

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

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

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar a.D. Dr. Hans Eberhard Sandweg,  
Müllheim

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

**1/2007**

Januar/Februar  
Seiten 1-24

## Inhalt

### Abhandlungen

*Böhringer*

Fortwirkendes Sonderrecht für beschränkte  
dingliche Rechte in den neuen Ländern . . . . . 1

Rechtsprechung . . . . . 7

Buchbesprechungen . . . . . 22

## Fortwirkendes Sonderrecht für beschränkte dingliche Rechte in den neuen Ländern

Von Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

*Seit 3.10.1990 gilt das Sachenrecht des BGB mit gewissen Einschränkungen auch in den neuen Bundesländern. Viele Besonderheiten aus der Zeit davor wirken auch in Zukunft noch fort, oftmals zeitlich unbegrenzt. Auch Prinzipien wie z.B. das Publizitätsprinzip sind davon betroffen. Die wichtigsten fortdauernden Besonderheiten in Abt. II und III des Grundbuchs sollen dargestellt werden. Der Beitrag knüpft an die Abhandlung in BWNotZ 2005, 25 an.*

### I. Beendigung der staatlichen Verwaltung

Die staatliche Verwaltung über Vermögenswerte endete kraft Gesetzes mit Ablauf des 31.12.1992 (§ 11 a VermG). Die staatliche Verwaltung über Vermögenswerte nach dem Abkommen mit den USA (vgl. § 11 a VermG) endete am 29.4.1997. Vermerke über die staatliche Verwaltung in Abt. II des Grundbuchs können im Wege der Grundbuchberichtigung als gegenstandslos gelöscht werden.

### II. Dingliche Rechte in Abt. II des Grundbuchs

#### 1. Mitbenutzungsrechte

##### a. Allgemeines

Mitbenutzungsrechte gelten gemäß Art. 233 § 5 Abs. 1 EGBGB als dingliche Rechte besonderer Art weiter. Sie erweitern damit den numerus clausus der Sachenrechte.<sup>1</sup> Gewisse bisher im Grundbuch nicht eingetragene Mitbenutzungsrechte sind erloschen, wenn sie nicht bis 31.12.2000 anerkannt oder rechtshängig gemacht worden sind, § 8 GBBerG, § 13 SachenR-DV, Art. 1 Abs.1 Nr. 2 EFG, 2. EFG, Art. 233 § 5 EGBGB.<sup>2</sup> Rechtzeitig anerkannte Mitbenutzungsrechte bleiben gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs weiterhin bestandskräftig. Ab 1.1.2001 ist aber gutgläubiger Wegerwerb bzw. Vorrangerwerb möglich. § 8 GBBerG gilt nicht für Anlagen nach § 9 GBBerG (vgl. unten Nr. 3).

##### b. Grundbucheintragung

Die Eintragung des Mitbenutzungsrechts stellt eine Grundbuchberichtigung dar, weil ein außerhalb des Grundbuchs rechtswirksam entstandenes und fortbestehendes Grundstücksrecht, das im Grundbuch nicht eingetragen ist, in dieses eingetragen werden soll.<sup>3</sup> Für die Eintragung aller am Stichtag (31.12.2000) nicht erloschener Mitbenutzungsrechte im Grundbuch gilt die Grundbuchordnung mit ihren Nebenbestimmungen (z.B. die Grundbuchverfügung).<sup>4</sup> Der Unrichtigkeitsnachweis wird geführt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte

Urkunden (§ 22 Abs. 1 GBO) oder durch freiwillig abgegebener oder durch Klage erzwungener Berichtigungsbewilligung des betroffenen Grundstückseigentümers.<sup>5</sup>

Im Berichtigungsverfahren ist zu unterscheiden zwischen der Buchung des Rechts als solches und der Rangfestlegung des Mitbenutzungsrechts. Das Mitbenutzungsrecht hat gemäß Art. 233 § 9 Abs. 2 EGBGB den Rang seines zeitlichen Entstehens, also mit schriftlicher Vereinbarung zwischen den Nutzungsberechtigten und der Eigentümerzustimmung, wobei der Zugang der zeitlich letzten Willenserklärungen, also die Perfektion des Rechtsgeschäfts, entscheidet. Da die Beteiligten oft selbst nicht mehr wissen, wann das Mitbenutzungsrecht eigentlich entstanden ist, bestimmt § 8 Abs. 2 GBBerG, dass das Mitbenutzungsrecht als am 25.12.1993 entstanden gilt (Fiktion), obwohl nach dem 2.10.1990 Mitbenutzungsrechte nicht mehr entstehen konnten. Der Rang des Mitbenutzungsrechts ist also entweder der des tatsächlichen Entstehenszeitpunkts, ggf. der sich aus der Fiktion in § 8 Abs. 2 GBBerG ergebende Rang, unter Umständen auch der deklaratorischen Eintragung des Mitbenutzungsrechts.

##### c. Sicherungsmaßnahmen

Als vorläufige Sicherungsmaßnahme für das Mitbenutzungsrecht kann auch die Eintragung eines Widerspruchs im Wege der einstweiligen Verfügung begehrt und der Vollzug im Grundbuch beantragt werden.<sup>6</sup> Der Mitbenutzungsberechtigte muss den Erlass einer einstweiligen Verfügung – wegen der Dringlichkeit ohne mündliche Verhandlung – beantragen. Außerdem sollte er beim Gericht beantragen, das Ersuchen um Eintragung des Widerspruchs durch das Gericht beim Grundbuchamt zu stellen.

##### d. Erlöschen von Mitbenutzungsrechten

Eingetragene wie auch nicht eingetragene Mitbenutzungsrechte können wegen vierjähriger Nichtausübung erlöschen, aber auch dann, wenn die Voraussetzungen für ihre Begründung weggefallen sind (§ 322 Abs. 3 ZGB-DDR). Für die Löschung gelten die §§ 22, 29 GBO.

### 2. Altrechtliche Dienstbarkeiten

Bei altrechtlichen Dienstbarkeiten aus der Zeit vor dem 1.1.1900 gelten Besonderheiten. Altrechtliche Dienstbarkeiten gem. Art. 187 EGBGB spielen auch heute noch vor allem in ländlichen Gebieten eine nicht unbedeutende Rolle; solche Dienstbarkeiten sind oft durch unvordenkliche Verjährung oder Ersitzung entstanden. Das frühere Landesrecht bestimmt den Zeitraum für die Ersitzung bzw. Verjährung.<sup>7</sup> Die Fristen werden vom 1.1.1900 an zurückgerechnet. Für die alt-

<sup>1</sup> Dazu Böhringer, BWNotZ 1993, 78.

<sup>2</sup> Zur Gefährdung der Mitbenutzungsrechte Böhringer, VIZ 2000, 441; ders., BWNotZ 2000, 1; ders., ZfIR 2000, 671. Zur Sicherung und Eintragung von Mitbenutzungsrechten Böhringer, Rpfleger 1997, 244; ders., NotBZ 2002, 117; Flik/Keller, DtZ 1996, 330. Zu Urkundennachweisen für die Eintragung unsichtbarer Rechtspositionen Böhringer, NotBZ 2000, 371.

<sup>3</sup> Einzelheiten zum Grundstücksverkehr Böhringer, NotBZ 2002, 117.

<sup>4</sup> Zum Urkundennachweis für die Eintragung unsichtbarer Rechtspositionen Böhringer, NotBZ 2000, 371.

<sup>5</sup> Zur Klage auf Grundbuchberichtigung Flik/Keller, DtZ 1996, 330

<sup>6</sup> Einzelheiten Flik/Keller, DtZ 1996, 330; Flik, DtZ 1996, 34.

<sup>7</sup> Dazu AG Dresden DtZ 1996, 153; LG Meiningen Grundstücksrecht und Grundstücksnutzung 1994, 115. Ausführlich zum Landesrecht in Sachsen und Thüringen Dehner, DtZ 1996, 298; Schmidt-Recla, ZOV 1999, 408.

rechtlichen Dienstbarkeiten gilt nunmehr § 8 Abs. 1 GBBerG. Danach müssen diese Altrechte bis zum Ablauf des 31.12.2000 vom Eigentümer anerkannt oder rechtshängig gemacht worden sein, damit sie nicht erlöschen.<sup>8</sup> Sind solche Handlungen vorgenommen worden, bleiben die Altrechte über den 31.12.2000 bestehen, können aber nicht gutgläubig wegervorben werden, wenn sie nicht im Grundbuch eingetragen sind; die Bestimmungen des Art. 187 EGBGB mit landesrechtlichen Gutgläubensvorschriften gelten.<sup>9</sup>

### 3. Dienstbarkeiten für Energieversorgungsanlagen

#### a. Umfang und Grundbucheintragung

§ 9 Abs. 1 GBBerG normiert die gesetzliche Begründung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für Energieleitungsanlagen zum 25.12.1993.<sup>10</sup> Die Grundbuchberichtigung erfolgt auf Antrag des Dienstbarkeitsberechtigten mit einer Bescheinigung der Aufsichtsbehörde des Versorgungsunternehmens, § 9 Abs. 5 GBBerG. Unter Vorlage einer uneingeschränkten Bescheinigung kann das Energieversorgungsunternehmen (EVU) beim Grundbuchamt die Eintragung der Dienstbarkeit beantragen, das Grundbuchamt berichtigt daraufhin das Grundbuch.<sup>11</sup> Die Eintragung des Rechts erfolgt an rangbereiter Stelle, § 8 Abs. 1 SachenR-DV. Mit der SachenR-DV wurden die Regelungen des § 9 Abs. 1 bis 7 GBBerG auch auf wasserwirtschaftliche Anlagen erstreckt, und zwar zum 11.1.1995. Zu den Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen gehören in erster Linie Leitungen und Pumpstationen, aber auch Versorgungswege und ähnliche Anlagen, nicht jedoch Wasserwerke, Abwasserbehandlungsanlagen (Klärwerke) und Meliorationsanlagen. Gemäß § 9 Abs. 11 GBBerG gelten die Regelungen des § 9 GBBerG und der SachenR-DV auch für Telekommunikationsanlagen, Ölleitungen u. a. also für das Bescheinigungsverfahren, die Grundbuchberichtigung und die Erlöschensbescheinigung.

#### b. Löschung von Altrechten

Viele Altdienstbarkeiten für Energieversorgungsunternehmen sind gegenstandslos. § 9 Abs. 7 GBBerG sieht zu deren Löschung ebenfalls ein Bescheinigungsverfahren vor, demzufolge die Behörde das Nichtmehrbestehen der Dienstbarkeit bescheinigen kann, wenn der Grundstückseigentümer oder das EVU dies beantragt, das EVU zustimmt und sonst kein Rechtsinhaber ersichtlich ist. Die Bescheinigung und ein Antrag nach § 13 GBO reichen aus, um das Recht im Grundbuch – berichtigend – löschen zu können

Alte Rechtspositionen für ehemalige staatliche Stellen in Abt. II des Grundbuchs können nach § 105 GBV nunmehr mit einer Löschungsbewilligung der Bundesanstalt für Immobilienauf-

gaben (BlmA) Außenstelle Chemnitz<sup>12</sup> gelöscht werden<sup>13</sup> (§ 2 Abs. 1 S. 1 BlmA-Errichtungsgesetz<sup>14</sup>).

### III. Grundpfandrechte

#### 1. Ablösung geringwertiger Rechte

Nach § 10 GBBerG besteht in den neuen Bundesländern nach § 10 GBBerG die Möglichkeit, vor dem 1.7.1990 begründete bzw. entstandene Grundpfandrechte aller Art nach § 10 GBBerG abzulösen. Dieses Ablöserecht des Eigentümers besteht für alle Grundpfandrechte mit einem umgerechneten Betrag von nicht mehr als 6000 EUR, also für Rechte mit einem Währungsbetrag bis zu 23.469,96 GM, 23.469,96 RM, 23.469,96 Mark-DDR (vgl. § 36 a GBMaßnG).

Auch für Reallasten besteht ein Ablöserecht. (Wieder-)eingetragene (enteignete) Grundpfandrechte (§ 3 Abs. 1 a VermG) und die nach § 18 VermG a.F. (wieder-)eingetragenen Grundpfandrechte fallen unter § 10 GBBerG, nicht jedoch die Restitutionshypotheken nach § 7 Abs. 3 S. 2 VermG und § 7 a Abs. 3 S. 2 a. F. VermG. Bei Rentenschulden und Reallasten tritt anstelle des Nennbetrages der für Rechte dieser Art im Verfahren nach dem Vermögensgesetz anzusetzende Ablösebetrag, also der kapitalisierte Betrag der Rechte, § 1199 BGB, § 18 Abs. 4 VermG.

Das Ablöserecht steht dem Grundstückseigentümer zu; bei mehreren kann jeder nur insgesamt das Ablöserecht im Gesamtvolumen des Rechts ausüben.<sup>15</sup> Auch bei bekanntem Gläubiger kann von dem Ablöserecht Gebrauch gemacht werden. Der Grundstückseigentümer hat bei der Hinterlegung des Geldbetrags unwiderruflich zu erklären, dass er auf das Recht zur Rücknahme verzichte (§ 376 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Die Hinterlegung hat bei dem Amtsgericht zu erfolgen, in dessen Bezirk das belastete Grundstück belegen ist. Möglich ist aber auch, die Hinterlegung beim Amtsgericht, in dessen Bezirk der Grundstückseigentümer seinen Wohnsitz hat (§ 374, § 269 Abs. 1, § 270 Abs. 4, analog § 1142 Abs. 2 BGB). Dem Eigentümer hat die Hinterlegungsstelle einen Hinterlegungsschein zu erteilen, der der Form des § 29 GBO entsprechen muss und § 28 GBO zu beachten hat. Mit diesem Hinterlegungsschein ist dann die Löschung des Rechts im Grundbuch möglich; der Grundpfandrechtsbrief braucht dem Grundbuchamt nicht vorgelegt zu werden. Auch nach der Ablösung kann der Grundstückseigentümer noch ein Aufgebotsverfahren nach §§ 1170 ff. BGB beantragen.

#### 2. Tilgung der Hypothekforderung

ZGB-Hypotheken, insbesondere Aufbauhypotheken erlöschen durch Tilgung der Forderung (Art. 233 § 3 Abs. 1 EGBGB i. V. mit § 454 Abs. 2 ZGB). Gleiches gilt für Aufbaugrundschulden. § 22 GBO gilt für die Löschung solcher Rechte; eine Löschungszustimmung des Grundstückseigentümers ist nicht erforderlich, das diese Rechte nicht eigentümergehörig sind.

#### 3. Entschuldungsfälle

Nach dem Gesetz über die Entschuldung der Klein- und Mittelbauern beim Eintritt in landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften vom 17.2.1954 wurden die Grundpfandrechte mit einem besonderen Lösungsvermerk gelöscht. Dieser sprachlich besonders gefasste Vermerk sollte gutgläubig lastenfreien Grundstückserwerb verhindern und ist bei einem

<sup>8</sup> Einzelheiten Böhringer, Rpfleger 1999, 425; ders., VIZ 2000, 441; ders., ZfIR 2000, 671; ders., NotBZ 2000, 371; ders., NotBZ 2002, 117.

<sup>9</sup> Zu den Eintragungsvoraussetzungen OLG Jena Rpfleger 2000, 210 = NotBZ 2000, 65.

<sup>10</sup> Einzelheiten: zu Grundstücksmitbenutzungsrechten von Energieversorgungsunternehmen Hartung VIZ 1995, 6; zur Übertragung von Leitungsrechten Heller/Schulten, VIZ 1996, 503; zur Nutzungsrechten an privaten Grundstücken für Versorgungsanlagen Moojer, DTZ 1996, 362; zu Durchleitungen und Eigentum Papier, BB 1997, 1213; zu Energieleitungsrechten in den neuen Bundesländern Schmidt-Räntsch, RdE 1994, 214; zur Benutzung fremder Grundstücke durch Leitungen der öffentlichen Versorgung Seeliger, DWW 1996, 12; ders., DtZ 1995, 34; zum Eigentum an Versorgungsleitungen Schulze, Rpfleger 1999, 167.

<sup>11</sup> Zum Grundbuchverfahren bei Eintragung und Löschung solcher Dienstbarkeiten Böhringer, Rpfleger 2002, 186; Maaß, NotBZ 2001, 280.

<sup>12</sup> Glockenstraße 1, 09130 Chemnitz. Die BlmA genießt keine Kostenfreiheit nach § 11 Abs. 1 KostO.

<sup>13</sup> Einzelheiten zu den Lösungsmöglichkeiten Böhringer, NotBZ 2005, 269; ders., Rpfleger 1995, 139.

<sup>14</sup> BlmA-Errichtungsgesetz vom 9.12.2004 (BGBl. I, 3235).

<sup>15</sup> Einzelheiten Böhringer, in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, § 10 GBBerG Rz. 19 ff.

Eigentumswechsel in ein anderes Grundbuch mitzuübertragen. Die Wirkungen des Lösungsvermerks ähneln denen eines Widerspruchs nach § 892 BGB. Der Lösungsvermerk kann gemäß § 105 Abs. 1 Nr. 6 GBV mit Lösungsbevollmächtigung der Kreditanstalt für Wiederaufbau gelöscht werden.<sup>16</sup>

#### IV. Beschränkte dingliche Rechte in Bodenneuordnungsverfahren

In Verfahren zur Festlegung und Neuordnung der Eigentumsverhältnisse an Grundstücken und Gebäuden können die zuständigen Behörden beschränkte dingliche Rechte an Grundstücken und Gebäuden begründen, inhaltlich ändern oder aufheben.<sup>17</sup> Stets wird das Grundbuch durch den Verwaltungsakt unrichtig und kann auf Ersuchen der zuständigen Stelle berichtigt werden. Neben den in ganz Deutschland geltenden Verfahren nach dem Flurbereinigungsgesetz und Baugesetzbuch gibt es in den neuen Ländern noch die Verfahren nach §§ 53 ff. LwAnpG im landwirtschaftlichen Bereich, § 2 Abs. 2 b VZOG im Rahmen der gebietsbezogenen Vermögenszuordnung (gilt auch für Wohnungsgenossenschaften nach § 1 WoGenVermG) und nach dem Bodensonderungsgesetz sowie nach dem Verkehrsflächenbereinigungsgesetz.<sup>18</sup>

#### V. Vorkaufsrechte

##### 1. ZGB-Vorkaufsrechte

Art. 233 § 3 Abs. 3 EGBGB bestimmt, dass die Vorkaufsrechte gem. §§ 306 ff. ZGB-DDR (an Grundstücken und Gebäuden) inhaltlich umgestaltet und zukünftig die Bestimmungen über das dingliche Vorkaufsrecht nach § 1094 bis § 1104 BGB anzuwenden sind. Dies ist vor allem für die Ausübung des Rechts von Bedeutung. Beeinträchtigungen entsprechend § 308 ZGB-DDR gelten nun nicht mehr, ebenso auch nicht mehr die Geltendmachungsfrist des § 309 Abs. 3 ZGB-DDR für das Verlangen auf Übertragung des Eigentums. Für das Rangverhältnis ist Art. 233 § 9 EGBGB maßgebend. Für die übergeleiteten ZGB-Vorkaufsrechte besteht seit 1.10.1994 die Möglichkeit der Ausschließung eines unbekanntem Vorkaufsberechtigten nach § 6 Abs. 1 a GBBerG. Das ZGB kannte nur das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht, das jetzt in ein solches des § 1094 Abs. 1 BGB übergeleitet wurde. Die Vorkaufsrechte können inhaltlich geändert werden, ohne dass eine Neubegründung erfolgen müsste, §§ 877, 873, 874 BGB gelten. Es kann demnach das Vorkaufsrecht subjektivdinglich (§ 1094 Abs. 2 BGB), für mehrere oder für alle Verkaufsfälle (§ 1097 Alt. 2 BGB), übertragbar und vererblich (§ 1098 Abs. 1 S. 1 i. V. mit § 473 S. 1 BGB) gestaltet werden.

##### 2. Neue Vorkaufsrechte

Neue (bundesrechtliche) Vorkaufsrechte<sup>19</sup> bestehen in den neuen Ländern nach §§ 20, 20 a VermG und § 57 SchuldRAnpG.<sup>20</sup> Auch landesrechtliche Vorschriften über ein Vor-

kaufsrecht an Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten wurden erlassen.<sup>21</sup> Das Vorkaufsrecht gemäß §§ 24 ff. BauGB setzt sich auch gegenüber dem durch Verwaltungsakt begründeten Vorkaufsrecht gemäß § 20 VermG durch, ebenso bei einem käuflichen Erwerb des Grundstücks durch die Gemeinde, wenn der vorkaufsberechtigte Dritte von seinem Vorkaufsrecht Gebrauch macht und die Gemeinde ihrerseits das ihr zustehende gesetzliche Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB ausübt und damit den Dritten ausschaltet.

##### a. Vorkaufsrechte nach §§ 20, 20 a VermG

###### aa. Allgemeines

§ 20 VermG sieht die Einräumung dinglicher Vorkaufsrechte zu Gunsten von Mietern bzw. sonstigen Nutzern staatlich verwalteter oder in Volkseigentum überführter Ein- und Zweifamilienhäuser oder Erholungsgrundstücke sowie zu Gunsten des Berechtigten in den Fällen vor, in denen Dritte Eigentum oder dingliche Nutzungsrechte am Grundstück erworben haben. Das nach §§ 20, 20 a VermG durch das Amt zur Regelung offener Vermögensfragen (ARoV) mit Bescheid neu begründete Vorkaufsrecht entsteht mit der Eintragung im Grundbuch und ist verfassungsrechtlich mit Art. 14 GG vereinbar.<sup>22</sup> Die Behörde ersucht um Eintragung im Grundbuch. Ist eine Entscheidung des ARoV über die Begründung eines Vorkaufsrechts für sofort vollziehbar erklärt worden, so gilt nach § 34 VermG die Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung im Grundbuch als bewilligt. Das Gesetz sagt nicht, wann das Sicherungsmittel Vormerkung oder Widerspruch konkret eingesetzt wird, wegen der konstitutiven Eintragung des Rechts im Grundbuch dürfte eine Vormerkung das richtige Sicherungsmittel darstellen.<sup>23</sup>

###### bb. Erholungsgrundstücke

Die Nutzung von Grundstücken zu Erholungszwecken war in §§ 312 ff. ZGB geregelt. Danach konnten land- und forstwirtschaftlich nicht genutzte Bodenflächen Bürgern zum Zwecke der kleingärtnerischen Nutzung, Erholung und Freizeitgestaltung überlassen werden.

###### cc. Verpflichteter

Vorkaufsverpflichteter ist der Restitutionsberechtigte bzw. der Zessionar des Restitutionsanspruchs, an den das Grundstück zurückübertragen worden ist bzw. wird. Verpflichtet ist aber auch derjenige, der am 29.9.1990 (In-Kraft-Treten des Vermögensgesetzes) als Grundstückseigentümer unter staatlicher Verwaltung im Grundbuch eingetragen war und seither Eigentümer geblieben ist.

###### dd. Inhalt des Rechts

Das Vorkaufsrecht hat den gesetzlichen Inhalt der §§ 463 – 472, 875, 1098 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2, §§ 1099 – 1102, § 1103 Abs. 2 und § 1104 BGB.<sup>24</sup> Für mehrere Mieter ist ein gemein-

<sup>16</sup> Kulaszewski NJ 1968, 593; Böhringer, BWNNotZ 1991, 131.

<sup>17</sup> Ausführlich Böhringer, DVW 2003, 151 und 174.

<sup>18</sup> Zur Bestellung einer Dienstbarkeit im Verkehrsflächenbereinigungsverfahren Böhringer, VIZ 2002; ders., VIZ 2003, 55.

<sup>19</sup> Ausführlich Böhringer, OV spezial 9/1993, S. 12; ders., OV spezial 18/1993, S. 2; ders., ZAP-Ost Fach 3, S. 9; ders., VIZ 2003, 553;

<sup>20</sup> Dazu Krause, NotBZ 1998, 45; ders., VIZ 1998, 426 zu Teilflächen; ders., ZfIR 1998, 273, zum Verzicht auf das Vorkaufsrecht gemäß § 57 SchuldRAnpG. Zum Vorkaufsrecht bezüglich einer erst nach Restitution des Grundstücks parzellierten Teilfläche LG Magdeburg VIZ 1997, 547. Zum Ausschluss des Vorkaufsrechts aus § 57 SchuldRAnpG bei Nichtnutzung des Grundstücks AG Leipzig NotBZ 1999, 133 = VIZ 1999, 293. Zur Präzisierung des Nutzer-vorkaufsrechts durch das VermBerG, Krause, OV spezial 1999, 6. Kein Vorkaufsrecht besteht, wenn nicht das gesamte Grundstück verkauft wird bzw. nur eine Teilfläche genutzt und das gesamte Grundstück verkauft wird, siehe im Einzelnen DNotI-Gutachten, Fax-Abuf-Nr. 1627.

<sup>21</sup> Grauel, MittRhNotK 1993, 243; 1994, 190; 1997, 367; RNNotZ 2002, 210, jeweils zu den landesrechtlichen Vorkaufsrechten. Zum Vorkaufsrecht nach Landeswaldgesetz Mecklenburg-Vorpommern LG Schwerin NotBZ 1997, 213 m. Anm. Suppliet und NotBZ 1998, 33 m. Anm. Böhringer. Zu den landesrechtlichen Belegungsbindungsgesetzen mit Vorkaufsrechten Bundschuh, VIZ 1998, 357. Allgemein und zum Vorkaufsrecht nach dem Sächsischen Wassergesetz Böhringer, NotBZ 2005, 417.

<sup>22</sup> BVerfG NJW 2000, 1486 = VIZ 2000, 282 = WM 2000, 360; BVerwG NJW 1999, 3355 = VIZ 2000, 100.

<sup>23</sup> BGHZ 132 306 = MDR 1996, 1110 = NJW 1996, 2030 = WM 1996, 1091 = VIZ 1996, 458.

<sup>24</sup> Einzelheiten Wittner, OV spezial 8/1994 S. 3; Krause, OV spezial 1999, 6; zur Rechtslage vor dem 25.12.1993: Flik, BWNNotZ 1993, 83; Böhringer, OV spezial 18/1993 S. 2.

sames Vorkaufsrecht einzutragen. Ein Gemeinschaftsverhältnis ist im Grundbuch nicht anzugeben (§ 472 BGB).<sup>25</sup> Bei diesem Vorkaufsrecht sind erweiternde abweichende Vereinbarungen unzulässig (z. B. ist ein preislimitiertes Vorkaufsrecht nicht möglich). Das Vorkaufsrecht beschränkt sich auf einen Verkaufsfall, also auf den Fall des Verkaufs durch den vorkaufsverpflichteten Eigentümer. Das Vorkaufsrecht ist demnach auf den Verkaufsfall beschränkt, der während des Miet-/Nutzungsverhältnisses des Vorkaufsberechtigten eintritt. Der Fall des ersten Verkaufs i. S. von § 20 Abs. 4 S. 2 VermG kann erst eintreten, nachdem das Vorkaufsrecht durch Eintragung im Grundbuch entstanden ist.<sup>26</sup> Das Recht ist subjektiv-persönlich, unübertragbar und nicht vererblich. Unberührt bleibt aber § 564 BGB.

#### ee. Erlöschen

Das Vorkaufsrecht erlischt mit einmaliger fristgerechter Ausübung. Ferner erlischt es bei Übereignung des Grundstücks/Gebäudeeigentums an Dritte ohne Verkaufsfall (bei Tausch, Schenkung, Erbauseinandersetzung usw.). Das Grundbuch ist unrichtig und kann gemäß § 22 GBO berichtigt werden. Das Vorkaufsrecht erlischt ferner mit Beendigung des Miet-/Pachtverhältnisses, gleichgültig auf welche Art das Vertragsverhältnis endet.<sup>27</sup> Das Vorkaufsrecht erlischt auch, wenn der Vorkaufsberechtigte nicht mehr Mieter/Nutzer ist und das Miet- oder Nutzungsverhältnis beendet ist, wobei § 563 a BGB unberührt bleibt. Zum Nachweis des Erlöschens kann wohl selten eine öffentliche Urkunde i. S. von § 29 GBO vorgelegt werden kann, so dass eine Berichtigungsbewilligung notwendig oder aber eine Klage nach § 894 BGB, § 894 ZPO zu erheben ist. Ein Abwesenheitspfleger nach § 1911 BGB könnte die Interessen des Abwesenden wahrnehmen.

Ist zwischenzeitlich der Berechtigte des nach § 20 VermG begründeten Vorkaufsrechts nicht mehr auffindbar, so ist das Recht löscher nach den üblichen Vorschriften (§ 20 Abs. 8 VermG). § 6 Abs. 1 a GBBerG ist wohl für solche Vorkaufsrechte nicht anwendbar, demnach gelten für das Aufgebot die §§ 1170, 1104, 1112 BGB.<sup>28</sup>

#### b. Nutzer nach § 57 SchuldRAnpG

Der unter das Schuldenrechtsanpassungsgesetz<sup>29</sup> fallende Nutzer eines Grundstücks hat nach § 57 SchuldRAnpG ein gesetzlich begründetes, lediglich schuldrechtlich wirkendes Vorkaufsrecht, das als solches nicht im Grundbuch eintragbar ist. Vor Abschluss des Kaufvertrages ist es ohne Mitwirkung des Grundstückseigentümers nicht vormerkbar. Nach Ausübung des Vorkaufsrechts kann im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung einer Vormerkung angestrebt werden. Das Prozessgericht kann in einem solchen Falle um Eintragung der Vormerkung ersuchen. Das Vorkaufsrecht greift ein, wenn das Grundstück erstmals an einen Dritten nach dem 1.1.1995 verkauft wird. Es besteht nicht, wenn das Grundstück nicht vertragsgemäß genutzt wird. Kann der Nutzer ein Vorkaufsrecht nach § 20 VermG geltend machen, so besteht das Vorkaufsrecht nach § 57 SchuldRAnpG ebenfalls nicht. Es greift auch nicht, wenn das Grundstück vom Eigentümer an Abkömmlinge, den Ehegatten oder an Geschwister

verkauft wird. Will der Erwerber das Grundstück einem besonderen Investitionszweck nach dem Investitionsvorrangsgesetz zuführen, besteht das Vorkaufsrecht ebenfalls nicht.<sup>30</sup>

### 3. Landesrechtliche Vorkaufsrechte

Die neuen Bundesländer haben das Recht, gesetzliche Bestimmungen zur Durchführung des Bundesnaturschutzgesetzes zu erlassen. Davon wurde auch in den neuen Bundesländern Gebrauch gemacht, so z. B. in den Gesetzen über den Naturschutz, Forstschutz, Denkmalschutz. In vielen landesrechtlichen<sup>31</sup> Vorkaufsrechtsbestimmungen ist festgelegt, dass das landesrechtliche Vorkaufsrecht unbeschadet bundesrechtlicher Vorkaufsrechte anderen Vorkaufsrechten im Range vorgeht. Die landesrechtlichen Vorkaufsrechte bedürfen nicht der Eintragung in das Grundbuch. Grundbuchsperrend sind nur wenige landesrechtliche Vorkaufsrechte, so z. B. das Vorkaufsrecht nach dem Denkmalschutzgesetz von Berlin, Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen sowie dem Naturschutzgesetz/Waldgesetz von Berlin. Grundbuchsperrend ist auch das Vorkaufsrecht nach dem Sächsischen Wassergesetz.<sup>32</sup>

## VI. Überholte dingliche Rechte

### 1. Höchstpersönliche Rechte

Grundsätzlich wird ein unrichtiges Grundbuch nach § 22 GBO berichtigt; dies gilt auch für Löschungen beschränkter dinglicher Rechte.<sup>33</sup> Bei höchstpersönlichen Rechten gelten erleichterte Löschungsvoraussetzungen. Mit der Vorläufklausel des § 23 Abs. 2 GBO können viele überholte Rechts-eintragungen beseitigt werden. Allerdings ist ein Todesnachweis vorzulegen. In den neuen Bundesländern kann oft der Nachweis des Todes, des Eintritts eines bestimmten Lebensalters oder einer Verheiratung wegen unbekanntem Aufenthalts des Berechtigten nicht beigebracht werden. § 5 GBBerG gestattet die erleichterte Löschung überholter Rechtspositionen. Darunter fallen Nießbrauche (§ 1030 BGB), beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090 – 1093 BGB), subjektiv-persönliche Vorkaufsrechte (§ 1094 Abs. 1, § 1103 Abs. 2, §§ 1098, 473 BGB), subjektiv-persönliche Reallasten (§ 1105 Abs. 1, § 1111 Abs. 1 und 2 BGB). Hypotheken, Grundschulden und Rentenschulden sind ebenfalls unter die Vorschrift zu zählen, sofern das Gläubigerrecht unvererblich und unabtretbar gestaltet wurde, was nach §§ 399, 1113 BGB möglich ist, aber selten vorkommt. Eine solche Rechtsposition ist aus dem Grundbuch bzw. den Grundakten zu entnehmen. Mit dem Tode des Gläubigers erlischt in einem solchen Ausnahmefall das Grundpfandrecht, eine Eigentümergrundschuld entsteht nicht.

§ 5 GBBerG umfasst auch eine Vormerkung, wenn sie oder der gesicherte Anspruch unübertragbar und unvererblich ist. Steht das dingliche Recht mehreren Personen zu einem bestimmten Gemeinschaftsverhältnis zu, so entscheidet das Gemeinschaftsverhältnis, ob das Recht für alle Personen schon mit der Erlöschensfiktion bei einem der mehreren Berechtigten insgesamt erlischt oder nur bei der konkret 110 Jahre alt gewordenen Person. Letzteres ist zu bejahen bei der Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB und bei Gesamthän-

<sup>25</sup> Böhringer, NJ 1992, 289.

<sup>26</sup> BVerwG VIZ 2004, 449.

<sup>27</sup> LG Frankfurt/Oder VIZ 2004, 76.

<sup>28</sup> BGH DNotI-Report 2004, 98 = Rpfleger 2004, 363 = NJW-RR 2004, 664 = NotBZ 2004, 350 m. Anm. Krause = ZfR 2004, 877; Böhringer, NotBZ 2001, 197; Maaß, in: Bauer/von Oefele, Grundbuchordnung, § 6 GBBerG Rz. 16; a.A. LG Aachen NJW-RR 1998, 87; LG Erfurt Rpfleger 1994, 310; LG Augsburg MittBayNot 1981, 130.

<sup>29</sup> BGBI. I 1994, 2538, 2547.

<sup>30</sup> Horst, DWW 1995, 212.

<sup>31</sup> Ausführlich Grauel, MittRhNotK 1993, 243; 1994, 190; 1997, 367; RNotZ 2002, 210; Böhringer, NotBZ 2005, 417, jeweils zu den landesrechtlichen Vorkaufsrechten; zum Vorkaufsrecht nach Denkmalschutzgesetz Sachsen-Anhalt Albrecht, LKV 2005, 151; VG Dessau LKV 2005, 183; zum Vorkaufsrecht nach Landeswaldgesetz Mecklenburg-Vorpommern LG Schwerin NotBZ 1997, 213 m. Anm. Supplet und NotBZ 1998, 33 m. Anm. Böhringer.

<sup>32</sup> Einzelheiten Böhringer, NotBZ 2005, 417.

<sup>33</sup> Ausführlich Böhringer, NotBZ 2005, 269.

den; es erlischt also nur die Rechtsposition des 110-jährigen, nicht die der anderen Berechtigten. Steht das Recht mehreren zu Bruchteilen zu, tritt die Erlöschensfiktion nur bezüglich dieses Bruchteilsberechtigten ein.

Mit dem Ablauf von 110 Jahren von dem Geburtstag des Berechtigten an erlischt das Recht, sofern nicht innerhalb von 4 Wochen ab diesem Zeitpunkt eine Erklärung des Berechtigten beim Grundbuchamt eingegangen ist, dass er auf den Fortbestand seines Rechts bestehe. Die Mitteilung muss nach Ablauf der genannten 110-Jahres-Frist abgefasst sein. Anders lässt sich nämlich nicht feststellen, ob der Berechtigte noch lebt. Sie muss innerhalb der 4-Wochen-Frist beim Grundbuchamt eingegangen sein. Für die Fristberechnung gelten die § 187 Abs. 2, § 188 Abs. 2, § 193 BGB. Die Fortgeltungserklärung bedarf nicht der Form des § 29 GBO; es gilt ausschließlich § 126 BGB. Geht die Fortgeltungserklärung vor dem 110. Geburtstag des Berechtigten oder nach Ablauf der vierwöchigen Mitteilungsfrist ein, so hat eine solche Erklärung nicht die Wirkung des Nichterlöschens des Rechts. Eine verspätet eingegangene Fortgeltungserklärung kann demnach die Löschung des Rechts nicht verhindern, auch wenn der Berechtigte noch lebt. Liegt die Falllage des § 5 Abs. 1 GBBerG vor, kann das Grundbuchamt von Amts wegen die Löschung vornehmen.

## 2. Abgeltungshypotheken

In den neuen Bundesländern sind Abgeltungshypotheken nach der Verordnung über die Aufhebung der Gebäudeentschuldungssteuer (nebst Durchführungsverordnung) vom 31.7.1942 erhalten geblieben. Die für die Abgeltungslast eingetragene Abgeltungshypothek ist nicht eigentümergehörig, stets Buchrecht und kann an den Eigentümer nicht abgetreten werden. Mit Tilgung des Abgeltungsdarlehens erlischt die Hypothek. Der Verzicht des Gläubigers auf die Hypothek bewirkt nicht das Entstehen einer Eigentümergrundschuld. Die Löschung der Hypothek kann nach Art. 231 § 10 Abs. 3 EGBGB oder nach § 105 Abs. 1 Nr. 6 GBV mit einer Löschungsbewilligung der Kreditanstalt für Wiederaufbau bzw. der Sparkasse erfolgen. Mangels Eigentümergehörigkeit der Hypothek ist zur Löschung des Rechts die Zustimmung des Eigentümers nach § 1183 BGB, § 27 GBO nicht erforderlich. Die Voreintragung der gültigen Währung ist nicht notwendig. Kosten für die Löschung von Abgeltungshypotheken werden nach § 9 der Durchführungsverordnung zur Gebäudeentschuldungssteuerverordnung nicht erhoben. Ab 1.1.1996 kann die Hypothek auch durch ein besonderes Verfahren nach §§ 36 a, 22 – 25 GBMaßnG gelöscht werden. Die Eintragung von Abgeltungshypotheken war bis zum 31.12.1995 (Zeitpunkt der Antragstellung) möglich (§ 36 a GBMaßnG).<sup>34</sup>

## VII. Aufgebotsverfahren unbekannter Rechtsinhaber<sup>35</sup>

### 1. Rechtslagen in Abt. II des Grundbuchs

#### a. Anwendungsbereich

Liegen die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 GBBerG nicht vor, kann mit einem Aufgebotsverfahren nach § 6 Abs. 1 S. 1 und Abs. 1 a GBBerG die Löschung eines Rechts erreicht

werden. Darunter fallen Vorkaufsrechte, Reallasten, Nießbrauche, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten, im Grundbuch eingetragene Mitbenutzungsrechte und Vormerkungen. Das GBBerG selbst ordnet die Anwendung von § 6 nur in den neuen Bundesländern an. § 6 GBBerG kann im übrigen Bundesgebiet aber durch Rechtsverordnung der jeweiligen Landesregierung in Kraft gesetzt werden, wovon bisher Bayern<sup>36</sup>, Bremen<sup>37</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>38</sup> sowie Rheinland-Pfalz<sup>39</sup> Gebrauch gemacht haben. Das Aufgebotsverfahren nach § 6 Abs. 1 GBBerG unterscheidet sich vom Aufgebotsverfahren nach Absatz 1 a i.V.m. §§ 1170, 1104, 1112 BGB dadurch, dass bei letzterem lediglich ein zehnjähriges Unbekanntsein des Berechtigten oder seines Aufenthalts nachgewiesen werden muss.<sup>40</sup>

Das GBBerG erlaubt abweichend von der Regelung des § 1170 BGB die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens zum Ausschluss unbekannter Rechtsinhaber auch in den Fällen, in denen der eingetragene Berechtigte eben wegen dieser Eintragung zwar bekannt, aber nicht feststellbar ist, ob er noch lebt oder wo er seinen Aufenthalt hat. Die Regelung betrifft zum einen die Fälle, in denen das Recht erloschen ist, weil der Berechtigte zwischenzeitlich zwar verstorben ist, der Todesnachweis aber trotzdem nicht entbehrlich ist. Das Aufgebotsverfahren erspart dem Eigentümer hier den unter Umständen nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu führenden Todesnachweis. Zum anderen sind auch die Fälle erfasst, in denen andere Erlöschensstatbestände vorliegen und der Aufenthalt des – früheren – Berechtigten unbekannt ist. Viele dingliche Rechte können aber auch über § 105 Abs. 1 Nr. 6 GBV erleichtert gelöscht werden.

Grundpfandrechte fallen nicht unter § 6 GBBerG; auch Vermerke über ihre Pfändung oder Verpfändung können nicht darunter eingeordnet werden. Auch bei subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechten und Reallasten ist das Aufgebotsverfahren nach § 6 Abs. 1 a GBBerG möglich. § 6 Abs. 1 a GBBerG ist zulässig für alle vor dem 3.10.1990 begründeten Vorkaufsrechte, Reallasten und Vormerkungen. Für Grundpfandrechte gibt es das Aufgebotsverfahren nach §§ 1170, 1171 BGB.

§ 6 Abs. 1 S. 2 GBBerG gestattet das Aufgebotsverfahren auch für bestimmte Grunddienstbarkeiten, die Familienfideikommissionen, Familienanwartschaften, Lehen, Stammgüter oder ähnlich gebundenes Vermögen. Auch für subjektiv-dingliche Vorkaufsrechte und Reallasten muss ein Aufgebotsverfahren bejaht werden (es besteht die gleiche Problematik wie bei Grunddienstbarkeiten).

#### b. Aufgebot auch bei unbekanntem Aufenthalt

Die Sonderregelung in § 6 GBBerG gilt in Abweichung von der Rechtslage nach dem allgemeinen bürgerlichen Recht (§§ 1170, 1112, 1104 BGB) auch bei unbekanntem Aufenthalt des Berechtigten, sodass sie über die bisher bestehenden Bestimmungen für Vormerkung, Reallast und Vorkaufsrecht (§§ 887, 1104, 1112 BGB) hinausgeht. Für die Praxis ist dies eine Erleichterung, denn die Abgrenzung zwischen einem der Person nach unbekanntem Rechtsinhaber und einem Rechtsinhaber unbekanntem Aufenthalts ist häufig nicht möglich. Die dinglichen Rechte können bereits durch ein Aufgebotsverfahren zur Löschung gebracht werden,

<sup>34</sup> Ausführlich zur Abgeltungshypothek Böhringer, DtZ 1995, 432; Hermann/Broschat, OV spezial 6/94, S. 3; dies., OV spezial 1995, 303; Bruckmann, VIZ 1994, 216; Nyman, OV spezial 1995, 171; Hundertmark, ZOV 1994, 241; Grabarse, OV spezial 1998, 338. Vgl. die Verordnung über die Verjährungshemmung bei Abgeltungsdarlehen vom 2. 6. 1998, BGBl I, 1231. Zur Entwicklung der Hauszinssteuer und Berechnung des Abgeltungsbetrags vgl. Motsch, VIZ 1999, 441, 446.

<sup>35</sup> Einzelheiten bei Böhringer, NotBZ 2001, 197; ders., NotBZ 2005, 269; Wehrstedt, RNotZ 2001, 516; Schöne, Rpfleger 2002, 131.

<sup>36</sup> Verordnung v. 6.9.1994, BayGVBl. 1994, 928.

<sup>37</sup> Verordnung v. 23.10.2001, GBl. Bremen 2001, 363.

<sup>38</sup> Verordnung v. 13.2.2001, GVBl. NW 2001, 69.

<sup>39</sup> Verordnung v. 23.6.2003, GVBl. RP 2003, 129 (befristet bis zum 31.12.2008).

<sup>40</sup> § 6 ist Spezialregelung zu § 1170 BGB, BGH ZfR 2004, 877 = DNotI-Report 2004, 98 = Rpfleger 2004, 363 = MDR 2004, 640 = NJW-RR 2004, 664 = NotBZ 2004, 350 m. Anm. Krause.

wenn sich jemand von seinem Wohnsitz bzw. seinem üblichen Aufenthaltsort entfernt hat, ohne eine Nachricht über seinen Aufenthaltsort zu hinterlassen, insbesondere ohne polizeiliche Meldung. Das Aufgebotsverfahren für Berechtigte aus Nießbrauch, beschränkter persönlicher Dienstbarkeit, Wohnungsrecht, Mitbenutzungsrechte nach Art. 233 § 5 Abs. 1 EGBGB, §§ 321 ff. ZGB, unvererbliche und unübertragbare Vorkaufsrechte und Reallasten kann schon dann durchgeführt werden, wenn nicht feststellbar ist, ob der eingetragene Berechtigte noch lebt oder wo er sich aufhält. Die Regelung gilt auch, wenn der Begünstigte eine juristische Person und zweifelhaft ist, ob sie noch besteht oder ihr Vermögen auf eine andere juristische Person übergegangen ist.

### c. Vernichtete Grundbuchunterlagen

Ein Aufgebotsverfahren ist auch möglich bei vernichteten Grundbuchunterlagen. Über den Wortlaut von § 6 Abs. 1 S. 2 letzter Fall GBBerG hinaus gilt dies auch für subjektiv-dingliche Vorkaufsrechte und Reallasten. Dieses Aufgebot soll aber nur subsidiär stattfinden. Ein zerstörtes oder abhanden gekommenes Grundbuch ist grundsätzlich nach § 141 GBO wiederherzustellen.

### d. Sonstige Möglichkeiten

Für andere Rechtsinhaber sehen die Vorschriften in § 6 Abs. 1 und § 9 Abs. 7 S. 3 GBBerG, Art. 233 § 15 Abs. 3 S. 7 EGBGB, §§ 18 und 114 SachenRBERG sowie § 15 GBBerG ein Aufgebot des Rechtsinhabers vor, wobei die Rechtsfolgen je nach Verfahren verschieden sind. Stets handelt es sich bei der Grundbucheintragung jedoch um eine Grundbuchberichtigung.

### e. Wirkungen des Ausschlussurteils

Mit dem Erlass des sofort rechtskräftigen Ausschlussurteils erlischt das Recht<sup>41</sup>; das Grundbuch kann unter Vorlage des Urteils und durch formlosen Antrag berichtet werden.<sup>42</sup> Bei Aufhebung des Urteils mit Wirkung ex tunc erlöschen die Rechtspositionen gem. § 22 GBO, was eine Löschungsbeurteilung des Berechtigten voraussetzt. Kein Kraftloswerden,

<sup>41</sup> Bei Reallasten entsteht keine Eigentümerreallast.

<sup>42</sup> Einzelheiten Böhringer, NotBZ 2001, 197.

solange ein Vorbehalt im Urteil nicht durch Verzicht oder Urteil beseitigt ist.

Vorzulegen ist das Aufgebotsurteil in Ausfertigung; für den Eintragungsantrag gilt § 13 GBO. Bei mehreren Rechtsinhabern kommt es auf das im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsverhältnis (§ 47 GBO) an, ob ein Aufgebotsverfahren zulässig ist; bei Bruchteilsgemeinschaften im Hinblick auf den ideellen Bruchteil ist dies zu bejahen, nicht dagegen bei Gesamthandbeteiligung; möglich dagegen der Ausschluss aller Gesamthänder, auch wenn einer von ihnen der Antragsteller ist, gleiches gilt für Gesamtberechtigung nach § 428 BGB. Bei „in ehelichem Vermögen“ eingetragenen Ehegatten ist ein Aufgebotsverfahren zum Ausschluss eines Ehegatten nur zulässig, wenn das Ehegatteneigentum in Bruchteilsgemeinschaft übergeleitet ist, wofür eine Vermutung spricht, Art. 234 § 4 a EGBGB. Bei Rückoption<sup>43</sup> in den früheren DDR-Güterstand ist ein Aufgebot nur eines Ehegatten unzulässig.<sup>44</sup>

Nicht diskutiert ist bisher, ob bei Verfügungsbeschränkungen betreffend die Fideikommisseseigenschaft ein Aufgebot nach § 6 Abs. 1 GBBerG oder nach § 927 BGB möglich ist; durch ein solches Verfahren würden die Beschränkungen der Nacherfolge erlöschen.

## 2. Grundpfandrechtsgläubiger

Viele Gläubiger von beschränkten dinglichen Rechten sind unbekannt oder unbekannt Aufenthalts.<sup>45</sup> Grundpfandrechtsgläubiger können mit einem Aufgebotsverfahren nach §§ 1170, 1171 BGB mit ihren Rechten ausgeschlossen werden. Mit Erlass des Ausschlussurteils geht das Grundpfandrecht auf den Grundstückseigentümer über. Bei der Falllage des § 1171 BGB kann der Gläubiger auch durch Hinterlegung des Geldbetrages im Wege des Aufgebotsverfahrens ausgeschlossen werden. Auf wen das dingliche Recht dann übergeht, entscheidet das materielle Recht (§§ 1143, 1163, 1164 BGB).

<sup>43</sup> Dazu Böhringer, DNotZ 1991, 223.

<sup>44</sup> Zum ähnlichen Fall der Gütergemeinschaft LG Aurich NdsRpfl 1994, 71.

<sup>45</sup> Dazu Wenckstern, DNotZ 1993, 597; Böhringer, NotBZ 2001, 197. Zu den verschiedenen Löschungsmöglichkeiten bei unbekanntem Aufenthalt Böhringer, NJ 1994, 303. Allgemein zum Aufgebotsverfahren Lessing, RpfStud 2004, 97.

## Rechtsprechung

### BGB § 32

**1. Die Einladung zu einer Mitgliederversammlung eines Vereins mit mehr als achtzig Mitgliedern, in welcher grundlegende Beschlüsse, auch zur Abwahl des Vorstands, anstehen, für einen Termin in der Hauptferienzeit ist jedenfalls dann nicht verkehrsblich und damit unangemessen, wenn nach vorheriger schriftlicher Erklärung des 1. Vorstandsvorsitzenden der Verein grundsätzlich keine Mitgliederversammlungen in den Schulferien abhält und kein Fall besonderer Dringlichkeit vorliegt.**

**2. Ein Fall besonderer Dringlichkeit, der eine Einladung zu diesem Termin rechtfertigen könnte, liegt nicht allein deshalb vor, weil der Vorstand offensichtlich der Einberufung einer Mitgliederversammlung durch hierzu gerichtlich ermächtigte Vereinsmitglieder zuvorkommen will.**

**3. Die in der zu einem nicht angemessenen Termin einberufenen Versammlung gefassten Beschlüsse sind nichtig, weil die unzumutbare Erschwerung der Teilnahme einer fehlenden Einladung gleichzusetzen ist, sofern nicht feststeht, dass sie auch bei einer ordnungsgemäßen Einladung gleich lautend gefasst worden wären.**

BayObLG Beschl. v. 16.7.2004 3Z BR100/04  
(= BayObLGZ 2004, Nr. 37)

Aus den Gründen:

I.

Mit Beschluss vom 10.7.2003 hat das Registergericht die Antragsteller zur Einberufung einer Mitgliederversammlung des Vereins ermächtigt und deren Vorsitz dem Beteiligten zu 2, einem Vereinsmitglied, übertragen. Gegen diesen Beschluss legte der Antragsgegner sofortige Beschwerde ein und kündigte an, am 10.8.2003 eine außerordentliche Mitgliederversammlung mit der von den Antragstellern verlangten Tagesordnung einzuberufen. Weiterhin beantragte er, die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses auszusetzen.

Mit Beschluss vom 22.3.2004 hat das Landgericht das Rechtsmittel des Antragsgegners zurückgewiesen. Dieser hat hiergegen sofortige weitere Beschwerde eingelegt und wiederum beantragt, die Vollziehung des angefochtenen Beschlusses auszusetzen.

Am 12.5.2004 hat der Senat die Vollziehung des Beschlusses des Amtsgerichts vom 10.7.2003 bis zum Erlass einer Entscheidung über die sofortige weitere Beschwerde gegen den Beschluss des Landgerichts vom 22.3.2004 ausgesetzt.

II.

Die sofortige weitere Beschwerde gem. § 160 Satz 2 i. V. m. § 29 Abs. 2 FGg ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt. Sie ist jedoch unbegründet.

a)

Zu Recht hat das Landgericht erkannt, dass zum Zeitpunkt seiner Entscheidung die Voraussetzungen einer Ermächtigung der Antragsteller nach § 37 Abs. 2 BGB noch immer vorgelegen haben.

aa)

Zwar wäre das Anliegen der Antragsteller in der Hauptsache erledigt und daher eine Sachentscheidung des Landgerichts

nicht mehr zulässig gewesen, wenn vor seiner Entscheidung bereits eine ordnungsgemäß einberufene Versammlung stattgefunden hätte, welcher eine dem Wunsch der Minderheit im Wesentlichen entsprechende Tagesordnung zugrunde gelegen hätte. Dies war aber weder bezüglich der Mitgliederversammlung vom 10.8.2004 noch der vorausgegangenen Versammlung vom 25.5.2004 der Fall.

bb)

Hierbei war unschädlich, dass die Einberufung jeweils von dem Vorstand des Antragsgegners ausging. Denn das Einberufungsrecht des Vorstands eines Vereins zu Mitgliederversammlungen bleibt unberührt davon, dass das Gericht Mitglieder des Vereins gem. § 37 Abs. 2 BGB zur Einberufung einer Versammlung ermächtigt (OLG Stuttgart Rpfleger 2004, 106 m. w. N.; Reichert Handbuch des Vereins- und Verbandsrechts 9. Aufl. Rn. 777, 818; Soergel/Hadding BGB 13. Aufl. § 37 Rn. 17).

cc)

Jedoch entsprach die Einladung für den Termin vom 10.8.2003 nicht den Anforderungen an eine ordnungsgemäß einberufene Mitgliederversammlung eines Vereins gemäß § 32 BGB, weil sie während der Sommer-Schulferien in Bayern als dem Land, in welchem der Verein seinen Sitz hat, anberaumt wurde.

Soweit die Satzung des Vereins keine ausdrücklichen Vorgaben enthält, ist zwar der Vorstand in der Orts- und Zeitwahl grundsätzlich frei; jedoch darf die Teilnahme der Mitglieder nicht unzumutbar erschwert werden (Soergel/Hadding BGB § 32 Rn. 11). Der Zeitpunkt der Versammlung muss den Mitgliedern zumutbar, d. h. verkehrsblich und angemessen sein (Stöber Handbuch zum Vereinsrecht 7. Aufl. Rn. 460; Reichert Rn. 831; vgl. für die Wohnungseigentümerversammlung OLG Frankfurt NJW 1983, 398; LG Lübeck NJW-RR 1986, 813; für die Gesellschafterversammlung der GmbH BGH WM 1985, 567 f.). Für das Einberufungsorgan muss der entscheidende Gesichtspunkt sein, dass allen Mitgliedern die Teilnahme an der Versammlung ermöglicht wird, wobei auch die Eigenart des Vereins eine gewichtige Rolle spielen kann (vgl. Sauter/Schweyer/Waldner Der eingetragene Verein 17. Aufl. Rn. 174).

So richtet es sich nach der ständigen Übung des Vereins und dem Gesamtinteresse der Vereinsmitglieder, ob die Versammlung auf einen Sonntag oder staatlich anerkannten allgemeinen Feiertag anberaumt werden kann (Stöber aaO). Auch die Wahl der Haupturlaubszeit kann insoweit fehlerhaft sein, wenn deshalb viele Mitglieder nicht erschienen sind (Reichert aaO Rn.832).

dd)

Ob und wie viele Mitglieder entsprechend dem Vortrag der Antragsteller allein wegen des Einberufungstermins der Mitgliederversammlung am 10.8.2003 ferngeblieben sind, hat das Landgericht nicht festgestellt. Ein Protokoll der Versammlung ist nicht zu den Akten gelangt. Dem Protokoll der vorangegangenen Mitgliederversammlung vom 25.5.2003 ist aber zu entnehmen, dass seinerzeit 14 Mitglieder anwesend waren und fünf weitere eine Stimmrechtsübertragung vorgenommen hatten. Angesichts dieser Größenordnung des Verhältnisses zwischen der Gesamtmitgliederzahl von 88 Personen und der Zahl von 19 an der damaligen Versammlung



aktiv beteiligten Mitgliedern ist nach der Lebenserfahrung anzunehmen, dass eine erhebliche Schwankungsbreite der Teilnahme bestehen kann und die Lage des Versammlungstermins an einem Tag etwa zwei Wochen nach Beginn der für den Vereinssitz maßgebenden Schulferien durchaus Einfluss auf das Erscheinen einiger Mitglieder und deshalb auch auf die Beschlussfassung in der Versammlung haben konnte. Daher ist die Ursächlichkeit der Wahl des Versammlungstermins für das Fernbleiben von Mitgliedern zu vermuten – ohne dass es auf deren Identität oder Zahl ankommt –, wie auch im Übrigen die Kausalität zwischen einem Einberufungsmangel und dem Beschlussergebnis vermutet wird, solange nicht feststeht, dass der Beschluss bei ordnungsgemäßer Ladung ebenso ausgefallen wäre (vgl. BGHZ 59, 369/375; Soergel/Hadding § 32 Rn. 17 m. w. N.). Bei der hier gegebenen Gesamtzahl von 88 Mitgliedern kann angesichts der vorliegenden Umstände eine solche Feststellung über die fehlende Auswirkung des Einberufungsmangels nicht getroffen werden.

ee)

Hierbei ist auch zu beachten, dass es nach schriftlicher Angabe des 1. Vorsitzenden des Antragsgegners einer ständigen Übung entsprach, während der Schulferien keine Mitgliederversammlungen abzuhalten. Insbesondere auch deshalb war der Zeitpunkt der Versammlung vom 10.8.2003 unter den hier gegebenen Umständen nicht verkehrsblich und angemessen; seine Wahl konnte eine unzumutbare Erschwerung der Teilnahme für zumindest einige der einzuladenden Mitglieder darstellen.

Der Vorsitzende des Antragsgegners hat allerdings seine Aussage als Grundsatz herausgestellt, was die Möglichkeit nicht ausschließt, unter besonderen Umständen von dieser Übung abzuweichen.

Jedoch kann allein der seinerzeitige Wunsch, einer Einladung der hierzu ermächtigten Antragsteller zuvorzukommen, eine Abweichung von diesem Grundsatz nicht rechtfertigen. Das gilt erst recht, wenn erkennbar ist, dass in einer bevorstehenden Versammlung grundsätzliche Richtungsfragen der Vereinspolitik erörtert und entschieden werden sollen, an denen alle Mitglieder ein grundlegendes Interesse haben dürfen.

Hierbei fällt auch ins Gewicht, dass der Antragsgegner bereits am 25.5.2003 eine Versammlung abgehalten hatte, deren offenkundiger Zweck darin bestand, das Einberufungsverlangen der 19 Mitglieder entbehrlich zu machen, wenn auch in hiervon abweichender Form. Denn es liegt auf der Hand, dass es einen Unterschied macht, ob einerseits – wie verlangt – zu einer „Abwahl und Neuwahl des Vorstandes“ eingeladen wird oder nur zu einer „Neuwahl zurückgetretener Vorstandsmitglieder“. Das trifft selbst dann zu, wenn in dieser Versammlung alle bisherigen Vorstandsmitglieder zurücktreten und sich einer Neuwahl stellen sollten. In der erstgenannten Formulierung der Einladung kann ein Vereinsmitglied bereits bei flüchtigem Lesen unschwer entnehmen, dass in der Versammlung grundlegende Fragen der künftigen Ausrichtung des Vereins zur Sprache kommen dürften. Eine solche Deutung liegt hingegen nicht auf der Hand, wenn lediglich die Neuwahl zurückgetretener Vorstandsmitglieder angekündigt wird, weil dieser Vorgang auch auf persönlichen und nicht mit dem Vereinsgeschick verknüpften Beweggründen der Betroffenen beruhen kann.

Unbeschadet seiner im Verfahren aufrechterhaltenen Argumentation hierzu hatte der Antragsgegner diese Problematik offenbar erkannt und deshalb zu der erneuten Versammlung

am 10.8.2003 eingeladen, welcher diesmal die von dem Antragsteller geforderte Tagesordnung zugrunde lag. Da es sich somit um eine „Nachbesserung“ gegenüber dem ersten Versuch einer auf Initiative des Vorstands einzuberufenden Versammlung handelte, kann das Argument der Eilbedürftigkeit nicht die Überzeugungskraft beanspruchen, welche ihm der Antragsgegner beimessen will. Angesichts der Vorgeschichte bestand vielmehr für den Antragsgegner besonderer Anlass, auf die Formgültigkeit der Einladung bedacht zu sein und keinesfalls die Teilnahmemöglichkeit einer nicht unerheblichen Zahl von Mitgliedern durch eine nicht aus objektiven Gründen gebotene Terminierung in den Schulferien tatsächlich zu beschränken.

ff)

Die nach den obigen Feststellungen zu bejahende Erschwerung der Teilnahme ist der Wirkung einer überhaupt fehlenden Einladung gleichzusetzen und führt zur Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse (so Soergel/Hadding § 32 Rn. 15; wohl auch Reichert Rn. 832; vgl. auch Sauter/Schweyer/Waldner Rn. 213 f.).

b)

Da infolge des Einberufungsmangels die in der Versammlung vom 10.8.2003 gefassten Beschlüsse unwirksam waren, wurde hierdurch die den Antragstellern gerichtlich eingeräumte Befugnis zur Einladung zu einer Mitgliederversammlung nicht verbraucht. Dasselbe gilt für die vorangegangene Versammlung vom 25.5.2003, weil die ihr zugrunde liegende und in der entsprechenden Einladung genannte Tagesordnung, wie bereits dargelegt, zumindest in einem wesentlichen Punkt – nämlich der „Neuwahl zurückgetretener Vorstandsmitglieder“ – nicht dem zulässigen Verlangen der die Einberufung einer Versammlung fordernden Vereinsmitglieder entsprach, die Mitglieder über die „Abwahl und Neuwahl“ des Vorstands entscheiden zu lassen.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG a.D.

**KostO § 156, § 116; MaBV § 1, § 3; BeurkG § 17; BNotO § 19**

**1. Der Einwand der unrichtigen Sachbehandlung gemäß § 16 KostO und die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung spezifisch notarieller Pflichten gegen die Kostenforderung des Notars müssen auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde gemäß § 156 KostO beachtet werden (Anschluss an OLG Stuttgart Justiz 1996, 20/21 und ThürOLG NotBZ 2003, 359). Insofern können eine Darlegungs- und eine Substantiierungspflicht mit ähnlich hohen Anforderungen wie im Zivilprozess angenommen werden.**

**2. Ein Bauvorhaben, das zur Anwendbarkeit der Makler- und Bauträgerverordnung führt, liegt nicht vor bei Vereinbarung lediglich geringfügiger Renovierungsarbeiten oder bloßer Schönheitsreparaturen, so dass die kaufvertraglichen Elemente die werkvertraglichen Teile des Rechtsgeschäfts ganz in den Hintergrund treten lassen.**

**3. Zur Aufklärungspflicht des Notars.**

BayObLG, Beschl. v. 1.10.2004, 3Z BR 129/04  
(= BayObLGZ 2004 Nr. 53)

Aus den Gründen:

I.

Der beteiligte Notar beurkundete am 18.2.2002 einen „Kaufvertrag und Werkvertrag“, mit dem die Beteiligte eine Altbauwohnung in B. zum Kaufpreis von 58.044 EUR erwarb. Der Verkäufer verpflichtete sich darin, Modernisierungsarbeiten nach Maßgabe zweier Anlagen zu der Urkunde für 6.449,30 EUR durchzuführen; unter anderem sollten das Bad und einige Fenster der Wohnung erneuert werden. Die Beteiligte zahlte im Oktober 2002 den Kaufpreis. Einige Tage später stellte der Verkäufer Insolvenzantrag. Die Erfüllung der werkvertraglichen Verpflichtung wurde dadurch obsolet.

Der beteiligte Notar erstellte und übersandte der Beteiligten für die genannte Beurkundung am 19.3.2003 die vollstreckbare Ausfertigung einer Kostenrechnung über 724,77 EUR. Die Beteiligte, die diesen Betrag mittlerweile bezahlt hat, wendet sich dagegen. Sie meint, der Notar habe bei Beurkundung seine Pflichten verletzt, insbesondere gegen die Regelungen der Makler- und Bauträgerverordnung verstoßen, die zum Vertragsinhalt hätten gemacht werden müssen. Das Verhältnis von Kaufpreis zu Werklohn sei grob unrichtig. Die Modernisierungsarbeiten müssten zum Schaden der Beteiligten für erheblich mehr als vereinbart vergeben werden.

Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen.

II.

Die zulässige weitere Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

1.

Das Landgericht hat ausgeführt, der Notar habe keine Amtspflichtverletzung begangen. Die Beschreibung der durchzuführenden Modernisierungsarbeiten sei hinreichend konkret. Wenn sich nachträglich herausgestellt habe, dass die nötigen Arbeiten erheblich umfangreicher seien, als aus der Beschreibung hervorgeht, sei dies nicht dem Notar anzulasten. Auch habe der Notar nicht erschließen können, dass die Arbeiten über geringfügige Renovierungsarbeiten und bloße Schönheitsreparaturen hinausgehen sollten und damit die Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung zu beachten gewesen wären. Gleiches gelte für das Verhältnis von Kaufpreis- und Werklohnanteil an dem insgesamt von der Beteiligten zu zahlenden Betrag.

2.

Das Landgericht hat die Beschwerde zu Recht zurückgewiesen.

a)

Zutreffend hat das Landgericht die Kostenforderung des Notars als solche bejaht und lediglich den Einwand der Pflichtverletzung des Notars einer näheren Prüfung unterzogen. Der Kostenschuldner verlagert zwar mit diesem Einwand eine Materie in ein Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit, die, soweit das Bestehen von Schadensersatzansprüchen in Frage steht, grundsätzlich in das allgemeine Streitverfahren gehört (vgl. zu einer ähnlichen Problematik BGH Report 2004, 977/978). Gleichwohl ist die Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen aus der Verletzung spezifisch notarieller Pflichten gegen die Kostenforderung des Notars auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde gemäß § 156 KostO zu beachten (vgl. OLG Stuttgart Justiz 1996, 20/21 m.w.N.; ThürOLG NotBZ 2003,359).

Die in diesem Zusammenhang maßgebenden Grundsätze hat das Landgericht beachtet. Es ist insbesondere rechtlich nicht zu beanstanden (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO), dass die Beschwerdekammer durch zwei Aufklärungsbeschlüsse auf die Substantiierung des Schadensersatzanspruchs gegen den Notar hingewirkt hat. Die Verlagerung der Prüfung von Schadensersatzansprüchen in das Verfahren der Notarkostenbeschwerde darf nicht dazu führen, dass sich der Kostenschuldner auf diese Weise den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeit des Freibeweises bedient (§ 12 FGG), ohne das Kostenrisiko tragen zu müssen, das ihn im Falle einer Schadensersatzklage gegen den Notar trafe (§ 91 ZPO im Gegensatz zu § 156 Abs. 5 KostO). Deshalb treffen ihn hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten (vgl. OLG Hamm FGPrax 2004, 49/50; Denk NotBZ 2004, 185 ff.).

b)

Das Landgericht hat zu Recht angenommen, dass die Voraussetzungen für einen aufrechenbaren Schadensersatzanspruch gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht dargelegt wurden. Dabei kann letztlich dahingestellt bleiben, ob dem Notar eine Pflichtverletzung vorzuwerfen ist. Die Kostenschuldnerin hat jedenfalls nicht dargetan, was sie im Fall der von ihr gerügten fehlenden Hinweise anders gemacht hätte und inwiefern dadurch ihr Schaden, der durch die Insolvenz des Verkäufers bedingt ist, entfallen oder verringert worden wäre.

aa)

Veräußert jemand, gegebenenfalls aufgeteilt in Wohnungseigentum, eine Altbauimmobilie, steht es ihm frei, daneben Bauleistungen in Bezug auf das Anwesen anzubieten, etwa um den Kaufanreiz zu erhöhen. Sieht er davon ab, unterliegt der Kaufvertrag nicht den besonderen Vorschriften der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV); es handelt sich um einen schlichten Grundstückskauf (vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Kutter 3. Aufl. A II Rn. 1; Pause Bauträgerkauf und Baumodelle 4. Aufl. Rn. 991). Verpflichtet sich der Verkäufer hingegen, auch Bauleistungen zu erbringen, die wegen ihrer Art und ihres Umfangs als Bauvorhaben gelten, ist der aus Elementen des Kauf- und Werkvertrags bestehende Bauträgervertrag an den Bestimmungen der MaBV auszurichten (vgl. § 3 Abs. 2 Satz 4 MaBV; OLG Hamm MittBayNot 2003, 53; Kutter Rn. 133; Pause Rn. 49 und 990; Basty DNotZ 1997, 284/290). Sind die Bauleistungen so geringfügig, dass sie nicht als Bauvorhaben anzusehen sind, gilt dies jedoch nicht (vgl. Kutter aaO; Pause Rn. 49).

Vorliegend hat der Verkäufer wohl bewusst die letztgenannte Variante gewählt. Ihm dürfte bekannt gewesen sein, dass er auf diesem Weg die Anwendung der Bestimmungen der MaBV vermeidet, auch der Notar dürfte dies erkannt haben. Hierfür spricht insbesondere der beurkundete Hinweis, es handele sich um kein Sanierungsobjekt.

bb)

Ein Bauvorhaben im Sinn der MaBV liegt nicht vor, wenn lediglich geringfügige Renovierungsarbeiten oder bloße Schönheitsreparaturen (vgl. Kutter aaO Rn. 133; Pause aaO Rn. 49; Basty DNotZ 1991, 18/23) vereinbart werden, so dass die kaufvertraglichen Elemente die werkvertraglichen Teile des Rechtsgeschäfts ganz in den Hintergrund treten lassen (vgl. Basty aaO; Warda MittRhNotK 1987, 173/183 und MittBay-

Not 1988, 1/12). Zur Abgrenzung solcher geringfügiger Bauleistungen werden im Schrifttum unterschiedliche Kriterien genannt. Zum einen handelt es sich um das Verhältnis des Wertes der Werkleistungen zur gesamten Vertragssumme (Basty aaO; Kutter aaO). Das Erfordernis einer Baugenehmigung (so Warda aaO) wird neuerdings als zu unbestimmt abgelehnt (Basty aaO; Pause Rn. 50) oder nur als Zusatzkriterium zugelassen (Kutter aaO). Zum anderen wird auf die Bedeutung der Maßnahme für Konstruktion, Bestand, Erhaltung und Erneuerung des Gebäudes abgestellt (Kutter; Basty). Pause nennt neuerdings (vgl. aber die Voraufgabe Brych/Pause 3. Aufl. Rn. 99) Planung, Überwachung und Abnahme durch einen Architekten, das Maß der Vorbereitungs- und Ausführungszeit und Veränderungen des Erscheinungsbildes, Eingriff in die Bausubstanz oder Erneuerung wesentlicher Bauteile als Kriterien (aaO Rn. 49). Als Beispiele für geringfügige Baumaßnahmen werden Treppenhaus- oder Fensteranstriche genannt (Pause Rn. 51), während ein Bauvorhaben im genannten Sinne angenommen wird bei Einbringung oder Entfernung nicht tragender Zwischenwände, umfangreichen Arbeiten am Dach, an der Heizungsanlage, an den Sanitäranlagen und -anschlüssen (Basty), bei Fassaden-sanierungen, unter Umständen schon bei einem umfassenden Fassadenanstrich (Pause).

cc)

Nach diesen Grundsätzen ist es rechtlich nicht zu beanstanden, dass das Landgericht eine Pflicht des Notars, den Vertrag an den Bestimmungen der MaBV auszurichten (vgl. Winkler Beurkundungsgesetz 15. Aufl. § 17 Rn. 250), verneint hat. Es stellt rechtsfehlerfrei darauf ab, dass für die Bauleistungen ein Werklohn von 6.449,30 Euro vereinbart wurde, der nur einen geringen Teil der gesamten Vertragssumme darstellt. Die Bewertung der in der Baubeschreibung aufgeführten Einzelmaßnahmen als unwesentlich für Konstruktion und Bestand des Gebäudes ist ebenfalls aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dem Landgericht als Tatsachengericht steht insoweit ein Beurteilungsspielraum zu, der nicht überschritten ist. Schließlich durfte das Landgericht auch die Vertragsklausel berücksichtigen, wonach keine Sanierung vorliege. Dies deutet nach allgemeinem Sprachgebrauch darauf hin, dass die gleichwohl zu erbringenden Bauleistungen im Verhältnis zum Gesamtaufwand geringfügig sind.

dd)

Eine Pflichtwidrigkeit des Notars könnte sich unter diesen Umständen allenfalls aus einer Verletzung seiner Hinweis- und Belehrungspflichten ergeben (vgl. zur Bedeutung eines solchen Verstoßes für die Gebührenerhebung OLG Celle Nds.Rpfl. 2004, 247).

(1)

Nach § 17 Abs. 1 BeurkG soll der Notar den Willen der Beteiligten erforschen, den Sachverhalt klären, die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig in der Niederschrift wiedergeben. Die Vorschrift soll gewährleisten, dass der Notar eine rechtswirksame Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten errichtet. Aus diesem Zweck folgt die inhaltliche Begrenzung der Pflicht zur Rechtsbelehrung: Sie geht nur soweit, wie eine Belehrung über das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die den wahren Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft richtigen Form rechtswirksam wiedergibt. Dabei soll der Notar darauf achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden.

Ob dem Notar wegen Verstoßes gegen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG eine Pflichtverletzung (§ 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO) vorzuwerfen ist, hängt mithin davon ab, welchen Inhalt die Urkunde nach dem Willen der Vertragsparteien haben sollte und ob er den Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der von ihm errichteten Urkunde zum Ausdruck gebracht hat. Diesen Willen kann der Notar nur dann richtig erfassen und in die passende rechtliche Form kleiden, wenn er den Tatsachenkern des zu beurkundenden Geschäfts aufgeklärt hat. Dabei darf er regelmäßig die Angaben der Beteiligten zugrunde legen, es sei denn, er hat Anhaltspunkte dafür, dass sie als Tatsachen vorgetragene rechtliche Begriffe falsch verstanden haben. Bedenken, ob die zu beurkundende Fassung des Geschäfts dem wahren Willen der Beteiligten entspricht, sind mit diesen zu erörtern (§ 17 Abs. 2 Satz 1 BeurkG).

Das Landgericht hat diese Grundsätze beachtet. Der Inhalt des von den Parteien Gewollten ist in der Urkunde zutreffend wiedergegeben. Das Landgericht hat in seiner Begründung zu Recht darauf abgestellt, dass der Notar nicht verpflichtet sei, die tatsächlichen Angaben der Vertragsparteien zum Anteil des Werklohns am Gesamtaufwand des Erwerbers bzw. zum Umfang der Bauleistungen zu überprüfen.

(2)

Über die sich aus § 17 BeurkG ergebenden Pflichten hinaus hat der Notar aufgrund der allgemeinen Betreuungspflicht, die ihn gemäß § 14 Abs. 1 BNotO als Amtsträger der vorsorgenden Rechtspflege trifft, dem Beteiligten, der ihm im Vertrauen darauf angegangen hat, vor nicht bedachten Folgen seiner Erklärungen bewahrt zu bleiben, die nötige Aufklärung zu geben. Er darf es nicht geschehen lassen, dass Beteiligte, die über die rechtlichen Folgen ihrer Erklärung falsche Vorstellungen haben, durch die Abgabe der Erklärung ihre Vermögensinteressen vermeidbar gefährden. Die betreuende Belehrungspflicht besteht allerdings nur dann, wenn der Notar aufgrund besonderer Umstände des Falls Anlass zu der Vermutung haben muss, einem Beteiligten drohe ein Schaden vor allem deshalb, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage der Gefahr nicht bewusst ist (vgl. BGH NJW 1991, 1346 ff.).

Der Notar als Träger der vorsorgenden Rechtspflege darf es nicht untätig geschehen lassen, dass ein Beteiligter in die Gefahr eines folgenreichen Schadens gerät, der durch eine mit wenigen Worten zu gebende Belehrung zu vermeiden ist. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erwachsen demgemäß für den Notar Schutzpflichten, wenn er aufgrund besonderer Umstände des Falles – namentlich wegen der rechtlichen Anlage oder der Art der Durchführung des konkreten Geschäfts – Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten entstehe ein Schaden, weil er sich wegen mangelnder Kenntnis der Rechtslage oder von Sachumständen, welche das beurkundete Rechtsgeschäft als für seine Vermögensinteressen bedeutsam erscheinen lassen, einer Gefährdung dieser Interessen nicht bewusst ist (vgl. BGH NJW 2003, 1940/1941).

Unter diesem Gesichtspunkt stellt sich die Frage, ob im vorliegenden Fall der Notar angesichts des gesamten Inhalts des Vertrages gehalten gewesen wäre, die Grundzüge der MaBV und den Grund ihrer Nichtanwendbarkeit auf das Vertragswerk nebst den Folgen hieraus mit den Vertragsparteien zu erörtern und damit auch der Beteiligten Gelegenheit zu geben, sich mit der Vertragsgestaltung unter diesem Gesichtspunkt auseinanderzusetzen. Hierauf ist das Landgericht nicht eingegangen.

ee)

Ob eine solche Verpflichtung bestand, kann jedoch dahingestellt bleiben. Die Beteiligte hat nicht dargelegt, wie sie sich verhalten hätte, wenn der Notar einen entsprechenden Hinweis gegeben hätte. Es ist durchaus denkbar, dass sie den Vertrag gleichwohl in der vorgeschlagenen Form abgeschlossen hätte. Deshalb kann auch die Kausalität einer eventuellen Pflichtverletzung für den eingetretenen Schaden nicht nach den Grundsätzen des „aufklärungsrichtigen Verhaltens“ (vgl. dazu Palandt/Heinrichs BGB 63. Aufl. § 280 Rn. 39 m.w.N.) vermutet werden. Diese Vermutung greift nicht ein, wenn eine gehörige Aufklärung einen Entscheidungskonflikt ausgelöst hätte, weil es mehrere Möglichkeiten aufklärungsrichtigen Verhaltens gab (BGH NJW 2004, 2967/2969). Die Beteiligte hätte auch bei Aufklärung sowohl am Vertrag festhalten wie vom Vertragsschluss Abstand nehmen können. Sie schwankt in ihren Ausführungen auch jetzt noch zwischen dem Ziel der Durchführung des Vertrags (Beauftragung Dritter, um die nötigen Baumaßnahmen durchzuführen) und dem der Rückabwicklung (Anfechtung, Rücktritt). Für den Fall des Abschlusses und der Durchführung des Vertrags ist nicht zu erkennen, wie der fehlende Hinweis obigen Inhalts für den eingetretenen Schaden hätte kausal werden können. Der durch die Insolvenz des Veräußerers bedingte Schaden wäre auch in diesem Fall eingetreten. Der Schaden im Übrigen könnte nach dem Vortrag der Beteiligten dann lediglich darin bestehen, dass die vereinbarten Bauleistungen bei einem Dritten mehr als mit dem Veräußerer vereinbart kosten. Dass tatsächlich mehr saniert werden soll, als im Vertrag aufgeführt ist, hat außer Betracht zu bleiben. Wie eingangs dargestellt, liegt es im Belieben des Veräußerers, ob und in welchem Umfang er Bauleistungen vertraglich anbietet.

Die Beteiligte wurde von der Beschwerdekammer im ersten der zwei Aufklärungsbeschlüsse darauf hingewiesen, dass ihr Vortrag auch in den genannten Punkten unzureichend ist. Zwar hat das Landgericht den Schwerpunkt auf die Abgrenzungsfrage bezüglich der Einbeziehung der MaBV gelegt. Es hat jedoch hinreichend deutlich gemacht, dass auch zum Schaden (und damit auch zur Kausalität zwischen denkbarer Pflichtwidrigkeit und Schaden) weiterer Sachvortrag nötig sei. Dem ist die Beteiligte nicht nachgekommen. Der Senat kann daher abschließend entscheiden, ohne die Sache erneut an das Landgericht zurückverweisen zu müssen. Die Beteiligte ist im Übrigen nicht gehindert, ihren vermeintlichen Schadensersatzanspruch im allgemeinen Streitverfahren nach den Grundsätzen der Zivilprozessordnung erneut geltend zu machen (Rechtsgedanke des § 322 Abs. 2 ZPO).

c)

Der Einwand der unrichtigen Sachbehandlung gemäß § 16 KostO ist im Verfahren der Notarkostenbeschwerde ebenfalls zu beachten (vgl. OLG Stuttgart Justiz 1996, 20/21 m.w.N.; ThürOLG NotBZ 2003, 359; OLG Celle Nds.Rpfl. 2004, 247). Das Landgericht ist hierauf, aus seiner Sicht zu Recht, nicht ausdrücklich eingegangen. § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO setzt einen offen zutage tretenden Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen voraus (vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke KostO 15. Aufl. § 16 Rn. 2 m.w.N. und Rn. 77). Verneint man wie hier das Landgericht bereits im Rahmen der Prüfung eines Schadensersatzanspruchs eine Pflichtverletzung, kommt insoweit der Einwand der unrichtigen Sachbehandlung, der deutlich strengere Voraussetzungen aufweist als die Pflicht zum Schadensersatz, nicht mehr in Betracht. Aber auch wenn man die Möglichkeit einer Verletzung der Hinweispflicht in Betracht zieht, entspräche ein solcher Pflichtverstoß hier keinesfalls den oben ge-

nannten Anforderungen. Ebenso ist es, wie oben dargelegt, völlig unsicher, ob ein Hinweis des Notars zur Vermeidung der Kosten geführt hätte.

Mitgeteilt von Johann Demharter, Richter am BayObLG a.D.

#### BNotO §§ 4, 6, 6 a

**Hat die Landesjustizverwaltung bei der Besetzung von ausgeschriebenen (Anwalts-)Notarstellen eine nach Abschluss des fachgerichtlichen Konkurrentenstreitverfahrens vom Bundesverfassungsgericht erlassene einstweilige Verfügung auf Freihaltung einer Stelle für einen Mitbewerber unbeachtet gelassen, so kann der unberücksichtigt gebliebene Mitbewerber in dem nach erfolgreicher Verfassungsbeschwerde vom Bundesverfassungsgericht an die Fachgerichte zurückverwiesenen Verfahren nicht die Zuteilung einer weiteren Notarstelle (ohne vorherige Ausschreibung) verlangen (Abgrenzung zu BVerwGE 118, 370).**

BGH, Beschl. v. 28. November 2005 – NotZ 18/05

Aus den Gründen:

I.

Der Antragsteller bewarb sich um eine der sechs im Staatsanzeiger Baden-Württemberg vom 19. November 2001 ausgeschriebenen Notarstellen für Rechtsanwälte zur nebenberuflichen Amtsausübung im Bezirk des Amtsgerichts S. Der Antragsgegner erstellte eine Rangliste der (siebzehn) Bewerber. Der Antragsteller erhielt mit 122,8 Punkten Rang 9. Die sechs weiteren Beteiligten erhielten 137, 135, 135, 133, 128,15 und 125 Punkte und damit Rang 1 bis 6. Dementsprechend teilte der Antragsgegner dem Antragsteller mit Datum vom 18. März 2002 mit, dass vorgesehen sei, die Stellen anderweitig, nämlich an die weiteren Verfahrensbeteiligten, zu vergeben. Hiergegen stellte der Antragsteller Antrag auf gerichtliche Entscheidung. Mit Beschluss vom 8. Oktober 2002 wies das OLG Stuttgart den Antrag zurück. Die vom Antragsteller dagegen gerichtete sofortige Beschwerde wurde vom Bundesgerichtshof durch Beschluss vom 31. März 2003 (NotZ 39/02) zurückgewiesen.

Der Antragsteller legte Verfassungsbeschwerde ein und beantragte gleichzeitig beim Bundesverfassungsgericht den Erlass einer einstweiligen Anordnung. Antragsgemäß gab das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 10. April 2003 dem Antragsgegner auf, eine der ausgeschriebenen Anwaltsnotarstellen vorsorglich freizuhalten. Diese Anordnung wurde dem Antragsgegner per Fax übermittelt. Dennoch wurden die weiteren Beteiligten vom Antragsgegner zu Notaren bestellt, und zwar wurde nach dem Vortrag des Antragsgegners die Urkunde allen sechs am 11. April 2003 ausgehändigt, zu einem Zeitpunkt, als die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts den „handelnden Personen unbekannt“ gewesen sei. Mit Beschluss vom 8. Oktober 2004 (1 BvR 702/03 – NJW 2005, 50) gab das Bundesverfassungsgericht der Verfassungsbeschwerde des Antragstellers statt. Es stellte fest, dass die gerichtlichen Beschlüsse des Oberlandesgerichts vom 8. Oktober 2002 und des Bundesgerichtshofs vom 31. März 2003 sowie die Verfügung des Justizministeriums vom 18. März 2002 den Beschwerdeführer in seinem Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 des Grundgesetzes verletzen, hob die Beschlüsse auf und verwies die Sache an das Ober-

landesgericht: Die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften durch den Antragsgegner, konkretisiert in der AVNot, verfehle die im Hinblick auf die verfassungsrechtlich gewährleistete Berufsfreiheit gebotene chancengleiche Bestenauslese zur Besetzung der freien Notarstelle. Im durch die AVNot gesteuerten Auswahlverfahren komme der spezifischen fachlichen Eignung für das Amt des Notars im Verhältnis zur allgemeinen Befähigung für juristische Berufe und zu den Erfahrungen aus dem Anwaltsberuf eine derart untergeordnete Bedeutung zu, dass die ablehnende Auswahlentscheidung, die sich nach den Vorgaben der AVNot richte, und die sie bestätigenden gerichtlichen Entscheidungen mit Art. 12 Abs. 1 i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG nicht mehr vereinbar seien.

In dem beim Oberlandesgericht fortgesetzten Verfahren hat der Antragsteller beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, ihm eine Anwaltsnotarstelle zu übertragen, hilfsweise, über die Bewerbung des Antragstellers unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden. Der Antragsgegner hat den Standpunkt vertreten, das Verpflichtungsbegehren sei nach der Besetzung sämtlicher ausgeschriebenen Notarstellen unzulässig. Im Übrigen hat er erklärt und im einzelnen erläutert, dass er unter Berücksichtigung der neuen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts „in Ausübung des uns zukommenden Prognosespielraums“ zumindest die weiteren Beteiligten zu 1 und 5 sowie die Bewerber Dr. K., Dr. Ku., Dr. Ki. und S., die die Auswahlentscheidung des Antragsgegners nicht gerichtlich angegriffen haben, für fachlich besser für das Notaramt geeignet halte als den Antragsteller.

Das Oberlandesgericht hat den Hauptantrag zurückgewiesen und auf den Hilfsantrag den Antragsgegner verpflichtet, über die Bewerbung des Antragstellers für eine Notarstelle im Bezirk des Amtsgerichtsbezirks S. erneut zu entscheiden. Dagegen richten sich die sofortigen Beschwerden des Antragstellers, der in erster Linie seinen Hauptantrag weiterverfolgt, und des Antragsgegners, der weiterhin das Verpflichtungsbegehren als unzulässig ansieht.

## II.

Die sofortigen Beschwerden beider Beteiligten sind nach § 111 Abs. 4 BNotO i.V.m. § 42 BRAO zulässig, begründet ist jedoch nur das Rechtsmittel des Antragsgegners. Denn das Verpflichtungsbegehren des Antragstellers ist weder im Hauptantrag noch im Hilfsantrag zulässig. Dem Antragsgegner ist es nach Ernennung des letzten Mitbewerbers aus dem Ausschreibungsverfahren nicht (mehr) möglich, dem Antragsteller auf dessen Bewerbung vom 21. November 2001 eine Stelle als Anwaltsnotar zuzuteilen. Es kommt weder die Einweisung in eine der ursprünglich ausgeschriebenen sechs Stellen noch die Zuweisung einer anderen – weiteren – Stelle in Betracht.

### 1.

Bleibt ein Bewerber auf eine Notarstelle ohne Erfolg, kann er zur Wahrung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs einen gerichtlichen Verpflichtungsantrag stellen. Für einen solchen fehlt nach ständiger Rechtsprechung des Senats allerdings das Rechtsschutzinteresse, sobald die Stelle mit einem anderen Bewerber besetzt ist (vgl. nur BGHZ 160, 190, 193 und Beschluss vom 22. November 2004 – NotZ 21/04 – S. 5 f. des Umdrucks m.w.N.).

#### a)

Die Zuweisung einer der ursprünglich ausgeschriebenen sechs Stellen würde – da mittlerweile sechs Mitbewerber er-

nannt wurden – voraussetzen, dass zumindest eine der Ernennungen rückgängig gemacht werden könnte. Dem steht jedoch der Grundsatz der Ämterstabilität entgegen. Die Rechtsposition, welche der Mitbewerber durch seine Bestellung erlangt hat, kann von dem unberücksichtigt gebliebenen Bewerber nicht erfolgreich angefochten werden, da sie nicht mehr revidiert werden kann (vgl. Senat, BGHZ 160, 190, 194 m.w.N.). Zu den in § 50 BNotO abschließend geregelten Amtsenthebungsgründen zählt der Verstoß der Bestellung gegen eine einstweilige Anordnung, auch des Bundesverfassungsgerichts, nicht (BGHZ aaO).

#### b)

Auch die Zuweisung einer anderen – weiteren – Stelle als Anwaltsnotar ist im vorliegenden Verfahren unmöglich. Weder die Zuweisung der nächsten frei werdenden Stelle noch die Schaffung einer zusätzlichen Stelle kommt in Betracht. Seit der Novellierung des Zulassungsrechts im Jahr 1991 ist es nicht mehr möglich, einen zu Unrecht abgelehnten Bewerber für ein Anwaltsnotariat nach der Besetzung der ausgeschriebenen Stelle zusätzlich zu bestellen. Dies ergibt sich daraus, dass die Justizverwaltung eine zusätzliche Notarstelle nur schaffen kann, wenn sie aufgrund der in § 4 BNotO vorgeschriebenen Kriterien ein öffentliches Interesse hieran festgestellt hat. Die zusätzliche Stelle ist nach den §§ 6, 6 b BNotO förmlich auszuschreiben und nach für alle Bewerber gleichen Eignungsmaßstäben zu besetzen. Dies hat zur Folge, dass die Bewerbung auf eine ausgeschriebene Stelle sich ausschließlich auf diese Stelle bezieht. Wird die ausgeschriebene Stelle besetzt, ist das durch die Ausschreibung eingeleitete Verfahren beendet. Im vorliegenden Fall hat der Antragsteller zwar darauf hingewiesen, dass mittlerweile im Bereich des Amtsgerichts S. bereits wieder mehrere Notarstellen für Rechtsanwälte zur nebenberuflichen Amtsausübung ausgeschrieben worden seien. Durch die Zuweisung einer dieser Stellen im vorliegenden Verfahren würde aber die gesetzlich normierte Ausschreibungspflicht missachtet werden. Damit wären die Rechte Dritter, nämlich potenzieller Mitbewerber beeinträchtigt, die am vorliegenden Verfahren nicht beteiligt sind.

### 2.

#### a)

Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts kann allerdings dann, wenn entgegen einer einstweiligen Anordnung ein Mitbewerber befördert wurde, der im vorläufigen Rechtsschutz obsiegende Beamte seinen Bewerbungsverfahrensanspruch im Hauptsacheverfahren durchsetzen; dies setzt nicht die Möglichkeit voraus, die bereits erfolgte Ernennung aufzuheben (BVerwGE 118, 370). Der Betroffene kann danach bei Missachtung einer seinen Bewerbungsverfahrensanspruch sichernden einstweiligen Anordnung verlangen, verfahrensrechtlich und materiellrechtlich so gestellt zu werden, als sei die einstweilige Anordnung beachtet worden. Das Bundesverwaltungsgericht sieht in diesem Fall auch die Möglichkeit und Notwendigkeit, erforderlichenfalls eine benötigte weitere Planstelle zu schaffen (BVerwGE aaO S. 375).

#### b)

Diese Rechtsprechung lässt sich jedoch – was der Senat bisher offen gelassen hat (BGHZ 160, 190, 197 und Beschluss vom 22. November 2004 aaO) – nicht auf das Notarrecht übertragen; es kann daher dahingestellt bleiben, ob hier bei Zugrundelegung der Darstellung des Antragsgegners – wo-

nach die Aushändigung der Urkunden an die Mitbewerber des Antragstellers in Unkenntnis der einstweiligen Anordnung des Bundesverfassungsgerichts vom 10. April 2003 erfolgt ist – überhaupt von einer „Missachtung“ der einstweiligen Anordnung durch die Justizverwaltung gesprochen werden kann.

Notarstellen lassen sich nicht ohne weiteres nachträglich „verdoppeln“ (vgl. zu diesem Gesichtspunkt im Beamtenrecht, bezogen auf funktionsgebundene Beförderungsämter, Schnellenbach ZBR 2004, 104, 105; allgemein zur haushaltsrechtlichen Problematik Wernsmann, DVBl. 2005, 276, 284). Nach § 4 Satz 1 BNotO werden (nur) so viele Notare bestellt, wie es den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege entspricht. Dabei ist insbesondere das Bedürfnis nach einer angemessenen Versorgung der Rechtsuchenden mit notariellen Leistungen und die Wahrung einer geordneten Altersstruktur zu berücksichtigen (Satz 2). Die Schaffung einer zusätzlichen Stelle unabhängig von den gesetzlichen Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege ist nicht möglich. Ein solcher Akt würde im Übrigen möglicherweise in Rechte der bereits bestellten Notare des betreffenden Bezirkes eingreifen. Zwar sind nach ständiger Rechtsprechung des Senats die Bestimmung der Zahl der Amtsinhaber und der Zusammensetzung der Notariate der Organisationsgewalt des Staates vorbehalten, die Bedürfnisprüfung geschieht mithin grundsätzlich allein im Interesse der Allgemeinheit. Allerdings hat die Landesjustizverwaltung bei der Ausübung des hier eingeräumten Organisationsermessens nach § 4 BNotO subjektive Rechte von Amtsinhabern insoweit zu wahren, als jedem Notar zur Erfüllung seiner öffentlichen Aufgabe als unabhängiger und unparteiischer Berater ein Mindestmaß an wirtschaftlicher Unabhängigkeit zu gewährleisten ist (Senat, Beschluss vom 20. Juli 1998 – NotZ 31/97 – NJW-RR 1999, 207 und vom 11. Juli 2005 – NotZ 1/05 – zur Veröffentlichung vorgesehen, S. 5 ff. des Umdrucks). Insoweit hat der Senat in Einzelfällen Unterlassungsanträge amtierender Notare gegen die Bestellung eines weiteren Notars in ihrem Amtsbereich als zulässig angesehen. Dazu ist zwar nicht ausreichend, dass der amtierende Notar allein auf die drohende Schmälerung seines Gebührenaufkommens hinweist, die mit der Bestellung eines weiteren Notars in seinem Amtsbereich verbunden wäre. Erforderlich ist vielmehr die Gefährdung seiner wirtschaftlichen Unabhängigkeit (Beschluss vom 20. Juli 1998 und vom 11. Juli 2005 aaO rn.w.N.). Dieser Aspekt ist zwar vor allem für das hauptberufliche Notariat von Bedeutung, darf aber auch im Anwaltsnotariat nicht außer Acht gelassen werden (vgl. Schmitz-Valckenberg, in Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 2. Aufl., § 4 BNotO Rn. 7 und 11). Ob vorliegende die wirtschaftliche Unabhängigkeit amtierender Notare gefährdet wäre, braucht im vorliegenden Verfahren nicht geklärt zu werden. Durch eine rechtskräftige Entscheidung wäre den möglicherweise Betroffenen jede Möglichkeit abgeschnitten, ihre Rechte geltend zu machen. Darüber hinaus könnte eine neu geschaffene Notarstelle nach den oben bereits genannten Grundsätzen nicht einfach einem Bewerber zugeteilt werden, der in einem auf eine andere Stelle bezogenen früheren Ausschreibungs- oder gerichtlichen Verfahren „übergangen“ worden war. Sie müsste vielmehr ausgeschrieben werden. Jedes andere Verfahren könnte wiederum das Grundrecht anderer (auch neuer) – möglicherweise leistungstärkerer – Bewerber aus Art. 12 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG verletzen.

c)

Es ist auch nicht so, dass auf der Grundlage der Rechtsauffassung des beschließenden Senats die „Schaffung voll-

deter Tatsachen“ vor Abschluss eines Verfahrens des vorläufigen Rechtsschutzes folgenlos bliebe. Wird eine Konkurrenzstreitigkeit durch die vorzeitige Ernennung eines Mitbewerbers vereitelt, so kann darin eine selbständige Amtspflichtverletzung liegen, die Auswirkungen auf die Verteilung der Darlegungs- und Beweislast hat, soweit es um die Beantwortung der Frage geht, ob die Bewerbung des Rechtsbehelfsführers bei pflichtgemäßer Durchführung des Auswahlverfahrens hätte Erfolg haben müssen (vgl. BGHZ 129, 226, 232 ff.).

d)

Dieser Beurteilung lässt sich nicht entgegensetzen, die Bindungswirkung der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 8. Oktober 2004 (aaO S. 51) stehe entgegen. Das Bundesverfassungsgericht bejaht bei der Prüfung der Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde ein Rechtsschutzinteresse für das Begehren des Antragstellers, „das auf Feststellung der Verfassungsverletzung und auf Neubewertung seiner Bewerbung oder – im Falle der Unmöglichkeit – auf Schadensersatz gerichtet ist“. Genauso offen ist die Schlussbemerkung, es sei nicht auszuschließen, dass der Antragsteller „bei einer solchen Neubewertung im Ausgangsverfahren Erfolg haben kann“; mit der Frage, welcher Art der Erfolg des Antragstellers im Ausgangsverfahren gegebenenfalls sein könnte, hat das Bundesverfassungsgericht nicht näher befasst. Auch die im Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 26. Oktober 2004 (1 BvR 2207/04) enthaltene Wendung, der Beschwerdeführer könne „eine fachgerichtliche Überprüfung seines Bewerbungsverfahrensanspruchs in materieller Hinsicht erreichen“, schließt nicht aus, dass eine Überprüfung – nur – im Amtshaftungsprozess den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt.

e)

Dem Antrag des Antragstellers, den Gemeinsamen Senat anzurufen, war nicht zu entsprechen. Die Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts beruht auf Besonderheiten des Notarrechts, über die ausschließlich der beschließende Senat zu befinden hat.

Die Verpflichtungsanträge des Antragstellers waren daher auf die Beschwerde des Antragsgegners in Abänderung des angefochtenen Beschlusses als unzulässig abzuweisen.

#### BGB § 705; HGB § 130

**Der Neugesellschafter ist in seinem Vertrauen auf den Fortbestand der vor der Publikation des Senatsurteils vom 7. April 2003 (BGHZ 154, 370 ff.) bestehenden Rechtslage nicht geschützt, sondern haftet analog § 130 HGB, wenn er die Altverbindlichkeit, für die er in Anspruch genommen wird, bei seinem Eintritt in die Gesellschaft kennt oder wenn er deren Vorhandensein bei auch nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können. Letzteres ist bei einer BGB-Gesellschaft hinsichtlich der Verbindlichkeiten aus Versorgungsverträgen (Gas, Strom, Wasser) für in ihrem Eigentum stehende Mietshäuser der Fall.**

BGH, Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 283/03

Aus den Gründen:

Die Klägerin verlangt von dem Beklagten die Bezahlung von Gasrechnungen. Das Gas wurde in der Zeit von Dezember

2000 bis April 2001 in zwei Mietshäuser in W. geliefert, die im Eigentum einer BGB-Gesellschaft stehen. Der Beklagte gehörte der Gesellschaft unstreitig jedenfalls bis zum 15. Dezember 1998 an und war ab dem 1. Januar 2000, mithin zur Zeit der Lieferungen, wieder Gesellschafter.

Der Beklagte wendet sich gegen die Zahlungsverpflichtung mit der Begründung, die Lieferungen beruhten auf Verträgen, die zwischen der BGB-Gesellschaft und der Klägerin in der Zeit abgeschlossen worden seien, in der er nicht Gesellschafter gewesen sei. Für derartige Altschulden hafte er nicht persönlich. Das Landgericht hat der Klage stattgegeben, das Berufungsgericht die Berufung zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Beklagte mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision.

Die Revision ist nicht begründet.

1.

Das Berufungsgericht hat aufgrund des von ihm zugrunde gelegten Sachvortrags des Beklagten, von dem der Senat revisionsrechtlich auszugehen hat, zutreffend entschieden, dass es sich bei den Verbindlichkeiten aus den streitigen Gaslieferungen um Altschulden gemäß § 130 HGB handelt, d.h. um Verbindlichkeiten der (Außen-)BGB-Gesellschaft, die vor dem (Wieder-)Eintritt des Beklagten in die Gesellschaft begründet worden sind.

Nach der zu § 160 HGB entwickelten Meinung ist bei Dauerschuldverhältnissen die Rechtsgrundlage für die einzelnen Schuldverpflichtungen bereits in dem Vertrag selbst angelegt mit der Folge, dass die Schuldverpflichtungen als bereits mit dem Vertragsschluss begründet anzusehen sind (a). Die für die Haftung nach § 160 HGB entwickelte Ansicht gilt gleichermaßen für eine Haftung nach § 130 HGB (b). Bei den hier im Streit stehenden Gaslieferungsverträgen handelt es sich um Dauerschuldverhältnisse (c), deren Vertragspartnerin die BGB-Gesellschaft als Grundstückseigentümerin ist (d).

a)

Die ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung geht davon aus, dass rechtsgeschäftliche Verbindlichkeiten bereits dann begründet sind, wenn das Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und sich ohne Hinzutreten weiterer rechtsgeschäftlicher Akte die konkrete, einzelne Verbindlichkeit ergibt. Daraus wird im Hinblick auf Dauerschuldverhältnisse gefolgert, dass es für die Begründung der hieraus resultierenden Forderungen auf den Abschluss des Dauerschuldvertrages und nicht auf die daraus hervorgehenden Einzelverbindlichkeiten ankommt (siehe hierzu Senat, BGHZ 154, 370, 375; Urt. v. 29. April 2002 – II ZR330/00, ZIP 2002, 1251, 1252; BAG ZIP 2004, 1905, 1906; MünchKommHGB/K. Schmidt § 128 Rdn. 49 ff. m.w.Nachw.).

b)

Diese zu § 160 HGB entwickelte Meinung gilt auch für § 130 HGB. Das ergibt sich zunächst aus dem insoweit identischen Wortlaut der Vorschriften. In beiden ist nämlich von – bis zum Ausscheiden bzw. vor dem Eintritt des Gesellschafters – „begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft“ die Rede. Hinzu kommt, dass es jeweils um die parallel laufende Frage geht, ob ein Gesellschafter für Verbindlichkeiten haftet, die vor Änderung seiner Gesellschafterstellung begründet wurden. Darüber hinaus spricht die Systematik des Gesetzes für ein gleiches Verständnis der Frage, wann Verbindlichkeiten aus einem Dauerschuldverhältnis begründet sind.

c)

Bei den Gaslieferungsverträgen handelt es sich um Versorgungsverträge, die jedenfalls dann, wenn sie – wie hier – Sonderabnehmerverträge sind (siehe zu dieser Differenzierung BGH, Urt. v. 19. Oktober 1960 – VIII ZR 206/59, LM § 17 KO Nr. 3), Sukzessivlieferungsverträge und damit Dauerschuldverhältnisse darstellen (h.M. siehe nur Senat, BGHZ 70, 132, 135; Palandt/Heinrichs, BGB 64. Aufl. Überblick vor § 311 Rdn. 28, 30; MünchKommBGB/Kramer, 4. Aufl. Einl. vor §§ 241 ff. Rdn. 97 m.w.Nachw.).

d)

Die Gaslieferungsverträge sind geschlossen worden zwischen der BGB-Gesellschaft als Grundstückseigentümerin mit dem Gesellschafterbestand aus dem Jahr 1999 und der Klägerin. Ein konkludenter Vertragsschluss mit der Gesellschaft unter Einschluss des Beklagten kommt für die Gaslieferungen in der Zeit ab Ende 2000 nicht in Betracht. Zwar ist in dem Leistungsangebot des Versorgungsunternehmens regelmäßig ein Vertragsangebot in Form einer sog. Realofferte zum Abschluss eines Versorgungsvertrages zu sehen, das sich typischerweise an den Grundstückseigentümer richtet (BGH, Urt. v. 30. April 2003 – VIII ZR 279/02, WM 2003, 1730, 1731). Das war in der Zeit der Lieferung die BGB-Gesellschaft, deren Mitglied der Beklagte war. Die Annahme eines neuen konkludenten Vertragsschlusses ist hier jedoch deshalb ausgeschlossen, weil bereits ein Vertragsverhältnis zwischen dem Versorgungsunternehmen und der BGB-Gesellschaft in ihrer gesellschafterlichen Zusammensetzung zur Zeit des Vertragsschlusses begründet worden war und fortbestand (BGH, Urt. v. 17. März 2004 – VIII ZR 95/03, WM 2004, 2450, 2451).

2.

Für die Verbindlichkeiten aus den nach dem Vortrag des Beklagten 1999 abgeschlossenen Gaslieferungsverträgen haftet der Beklagte analog § 130 HGB persönlich und unbeschränkt. Gegen diese zutreffende Feststellung des Berufungsgerichts wendet sich die Revision vergeblich unter Bezugnahme auf das Senatsurteil vom 7. April 2003 (BGHZ 154, 370 ff.).

a)

Nach dem unter Anwendung der Doppelverpflichtungstheorie für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts geltenden Haftungsregime hatte der Neugesellschafter für die vor seinem Eintritt begründeten Verbindlichkeiten persönlich nur dann einzustehen, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorlag. Fehlte es hieran, war seine Haftung auf seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen beschränkt (Sen. Urt. v. 30. April 1979 – II ZR 137/78, NJW 1979, 1821). Mit Urteil vom 7. April 2003 (aaO) hat der Senat in Fortentwicklung seiner Rechtsprechung zum geänderten Verständnis von der Haftungsverfassung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (BGHZ 142, 315 ff. und BGHZ 146, 341 ff.) und in Abweichung von seiner früheren Rechtsprechung ausgesprochen, dass der Neugesellschafter analog § 130 HGB auch persönlich für Altschulden der (Außen-)BGB-Gesellschaft, der er beigetreten ist, haftet. Zugleich hat der Senat jedoch entschieden, dass die Grundsätze der persönlichen Haftung erst auf künftige, dem Urteilserlass nachfolgende Beitrittsfälle Anwendung finden sollten, und zur Begründung insoweit auf Erwägungen des Vertrauensschutzes abgestellt (BGHZ 154, 370, 377 f.).

Dass dieser Entscheidung – nicht nur von dem Beklagten – unter Ausblendung des tatsächlichen Hintergrundes des ent-

schiedenen Falles entnommen wird, ein Neugesellschafter hafte bis zur Publikation der Senatsentscheidung vom 7. April 2003 für Altverbindlichkeiten der Gesellschaft unter keinen Umständen, geht weit über die Aussage jener Entscheidung hinaus.

In jedem Fall einer mit Rückwirkung verbundenen Rechtsprechungsänderung ist zu prüfen, ob den Interessen des auf die Fortgeltung der Rechtslage Vertrauenden Vorrang einzuräumen ist gegenüber der materiellen Gerechtigkeit (BGHZ 132, 119, 129 f. m.w.Nachw.). Nach eben diesen Grundsätzen ist der Senat im Urteil vom 7. April 2003 (aaO) verfahren und hat in dem dort zugrundeliegenden Fall des Eintritts eines Junganwalts in eine Anwaltssozietät, die einem dem eintretenden Anwalt nicht bekannten Anspruch auf Rückzahlung eines ohne Rechtsgrund geleisteten Honorarvorschusses ausgesetzt war, den Interessen des Neugesellschafter Vorrang eingeräumt vor der materiell richtigen Entscheidung, hat also insoweit dessen Haftung aus § 130 HGB für die Altverbindlichkeit der Gesellschaft verneint. Begründet hat er dies damit, dass der Neugesellschafter von dem Bestehen dieses Anspruchs nicht ausgehen musste, er mithin von diesem nur durch eine Nachfrage erfahren hätte, zu der er aber nach der damaligen Rechtslage nicht verpflichtet gewesen sei. Derartige Altverbindlichkeiten kann der Neugesellschafter aber weder in seine Beitrittsentscheidung einbeziehen noch kann er entsprechende Vorkehrungen für den Fall der persönlichen Inanspruchnahme treffen. Dies rechtfertigt es, ihn aus Vertrauensgesichtspunkten nicht haften zu lassen. Hieran hält der Senat fest.

b)

Anders hat die Abwägung zwischen Rechtssicherheit einerseits und materieller Gerechtigkeit andererseits auszufallen, wenn der Neugesellschafter die bestehende Altverbindlichkeit der Gesellschaft im Beitrittszeitpunkt kennt oder wenn er sie bei auch nur geringer Aufmerksamkeit hätte erkennen können; das gilt erst Recht, wenn sich dem Beitretenden das Bestehen von Altverbindlichkeiten aufdrängen muss, weil sie typischerweise vorhanden sind. Der oben genannte Gedanke, der zur Gewährung von Vertrauensschutz nötig ist, ist in diesen Fällen nämlich nicht betroffen. Dann ist aber kein Grund ersichtlich, dem Vertrauensschutz des Neugesellschafter Vorrang einzuräumen gegenüber dem materiell berechtigten Anspruch des Gläubigers.

c)

So liegt der Fall hier. Gründe des Vertrauensschutzes rechtfertigen die Zahlungsverweigerung des Beklagten nicht. Mit dem Vorhandensein von Lieferverträgen über Versorgungsleistungen muss jeder Neugesellschafter rechnen, der einer BGB-Gesellschaft beiträgt, die Eigentümerin von Mietshäusern ist. Dies gilt in besonderem Maße für den Beklagten, der bereits bis Ende 1998 Gesellschafter gewesen ist und in dieser Eigenschaft für eines der Mietshäuser selbst den ursprünglichen Gaslieferungsvertrag abgeschlossen hat. Nicht zuletzt steht der Gewährung von Vertrauensschutz hier entgegen, dass die Lieferungen, deren Bezahlung die Klägerin verlangt, zu einer Zeit erbracht wurden, in der der Beklagte (wieder) Gesellschafter war.

## FGG 65 Abs. 2

**Die während des Verfahrens erfolgte Begründung eines Aufenthalts durch den Betroffenen lässt die nach § 65 Abs. 2 FGG eingetretene Zuständigkeit nicht entfallen. Das Verfahren endet nicht mit Ablauf des Zeitraums, für welchen für den Betroffenen im Wege der einstweiligen Anordnung ein vorläufiger Betreuer bestellt worden war. Bei der einstweiligen Anordnung handelt es sich nicht um ein gesondertes Verfahren, sondern um eine Zwischenentscheidung im Hauptsacheverfahren.**

LG Stuttgart, Beschl. v. 20.10.2005 2 T 388/05

Aus den Gründen:

I.

Am 08.03.2005 regte der Krankenhaussozialdienst beim Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht – an, für den Betroffenen, der zu diesem Zeitpunkt ohne festen Wohnsitz war und sich zur Behandlung im Krankenhaus befand, einen Betreuer zu bestellen.

Mit Beschluss vom 20.04.2005 wurde im Wege der einstweiligen Anordnung für alle Angelegenheiten des Betroffenen ein vorläufiger Betreuer bestellt. Die Betreuung wurde befristet bis zum 10.07.2005.

Mit Beschluss vom 30.06.2005 gab das Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht – das Betreuungsverfahren an das Notariat St.-P. – Vormundschaftsgericht – ab, mit der Begründung, dass der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt in dessen Zuständigkeitsbereich genommen habe. Mit Beschluss vom 04.07.2005 lehnte das Notariat St.-P. – Vormundschaftsgericht – die Übernahme ab.

Mit Beschluss vom 18.07.2005 stellte das Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht – u.a. fest, dass die vorläufige Betreuung für den Betroffenen am 10.07.2005 geendet hat.

Mit Schreiben vom 28.07.2005 regte der Pflegedienst des beim Notariat St.-P. die Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen an. Mit Beschluss vom 03.08.2005 leitete das Notariat St.-P. – Vormundschaftsgericht – die Anregung an das Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht – weiter.

Mit Beschluss vom 30.08.2005 lehnte das Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht – die Bestellung eines Betreuers ab und stellte das Verfahren ein, da es örtlich unzuständig sei.

II.

Die statthafte und zulässige Beschwerde der weiteren Beteiligten hat in der Sache Erfolg.

Das Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht – ist für das Verfahren zur Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen örtlich zuständig. Es hat deshalb zu Unrecht wegen angeblich fehlender örtlicher Zuständigkeit die Bestellung eines Betreuers abgelehnt und Verfahren eingestellt.

Die örtliche Zuständigkeit des Notariats St. 8 – Vormundschaftsgericht – ergibt sich aus § 65 Abs. 2 FGG. Nach dieser Bestimmung ist, wenn der Betroffene im Inland keinen gewöhnlichen Aufenthalt hat oder ein solcher nicht feststellbar ist, das Gericht zuständig, in dessen Bezirk das Bedürfnis der Fürsorge hervortritt. Ein derartiges Bedürfnis ist auch gegeben, wenn zu prüfen ist, ob für den Betroffenen ein Betreuer bestellt werden muss. Es tritt dort hervor, wo der Betroffene sich befindet. Maßgebend ist dabei der Zeitpunkt, in dem das



Gericht mit der Sache befasst wird. Beim Amtsverfahren ist dies der Fall, wenn das Gericht amtlich von Sachverhalten Kenntnis erlangt, die es veranlassen, ein Betreuungsverfahren einzuleiten.

Zum Zeitpunkt des Eingangs des Schreibens des Sozialdienstes beim Krankenhaus vom 08.03.2005, mit welchem die Einleitung eines Verfahrens zur Bestellung eines Betreuers für den Betroffenen angeregt wurde beim Notariat St. 8 hatte der Betroffene im Inland keinen gewöhnlichen Aufenthalt. Zuständig war somit gem. § 65 Abs. 2 FGG das Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht –, in dessen Zuständigkeitsbereich sich der Betroffene befand.

Die während des Verfahrens erfolgte Begründung eines Aufenthalts durch den Betroffenen lässt die nach § 65 Abs. 2 FGG eingetretene Zuständigkeit des Notariats St. 8 – Vormundschaftsgericht – nicht entfallen (vgl. Dammrau/Zimmermann, Betreuungsrecht, 3. Auflage, § 65 FGG Rdnr. 9 und Rdnr. 13).

Ein Zuständigkeitswechsel ist auch nicht aufgrund des Abgabebeschlusses vom 30.06.2005 erfolgt. Gemäß §§ 65 a Abs. 1 Satz 1, 46 Abs. 1 Satz 1 FGG ist Voraussetzung für die Abgabe einer Betreuungssache, dass das Vormundschaftsgericht, an welches das Verfahren abgegeben werden soll, sich zur Übernahme bereit erklärt. Eine zu einem Zuständigkeitswechsel führende Abgabe setzt somit eine Übernahmeerklärung des Übernahmegerichts voraus (Bassenge/Herbst/Roth, FGG, 10. Auflage, § 46 Rdnr. 12). Eine solche hat das Notariat St.-P. nicht abgegeben. Vielmehr hat es die Übernahme abgelehnt.

Entgegen der vom Vormundschaftsgericht im Beschluss vom 30.08.2005 vertretenen Auffassung endete das bei diesem anhängige Betreuungsverfahren nicht mit Ablauf des Zeitraums, für welchen für den Betroffenen im Wege der einstweiligen Anordnung ein vorläufiger Betreuer bestellt worden war. Bei der einstweiligen Anordnung handelt es sich nämlich nicht um ein gesondertes Verfahren, sondern um eine Zwischenentscheidung im Hauptsacheverfahren.

Das Notariat St. 8 – Vormundschaftsgericht – ist somit für das Betreuungsverfahren zuständig. Es hat zu entscheiden, ob für den Betroffenen ein Betreuer bestellt werden muss.

Mitgeteilt von Notarin Brigitte Schumm, Stuttgart

### **BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1; AGB-Gesetz §§ 9, 11, 24 a (jetzt BGB 307, 309 Nr. 5, 310 Abs. 3)**

**1. Eine Gemeinde, die Bauplatzgrundstücke im sog. „Einheimischen-Modell“ veräußert, ist Unternehmerin im Sinne des § 24 a AGBG = 310 Abs. 3 BGB, § 14 BGB.**

**2. Neben § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB kommen als Prüfungsmaßstab auch die §§ 9 bis 11 AGB-Gesetz (§§ 307-309 BGB) zur Anwendung.**

**3. Zu den Voraussetzungen, unter welchen eine Nachzahlungsvereinbarung unwirksam ist.**

OLG Stuttgart, Beschl. V. 18.01.2006 – 3 U 150/05

Aus den Gründen:

I.

1.

Die Klägerin verlangt mit der Klage Zahlung zum Ausgleich dafür, dass die Beklagten ein Grundstück nach einem sog.

Einheimischenmodell verbilligt erworben und dieses Grundstück nicht bis zum Ablauf der vereinbarten Frist zu Eigentum behalten haben, während die Beklagten widerklagend die Feststellung begehren, dass die Zahlspflicht auch über den geltend gemachten Betrag hinaus nicht bestehe.

Die Klägerin ist eine Gemeinde im Allgäu, in der jedenfalls in der Vergangenheit wegen der Nachfrage auch auswärtiger Interessenten ein starker Anstieg der Baulandpreise zu verzeichnen war. Um den Erwerb von Eigentum an Wohnraum durch die ortsansässige Bevölkerung zu fördern, veräußerte bzw. veräußert die Klägerin verbilligt Grundstücke an bauwillige Einheimische. Nach diesem sog. Einheimischenmodell erwarben die Beklagten im Hinblick auf die geplante Bebauung und Teilung nach dem WEG je 27,5/100-Miteigentumsanteile an einem auf dem Gebiet der Klägerin gelegenen Baugrundstück von 837m<sup>2</sup> Größe. Hierfür bezahlten sie anstatt des dem Verkehrswert entsprechenden Betrages von 355,00 DM je m<sup>2</sup> lediglich 305,00 DM je m<sup>2</sup>.

Weiter vereinbarten die Parteien in der Vertragsurkunde für den Fall der Veräußerung der Grundstücksanteile vor Ablauf einer Frist von zehn Jahren neben einem Wiederkaufsrecht (§ 3 des Vertrages) in § 4 eine Zahlspflicht der Beklagten wie folgt:

a)

Der heutige Verkehrswert des Kaufgrundstücks beträgt auf dem freien Markt 355,00 DM/m<sup>2</sup>. Die Stadt I. veräußert das Kaufgrundstück verbilligt, um einheimischen Bürgern den Bau eines Eigenheims zu ermöglichen.

Für den Fall, dass der Käufer ohne vorherige schriftliche Zustimmung der Stadt I. das Kaufobjekt innerhalb von zehn Jahren ab heute ganz oder teilweise veräußert (als Veräußerung gilt bereits der Abschluss des entsprechenden schuldrechtlichen Vertrages) kann die Stadt I. vom Käufer für jeden Quadratmeter der vom Käufer veräußerten Grundstücksfläche die Zahlung des Differenzbetrages zwischen dem heutigen Verkehrswert des Kaufgrundstücks und dem oben unter § 2 Ziff. 1 a) vereinbarten Kaufpreis, also 50, DM/m<sup>2</sup>, vom Käufer verlangen.

b)

Die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen wird durch die Vereinbarung nach vorst. lit. a) nicht berührt. Der nach lit. a) zu zahlende Betrag wird auf etwaige Schadensersatzansprüche der Stadt I. angerechnet. ....

Die angeführten Vertragsklauseln entstammen einem Vertragsmuster der Klägerin, das diese in der Vergangenheit bereits mehrfach verwandt und auch für die weitere Verwendung in vergleichbaren Fällen vorgesehen hat.

Die Beklagten haben am 28.05.2004 – ohne Zustimmung der Klägerin – ihre Grundstücksanteile mit der Doppelhaushälfte an ein Ehepaar aus I. zur Eigennutzung veräußert.

Die Klägerin verlangt mit der Klage Zahlung eines Anteiles von 10,699,00 Euro des rechnerischen Differenzbetrages von 11.768,66 Euro unter Berufung auf die Verfallsklausel nach § 4 lit. a) des Vertrages und unter ausdrücklichem Vorbehalt der Nachforderung.

Die Beklagten verweigern die Zahlung im Wesentlichen mit dem Argument, die Klausel sei unwirksam.

2.

Das Landgericht hat der Klage mit folgender Begründung stattgegeben:

Die Vertragsbestimmung sei nicht unwirksam. Maßstab für die privatrechtliche Vereinbarung sei gemäß § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB das Gebot angemessener Vertragsgestaltung. Dem werde die angegriffene Klausel nach dem Maßstab der Rechtsprechung des BGH gem. seinem in der NJW 2003, Seite 888 ff. abgedruckten Urteil gerecht. Die Klägerin dürfe den Subventionsbetrag, der in dem verbilligten Kaufpreis stecke, zurückfordern, nachdem bei Veräußerung der Grundstücksanteile die 10-jährige Bindungsfrist nicht abgelaufen gewesen sei. Die Belastung für die Beklagten sei auch nicht unzumutbar. Selbst wenn das Hausgrundstück unter den Gestehungskosten veräußert worden sein sollte, so sei bezogen auf das allein maßgebliche Grundstück jedenfalls nach Grund und Höhe kein außergewöhnlicher Wertverlust eingetreten. Damit habe sich lediglich das beim Grundstückskauf eingegangene Risiko verwirklicht, dem die Chance auf einen Wertzuwachs gegenübergestanden habe.

Eine Verletzung des Übermaßverbotes ergebe sich auch nicht daraus, dass ungeachtet des Ablaufs von sieben Jahren bis zur Veräußerung der gesamte Differenzbetrag geltend gemacht werde und die Immobilie an eine einheimische Familie weiterverkauft worden sei. Ein Abgehen von der vertraglichen Berechtigung komme nur für extreme Grenzfälle in Betracht; ein solcher läge nicht vor.

3.

Die Beklagten erstreben mit der Berufung Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und Abweisung der Klage. Mit der Berufungsbegründung haben sie Widerklage erhoben mit dem Begehren festzustellen, dass auch für den 10.699,00 Euro übersteigenden Betrag eine Zahlungspflicht nicht bestehe.

In der Sache machen sie geltend, die Zahlungsverbarung sei unwirksam. Auf die angeführte Entscheidung des Bundesgerichtshofs könne die Klägerin sich nicht berufen. Dort sei es um eine Mehrerlösklausel gegangen; vorliegend hätten die Beklagten das Grundstück unstreitig mit einem Wertverlust veräußert. Bereits die im vorliegenden Fall mögliche Kumulierung der Abschöpfung eines Mehrerlöses und der Einforderung einer Ausgleichszahlung bedeute eine im Sinne des § 11 Abs. 2 S. 2 BauGB unangemessene Vertragsgestaltung. Zu Unrecht sei auch das Argument unbeachtet geblieben, die Beklagten hätten ihre vertraglichen Pflichten zum überwiegenden Teil erfüllt. Die Beklagten hätten sich über einen Zeitraum von mehr als sieben Jahren vertragstreu verhalten. Zudem hätten sie den Grundstücksanteil an Einheimische veräußert.

II.

Das Rechtsmittel der Beklagten sowie die in der Berufungsinstanz erhobene, zulässige Feststellungswiderklage sind begründet. Die Klägerin hat gegen die Beklagten keinen Zahlungsanspruch aus der Bestimmung gem. Ziffer 4 lit. a) des notariellen Vertrages vom 24.03.1997. Die Klausel ist wegen Verstoßes gegen § 11 Nr. 5 b, 9 AGBG unwirksam.

1.

Die Sachentscheidung im Verhältnis der Klägerin zur Beklagten Ziffer 2 ist zulässig.

2.

Die Feststellungswiderklage ist zulässig.

a)

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Feststellungswiderklage nach § 533 ZPO sind erfüllt. Die nach der verwei-

gerten Einwilligung der Klägerin für die Zulässigkeit notwendige Sachdienlichkeit, die nach dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu beurteilen und nur ausnahmsweise zu verneinen ist (Zöller/Gummer/Heßler, ZPO, § 533, Rn. 6), ist gegeben. Durch die Entscheidung über die Widerklage wird ein weiterer Prozess vermieden, dessen Führung die Klägerin sich ausdrücklich vorbehalten hat. Darüber hinaus wird – wie § 533 Nr. 2 ZPO weiter voraussetzt – die Widerklage auf Tatsachen gestützt, welche der Entscheidung ohnehin nach § 529 ZPO zu Grunde zu legen sind.

b)

Das gemäß § 256 ZPO notwendige Feststellungsinteresse besteht ebenfalls. Die vorliegende negative Feststellungsklage führt im Falle der Begründetheit zur rechtskräftigen Verneinung der geltend gemachten Ansprüche.

3.

Der vertragliche Zahlungsanspruch besteht infolge der Unwirksamkeit der Vertragsbestimmung gem. § 4 lit. a) nicht. Die von dieser Klausel umfassten Regelungen halten einer Inhaltskontrolle nach §§ 9, 11 AGBG nicht stand.

a)

Die Prüfung der Wirksamkeit der fraglichen Bestimmung erfolgt nach den Maßstäben des AGB-Gesetzes in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung.

aa)

Vorliegend handelt es sich um einen privatrechtlichen Vertrag. Die Vereinbarung beinhaltet in erster Linie einen Grundstückskauf, der sie prägt. Im Verhältnis der Parteien steht die öffentlich-rechtlichen Belangen entsprechende Intention der Klägerin, ihre städtebaulichen Ziele abzusichern, im Hintergrund. Dabei kommen als Prüfungsmaßstab für die Wirksamkeit der Vertragsklausel auf der Ebene der zivilrechtlichen Gleichordnung der Parteien die Vorschriften des AGB-Gesetzes einerseits und die Bestimmung des § 6 Abs. 3 Satz 4 BauGB-MaßG andererseits, der zum 01.01.1998 durch § 11 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BauGB ersetzt worden ist, in Betracht.

bb)

Die Entscheidung, ob neben § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB auch §§ 9 bis 11 AGBG zur Anwendung gelangen, ist für das vorliegend anzuwendende Recht seither höchstrichterlich nicht entschieden. Lediglich zu der vor dem hier zur Beurteilung stehenden Zeitpunkt geltenden Gesetzeslage hat der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 29. November 2002, Az.: V ZR 105/02, (NJW 2003, 888) Stellung genommen.

(1)

Jener Entscheidung lag ebenfalls ein Sachverhalt zugrunde, in dem der Käufer ein Grundstück nach einem sog. Einheimischenmodell verbilligt erworben hatte, wobei der Vertrag folgende Klausel enthielt:

„Verkauft der Käufer sein Grundstück innerhalb von 10 Jahren nach Kaufvertragsabschluß, so hat er die Differenz zwischen dem erzielten Verkaufspreis und dem Ankaufspreis ... abzuführen; ist das Grundstück ganz oder teilweise bebaut, so bestimmt sich der Abführungsbetrag aus der Differenz zwischen dem vom Gutachterausschuss (§§ 192 ff. BauGB) festgestellten oberen Bodenwert und dem Ankaufspreis ...“.

(2)

Inhaltlich hat der Bundesgerichtshof die in Rechtsprechung und Literatur vertretenen gegensätzlichen Standpunkte dargestellt und erwogen, nämlich die Auffassung, wonach privatrechtliche städtebauliche Verträge der vorliegenden Art dann, wenn sie Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten, (auch) der Inhaltskontrolle nach §§ 9 bis 11 AGBG unterliegen sowie die gegenteilige Auffassung, welche § 11 BauGB als spezialgesetzliche Vorschrift begreift, welche das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen verdränge.

(3)

Der Bundesgerichtshof hat sich in seiner Entscheidung der letztgenannten Auffassung angeschlossen und § 11 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BauGB auch bezogen auf Altfälle für anwendbar erklärt, da die Vorschrift nur die gegebene Rechtslage klarstelle und sichere (Entscheidungsgründe II. Ziffer 2.). Er hat allerdings ausdrücklich offen gelassen, ob dies nach der Umsetzung der EG-Verbraucherrichtlinie RL 93/13/EG vom 05. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen fort gelte. Er sieht dies davon abhängig, ob auch Einrichtungen der öffentlichen Hand als Unternehmer im Sinne dieser Vorschrift und damit als Normadressat anzusehen seien, wenn sie privatrechtliche Verträge abschließen. Sei letzteres der Fall, so müsse das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch für – zumindest privatrechtliche – städtebauliche Verträge Geltung beanspruchen können (BGH a.a.O., II. Ziff. 3 lit. b a.E.).

(4)

Maßgeblich für die Beurteilung der angesprochenen Frage ist nach der dargelegten Auffassung des Bundesgerichtshofs die Auslegung des § 24 a AGBG (jetzt: § 310 Abs. 3 BGB) in der bis zum Erlass des Handelsrechtsreformgesetzes vom 22.06.1998 (BGBl. I 1474) geltenden Fassung gem. Ges. v. 19.07.1996 (BGBl. I 1013), das die Umsetzung der EG-Verbraucherrichtlinie RL 93/13/EG bezweckt hat (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 61., Aufl., § 24 a AGBG, Rn.1). Die Vorschrift beruht auf der Legaldefinition des Unternehmers als einer „Person, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“ (§ 14 BGB). Der Senat macht sich hierbei die dargelegte Auffassung des Bundesgerichtshofs, dass die Frage der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes auf Einrichtungen der öffentlichen Hand an ihrer Unternehmenseigenschaft im Lichte der Verbraucherrichtlinie zu entscheiden ist (vgl. oben bb. (3)) zu eigen.

cc)

Nach Auffassung des Senats ist die Klägerin als Unternehmerin im Sinne des § 24a AGBG einzustufen.

(1)

Wegen des Meinungsstandes zur unternehmerischer Tätigkeit von Trägern öffentlicher Verwaltung bei Abschluss städtebaulicher Verträge vor Erlass des angeführten BGH-Urteils wird auf die dortigen Entscheidungsgründe unter II. Ziffer 3. lit. a. sowie die Darstellung im Münchener Kommentar zum BGB (Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch/Basedow, 4. Aufl. 2001 § 24 a AGBG, Rn. 25) Bezug genommen. In jüngerer Zeit sprechen sich der Kommentar von Ernst-Zinkahn-Bielenberg/Krautzenberger zum BauGB (dort § 11 BauGB, Rn. 171 c f.) sowie Pützhoven (NotBZ 2003, 237) für die ausschließliche Anwendung des § 17 BauGB mit der Begründung aus, dass die genannte Vorschrift sachlogisch

die speziellere gegenüber dem AGB-Recht sei. Reidt (BauR 2004, 941) plädiert für Anwendung des § 11 BauGB bei Parallelität der Prüfung mit der nach dem AGB-Gesetz. Maßgeblich hierfür sei nach der Rechtsprechung des EuGH die funktionale Sichtweise (EuGH vom 10.05.2001, NZBau 2001, 403). Dabei sei darauf abzustellen, ob die Gemeinde vorrangig von wirtschaftlichen Überlegungen geleitet werde, was bei der Veräußerung von Grundstücken nach dem sog. Einheimischenmodell nicht der Fall sei. Die überwiegende Auffassung in der Literatur, vor allem die zivilrechtlichen Kommentare, befürworten hingegen die Bejahung der Unternehmereigenschaft unabhängig von der Gewinnerzielungsabsicht (Staudinger/Habermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2004, § 14, Rn. 48; Erman/Saenger, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Aufl. 2004, § 14, Rn. 6 m.w.N.; Bamberger/Schmidt-Räntsch, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Aufl. 2003, § 14, Rn. 7; Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 307, Rn. 175).

(2)

Die Voraussetzungen des § 24 a AGBG sind erfüllt. Die Klägerin hat bei Abschluss des notariellen Vertrages vom 24.03.1997 als Unternehmerin im Sinne der genannten Vorschrift gehandelt. Die Unternehmertätigkeit eines Trägers öffentlicher Verwaltung ist entsprechend der in der zivilrechtlichen Literatur vorherrschenden Auffassung unabhängig davon zu bejahen, ob er sich bei dem Geschäft vorrangig von wirtschaftlichen Erwägungen hat leiten lassen oder gar mit Gewinnerzielungsabsicht gehandelt hat. Das Gesetz teilt die am Rechtsverkehr teilnehmenden Personen grundsätzlich in zwei Gruppen auf, nämlich in Unternehmer und Verbraucher. Wer nicht Unternehmer ist, ist Verbraucher und umgekehrt. Getrennt wird damit die private von der nicht-privaten also selbstständigen beruflichen oder gewerblichen Ebene. Über die Einordnung als Unternehmer entscheidet eine funktionale Betrachtung, unabhängig von der Rechtsform der Vertragspartner. Nach dem Rechtsgedanken in Art. 2 lit. c) der Verbraucherrichtlinie ist von einem Handeln eines Trägers öffentlicher Verwaltung als Unternehmen auch dann auszugehen, wenn er zur Erfüllung seiner öffentlichen – hier städtebaulichen – Aufgaben in einem vertraglichen Austauschverhältnis Leistungen erbringt, die auch durch privatrechtliche Gewerbetreibende angeboten werden (vgl. Grziwotz NVwZ 2002, 391, 394). Gerade unter dem Blickwinkel der Verwirklichung des Verbraucherschutzes nach der Richtlinie RL 93/13 EG ist nicht ersichtlich, warum Träger öffentlicher Verwaltung bei Rechtsgeschäften über wichtige Güter eine Privilegierung erfahren sollten. Dies gilt vor allem dort, wo sie mit außerstaatlichen bzw. nichtkommunalen Anbietern konkurrieren, namentlich im Bereich der Veräußerung von Immobilien. Den Trägern öffentlicher Verwaltung, insbesondere Kommunen, kommt angesichts ihres Grundbesitzes nicht selten eine erhebliche Marktmacht im lokalen Grundstücksverkehr zu. Der Verbraucher als Vertragspartner ist insofern nicht nur schutzwürdig, sondern auch schutzbedürftig, weil ihm ohne diesen Schutz der Vergleich der Angebote von staatlicher und privater Seite, der sich oft im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aus Grundstücks- und Baukosten vollzieht, unnötig erschwert werden würde. Gleichzeitig würde am Markt ein nicht erforderliches Ungleichgewicht zwischen Trägern öffentlicher Verwaltung und originär gewerblichen Anbietern entstehen. Die Unterwerfung auch der Träger öffentlicher Verwaltung unter den Wirkungsbereich des AGB-Gesetzes beeinträchtigt diese nicht unangemessen in ihrer Aufgabenerfüllung. Die Effektivität des Verwaltungshandelns und die Beachtung der Normen des Verbraucherschutzes schließen sich nicht aus.

dd)

Die Entscheidung, ob über § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB hinaus auch §§ 9 bis § 4 AGBG zur Anwendung gelangen, ist von zentraler Bedeutung für den Prüfungsmaßstab und die Reichweite des Rechtsschutzes.

(1)

Im Rahmen der Beurteilung nach den Maßstäben des AGB-Gesetzes erfolgt die Überprüfung der einzelnen Vertragsklausel, was nicht notwendig mit der Kontrolle des vertraglichen Austauschverhältnisses als Ganzes korreliert (BGH a.a.O. II. Ziff. 4 lit. a)). Dies bedeutet, dass Wertungsgesichtspunkte im Allgemeinen, namentlich das Interesse der Gemeinde beim Abschluss von Verträgen nach dem sog. Einheimischenmodell des vorliegenden Falles oder nach vergleichbaren Regelungen, wenn überhaupt, dann am ehesten bei der Angemessenheitsprüfung nach § 9 AGBG Bedeutung erlangen können. Im Ergebnis kann die Unwirksamkeit einer Vertragsbestimmung bei der Einzelbetrachtung nur dann überwunden werden, wenn eine Kompensation durch eine konnexe Klausel erreicht wird (BGHZ 114, 238; 116, 1).

(2)

Demgegenüber beschränken sich die Kriterien der Prüfung nach § 11 Abs. 2 S. 1 BauGB auf die Inhaltskontrolle unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit. Hierfür ist entscheidend, ob bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die gegenseitigen Rechte und Pflichten ausgewogen gestaltet sind. Dies ermöglicht insbesondere eine im Vergleich zum Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen weitergehende Kompensation von Vertragsklauseln, die für sich genommen unangemessen sind, indes durch weitere im Vertrag enthaltene vorteilhafte Bestimmungen ausgeglichen werden (BGH a.a.O. II. Ziffer 4. lit. b.).

(3)

§ 11 BauGB entspricht den spezifischen Anforderungen des Verwaltungs(streit)verfahrens, sichert aber im hier betroffenen zivilrechtlichen Bereich einen effektiven Rechtsschutz allein nicht hinreichend. Die Vorschrift § 11 Abs.2 Satz 1 BauGB fordert die Vereinbarung „angemessener“ Leistungen. Das Verwaltungshandeln vollzieht sich dabei in zwei Stufen, im Abschluss des Vertrages und der durch das Verwaltungsermessen mitbestimmten Entscheidung, ob und in welchem Umfang auf seiner Grundlage Forderungen geltend gemacht werden. Letztere Entscheidung kann im Zivilrechtsstreit – anders als im Verwaltungsstreitverfahren – nicht auf Ermessensfehler überprüft, die Gemeinde kann nicht zu einer ermessensfehlerfreien Neuentscheidung verpflichtet werden. Dies zeigt sich im vorliegenden Fall darin, dass die Klägerin selbst den Umstand der Entwicklung der Grundstückspreise für relevant erachtet, hieraus aber keine Konsequenzen zieht, etwa in Form der eigenständigen Überprüfung ihrer Entscheidung, den Anspruch in der seitherigen Höhe geltend zu machen. Dieses Defizit ist im Rahmen der Beurteilung nach § 11 BauGB nicht zu handhaben, weil es die Beurteilung des Vertrages als solchen nicht betrifft, die Ausübung der Rechte aus dem Vertrag ohne nähere Darlegung der betreffenden konkreten Zahlen nicht möglich ist und selbst bei Darlegung der konkreten Werte nur schwer zu verwirklichen wäre. Entsprechend verhält es sich mit weiteren Aspekten, welche die Ausübung der vertraglichen Rechte betreffen, wie die vom BGH beispielsweise für relevant erachtete Verschlechterung der Vermögenslage der Betroffenen (BGH a.a.O. II. Ziffer 5. lit. d. a.E.), oder die Weiterveräußerung des Grundstücks an

Einheimische, womit die Wahrung des Zwecks des sog. Einheimischenmodells verbunden ist. Hierauf kann im Zivilprozess nicht hinreichend reagiert werden, weil die Entscheidung in der Regel dahin geht, die fraglichen Vertragsbestimmungen für wirksam oder unwirksam zu erklären. Für die allenfalls theoretisch denkbare Verminderung der Forderung unter Wertungsgesichtspunkten sieht der Senat weder Maßstab noch hinreichende rechtliche Grundlagen, da er die Ausübung des Ermessens durch die Klägerin nicht durch eine eigene Entscheidung zu ersetzen vermag.

b)

Die Klausel gem. § 4 des notariellen Vertrages vom 24.03.1997 genügt den Anforderungen des AGB-Gesetzes in mehrerlei Hinsicht nicht.

aa)

Die Klausel verstößt gegen § 11 Nr. 5 b AGBG.

(1)

Das AGB-Gesetz ist anwendbar. Unabhängig von der Erweiterung des Anwendungsbereichs infolge der Unternehmereigenschaft der Klägerin gem. § 24 a AGBG sind die Voraussetzungen des § 1 Abs.1 Satz 1 1. Halbsatz AGBG wegen der Mehrfachverwendung bzw. der entsprechenden Absicht (vgl. Palandt/Heinrichs, BGB, 65. Aufl., § 305, Rn. 9) erfüllt. Zudem hat die Klägerin die Klausel den Beklagten im Sinne des § 1 Abs.1 Satz 1 1. Halbsatz AGBG gestellt.

(2)

Der Senat sieht in der Klausel eine unzulässige Pauschalierung von Schadensersatzansprüchen der Klägerin ohne Nachweismöglichkeit der Beklagten für einen geringeren Schaden. Die Bestimmung des § 4 lit. a) beinhaltet eine Schadensersatzpflicht und nicht etwa einen nachträglich fällig werdenden Kaufpreisanteil. Denn nach § 5 AGBG ist die Vertragsklausel insofern zum Nachteil der Klägerin auszulegen, als den Maßstab für die Beurteilung die kundenfeindlichste Auslegungsvariante bildet (Palandt/Heinrichs, BGB, 61. Aufl., § 5 AGBG, Rn. 9; BGHZ 119, 172). Danach handelt es sich bei der Bestimmung des § 4 lit. a) um eine von der Bemessung des Kaufpreises losgelöste Sanktion bei Verstoß gegen die übernommene Verpflichtung, das Grundstück vor Ablauf von zehn Jahren nicht ohne die Zustimmung der Klägerin zu veräußern. Der Zahlbetrag ist nicht als aufschiebend bedingter Kaufpreisanteil benannt. Zudem ist die Höhe des Kaufpreises in der Vertragsurkunde an anderer Stelle, nämlich in § 2 Ziffer 1 des Vertrages, umfassend geregelt, in § 4 lit. a) hierzu ein Bezug nicht hergestellt. Auch die Formulierung „kann verlangen“ entspricht eher der Terminologie bei Schadensersatzforderungen. Gerade die Verbindung der Regelung mit Bestimmungen zum Schadensersatz, nämlich die Anrechnung des Zahlbetrages auf den Schadensersatz gem. § 4 lit. b), weist in diese Richtung. Die Klausel verschließt dem Erwerber den Nachweis, dass mitursächlich eine Verminderung des Bodenwerts eingetreten und dadurch der Verlust der Gemeinde infolge des angekündigten Grundstücksverkaufs geringer ausgefallen ist.

Dies wird noch verstärkt durch die Einräumung eines Wiederkaufsrechts in § 3 des Vertrages. Nach der gemäß § 5 AGBG anzuwendenden Auslegungsvariante ist ein Nebeneinander von Wiederkauf gemäß § 3 und dem Zahlungsanspruch nach § 4 nicht ausgeschlossen (vgl. BGH Urteil vom 14.01.2000 – Az.: V ZR 386/98 – NJW 2000, 1332, der unter Ziff. 2 lit. b) von einem möglichen Nebeneinander beider Rechtsverhältnisse

ausgeht). Selbst wenn man die Ausübung des Wiederkaufsrechts und das Zahlungsverlangen nur als alternative (Gestaltungs-)Rechte ansieht, so erlaubt dies doch einseitig der Gemeinde, auch eine nach Vertragsschluss eingetretene Steigerung des Bodenwerts abzuschöpfen, während der Erwerber in keinem Fall eine Senkung des Grundstückswerts schadensmindernd geltend machen kann.

bb)

Der Senat bejaht ferner einen Verstoß gegen § 9 AGB-Gesetz. Die Klausel benachteiligt die Beklagten in dreierlei Hinsicht in unangemessener Weise.

(1)

Der Vertrag berücksichtigt den nach den Umständen konkret möglichen Fall einer selbst von der Klägerin für erheblich erachteten Verminderung des Grundstückswertes nicht. Die Klägerin erstrebt mit der in Frage stehenden Klausel gem. § 4 der Urkunde grundsätzlich zu Recht die Abschöpfung eines durch die verbilligte Abgabe des Grundstücks erzielbaren möglichen Veräußerungsgewinns. Gleichzeitig aber enthält der Vertrag – anders als die der Entscheidung des BGH NJW 2003, S. 888 ff. zugrunde liegende Regelung – keine Absicherung der Beklagten für die als konkrete Möglichkeit der Entwicklung in Betracht zu ziehende Verminderung des Grundstückswertes. Spätestens damit tritt ein der Klausel innewohnender, gemessen an den Maßstäben des AGB-Gesetzes nicht hinzunehmender Strafcharakter zutage, den der Senat ihr – wie oben ausgeführt – grundsätzlich beimisst. Denn die Möglichkeit des Wertverlustes wurde bei Abfassung des Vertrages entweder nicht bedacht oder bewusst ausgeklammert. Beides geht zu Lasten der Klägerin. Denkbar wäre insofern allenfalls, einen Zusammenhang zum verminderten Kaufpreis selbst herzustellen, indem man den Standpunkt einnähme, nur die Möglichkeit der Rückforderung ermöglichte der Klägerin unter den Gesichtspunkten der Wirtschaftlichkeit überhaupt die Kaufpreisminderung. Dem ist aber entgegen zu halten, dass es der Klägerin nicht grundsätzlich und unter allen Umständen verwehrt ist, eine Zahlungspflicht für den Fall der vorzeitigen Veräußerung des Grundstücks zu vereinbaren; wesentlich ist vielmehr die Frage der Ausgestaltung eines solchen Rechts.

(2)

Weiter ist bei der Ausgestaltung der klägerischen Rechte der Fall nicht berücksichtigt, dass die Veräußerung des Grundstücks an Einheimische erfolgt und damit der Zweck des sog. Einheimischenmodells verwirklicht wird. Die Klägerin verlässt damit den Boden der durch sie selbst gesetzten Maßstäbe für die verbilligte Überlassung des Grundstücks. Zwar haben die Beklagten im vorliegenden Fall die Grundstücksanteile an Ortsansässige verkauft, ohne die weitere Nutzung durch Einheimische vertraglich abzusichern. Die Klausel lässt aber unberücksichtigt, dass bei einem Weiterverkauf an Einheimische während der relativ kurzen Bindungsfrist von 10 Jahren der vereinbarte Zweck, die Bereitstellung bezahlbaren Wohnraums an die ortsansässige Bevölkerung, faktisch gewahrt bleibt.

Jedenfalls benachteiligt es den Erwerber, der – wie im vorliegenden Fall – seiner übernommenen Bauverpflichtung nachgekommen und den von ihm geschaffenen Wohnraum für einen erheblichen Zeitraum vertragskonform dem begünstigten Personenkreis zur Verfügung gestellt hat, wenn trotz dieser Leistungen der nach einer Vertragsbindung von 10 Jahren bemessene Ausgleichsbetrag nicht herabgesetzt wird.

(3)

Der Senat sieht auch bei der Abwägung nach § 9 AGB-Gesetz in der Kumulation der Rechte der Klägerin auf Wiederkauf des Grundstücks sowie auf Ausgleich des Unterschiedsbetrages eine unangemessene Benachteiligung der Beklagten. Auf die Ausführungen zur Auslegung der Bestimmung auch unter dem Gesichtspunkt der Unklarheitsregel des § 5 AGBG und das Verhältnis zwischen den klägerischen Rechten nach §§ 3 und 4 des notariellen Vertrages (oben unter aa) (2)) wird Bezug genommen.

4.

Die Revision ist zuzulassen. Die Voraussetzungen für die Zulassung nach § 543 ZPO sind gegeben. Die Rechtssache hat grundsätzliche Bedeutung und die Fortbildung des Rechts sowie die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordern eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Die rechtlichen Maßstäbe der vorliegenden Entscheidung bedürfen nach der vielfach zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs der höchststrichterlichen Klärung. Mit der Zulassung der Revision erübrigt sich auch die Vorlage an den EUGH nach Art. 234 des konsolidierten EG-Vertrages.

Mitgeteilt von Notar Ludwig Bauer, Isny

#### **BGB § 1741 Abs. 1 Satz 1; BGB § 1767; BGB § 1768**

**1. Hat das Vormundschaftsgericht die Anträge auf Annahme eines Volljährigen zurückgewiesen, sind sowohl Annehmender als auch Anzunehmender beschwerdeberechtigt.**

**2. Ein Adoptionsantrag ist abzulehnen, wenn Zweifel am Bestehen eines Eltern-Kind-Verhältnisses verbleiben.**

**3. Für die Adoption können zwar auch nicht-familienrechtliche Motive – z.B. die Ersparnis von Erbschaftsteuer – eine Rolle spielen. Als Hauptmotiv können sie eine Adoption aber nicht rechtfertigen.**

**4. Beim Merkmal der sittlichen Rechtfertigung der Annahme eines Volljährigen als Kind handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der aufgrund einer wertenden Beurteilung der vom Tatrichter festzustellenden Tatumstände auszufüllen ist.**

**5. Die Beurteilung, ob die vom Tatrichter rechtsfehlerfrei festgestellten Umstände in ihrer Gesamtheit ausreichen, die Merkmale eines unbestimmten Rechtsbegriffs auszufüllen, betrifft eine Rechtsfrage und unterliegt der uneingeschränkten Nachprüfung durch das Rechtsbeschwerdegericht.**

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 22.07.2005 – 14 Wx 31/05

Aus den Gründen:

I.

Die am 27.05.1948 geborene Beteiligte Nr. 1 ist verheiratet und hat zwei erwachsene Söhne. Die am 11.12.1917 geborene Beteiligte Nr. 2 war die Schwester des Vaters der Beteiligten Nr. 1 und deren Patentante.

Die Beteiligte Nr. 2 lebte im eigenen Haus in H. (Westfalen). Als sie im Oktober 2000 einen Schlaganfall erlitt, nahm die dort gerade zu Besuch weilende Beteiligte Nr. 1 sie bei sich in

G. (Baden) auf. Mit notarieller Urkunde erteilt die Beteiligte Nr. 2 der Beteiligten Nr. 1 eine umfassende Vorsorgevollmacht. Mit öffentlichem Testament setzte die Beteiligte Nr. 2 unter Widerruf ihrer bisherigen letztwilligen Verfügungen die Beteiligte Nr. 1 zur Alleinerbin und deren Ehemann zum Ersatzerben ein.

Die beiden Beteiligten haben beim Amtsgericht – Vormundschaftsgericht – beantragt, auszusprechen, dass die Beteiligte Nr. 1 von der Beteiligten Nr. 2 als Kind angenommen wird. Die Anträge gingen am 09.02.2002 beim Amtsgericht ein. Am 19.12.2002 verstarb die Beteiligte Nr. 2. Das Amtsgericht hat den Adoptionsantrag der Beteiligten Nr. 2 abgelehnt. Die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten Nr. 1 hat das Landgericht zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten Nr. 1, mit der sie den von ihr gestellten Adoptionsantrag weiterverfolgt.

## II.

Die statthafte und auch sonst zulässige weitere Beschwerde (§§ 27, 29 FGG) hat in der Sache keinen Erfolg.

### 1.

Die angefochtene Entscheidung begegnet keinen verfahrensrechtlichen Bedenken.

Mit Recht hat das Landgericht in der Sache entschieden, denn die Erstbeschwerde war zulässig. Insbesondere war die Beteiligte Nr. 1 beschwerdeberechtigt. Zwar hatte das Amtsgericht ausdrücklich nur über den Adoptionsantrag der Beteiligten Nr. 2 und nicht auch über den der Beteiligten Nr. 1 entschieden. Da es für den Ausspruch der Annahme eines Volljährigen eines hierauf gerichteten Antrags sowohl des Annehmenden als auch des Anzunehmenden bedarf (§ 1768 Abs. 1 BGB; Antragskumulierung) und die Beteiligte Nr. 1 auch selbst einen Antrag gestellt hatte, war aber gem. § 20 Abs. 2 FGG auch sie berechtigt, gegen die den Antrag der Beteiligten Nr. 2 ablehnende Entscheidung des Vormundschaftsgerichts Beschwerde einzulegen (vgl. BayObLGZ 1982, S. 318 ff., 320; Engelhardt, in: Keidel/Kuntze/Winkler, FGG, 15. Aufl. 2003, Rdn. 30 zu § 56 e; Maurer, in: Münchener Kommentar BGB, 4. Aufl. 2002, Rdn. 9 zu 1769).

### 2.

Auch in der Sache hält die Entscheidung des Landgerichts der rechtlichen Nachprüfung stand (§ 27 Abs. 1 FGG, 546 ZPO). Rechtsfehlerfrei hat es die rechtlichen Voraussetzungen für die beantragte Adoption verneint. Dabei ist es zutreffend davon ausgegangen, dass die Annahme der Beteiligten Nr. 1 als Kind nicht schon daran scheitert, dass die Beteiligte Nr. 2 noch vor einer Entscheidung des Vormundschaftsgerichts verstorben ist (vgl. § 1767 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1753 Abs. 2 BGB).

#### a)

Gemäß § 1767 Abs. 1 Halbsatz 1 BGB ist Voraussetzung für die Annahme eines Volljährigen als Kind, dass die Annahme sittlich gerechtfertigt ist. Dies ist gem. § 1767 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB insbesondere dann der Fall, wenn zwischen dem Annehmenden und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist. Ob die Entstehung einer derartigen Beziehung in Zukunft noch zu erwarten war (vgl. § 1767 Abs. 2 i.V.m. § 1741 Abs. 1 BGB), war im vorliegenden Fall wegen des Todes der Beteiligten Nr. 2 nicht zu prüfen.

Wesensmerkmal eines die Adoption Volljähriger sittlich rechtfertigenden Eltern-Kind-Verhältnisses ist eine dauernde see-

lisch-geistige Verbundenheit, wie sie zwischen Eltern und Kind auch nach dessen Volljährigkeit bestehen bleibt; erforderlich ist ein soziales Familienband, das seinem Inhalt nach dem durch die natürliche Abstammung geschaffenen ähnelt und eine auf Dauer angelegte Bereitschaft zum gegenseitigen Beistand einschließt (vgl. Staudinger/Frank, BGB, 13. Bearb. 2001, Rdn. 15 zu § 1767, mit zahlreichen Rechtsprechungsnachweisen). Die Voraussetzungen für die Bejahung eines Eltern-Kind-Verhältnisses müssen unter Abwägung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls feststehen; bleiben Zweifel, ist der Adoptionsantrag abzulehnen (BayObLGR 2001, S. 20 f. m.w.N.). Für die Adoption können zwar auch nicht-familienbezogene Motive, etwa – was hier in Betracht kommt – die Ersparnis von Erbschaftssteuer, von Bedeutung sein, als Hauptmotiv können sie eine Adoption aber nicht rechtfertigen (BayObLGR 2001, S. 20 f.; Staudinger/Frank, a.a.O., Rdn. 21 und 26 zu § 1767).

#### b)

Von diesen Grundsätzen ist das Landgericht zutreffend ausgegangen und unter Zugrundelegung der von ihm rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Ergebnis gekommen, dass Zweifel daran verbleiben, ob die Voraussetzungen für eine Volljährigenadoption – insbesondere die Begründung eines Eltern-Kind-Verhältnisses und familienbezogene Gesichtspunkte als Hauptmotiv – vorliegen. Dies ist aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden:

#### aa)

Bei dem Merkmal der sittlichen Rechtfertigung der Annahme eines Volljährigen als Kind handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff (BayObLG, FamRZ 2005, S. 131 f.; OLG Hamm, FGPrax 2003, S. 124 ff., BayObLGZ 2002, S. 243 ff., 245; Meyer-Holz, in: Keidel/Kuntze/Winkler, a.a.O. Rdn. 29 zu § 27 – jeweils m.w.N.), der aufgrund einer wertenden Beurteilung der vom Tatrichter festzustellenden Tatumstände auszufüllen ist (Meyer-Holz, a.a.O., Rdn. 27 zu § 27). Dies bedeutet, dass die vom Tatrichter verfahrensfehlerfrei festgestellten einzelnen Umstände für das Rechtsbeschwerdegericht zwar bindend sind, deren Bewertung dahingehend, ob sie in ihrer Gesamtheit ausreichen, die Merkmale des unbestimmten Rechtsbegriffs zu erfüllen, aber eine der uneingeschränkten Nachprüfung unterliegende Rechtsfrage darstellt, deren unrichtige Beantwortung eine Gesetzesverletzung bedeutet (BayObLG, FamRZ 2005, S. 131; auch OLG Hamm, a.a.O.; Meyer-Holz, a.a.O., Rdn. 27 zu § 27 – jeweils m.w.N.).

#### bb)

Es ist nicht zu erkennen, dass das Landgericht die seiner Wertung zugrunde liegenden Feststellungen in fehlerhafter Weise getroffen hätte. Wie zuvor schon das Vormundschaftsgericht hat es die Beteiligte Nr. 1 angehört und sich einen persönlichen Eindruck von ihr verschafft. Das seiner Beurteilung des Verhältnisses zwischen Annehmender und Anzunehmender sowie der für den Adoptionsantrag maßgeblichen Motivlage zugrundegelegte Tatsachenmaterial hat das Landgericht unter sorgfältiger Auswertung des Ergebnisses der in beiden Tatsacheninstanzen in einer den Anforderungen des § 12 FGG gerechtfertigten Weise durchgeführten Ermittlungen herausgearbeitet. Bei der Beurteilung des Beweistoffs sind dem Landgericht weder Verstöße gegen Verfahrensvorschriften (§ 15 FGG) noch gegen Denkgesetze und zwingende Erfahrungsgrundsätze unterlaufen.

cc)

Fehlerfrei ist auch die vom Landgericht vorgenommene rechtliche Beurteilung des gewonnenen Tatsachenmaterials in bezug auf die sittliche Rechtfertigung der Annahme. Das Landgericht war sich erkennbar bewusst, dass es für die im Subjektiven liegende Frage, ob ein – von ihm durchaus bejahter – enger persönlicher Kontakt zwischen Erwachsenen einem Eltern-Kind-Verhältnis entspricht, ebenso wie für die Feststellung bestimmender Adoptionsmotive keine objektiv fassbaren Kriterien gibt, so dass die Beurteilung allein nach dem äußeren Verhalten der Beteiligten und ihren vergangenen und gegenwärtigen Lebensumständen (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, S. 131 f., 132) sowie aufgrund der Angaben der Beteiligten hierzu zu erfolgen hat. Dass das Landgericht angesichts ihrer Pauschalität und Substanzlosigkeit den – ein Eltern-Kind-Verhältnis bejahenden – Angaben beider Beteiligten, die seitens der Beteiligten Nr. 2 nur gegenüber dem die Adoptionsanträge beurkundenden Notar und nur durch Vermittlung der Beteiligten Nr. 1 erfolgen konnten, keine entscheidende Bedeutung beigelegt hat, ist nicht rechtsfehlerhaft. Das Landgericht hat eine Reihe von Umständen – eine geplante Adoption der Beteiligten Nr. 1 in Kindertagen; regelmäßige Kontakte und Besuche; die Schenkung eines Fahrzeugs; die Vorsorgevollmacht zugunsten der Beteiligten Nr. 1, Erbeinsetzung der Anzunehmenden; die Bitte der Beteiligten Nr. 2 um Pflege in kranken Tagen und die Bereitschaft der Beteiligten Nr. 1, als Betreuerin für sie zu handeln und sie im Haushalt aufzunehmen – als die Annahme eines Eltern-Kind-

Verhältnisses zu stützen geeignet angesehen. Wenn es deren Bedeutung bei näherer Betrachtung als nicht ausschlaggebend ansah und wenn es letztlich angesichts eher gegen ein Eltern-Kind-Verhältnis sprechender Umstände – das gegenseitige Besuchsverhalten in seiner konkreten Ausgestaltung; dass die Beteiligte Nr. 2 auch die Eheleute T. als ihre „Kinder“ bezeichnete und zunächst diese und nicht die Beteiligte Nr. 1 zu Erben eingesetzt habe, sowie dass sie die Eheleute T. in gleicher Weise wie die Beteiligte Nr. 1 um Pflege im Alter gebeten gehabt habe – Zweifel hatte, ob zwischen den Beteiligten bei Aufnahme der Beteiligten Nr. 2 im Haushalt der Beteiligten Nr. 1 oder danach eine dem Verhältnis zwischen leiblicher Mutter und Tochter vergleichbare Beziehung entstanden war, ist das nicht rechtsfehlerhaft. Das vom Landgericht dargelegte Verhalten der Beteiligten Nr. 1 im Verfahren und ihre zum Teil widersprüchlichen Angaben – insbesondere zum Motiv für die Adoption – sowie die Angaben ihres Ehemannes vor dem Vormundschaftsgericht zur Erbschaftsteuer sind jedenfalls zur Beseitigung dieser Zweifel nicht geeignet.

III.

Die weitere Beschwerde war daher als unbegründet zurückzuweisen.

Mitgeteilt von Richter am OLG Karlsruhe, 14. Zivilkammer in Freiburg, Dr. Ernst-Friedrich Krauß

## Buchbesprechungen

**Erbrecht und Betreuungsfall.** Wolfgang Roth. 1. Auflage. 2005. Verlag C. H. Beck, München, 117 Seiten. 23,00 Euro, ISBN 3-406-53459-7

Der Verfasser verdient Anerkennung, dass er die Schnittstellen zwischen Erb- und Betreuungsrecht untersucht und die praxisrelevanten Problemfelder und Berührungspunkte zwischen beiden Gebieten aufzeigt. Sein Ziel ist, das erbrechtliche Problembewusstsein der Betreuer und die betreuungsrechtliche Sensibilisierung der im Erbrecht Tätigen zu wecken. Er handelt in fünf Kapiteln die Thematik umfassend ab (A. Errichtung letztwilliger Verfügungen einschließlich Schenkungen und Erbverzichtsvertrag, B. Erbrechtliche Stellung des Betreuten, C. Tod des Betreuten, D. Zivilprozessuale Probleme der Betreuung, E. Tod des Betreuten während der Zwangsvollstreckung und F. Tod des Betreuers). Auch für viele Leser der BWNNotZ, die große Erfahrungen als Notare, Nachlassrichter und im württembergischen Rechtsgebiet als Vormundschaftsrichter haben, bietet das Buch eine Fülle von Anregungen, weil der Verfasser als Anwalt sich mit den Gründen einer Vielzahl Entscheidungen auseinandersetzt, die Anspruchsgrundlagen und evtl. Nebenansprüche oder Haftungsrisiken abhandelt, insbesondere aber die zivilrechtlichen oder verfahrensrechtlichen Wege aufzeigt. Dies gilt uneingeschränkt für die Abschnitte D und E.

Hilfreich sind die grafisch gut erkennbaren Praxistipps gedacht und warnen Betreuer vor Selbstüberschätzung. Vormundschaftsrichter, die ja nach §§ 1908 i, 1837 BGB Betreuer beraten sollen (im Buch leider kein Hinweis hierauf), Betreuer und Betreuungsvereine und -behörden haben auf ein solches Werk gewartet. In einer 2. Auflage, die sicher nicht lange auf sich warten lässt, könnten einige Praxistipps (z.B.: Amtsgericht als Verwahrungsgesicht – nicht: Nachlass-

gericht – S. 18; Anhörung des Sozialhilfeträgers bei der Ausschlagung einer Erbschaft im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht bei Behindertentestament S. 66) berichtigt oder konkreter gegeben werden. Bedenkt man dieses Buch als Lernbuch für im Betreuungsrecht Tätige, gilt in einigen Teilen ähnliches (z.B.: Verdeutlichung der Bedeutung des § 2306 I 1 BGB und die verheerenden Folgen einer Ausschlagung, S. 61 e) oder Abgrenzung von Pflichtteilsverzichts- und Erlassvertrag S. 51).

Notar a. D. Dieter Epple, Asperg

**Handbuch für Notarfachangestellte.** Von Notar Dr. Maximilian Zimmer, Notar Thomas Krause und Bürovorsteher Andreas Kersten. Hermann Luchterhand Verlag, Neuwied. 3., überarbeitete Auflage 2005, 628 Seiten. 44 Euro.

Das Buch wendet sich an die Fachangestellten im Notariat sowie an zukünftige Notare. Es liefert umfangreiches Wissen für den beruflichen Alltag und macht mit allen Praxisabläufen bekannt. Viele Übersichten und Checklisten gewährleisten eine sichere Orientierung durch das Arbeitsgebiet im Notariat. Dargestellt wird das Beurkundungsverfahrensrecht, Beurkundungen im Grundstücksrecht und der Grundstückskauf sowie weitere Geschäfte im Grundstücksrecht, Beurkundungen im Familien- und Erbrecht. Auch die Geschäfte im Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht werden erläutert. In der Neuauflage berücksichtigt sind auch die zahlreichen Änderungen der für das Notariat bedeutsamen Vorschriften, etwa des § 17 BeurkG im Hinblick auf Verbraucherverträge, die Änderungen bei der Errichtung letztwilliger Verfügungen durch behinderte

Beteiligte, die Möglichkeit der Rückgabe eines Erbvertrags aus der notariellen Verwahrung, die Errichtung des zentralen Vorsorgeregisters, die Novelle des Lebenspartnerschaftsgesetzes. Selbstverständlich ist auch das Kostenrecht angesprochen, insbesondere die Gebühren zu Handelsregisteranmeldungen und deren Vollzug beim Gericht sowie die Kosten im Gesellschafts- und Umwandlungsrecht. Das Buch ist ein perfektes Handwerkszeug für das Notariat.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Karlsruher Juristenportraits** aus der Vorzeit der Residenz des Rechts, von Dr. Detlev Fischer. Heft 9 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe. Verlag der Gesellschaft für Kulturhistorische Dokumentation e. V. Karlsruhe 2004. ISBN 3-922596-60-6 DIN A 5, 92 Seiten, 18 Abbildungen. Euro 10,00. Zu beziehen ausschließlich über das Rechtshistorische Museum Karlsruhe. Herrenstraße 45 a, 75133 Karlsruhe, Tel. 0721/29353 o. 1595031.

Detlev Fischer, Vorsitzender einer Kammer für Handelssachen beim Landgericht Karlsruhe, und auch Verfasser der in Heft 10 der Schriftenreihe des Rechtshistorischen Museums Karlsruhe erschienen *Rechtshistorische Rundgänge durch Karlsruhe – Residenz des Rechts* zeichnet mit den **Karlsruher Juristenportraits** ein Stück badischer Rechtsgeschichte in Lebensbildern. Zum Kreis Karlsruher Juristen rechnet der Verfasser Personen, die entweder in Karlsruhe längere Zeit gelebt haben oder hier einen Schwerpunkt ihrer beruflichen Laufbahn hatten. Abgerundet wird das Büchlein durch die Kurzbiographien der in Karlsruhe geborenen und zu den Dichterjuristen zu zählenden Joseph Victor von Scheffel, Ludwig Eichrodt und Alfred Mombert.

Die chronologisch dargestellten Lebensbilder Karlsruher Juristen befassen sich mit Persönlichkeiten von der Mitte des 18. bis zur Mitte des 20. Jahrhunderts. Die von Fischer gezeichneten Lebensbilder erschöpfen sich nicht in der Darstellung nüchterner Lebensläufe. Einbezogen werden vielmehr die Familie, Freunde und Weggenossen, kurzum das persönliche Umfeld einschließlich des Wohn- und Arbeitsfeldes.

Im einzelnen:

**Johann Georg Schlosser** (1739-1799). Schwager Goethes und Erster Direktor des 1790 errichteten Hofgerichts in Karlsruhe. Er gilt als Vorkämpfer für die Unabhängigkeit der Justiz von der Exekutive am badischen Hof.

**Nikolaus Friedrich Brauer** (1754-1813). Schöpfer des Badischen Landrechts, des auf dem Code Napoléon aufbauenden einheitlichen modernen Zivilgesetzbuchs für den neu entstandenen badischen Mittelstaat, in Kraft getreten am 01.01.1810. Brauer ist auch der Vater der badischen Notariatsordnung von 1806, die zur Errichtung des bis heute im badischen Landesteil bestehenden Amtsnotariats mit der Verknüpfung von freiwilliger Gerichtsbarkeit und Beurkundungswesen geführt hat.

**Carl Friedrich Nebenius** (1784-1857). Schöpfer der ersten Badischen Verfassung vom 22. August 1818. Sie gilt zu Recht als eine der fortschrittlichsten der damaligen Zeit nicht zuletzt wegen des durch sie errichteten Badischen Ständehauses, in welchem nicht nur Repräsentanten der alten Stände sondern auch indirekt durch Wahlmänner gewählte Abgeordnete bei der Verabschiedung des Badischen Haushalts und bei der Gesetzgebung mitwirkten. Die erste Badische Verfassung, die das Großherzogtum Baden als Bestandteil

des Deutschen Bundes definierte, hatte bis zum Zusammenbruch der Monarchie im November 1918 Bestand.

**Anton von Stabel** (1806-1902). Der mehrfache badische Justizminister, Oberhofrichter in Mannheim und Rechtswissenschaftler gilt als Vater der badischen Justizreform von 1864, welche einheitliche Prozessordnungen für Zivil- und Strafsachen sowie ein Gerichtsverfassungsgesetz mit einer Dreigliederung der Instanzen in der ordentlichen Gerichtsbarkeit (Oberhofgericht – Kreis/Hofgerichte – Amtsgericht) brachte. Gleichzeitig wurden die Notariate in die Gerichtsorganisation eingegliedert und erfolgte mit der Badischen Anwaltsordnung der Übergang zur freien Advokatur.

**Adrian Bingner** (1830-1902). Karlsruher Ministerialrat und Badens erster Senatspräsident am Reichsgericht in Leipzig. Bingner war der Organisator der Umsetzung der Reichsjustizreform in Baden, welche die Reichsjustizgesetze über Gerichtsverfassung, Zivilprozess, Konkurs und Strafprozess in Baden implantierte und das Oberlandesgericht in Karlsruhe als Nachfolgerin des Oberhofgerichts in Mannheim etablierte. Solchermaßen in der Praxis bewährt, war die Entscheidung der badischen Justizverwaltung nur folgerichtig, Bingner für die vom Land Baden zu besetzende Senatspräsidentenstelle beim neuerrichteten Reichsgericht in Leipzig vorzuschlagen. Ihm wurde die Leitung des II. Zivilsenats übertragen, der im wesentlichen für Revisionen und sonstige Rechtsmittel auf dem Gebiet des Rheinisch-französischen Rechts zuständig war. Den Vorsitz führte Bingner bis zu seinem Tod 1902.

**Ernst Fuchs** (1859-1929). Karlsruher Rechtsanwalt und führender Freirechtler Deutschlands. Er gehörte zu einer Juristengeneration, die mitten in ihrem Berufsleben den grundlegenden Wechsel von einer zur anderen Zivilrechtsordnung, hier: den Wechsel vom Badischen Landrecht zum streng pandektistisch ausgerichteten Bürgerlichen Gesetzbuch miterleben musste. Formalbegriffliches Denken, welches mit der bundesweit einheitlichen Kodifizierung des Zivilrechts zwangsläufig an Bedeutung erheblich gewann, verstärkt durch die zunehmende Bindung der Rechtsprechung an das kodifizierte Recht förderten die Hinwendung von Ernst Fuchs zur Freirechtsschule, die bekanntlich – ausgehend von der Lückenhaftigkeit der staatlichen Rechtsordnung – die notwendige Lückenfüllung weder durch Analogie oder Umkehrschluss sondern nur im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung unter Berücksichtigung namentlich soziologischer Erkenntnisse schließen will. Auf diese Wurzeln geht die in der Verfassung (Art. 20 Abs. 3 GG) vorausgesetzte und in § 132 Abs. 4 VVG als Aufgabe der Gerichte ausdrücklich normierte richterliche Rechtsfortbildung zurück.

**Eduard Dietz** (1866-1940). Er, früherer Landgerichtsrat und langjähriger Karlsruher Rechtsanwalt, gilt als Vater der ersten republikanischen Landesverfassung in Baden. Zunächst von der SPD in die Viererkommission zur Ausarbeitung einer neuen badischen Landesverfassung entsandt, danach als Vorsitzender des Verfassungsausschusses, setzte er das Einkammer-System und einen umfangreichen Grundrechtskatalog in der Verfassung durch.

**Heinrich Wetzlar** (1868-1943). Mehr als 30 Jahre war Heinrich Wetzlar an den drei in Karlsruhe angesiedelten Gerichten der ordentlichen Gerichtsbarkeit sowie bei der Staatsanwaltschaft tätig. Herausragende Verdienste erwarb er sich durch seine mehr als 25-jährige Tätigkeit als Vorsitzender des Karlsruher Bezirksvereins für Jugendschutz und Gefangenfürsorge in der Straffälligen-Hilfe. In diesem Bereich war Heinrich Wetzlar seiner Zeit weit voraus.



**Ludwig Marum** (1882-1934). Als langjähriger Karlsruher Rechtsanwalt und badischer Justizminister hat er die Ausarbeitung der republikanischen Landesverfassung von 1919 und in der Folgezeit als engagierter Sozialdemokrat im Land- und Reichstag den Ausbau des demokratischen Rechtsstaats maßgebend begleitet. Seine rechtspolitischen Positionen und Äußerungen im Landtag und Reichstag – etwa zur Frage der Todesstrafe sowie zur Verbesserung der Lage lediger Mütter – belegen dies eindrucksvoll. 1934 wurde er auf Geheiß des badischen NS-Gauleiters Robert Wagner von den Nationalsozialisten im KZ Kislau ermordet.

**Reinhold Frank** (1896-1945). Der Karlsruher Rechtsanwalt stand Verfolgten des NS-Gewaltregimes, unter ihnen Sozialdemokraten, katholische Geistliche, elsässische Widerstandskämpfer vor dem Volksgerichtshof bzw. vor dem Reichskriegsgericht als tatkräftiger Strafverteidiger zur Seite. Reinhold Frank war führendes Mitglied des Karlsruher Zentrums, der katholischen Volkspartei. Sein liberales, christlich-tolerantes Denken und Handeln gründete in einer grundsätzlichen Ablehnung des Nationalsozialismus. Er gehörte zum Widerstandskreis gegen das NS-Regime um den Leipziger Oberbürgermeister Carl Friedrich Goerdeler und damit zum Kern der politischen Widerstandsbewegung. Erstes und wichtigstes Anliegen dieser Gruppe war aufgrund der langjährigen politischen und beruflichen Erfahrungen ihrer Mitglieder die Wiederherstellung der rechtstaatlichen Grundordnung für Deutschland. Unmittelbar nach Fehlschlagen des Sprengstoffattentats vom 20. Juli 1944 wurde Frank in Karlsruhe verhaftet, im Januar 1945 vom Volksgerichtshof unter Freisler zum Tode verurteilt und wenige Tage später in Berlin-Plötzensee hingerichtet.

Das Buch ist nicht nur dem der Rechtsgeschichte zugeneigten Juristen, sondern auch dem rechtshistorisch oder auch nur stadtgeschichtlich interessierten Nichtjuristen sehr zu empfehlen.

Notar Dr. Jürgen Rastätter, Notariatsdirektor in Karlsruhe

**Kostenordnung (KostO)**. Kommentar von Werner Korintenberg, Prof. Friedrich Lappe, Notar Prof. Dr. Manfred Bengel, Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann. Verlag Franz Vahlen, München. 15. Aufl., 2002, 1311 Seiten, 118,- Euro.

Der bewährte Standardkommentar zur Kostenordnung informiert wieder praxisnah und kompakt über alle wichtigen Themen des Kostenrechts in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Alle relevanten Gesetzesänderungen der jüngsten Zeit sind eingearbeitet, so z.B. die neuen kostenrechtlichen Tatbestände des Lebenspartnerschaftsgesetzes, die Verlagerung der Notarkostenverjährung aus dem BGB in das Gerichtskostenrecht und der sukzessive Abschluss von Grundstücksverträgen bei der Verkehrsflächenbereinigung in

den neuen Bundesländern. Mangels ausstehender gesetzlicher Regelungen zur Umsetzung der Urteile des EuGH über die Begrenzung der Handelsregistergebühren und der Beurkundungsgebühren der baden-württembergischen Notar im Landesdienst muss der Leser allerdings noch auf Erläuterungen weiter warten. Auch Änderungen ohne große wirtschaftliche Bedeutung wie z.B. die Dokumentenpauschale anstelle der Schreibauslagen wurden ausreichend erläutert. Selbst das Sonderrecht des § 162 KostO wurde kommentiert, die Veränderungen des § 157 KostO eingearbeitet.

Nicht jeder zitierten Gerichtsentscheidung folgen die Autoren. Auch auf gewisse „Strömungen“ im Kostenrecht wird nicht überreagiert. So differenziert der Kommentar zu Recht bei der Frage, ob die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks nach § 67 KostO Gebühren auslöst (anders OLG Schleswig, Rpfleger 2002, 226); die Anwendung von § 38 Abs. 2 Nr. 6 KostO wird weiterhin abgelehnt, wenn das der Auflassung zugrundeliegende Rechtsgeschäft von einem ausländischen Notar beurkundet ist (anders neuerdings OLG Köln, FGPrax 2002, 88 und OLG Karlsruhe, FGPrax 1997, 198). Ob die Erbschaftsteuer als Nachlassverbindlichkeit bei der Bestimmung des Geschäftswerts für das Erbscheinsverfahren abgezogen werden kann, bejaht der Kommentar (ebenso OLG Köln, Rpfleger 2001, 459). Die bestrittene Frage, ob die Anmeldung mehrerer neuer Vorstandsmitglieder, Geschäftsführer, Prokuristen bei einer AG bzw. GmbH wird als verschiedene Gegenstände i.S. von § 44 Abs. 1 KostO zu behandeln sind, wird ebenfalls bejaht (ebenso jetzt LG Hannover, JurBüro 2002, 91). Kaum ist die Vereinheitlichung der bislang von OLG zu OLG unterschiedlichen Rechtsprechung in Notarkostensachen durch Streichung von § 156 Abs. 4 S. 4 KostO mit der Zulassung einer Divergenzvorlage an den BGH nach § 28 Abs. 2 FGG ermöglicht (gilt nicht für Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 14 Abs. 5 S. 5 Hs. 2 KostO), da tauchen schon die ersten Zweifelsfragen auf (vgl. OLG Köln, FGPrax 2002, 88). Während Notar mit Sitz im früheren Ost-Berlin ab 1.3.2002 die gleichen Gebühren wie die Notare in den alten Bundesländern erheben müssen, sind die Notare in den neuen Ländern verpflichtet, den Ermäßigungssatz von 10% zu gewähren; fraglich ist dabei, ob Notare ohne Ermäßigungsvorschrift zur Vermeidung des Vorwurfs einer unrichtigen Sachbehandlung i.S. von § 16 KostO auf die Möglichkeit der Gebührenermäßigung bei einem Notar in den neuen Bundesländern hinweisen müssen (so SchIOLG, SchIHAnz 1996, 165), was aber wohl nur in Ausnahmefällen bejaht werden kann. Die wenigen Beispiele wollen als Hinweis genügen, dass im Kostenrecht manches im Fluss ist. Der Kommentar ist stets auf der Höhe des kostenrechtlichen Geschehens. „Der Klassiker“ des Kostenrechts vermittelt jedem Sicherheit bei allen Kostenfragen, gibt einem praxisnah und kompakt Orientierung in allen wichtigen Themen.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

## Impressum

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

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2 25 86 50), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Hans Eberhard Sandweg, Notar a.D., Enzbergstraße 8, 79379 Müllheim/Baden (Tel. 07631/4273), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2 23 79 51,

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

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

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