeitung bei Gericht vornehmen soll (so Otto, JurBüro 2007, 120 ff, 123). Selbst eine umfassende Datenvorerfassung im XML-Format im Auftrag eines Beteiligten würde – wie sich aus folgenden Ausführungen ergeben wird – keine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO auslösen.

**Über die Mindestangaben hinaus gehende Daten-Vor-  
fassung stellt ein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. v.  
§§ 147 Abs. 3, 35 KostO dar**

3. Eine Gebührenpflicht nach § 147 Abs. 2 KostO setzt weiterhin voraus, dass es sich nicht lediglich um eine das Hauptgeschäft vorbereitende oder fördernde Tätigkeit des Notars handelt, die als Nebengeschäft (§ 35 KostO) durch die Gebühr für das Hauptgeschäft bereits abgegolten wird, § 147 Abs. 3 KostO. Das LG führt aus, dass das Erstellen einer XML-Datei ein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. v. §§ 147 Abs. 3, 35 KostO ist. Dies ist rechtlich nicht zu beanstanden und trifft für die Erstellung der XML-Datei mit sämtlichen anmelderelevanten Eintragungsdaten zu.

Nebengeschäft i. S. d. §§ 35, 147 Abs. 3 KostO ist ein Geschäft, das für sich allein vorgenommen gebührenpflichtig wäre, das aber, weil es im Verhältnis zu dem anderen Geschäft, dem Hauptgeschäft, als das minder wichtige Geschäft erscheint, keine selbständige Bedeutung hat, sondern vorgenommen wird, um das Hauptgeschäft vorzubereiten oder seinen Vollzug zu fördern (vgl. Rohs/Wedewer/Rohs, § 147 KostO Rn. 26 m. w. N.; Hartmann, 39. Aufl., § 35 KostO Rn. 4). Nach diesen Maßgaben ist das Erstellen der über die Mindestangaben hinausgehenden XML-Strukturdatei als Nebengeschäft zu beurteilen, nicht als eigenständig zu vergütende Betreuungsleistung (vgl. OLG Hamm NotBZ 2009, 281 = RNotZ 2009, 415 m. Anm. Schmidt; Bund, JurBüro 2008, 625, 627 ohne Differenzierung nach dem Umfang der XML-Datei; a. A.: Diehn, NotBZ 2009, 282, 283; Otto, JurBüro 2007, 120, 123; Sikora, MittBayNot 2009, 326, 327).

Die Anmeldung der eintragungspflichtigen Tatsache hat der Notar nach § 53 Abs. 1 BeurkG beim Handelsregister einzureichen, mithin zum Vollzug vorzulegen. Dies hat nach den obigen Ausführungen in elektronischer Form zu geschehen nebst einer XML-Datei mit bestimmten Mindestangaben. Die hier fragliche darüber hinausgehende Daten-Vorfassung hat gegenüber dem Hauptgeschäft, namentlich die Registeranmeldung als solche (vgl. auch Sikora a.a.O.), keine selbständige Bedeutung und erscheint als das minder wichtige Geschäft. Sie wird vorgenommen, um den Vollzug der (gebührenpflichtigen) Anmeldung zur Eintragung in das Handelsregister zu fördern, namentlich zu beschleunigen. Dem Registergericht soll durch die Datenaufbereitung die komplette elektronische Steuerung und Bearbeitung des Anmeldevorgangs ermöglicht werden. Es soll auf diese Weise eine Vielzahl komplizierter Eintragungsinhalte unmittelbar aus der Anmeldung in den Eintragungsentwurf übernehmen und sich in der Regel auf die inhaltliche Kontrolle beschränken können, damit es im Interesse aller Beteiligten zu einer zügigen Bearbeitung und raschen Eintragung in das Register kommen kann (vgl. Sikora, MittBayNot 2009, 326, 327; Krafka, DNotZ 2006, 885, 886 f.). Dass der Notar nicht zur umfassenden Datenaufbereitung im XML-Format verpflichtet ist, hindert nicht die Einordnung als Nebengeschäft (vgl. auch OLG Hamm NotBZ 2009, 281 = RNotZ 2009, 415 m. Anm. Schmidt).

Die Anwendung des § 147 Abs. 3 KostO ist auch nicht – wie der Kostengläubiger meint – deshalb ausgeschlos-

sen, weil eine Gebührenfreiheit für die Erstellung von XML-Dateien nicht gesondert in § 147 Abs. 4 KostO aufgenommen worden ist. Konkrete Hinweise dafür, dass der Gesetzgeber bei Einführung des elektronischen Handelsregisters bewusst auf eine Vorschrift verzichtet hat, die die Gebührenfreiheit für die Erstellung von XML-Dateien anordnet, weil er von einer Gebührenpflichtigkeit für die fragliche Tätigkeit ausging, gibt es nicht. Dies kann auch nicht aus dem Vorschlag der Expertenkommission für eine Reform der Notarkosten gefolgert werden. Daraus ergibt sich nur, dass es ein praktisches Bedürfnis gibt, die Frage der Gebührenpflichtigkeit der Erstellung derartiger Dateien durch Einführung eines entsprechenden Gebührentatbestandes gesondert zu regeln. Dies spricht eher für die Annahme, dass sich aus der derzeitigen Fassung der KostO eine Gebührengrundlage für die hier fragliche Tätigkeit gerade nicht ergibt (a. A. Diehn, NotBZ 2009, 282, 283) und insoweit eine Gesetzeslücke geschlossen werden soll (vgl. Tiedtke, ZNotP 2009, 246, 248 a. E.).

**Der erhebliche Aufwand der Notare löst alleine keine  
Gebühr aus**

Der Senat verkennt nicht den erheblichen Aufwand, den die Notare im Zuge einer kompletten Aufbereitung der anmelderelevanten Daten im XML-Format leisten. Allerdings vermag dieser – wie sich aus Vorstehendem ergibt – nach derzeitiger Gesetzeslage eine Gebühr nicht auszulösen, weil es an einem entsprechenden besonderen Gebührentatbestand fehlt und die Auffangnorm § 147 Abs. 2 KostO nicht eingreift. Von diesem Standpunkt aus ergibt auch der Vorschlag der Expertenkommission zur Schaffung einer entsprechenden Gebührennorm einen Sinn. Der Schaffung eines gesonderten Gebührentatbestandes bedürfte es nicht, wenn die Tätigkeit schon durch § 147 Abs. 2 KostO erfasst wäre.

**Anmerkung:**

Im Zuge des EHUG<sup>1</sup> wurde für den Rechtsverkehr mit dem Handelsregister ausschließlich die elektronische Form vorgeschrieben. Nach § 12 Abs. 2 HGB sind Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister und beizufügende Dokumente daher nur noch elektronisch einzureichen. Die Vorschrift dient der Entlastung der Registergerichte, die vom Anmeldenden die Dokumente in elektronisch aufbereiteter Form erhalten und die Daten ohne großen Transformationsaufwand in das Handelsregister übernehmen können.<sup>2</sup> Die den Gerichten genommene Arbeitsbelastung ist jedoch nicht ersatzlos entfallen. Sie wurde den Notaren übertragen, die inzwischen den nicht unerheblichen zusätzlichen Aufwand im Auftrag ihrer Mandanten erledigen und durch ihre Tätigkeit bereits gesondert die Eintragung für das Registergericht vorbereiten. Die neue Aufgabe verursacht den Notariaten zusätzliche Kosten, beispielsweise für die Anschaffung und das Vorhalten von Hard- und Software, für Personal, das unter Umständen wegen der neuen Aufgabe einer Verstärkung bedarf, und für Schulungs-

1 Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister vom 10. 11. 2006 – BGBI. 2006, S. 2553.

2 Vgl. Koch, in: Großkomm. HGB, 5A, § 12 Rn. 2.

maßnahmen im Hinblick auf die technisch komplexe Bewältigung der neuen Aufgaben.<sup>3</sup>

Diese Belastung der Notariate wird noch erheblich größer werden, sobald der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen anläuft. Das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften<sup>4</sup> sieht bereits vor, dass die Landesregierungen ermächtigt werden durch Rechtsordnung zu bestimmen, dass die Dokumente elektronisch zu übermitteln und neben den elektronischen Dokumenten bestimmte darin enthaltene Angaben in strukturierter maschinenlesbarer Form zu erstellen und einzureichen sind.

Bei näherer Betrachtung gehört diese Dienstleistung nicht zum Vollzug der Anmeldung. Die neue Tätigkeit erfolgt vielmehr zusätzlich zu den bisherigen Aufgaben und ist bereits ein ausgelagerter Teil des Eintragungsverfahrens selbst; denn die Gerichte übernehmen die vom Notar zusätzlich aufbereiteten Eintragungsdaten ohne großen Aufwand.

Die arbeitsintensive Aufgabe des Notars, im Auftrag der Beteiligten<sup>5</sup> zusätzlich zu den zu übermittelnden Dokumenten die Eintragung für das Gericht durch die Erstellung und Übermittlung einer gesonderten XML-Datei vorzubereiten, bedarf einer angemessenen Abgeltung durch eine Gebühr. Nach ihrem Berufsrecht haben die Notare regelmäßig keine Möglichkeit, ihre Tätigkeit wegen des Aufwands abzulehnen, wie es ein beispielsweise ein Handwerker kann. Das Rechtsverhältnis zwischen dem Notar und den Beteiligten ist in allen Auswirkungen öffentlich-rechtlicher Natur.<sup>6</sup> Folgerichtig hat die Expertenkommission des Bundesministeriums der Justiz zur Reform der Kostenordnung<sup>7</sup> vorgeschlagen, die „Erzeugung von strukturierten Daten in Form der Extensible Markup Language (XML) oder einem nach dem Stand der Technik vergleichbaren Format für eine automatisierte Weiterbearbeitung“ mit einer 6/10 Gebühr (Kosten Nr. 22125), höchstens 250,00 €, abzurechnen.

Für die voraussichtlich noch bis 30. 6. 2011 bzw. bis zum 31. 12. 2011 gültige Kostenordnung<sup>8</sup> hat der Gesetzgeber die Gebühr für die Erzeugung der XML-Strukturdaten weder konkret geregelt, noch hat er ihre Gebührenfreiheit<sup>9</sup> vorgeschrieben, weil man davon ausgegangen ist, dass die Auffangbestimmung des § 147 Abs. 2 KostO greift. Dass der Gesetzgeber die zusätzliche Tätigkeit angemessen abgerechnet wissen wollte, ist der von der Expertenkommission des Bundesministeriums vorgeschlagenen Kostenordnung zu entnehmen (Kosten-Nr. 22125), in der die Gebühr ausdrücklich vorgesehen ist. Für die geltende Kostenordnung darf somit auch sinn- und zweckmäßig keine Gebührenfreiheit gelten. In Erwartung des baldigen elektronischen Grundbuchverkehrs ist eine Gebührenfreiheit auch nur schwer vorstellbar und schwer vermittelbar, weil noch höhere Kosten wegen des größeren Aufwands, der Technik, Wartung und Schulung der Mitarbeiter entstehen werden. Um Verstärkungen im Personalbereich werden viele Notariate zudem nicht mehr herunkommen, wenn sie einen reibungslosen Ablauf des Rechtsverkehrs mit einem hohen Standard erhalten wollen.

Die Auffanggebühr des § 147 Abs. 2 KostO greift nach der hier vertretenen Auffassung für die Erzeugung der XML-Strukturdaten, so dass eine 5/10 Gebühr entsteht.<sup>10</sup> Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 30 Abs. 1 KostO, wobei ein Teilwert von 10–30 % angemessen erscheint.

Die Oberlandesgerichte Hamm<sup>11</sup> und Celle<sup>12</sup> haben bereits vor dem OLG Düsseldorf negativ zur Entstehung der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO entschieden. Die Erstellung der XML-Strukturdaten löse bei vom Notar entworfenen und beglaubigten Handelsregisteranmeldungen keine Betreuungsgebühr aus, weil ein gebührenfreies Nebengeschäft i. S. der §§ 147 Abs. 3, 35 KostO vorliege. Die Beschlüsse werten den Sachverhalt unrichtig. Weder ist in § 12 Abs. 1 HGB noch in der Verordnung über die elektronische Registerführung eine Anordnung für den Notar enthalten, dass er zur Erstellung der XML-Strukturdaten verpflichtet ist.<sup>13</sup> Der Notar erledigt, wie geschildert, diese Tätigkeit im Auftrage der Beteiligten als einen die Eintragung vorbereitenden und zusätzlichen Akt. Der Gesetzgeber hat die Gebührenfreiheit für die neue Aufgabe nicht vorgegeben, sondern vielmehr in der geplanten Kostenordnung eine gesonderte Gebühr vorgesehen. Fazit: Die ganz herrschende Literatur<sup>14</sup> geht zu Recht von der Entstehung der Gebühr gem. § 147 Abs. 2 KostO aus.

*André Elsing, Hamburg*

3 Für die Erledigung der neuen Aufgabe, dem Gericht die Eintragung vorzubereiten, stellen sich vielfältige Fragen; vgl. Gassen/Wegerhoff, Elektronische Beglaubigung und elektronische Handelsregisteranmeldung in der Praxis, 2. Aufl., Juni 2009. Der Umfang des Werkes (520 Seiten) macht deutlich, wie komplex sich die Erstellung der XML-Strukturdaten darstellt.

4 ERVGBG, veröffentlicht am 17. 8. 2009 – BGBl I 2009, S. 53; dazu Meyer/Mödl, DNotZ 2009, 743.

5 Die Pflicht zur Erstellung der XML-Datei hat der Notar nicht, vgl. Otto, JurBüro 2007, 120, 123.

6 Pflicht zur Amtsausübung (§ 15 BNotO), Amtshaftung (§ 19 BNotO), Kostenrecht (§ 17 Abs. 1 BNotO), vgl. Winkler, BeurkG, 16. Aufl. 2008, Einl. Rn. 31.

7 Abrufbar auf der Internetseite des Bundesministeriums der Justiz, www.bmj.bund.de, Reform der Notarkosten.

8 Die neue Kostenordnung soll voraussichtlich am 1. 7. 2011, spätestens jedoch zum 1. 1. 2012 in Kraft treten.

9 Die Gebührenfreiheit wäre in § 147 KostO und/oder in § 35 KostO zum Ausdruck gekommen, so regelt § 147 Abs. 4 Nr. 4 KostO z. B., dass die Erwirkung der Legalisation der eigenen Urkunde keine Gebühr auslöst, so dass in der überwiegenden Praxis die Mandanten selbst ihre Apostillen/Legalisationen beschaffen. Die Vorschrift des § 147 Abs. 4 ist als *lex specialis* zu § 147 Abs. 3 und § 35 KostO zu betrachten und regelt den Tatbestand abschließend; so auch Schmidt, RNotZ 2009, 415, 417.

10 Die Kostenordnung enthält derzeit keine Gebühr und keine Regelung, dass eine Gebühr nicht anzufallen hat. Daher hat der Notar Gebühren zu berechnen – vgl. sinngemäß BGH DNotZ 2009, 789.

11 OLG Hamm RNotZ 2009, 415.

12 OLG Celle, NotBZ 2009, 412.

13 Vgl. auch Diehn, NotBZ, 2009, 281, 282.

14 Sikora/Tiedtke, MittBayNot 2006, 393, 396; Streifzug durch die Kostenordnung, 7. Aufl., Rn. 391 ff; Schmidt/Sikora/Tiedtke, Praxis des Handels- und Kostenrechts, 5. Aufl., Rn. 1994; Korintenberg/Benkel/Tiedtke, KostO, 17. Aufl., § 41 a Rn. 126; Otto, JurBüro, 2007, 120, 121; Filzek, KostO, 4. Aufl., § 1 a Rn. 18.