

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

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

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notar Achim Falk,  
Stuttgart

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Karlsruhe

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

**2/2005**

Mai  
Seiten 25-48

### Inhalt

#### Abhandlungen

*Böhringer*

**Fortwirkendes liegenschaftliches Sonderrecht in den neuen Ländern** ..... 25

**Rechtsprechung** ..... 35

**Buchbesprechungen** ..... 48

## Fortwirkendes liegenschaftliches Sonderrecht in den neuen Ländern

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Das Grundstücksrecht der ehemaligen DDR unterschied sich deutlich von der Sachenrechtsordnung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Seit der Wiederherstellung der staatlichen Einheit am 3.10.1990 muss das 40-jährige Erbe einer völlig anders verlaufenen Rechtsentwicklung bewältigt werden. So manches Sonderrecht gilt auch heute noch. Auch für den Notar und Nachlassrichter in Baden-Württemberg sind diese das Grundstückseigentum weiterhin beeinflussenden partikularrechtlichen Regelungen von Bedeutung und sollen dargestellt werden.

### I. Volkseigentum

Spätestens mit dem Einigungsvertrag wurde das Volkseigentum der ehem. DDR abgeschafft und durch Privateigentum ersetzt. Seit dem 3.10.1990 sind deshalb die mit Rechtsträgervermerk versehenen Grundbucheintragungen unrichtig. Wer über volkseigenes Vermögen verfügen will, muss in der Form des § 29 GBO seine Berechtigung dazu nachweisen. Hier hilft ein Bescheid nach § 2 VZOG. Da das Zuordnungsverfahren einige Zeit in Anspruch nimmt, wurde mit § 8 VZOG für bestimmte im Grundbuch eingetragene Rechtsträger eine Verfügungsermächtigung geschaffen.<sup>1</sup> § 8 VZOG setzt nicht voraus, dass der Verfügungsberechtigte auch materiellrechtlich Eigentümer ist oder wird. Auf Grund der Verfügungsermächtigung vorgenommene Rechtsgeschäfte gelten als Verfügungen des Berechtigten. Die Verfügungsermächtigung hat den Charakter einer gesetzlichen Vollmacht. Verfügungsermächtigt ist die Gebietskörperschaft (Bund, Länder, Landkreise, Städte und Gemeinden) als solche. Bei der Ausübung der Verfügungsbefugnis bestehen keine Zustimmungserfordernisse nach dem Haushalts- und Kommunalaufsichtsrecht, wohl aber sind sonstige öffentlich-rechtliche Vorschriften zu beachten. Bei beschränkten dinglichen Rechten alter öffentlicher Stellen besteht eine Bewilligungsbefugnis von Dienststellen des Bundes u. a. nach § 105 Abs. 1 Nr. 6 GBV. Außerdem gilt die Regelung Art. 231 § 10 EGBGB.

### II. Bodenreformgrundstücke

#### 1. Rechtscharakter

Eine besondere rechtliche Regelung gab es in der ehemaligen DDR zu den sog. Bodenreformgrundstücken. Mit Art. 233 §§ 11 ff. EGBGB hat der Gesetzgeber die Eigentumsverhältnisse bei Grundstücken aus der Bodenreform, die noch als Eigentum eines Neubauern eingetragen sind, umfassend geregelt. Bodenreformgrundstücke sind nur solche, die am 15.3.1990 als Bodenreformgrundstücke im Grundbuch gekennzeichnet waren; in Abt. II des

Grundbuchs war ein Bodenreformvermerk eingetragen. Die fortdauernden Besonderheiten kommen nur für solche Grundstücke aus der Bodenreform in Betracht. Nach Art. 233 § 11 Abs. 2 EGBGB erfolgt eine gesetzliche Übertragung (zum 22.7.1992) von Eigentum an Bodenreformgrundstücken, die nicht von unerledigten früheren Besitzwechsel- oder Rückfallvorgängen betroffen sind. Der Gesetzgeber unterscheidet alsdann bei der gesetzlichen Zuweisung des Eigentums zwei heute noch relevante Falllagen.<sup>2</sup>

#### 2. Gesetzliche Eigentumszuweisung

##### a. Lebende natürliche Person

Der am 15.3.1990 im Grundbuch eingetragene und am 22.7.1992 noch lebende Eigentümer erhält das Grundstückseigentum (Art. 233 § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB). War dieser am 15.3.1990 verheiratet und unterlag die Ehe dem Güterstand des Familiengesetzbuchs, so ist dieser Ehegatte ab 22.7.1992 hälftiger Miteigentümer geworden (Art. 233 § 11 Abs. 5 EGBGB), sofern er diesen Stichtag erlebte.

##### b. Verstorbener Neubauer

Ist der im Grundbuch eingetragene Neubauer vor dem 16.3.1990 bereits verstorben gewesen oder zwischen dem 15.3.1990 und dem 22.7.1992 verstorben, so werden kraft Gesetzes die Personen Eigentümer, die seine Erben bzw. Erbgesessenen am 22.7.1992 tatsächlich sind (Art. 233 § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 1 und 2 EGBGB). Es handelt sich aber um keine Erbengemeinschaft nach § 400 ZGB oder §§ 2032 ff. BGB, sondern um eine Gemeinschaft von Personen, die – im Zweifel – zu den Erbquoten Bruchteilseigentümer werden. Jeder Gemeinschaftler kann über seinen Miteigentumsanteil frei verfügen. Der Bruchteil unterliegt nicht den aus Anlass des Erbfalls entstandenen Verfügungsbeschränkungen (Testamentsvollstreckung, Nacherbfolge) über Nachlassgegenstände. Bewusst wollte der Gesetzgeber das Bodenreformland nicht als Nachlassgegenstand behandeln.

Stirbt der sowohl am 15.3.1990 wie auch noch am 22.7.1992 lebende allein eingetragene Eigentümer nach dem 21.7.1992, so vererbt sich das ihm kraft Gesetzes am 22.7.1992 nach Art. 233 § 11 Abs. 2 Satz 1 EGBGB übertragene Eigentum auf seinen Erben bzw. seine Erben gemäß §§ 1922, 2032 BGB („in Erbengemeinschaft“).

#### 3. Nachweis der Berechtigung

Weder der Notar noch das Grundbuchamt haben die Verpflichtung, auch die Grundakten oder die historischen Grundbücher zur Feststellung der Rechtslage am 15.3.1990 einzusehen. Das Grundbuchamt hat die fortdauernden

<sup>1</sup> Ausführlich Böhringer, MittBayNot 1991, 189; ders., MittBayNot 1994, 18; ders., OV spezial 20/1993 S. 6.

<sup>2</sup> Einzelheiten Böhringer, MittBayNot 1992, 369; ders., VIZ 1993, 195; ders., Rpfleger 1993, 89; ders., OV spezial 2000, 354.

Besonderheiten bei Bodenreformgrundstücken nur dann zu beachten, wenn ihm der Charakter des Grundstücks als Bodenreformland bekannt ist. Diese Kenntnis kann vom Grundbuchamt auf verschiedene Weise erlangt werden. Zum einen ist ein gelöschter Bodenreformvermerk im Grundbuch erkennbar, zum anderen kann sich aus den Angaben über die Eintragungsgrundlagen eine Kenntnis von der Befangenheit des Grundstücks als Bodenreformgrundstück ergeben. Weiter können eingetragene oder gelöschte, aber noch sichtbare Vormerkungen nach Art. 233 § 13 a.F. EGBGB oder nach Art. 233 § 13a EGBGB ein Indiz für ein Bodenreformgrundstück sein. Auch Hinweise auf dem Handblatt zum Grundbuch oder auf Einlagebögen zum Grundbuch oder auf der Grundbuchaufschrift oder im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs sind zu beachten.

Der Rechtsnachfolger eines verstorbenen Neubauern hat seine Berechtigung durch Urkunden nach § 35 GBO nachzuweisen. Zu unterscheiden ist, ob der Neubauer bzw. sein Ehegatte vor dem 1.1.1976, in der Zeit zwischen dem 1.1.1976 und dem 3.10.1990, in der Zeit zwischen dem 3.10.1990 und dem 22.7.1992 oder danach verstorben ist. Bei diesen temporären Falllagen kommt es zur Anwendung unterschiedlichen Rechts und damit verschiedenartiger Erbnachweise. Bei Erbfällen im Zeitraum zwischen dem 1.1.1976 und dem 3.10.1990 ist eine etwaige Nachlassspaltung nach § 25 Abs. 2 RAG zu beachten. Ein Anteil einer verstorbenen Person an dem Zuteilungseigentum ist nicht als ein anderes Recht an Grundstücken und Gebäuden<sup>3</sup> i.S. von § 25 Abs. 2 RAG anzusehen, der Anteil unterliegt nicht der Nachlassspaltung.

### III. Ungetrennte Hofraumgrundstücke

Es gibt in den neuen Ländern vielfach unvermessene Grundstücke, bei denen nicht eindeutig feststeht, auf welche Bodenfläche sie sich erstrecken. Vor allem bei den so genannten „Anteilen an ungetrennten Hofräumen“ besteht keine katastermäßige Erfassung der Anteile am Gesamtgrundstück. Die Hofraumverordnung stellt die formale Grundbuchfähigkeit solcher Grundbucheinträge her. Das amtliche Verzeichnis i.S. von § 2 GBO wird ersetzt durch die Gebäudesteuerrolle. Ist dieses nicht mehr vorhanden, genügt der Einheitswert-, Grundsteuer-, Grunderwerbsteuer- oder Abwassergebührenbescheid. Fehlt die Bezeichnung des Grundstücks nach diesen Ersatzangaben im Grundbuch, ist die Bezeichnung nach Gebäudesteuerrolle bzw. Ersatzbescheiden von Amts wegen nachzuholen (§ 2 Abs. 2 HofV), wenn im jeweiligen Grundbuch eine sonstige Eintragung vorgenommen werden soll.<sup>3</sup> Das bedeutet für das Grundbuchamt eine Grundbuchsperrung. Der Grundbuchführer hat also zuerst die Grundbuchergänzung vorzunehmen und dann erst den Eintragungsantrag zu erledigen.

Die Hofraumverordnung regelt aber nicht, um welche konkrete Fläche und Lage es sich beim Anteil am ungetrennten Hofraum handelt. Lage und Fläche der unvermessenen Grundstücke werden erst durch einen mit Sonderungsbescheid festgestellten Sonderungsplan bestimmt; für das Verfahren dazu gilt das Bodenordnungsgesetz und die Sonderungsplanverordnung.

Die HofV gilt zeitlich befristet bis 31.12.2010. Bis dahin hat der Grundstückseigentümer entweder die Vermessung des Hofraumgrundstücks oder die Kartierung nach dem

Bodenordnungsgesetz zu veranlassen und in einen Sonderungsplan aufnehmen zu lassen, da andernfalls das Grundstück ab 1.1.2011 nicht mehr als Grundstück grundbuchfähig gilt, also nicht mehr Objekt von Verfügungen sein kann. Die bisherige Grundbucheintragung ist ab diesem Zeitpunkt unzulässig, weil das Grundstück nicht nach einem amtlichen Verzeichnis oder Ersatznachweis benannt, also unzureichend bestimmt ist. Die nicht ergänzte Eintragung verlaubar ab 1.1.2011 einen Rechtszustand, den es nicht mehr geben kann.

## IV. Gebäudeeigentum

### 1. Rechtscharakter

Eine Besonderheit des DDR-Bodenrechts war (und bleibt) die Zulassung eines vom Grundeigentum getrennten, selbstständigen Eigentums an Gebäuden, Baulichkeiten und anderen Einrichtungen (Gebäudeeigentum).<sup>4</sup> Für das Gebäudeeigentum war grundsätzlich ein besonderes Gebäudegrundbuchblatt – deklaratorisch – anzulegen (§ 2 Abs. 1 GDO; § 295 ZGB). Dieses Gebäudegrundbuchblatt ist für das Gebäude Grundbuch im Sinne des Gesetzes. Es verlaubar selbstständiges Eigentum an Gebäuden und Anlagen unabhängig vom Eigentum an Grund und Boden, etwa vergleichbar dem Erbbaurecht.

Nach Art. 231 § 5 Abs. 1, Art. 233 §§ 2b Abs. 2, 4 und § 8 EGBGB bleibt das isolierte Gebäudeeigentum erhalten, das am 2.10.1990 bestanden hat. Dementsprechend werden Gebäude, Anlagen, Anpflanzungen oder Einrichtungen, die nach dem am 2. 10. 1990 in der ehemaligen DDR geltenden Recht selbstständiges Eigentum waren, von den §§ 93, 94 BGB ausgenommen. Für Gebäudeeigentum gem. § 288 Abs. 4 und nach § 292 Abs. 3 ZGB gelten seit dem 3.10.1990 die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften des BGB mit Ausnahme der §§ 927, 928 BGB. Etwas anderes gilt für das Gebäudeeigentum gem. §§ 296, 312 ZGB; es wird wie eine bewegliche Sache behandelt und nur noch schuldrechtlichen Regeln unterstellt.<sup>5</sup>

### 2. Verfügungen

Das Gebäudeeigentum ist als grundstücksgleiches Recht eigenständig **verkehrsfähig**. Die notwendigen Grundbucheintragungen (mit Ausnahme der Aufhebung des Gebäudeeigentums) sind im Gebäudegrundbuch vorzunehmen. Das Gebäudeeigentum (samt dinglichem Nutzungsrecht) unterliegt der **Zwangsvollstreckung** in das unbewegliche Vermögen. Das Gebäudeeigentum ist nicht pfändbar.<sup>6</sup> § 867 Abs. 2 ZPO betrifft auch das Gebäudeeigentum, weil dieses ein grundstücksgleiches Recht ist. Die Vorschriften der §§ 927, 928 BGB sind nicht anwendbar.

Die **Teilung** von Gebäudeeigentum ist zulässig.<sup>7</sup> Bei nutzungsrechtsbewehrtem Gebäudeeigentum ist dem Grundbuchamt die Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Teilung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, da die Teilung des dinglichen Nutzungsrechts eine Inhaltsänderung darstellt (§ 14 Abs. 3 GG).

Die **Zuschreibung** eines selbstständigen Grundstücks zu einem von einem Gebäudeeigentum betroffenen/belasteten

<sup>3</sup> Eingehend Ufer DNotZ 1992, 777; ders., DtZ 1992, 272; Schmidt-Räntsch, ZIP 1993, 1917; Böhringer, VIZ 1994, 63; ders., DtZ 1994, 100; DNotl-Gutachten DNotl-Report 1995, 105.

<sup>4</sup> Zu den Rechtsgrundlagen Böhringer, OV spezial 19/1993 S. 11; ders., VIZ 1996, 131.

<sup>5</sup> Es handelt sich nach Art. 232 § 4 EGBGB um ein schuldrechtliches Nutzungsverhältnis besonderer Art.

<sup>6</sup> Ausführlich Böhringer, VIZ 2000, 193.

<sup>7</sup> Böhringer, DtZ 1996, 290.

Grundstücks setzt keine Ausdehnung des Gebäudeeigentums auf die zuzuschreibende Fläche voraus (anders beim Erbbaurecht wegen § 6 GBO). Die Zuschreibung des belasteten/betroffenen Grundstücks zum Gebäudeeigentum ist zulässig (ähnliche Rechtslage wie beim Erbbaurecht). Die **Zuschreibung** eines Gebäudeeigentums zu einem anderen Gebäudeeigentum ist zu bejahen.

Auch die **Vereinigung** mehrerer Gebäudeeigentumsrechte ist statthaft. Dagegen ist die Vereinigung des Gebäudeeigentums mit dem mit ihm belasteten Grundstück nicht zulässig.<sup>8</sup>

Die **Übertragung** des selbstständigen Gebäudeeigentums erfolgt nach §§ 873, 925 BGB, der Kausalvertrag dazu bedarf der Form des § 311b Abs. 1 BGB.

Für die **Belastung** des Gebäudeeigentums mit beschränkten dinglichen Rechten gelten die Sachenrechtsvorschriften des BGB. Das Gebäudeeigentum kann auch mit Dienstbarkeiten belastet werden, vgl. z. B. § 9 Abs. 1 S. 3 GBBerG.

Da ein Grundstücksmitteigentumsanteil nicht vorhanden ist, kann eine Umwandlung des Gebäudeeigentums in **Wohnungseigentum** nicht erfolgen.<sup>9</sup> Die Bestellung eines **Erbbaurechts am Gebäudeeigentum** scheitert schon aus begrifflichen Gründen, aber auch, weil das Überleitungsrecht dem Nutzungsberechtigten keine neuen Berechtigungen verleihen wollte. Die Überleitung des Gebäudeeigentums in Dauerwohnrechte und Dauernutzungsrechte ist möglich.<sup>10</sup>

Das dingliche Nutzungsrecht (wie auch das nutzungsrechtslose Gebäudeeigentum) kann im **Rang zurücktreten** hinter andere dingliche Rechte am belasteten Grundstück.<sup>11</sup> Eine Verbotsvorschrift ähnlich § 10 ErbbauVO ist nicht vorhanden und auch nicht entsprechend anzuwenden.

Möglich ist eine **Eigentumskomplettierung**.<sup>12</sup> Erwirbt demnach der Gebäudeeigentümer den Grund und Boden oder erwirbt der Grundstückseigentümer das Gebäudeeigentum hinzu, so erlischt das selbstständige Gebäudeeigentum nicht automatisch; es tritt keine Konsolidation (§ 899 BGB) ein. Grundsätzlich sind somit beide Grundbücher fortzuführen (vergleichbar dem Erbbaurecht). Über beide Rechtsobjekte kann aber nur noch einheitlich verfügt werden; nach § 78 SachenRBERG besteht ein Verfügungs- und Trennungsverbot sowie die Verpflichtung des Eigentümers zur Aufhebung des Gebäudeeigentums.<sup>13</sup>

### 3. Aufhebung

Art. 233 § 4 Abs. 6 EGBGB regelt ausdrücklich, dass das Gebäudeeigentum gem. §§ 875, 876 BGB aufgehoben werden kann.<sup>14</sup> Bei der Aufhebung des Gebäudeeigentums ist nicht erforderlich, dass das Gemeinschaftsverhältnis der Eigentümer (§ 47 GBO) bei beiden Rechtsobjekten konkordant ist. So ist denkbar, dass Eheleute „in ehelichem Vermögen“ als Eigentümer im Grundstücksgrundbuch ein-

getragen sind und das bestehende Gebäudeeigentum „je zur Hälfte“ hinzuerwerben oder umgekehrt und sodann die Aufhebungserklärung für das Gebäudeeigentum abgeben.

Erforderlich zur Aufhebung eines im Grundstücksgrundbuch eingetragenen Gebäudeeigentums ist die Erklärung des Gebäudeeigentümers, dass er das Recht aufgibt, sowie die Löschung des Gebäudeeigentums im Grundstücksgrundbuch (§ 12 Abs. 1 GGv) und die Schließung des Gebäudegrundbuchblattes. Der Grundstückseigentümer braucht – anders als beim Erbbaurecht – nicht zuzustimmen. Soweit das Gebäudeeigentum mit Rechten Dritter belastet ist, ist zur Aufhebung gem. § 876 BGB die Zustimmung dieser Dritten erforderlich (Ausnahme bei inhalts- und ranggleicher Belastung auch des Bodens). Für alle Erklärungen gilt grundbuchverfahrensrechtlich § 29 GBO.

Sind die Eigentümer der beiden Rechtsobjekte verschiedene Personen, so ist die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nach § 22 GrEStG notwendig. Ein Negativattest wegen des gemeindlichen Vorkaufsrechts ist nicht vorzulegen, wohl aber eine Genehmigung nach § 145 BauGB, wenn das Grundstück in einem Sanierungsgebiet liegt. Die Aufgabenerklärung erfordert keine Genehmigung nach der Grundstücksverkehrsordnung, wohl aber eine dieser Erklärung zu Grunde liegende Verpflichtung (Form: § 311b BGB) zur Übertragung des selbstständigen Gebäudeeigentums. Ein gutgläubiger Erwerb des Gebäudes vom Buchberechtigten nach den üblichen Regeln des Erwerbs vom Nichtberechtigten ist möglich, da auf Grund von § 893 BGB für die Aufgabe des Rechtes nach § 875 BGB der Gutgläubenschutz des § 892 BGB entsprechend gilt.

Durch die Aufhebung des Gebäudeeigentums wird das Gebäude wesentlicher Bestandteil des Grundstücks, § 94 BGB. Das Gebäude hat nunmehr nach § 93 BGB mit dem Grundstück ein einheitliches rechtliches Schicksal, kann also nicht mehr Gegenstand besonderer dinglicher Rechte sein.

### 4. Angebot des Gebäudeeigentümers

Kann ein Nutzungsrecht/Gebäudeeigentum keiner Person zugeordnet werden oder ist der Nutzer oder sein Aufenthalt unbekannt, so hat der Grundstückseigentümer nach § 18 SachenRBERG die Möglichkeit, den Nutzer im Wege eines Angebotsverfahrens mit seinen Rechten auszuschließen.<sup>15</sup> Ähnlich § 937 Abs. 1 BGB muss der Besitzverlust mindestens zehn Jahre angedauert haben. Mit dem Ausschlussurteil gehen das Gebäudeeigentum und das Nutzungsrecht auf den Grundstückseigentümer über. Es kommt zu keiner Konsolidation oder Konfusion, beide Rechtsobjekte bleiben bestehen. Das Grundbuch wird berichtigt. Der Eintragungsantrag bedarf keiner Form. Vorzulegen ist Ausschlussurteil, ebenso Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes (§ 22 GrEStG).

## V. Bodenneuordnung

### 1. Sonderungsverfahren nach § 6 BoSoG

Vielfach gibt es in den neuen Bundesländern unvermessene Grundstücke und Nutzungsrechte, bei denen nicht eindeutig ist, auf welchen Bodenflächen sie ausgeübt werden

<sup>8</sup> OLG Jena Rpfleger 1998, 195; LG Dresden Rpfleger 1999, 271; LG Mühlhausen DNotl-Report 1998, 141 = Rpfleger 1998, 195. Zum vergleichbaren Fall beim Erbbaurecht BayObLG DNotl-Report 1999, 81 = MittBayNot 1999, 375.

<sup>9</sup> OLG Jena DtZ 1996, 88 = Rpfleger 1996, 194; Krauß, OV spezial 1997, 5; Purps, VIZ 1997, 463; a.A. Hügel, DtZ 1996, 66.

<sup>10</sup> Filk, BWNNotZ 1996, 97.

<sup>11</sup> BezG Dresden Rpfleger 1993, 396; Keller, Rpfleger 1994, 194; ders., MittBayNot 1994, 389, 397; kritisch Cremer, NotBZ 2000, Sonderheft, S. 13, 17.

<sup>12</sup> Böhringer, OV spezial 10/1993 S. 8; ders., DtZ 1994, 266.

<sup>13</sup> Böhringer, OV spezial 1996, 262; ders., OV spezial 1995, 73.

<sup>14</sup> LG Erfurt NotBZ 1999, 68 m. Anm. Böhringer.

<sup>15</sup> Zur Ausschließung von Rechtsinhabern Böhringer, NotBZ 2001, 197.

dürfen. Außerdem sind zahlreiche Grundstücke großflächig überbaut worden. Auch ungetrennte Hofräume bestehen in ehemals preußischen Gebieten. Die notwendige Ordnung dieser Verhältnisse kann mit der Sachenrechtsbereinigung nur unvollkommen verwirklicht werden, deshalb wurde das Bodenordnungsgesetz (BoSoG) erlassen. § 6 BoSoG bestimmt, dass unvermessenes Eigentum und die nicht grafisch nachweisbare Befugnis zur Ausübung dinglicher Rechte nach einem Verwaltungsverfahren in einem Sonderungsplan festzulegen ist. Der Sonderungsplan ersetzt nach § 7 Abs. 2 BoSoG das amtliche Verzeichnis nach § 2 Abs. 2 GBO und auch einen bereits bestehenden Ersatz für das amtliche Verzeichnis (z.B. bei ungetrennten Hofräumen nach der HofV).

Nach § 7 Sonderungsplanverordnung (SPV) wird das Grundbuch von Amts wegen nach Vorliegen eines bestandskräftigen Sonderungsbescheids berichtigt. Danach erhält das Grundbuchamt eine beglaubigte Abschrift des Sonderungsbescheids und berichtigt das Grundbuch von Amts wegen entsprechend dem Sonderungsbescheid. Da die Rechtsänderung auf einem Bescheid und nicht auf Rechtsgeschäft beruht, sind Genehmigungen nach dem Grundstücksverkehrsgesetz und Teilungsgenehmigungen nach dem Baugesetzbuch und Landesbauordnungen nicht erforderlich. Auch eine GVO-Genehmigung, Erlaubnisse nach § 7 GBBerG usw. sind nicht notwendig. Eine Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG ist nicht vorzulegen.

## 2. Zuordnungsverfahren für ehemals volkseigene Grundstücke

In Art. 21 und 22 Einigungsvertrag bestimmte der Gesetzgeber für die neuen Bundesländer den gesetzlichen Eigentumsübergang des ehemals volkseigenen Vermögens in das Privateigentum des Bundes, der Länder, der Landkreise und Kommunen. Die Eigentumsverhältnisse sollten sich nach den faktischen Nutzungsverhältnissen am 3.10.1990 unter Berücksichtigung der im Grundgesetz festgelegten Aufgabenverteilung richten. Für diese Zwecke wurde eine neue Art des Planverfahrens im Rahmen der Vermögenszuordnung geschaffen, das so genannte Zuordnungsplanverfahren nach § 2 Abs. 2a VZOG. Dadurch ist es möglich, größere gebietsbezogene Zuordnungen vorzunehmen, die in räumlichem und sachlichem Zusammenhang miteinander stehen und bei denen ein Grundstück mehreren Berechtigten ganz oder teilweise zuzuordnen ist. Außerdem können auf Antrag des Berechtigten für die ihm zukommenden Flächen in dem Zuordnungsplan nach seinen Angaben Einzelgrundstücke gebildet werden. Dem Feststellungsbescheid wird ein Plan beigelegt, aus dem sich die neuen Grundstücksgrenzen ergeben. In dem Plan sind die tatsächlich bestehenden Nutzungs- und Grundstücksstrukturen ausgewiesen, verbunden mit einer entsprechenden Neuaufteilung der Grundstücke an die jeweiligen Zuordnungsberechtigten.

## 3. Bodenneuordnung in der Landwirtschaft

Zur Regelung der neuen Eigentumsverhältnisse in der Land- und Forstwirtschaft ist nach § 53 Abs. 3 LwAnpG der freiwillige Landtausch oder ein von der Flurneuordnungsbehörde angeordnetes Bodenordnungsverfahren vorgesehen. Die Neuordnung der Eigentumsverhältnisse erfolgt durch freiwilligen Landtausch oder durch ein von der Flurneuordnungsbehörde angeordnetes Verfahren. Kommt ein freiwilliger Landtausch nicht zu Stande, ist unter Leitung der Behörde ein Bodenordnungsverfahren durchzuführen.

In der von der Flurneuordnungsbehörde zu erlassenden Ausführungsanordnung wird der Zeitpunkt bestimmt, zu dem der im Tausch- bzw. Bodenordnungsplan vorgesehene neue Rechtszustand an die Stelle des bisherigen tritt. Ab diesem Zeitpunkt setzt sich das Eigentum an den im Tausch- bzw. Bodenordnungsplan als Landabfindung ausgewiesenen Grundstücken fort. Der Tausch- bzw. Bodenordnungsplan dient bis zur Berichtigung von Kataster und Grundbuch als „Amtlicher Nachweis der Grundstücke“.

Sowohl im Falle des freiwilligen Landtausches als auch des Bodenordnungsverfahrens wird das Grundbuch aufgrund eines Ersuchens nach § 38 GBO, das die Flurneuordnungsbehörde stellt, berichtigt. (Vorbild ist das Flurbereinigungsersuchen nach dem FlurbG). Mit dem Eintritt des neuen Rechtszustandes wird der Teilnehmer Eigentümer der Abfindungsgrundstücke, kann also darüber voll verfügen.

## 4. Verkehrsflächenbereinigung

### a. Klärung der Bodenverhältnisse

In der ehemaligen DDR sind oftmals private Grundstücke für öffentliche Zwecke in Anspruch genommen worden, ohne dass eine förmliche Überführung des Grundstücks in Volkseigentum stattgefunden hätte oder die Nutzung des Grundstücks gegenüber dem Eigentümer auf eine rechtliche Grundlage gestellt worden wäre. Diese Grundstücke blieben in Privateigentum und sind es auch heute noch. Gleichwohl besteht die öffentliche Nutzung (insbesondere Straßen und andere Verkehrsflächen, Parks, Grünflächen, Gebäude im Verwaltungsgebrauch) in vielen Fällen fort.

### b. Erwerbsrecht des öffentlichen Nutzers

Durch das Verkehrsflächenbereinigungsgesetz erhält der öffentliche Nutzer (in der Regel der Fiskus, unter bestimmten Voraussetzungen auch die privatrechtlich organisierte öffentliche Hand) ein Erwerbsrecht für das Privatgrundstück, wenn er dieses noch heute für öffentliche Zwecke nutzt.<sup>16</sup> Für den Ankaufspreis wird zwischen Verkehrsflächen und anderen öffentlichen Nutzungsflächen unterschieden. Der Fiskus kann bis 30. Juni 2007 seine Rechte aus dem Gesetz geltend machen. Danach soll der Eigentümer den Ankauf durch die öffentliche Hand verlangen können.

Das Erwerbsrecht wird nach § 3 Abs. 1 VerkFIBerG durch Abgabe eines vom öffentlichen Nutzer erklärten, notariell beurkundeten Angebots zum Abschluss eines Kaufvertrags ausgeübt<sup>17</sup>. Das Vertragsinhalt muss den gesetzlichen Vorgaben des Verkehrsflächenbereinigungsgesetzes entsprechen. Wird das Angebot nicht freiwillig in notariell beurkundeter Form angenommen, muss der öffentliche Nutzer den jeweiligen Grundstückseigentümer auf Annahme des Vertragsangebotes verklagen, § 894 ZPO. Die Annahmeerklärung darf keine inhaltlichen Abänderungen oder Erweiterungen enthalten. Mit diesem Verfahren ist eine behördenfreie Anspruchslösung ohne Durchführung eines Verwaltungsverfahrens gefunden worden. Möglich bleiben aber auch einvernehmliche Regelungen der Parteien. Auf Grund des durch Angebot und Annahme zu Stande gekommenen Kaufvertrags ist der Grundstückseigentümer

<sup>16</sup> Ausführlich Stavorinus, NotBZ 2001, 349; Aschmann/Groth, ZOV 2003, 85; Böhringer, VIZ 2002, 193; ders., VIZ 2003, 55.

<sup>17</sup> Dem Grundstückseigentümer ist eine Ausfertigung des Angebots zu übersenden, die Zusendung lediglich einer beglaubigten Abschrift des Angebots genügt nicht.

schuldrechtlich verpflichtet, das Grundstück an den öffentlichen Nutzer zu übereignen. Die Vertragsparteien haben die Auflassung des Grundstücks (§ 925 BGB) zu erklären, notfalls wird die Auflassungserklärung des Partners durch Urteil nach § 894 ZPO erzwungen.

Bei einem Nachlassgrundstück ist dem Testamentsvollstrecker gem. § 2205 S. 2 BGB die Verfügung über das Grundstück möglich; ist ihm ausnahmsweise vom Erblasser ein Verfügungsverbot auferlegt worden, hat der öffentliche Nutzer gegen die Erben einen Anspruch auf deren Zustimmung zu der Veräußerung. Ist der Grundstückseigentümer ein Vorerbe, so ist dieser der Schuldner des Anspruchs. Durch den Ausschluss des § 2113 BGB wird erreicht, dass bei Eintritt des Nacherbfalls der Ankaufvertrag gleichwohl wirksam bleibt. Die Sondervorschrift des § 3 Abs. 3 S. 2 VerkFIBerG hat Bedeutung für alle Erbfälle, die vor dem 1.1.1976<sup>18</sup> oder nach dem 2.10.1990 eingetreten sind. Der Kaufpreis fällt selbstverständlich in den Nachlass und unterliegt den allgemeinen Bestimmungen (§§ 2111, 2119 BGB).

### c. Unbeschränkte Verfügungsbefugnis des Eigentümers

Der jeweilige Grundstückseigentümer ist trotz Bestehens des Erwerbsrechts des öffentlichen Nutzers nicht in seiner sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis eingeschränkt. Er unterliegt weder Geboten noch besonderen Genehmigungspflichten, auch keinem Verfügungsverbot.

### d. Unbekannte Eigentümer

Damit der Flächenerwerb nicht jahrelang blockiert wird, enthält § 3 Abs. 3 S. 3 VerkFIBerG eine Spezialregelung für unbekanntes Eigentum, die die allgemeinen Regeln des BGB nicht verdrängt, sondern überlagert. Die Vorschriften des § 17 SachenRBERG über die Pflegschaft für einen Grundstückseigentümer werden für entsprechend anwendbar erklärt. Unberührt bleiben gleichwohl die gesetzlichen Regelungen der Pflegschaft nach §§ 1909 ff., 1960 BGB und die gesetzliche Vertretung der Mitglieder von altrechtlichen Personenzusammenschlüssen durch die Belegenheits-Gemeinde nach Art. 233 § 10 EGBGB. Anwendbar bleiben auch die Vertretungsregeln gemäß Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB und § 11b VermG.

### e. Wiederkaufsrecht des Alteigentümers

Wird die öffentliche Nutzung des betroffenen Grundstücks aufgegeben, entfällt die Rechtfertigung für einen Eigentumsübergang auf die öffentliche Hand. § 10 Abs. 1 S. 1 VerkFIBerG sieht deshalb ein befristetes Wiederkaufsrecht des vormaligen Grundstückseigentümers für den Fall vor, dass das Grundstück ganz oder überwiegend nicht für öffentlich Zwecke genutzt wird. Das Wiederkaufsrecht erlischt bei Verkehrsflächen mit Ablauf von 30 Jahren und bei allen übrigen Flächen mit dem Ablauf von 10 Jahren seit der Eintragung des öffentlichen Nutzers in das Grundbuch. Für das Wiederkaufsrecht gelten die Bestimmungen der §§ 456 – 462 BGB. Das Wiederkaufsrecht als solches kann nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

## VI. Altrechtliche Personenzusammenschlüsse

Es bestehen noch etliche altrechtliche Personenzusammenschlüsse, denen als Gesamthandsgemeinschaften Rechte an Wegen, Gräben, Lehm-, Sand-, Kalk- und

Kiesgruben, Steinbrüche, Brunnen, u.a. zustehen. Als Grundbucheintragungen sind zu nennen: „Separationsgemeinschaft“, „Vollbauerngenossenschaft“, „Interessentengesamtheit der ...“, „Die Gesamtheit der Eigentümer der im Gemeinschaftsteilungsprozess von X aufgeführten Grundstücke“, „für die jeweiligen Eigentümer der Grundstücke der Gemarkung X Flst. ... in althergebrachter deutsch-rechtlicher Gemeinschaft“.<sup>19</sup> Es besteht nach früherem – meist preußischen – Recht eine Verfügungsbeschränkung, wonach das Miteigentum ungeteilt und rechtlich untrennbar mit dem Eigentum an anderen Grundstücken verbunden ist.<sup>20</sup> Die Auflösung solcher Personenzusammenschlüsse kann im Rahmen eines Bodenordnungsverfahrens erfolgen.

## VII. Verfügungsbeschränkungen<sup>21</sup>

### 1. Zustimmungsvorbehalt

Der eingetragene Zustimmungsvorbehalt nach § 11 c VermG, § 13 GBBerG, § 6 Abs. 4 BoSoG bedeutet eine Verfügungsbeschränkung (Veräußerungs- und Belastungsverbot) und ist vom Grundbuchamt zu beachten. Für die Eintragung gilt das Prioritätsprinzip des § 17 GBO.

### 2. Veräußerungsverbot bei ehemaligem Bodenreformland

Bestimmte Personen, die entschädigungslos enteignet worden sind, haben nach § 3 AusglLeistG die Möglichkeit, bestimmte land- und forstwirtschaftliche Flächen zu erwerben. Für solche erworbenen Flächen besteht 20 Jahre lang ein Veräußerungsverbot, das zu seiner Wirksamkeit der Eintragung im Grundbuch bedarf, § 3 Abs. 10 AusglLeistG.

### 3. Veräußerungsverbot bei Gebäudekomplettierung

Erwirbt der Nutzer/Gebäudeeigentümer das Grundstück hinzu, so tritt keine Konsolidation/Konfusion beider Rechtsobjekte ein. Durch die Komplettierung entsteht aber ein absolut wirkendes, nicht im Grundbuch eintragbares Verfügungsverbot (§ 78 SachenRBERG), das vom Grundbuchamt zu beachten ist.<sup>22</sup> Verbotswidrige Verfügungen machen das Grundbuch unrichtig.

### 4. Nachbarerbaurecht/Bodenreformland

§ 39 Abs. 3 SachenRBERG sieht ein Nachbarerbaurecht vor, über das nur zusammen mit dem Eigentum am herrschenden Grundstück verfügt werden kann; dieses absolute Verfügungsverbot hat der Grundbuchführer zu beachten. Gleiches gilt für die Eigentumsaufgabe an Bodenreformland nach Art. 233 § 15 Abs. 2 EGBGB, die der Zustimmung der Belegenheitsgemeinde bedarf.

### 5. Alte Personenzusammenschlüsse

Ebenfalls hat das Grundbuchamt die Verfügungsbeschränkung bei altrechtlichen Personenzusammenschlüssen nach Art. 113, 233 § 10 EGBGB zu beachten, sofern nicht die Belegenheitsgemeinde als gesetzliche Vertreterin handelt.

<sup>19</sup> Einzelheiten Böhringer, NJ 2000, 120.

<sup>20</sup> Vgl. auch Art. 113 EGBGB.

<sup>21</sup> Zu ostspezifischen Verfügungsbeschränkungen Böhringer, Rpfleger 1994, 45.

<sup>22</sup> Böhringer, OV spezial 1995, 73; ders., OV spezial 1996, 262.

<sup>18</sup> Bei Erbfällen in der Zeit vom 1.1.1976 bis 2.10.1990 gilt § 2113 BGB wegen § 8 Abs. 2 S. 2 EGZGB ohnehin nicht.

## 6. Besitzmoratorium, Restitution, Erbrecht

Lediglich schuldrechtlich wirkend sind das Verfügungsverbot nach § 3 Abs. 3 VermG, das Belastungsverbot nach Art. 233 § 2 a Abs. 3 EGBGB, das Verfügungsverbot nach § 1 Abs. 2 S. 2 WoGenVermG und nach § 12 VZOG. Das Grundbuchamt kann eine Verfügung nicht beanstanden. Eine nach ZGB-Erbrecht angeordnete Testamentsvollstreckung hat nicht die Wirkung einer Verfügungsbeschränkung. Ein solcher Testamentsvollstrecker ist Vertreter der Erben.

### VIII. Wiederhergestellte Grundbuchpublizität

Für den Grundstücksverkehr gelten grundsätzlich die Gutglaubensschutzregeln der §§ 891-893 BGB. Die vielen bisher nicht aus dem Grundbuch erkennbaren Rechtspositionen<sup>23</sup> mussten bis zum 31.12.2000 dokumentiert werden, damit es von da an nicht zu einem Rechtsverlust kommt. Nach dem 31.12.2000 bleiben nur geringfügige Einschränkungen der allgemeinen Gutglaubensschutzregeln bestehen.<sup>24</sup>

Bei einem ab 1.1.2001 gestellten Antrag<sup>25</sup> auf Eigentumsänderung ist ein gebäudeeigentumsfreier Grundstückserwerb möglich. Ein nach § 459 DDR-ZGB entstandener und bisher nicht im Grundstücksgrundbuch eingetragener Miteigentumsanteil kann erst ab 1.1.2001 durch gutgläubigen Grundstückserwerb Dritter verlustig gehen (§ 892 BGB, § 113 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 – 3 SachenRBERG). Der Mitbenutzer eines Grundstücks konnte bis zum Ablauf des 31.12.2000 beim Grundbuchamt die Eintragung seines Mitbenutzungsrechts im Wege der Grundbuchberichtigung beantragen.<sup>26</sup> Bis dahin drohte ihm kein Rechtsverlust (Art. 233 § 5 I EGBGB). Hauptsächlich kommen Wegerechte und Leitungsrechte in Betracht. Danach erlöschen nicht rechtzeitig vor Ablauf des 31.12.2000 geltend gemachte Mitbenutzungsrechte und sonstige nicht im Grundbuch eingetragene altrechtliche Grunddienstbarkeiten (Art. 187 EGBGB). Rechtzeitig anerkannte Rechte können bei künftigen Verfügungen des Grundstücks gutgläubig lastenfrei wegerworben werden.<sup>27</sup>

### IX. Auflassung, Gemeinschaftsverhältnis § 47 GBO

Bei erwerbenden Ehegatten kann das Grundbuch nach der Vermutung des Art. 234 § 4 a EGBGB davon ausgehen, dass Ehegatten nicht in den alten Güterstand rückoptiert haben.<sup>28</sup> War dies ausnahmsweise der Fall, so ist das Gemeinschaftsverhältnis „Eigentums- und Vermögensgemeinschaft des FGB-DDR“ das Gemeinschaftsverhältnis i.S. von § 47 GBO. Leben Ehegatten in einem solchen Güterstand, so können Verfügungen über Grundstücke und Gebäudeeigentum nur durch beide Ehegatten erfolgen

(die Vorschriften über die gemeinsame Verwaltung von Gesamtgut bei Gütergemeinschaft finden entsprechende Anwendung). Alle anderen Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, § 1365 BGB gilt.

## X. Erbrechtliche Besonderheiten im Grundstücksverkehr

### 1. Temporale Rechtslagen

Art. 235 § 1 EGBGB bestimmt, dass für die erbrechtlichen Verhältnisse das bisherige Recht maßgebend bleibt, wenn der Erblasser vor dem 3.10.1990 gestorben ist. Demnach ist das BGB-Erbrecht grundsätzlich in allen nach dem 2.10.1990 eingetretenen Erbfällen anzuwenden unter Beachtung der in Art. 235 § 1 Abs. 2 und § 2 EGBGB geregelten Ausnahmen. Bei der Anwendung des materiellen Erbrechts sind verschiedenen Zeiträumen zu berücksichtigen. Bei Erblassern mit letztem Wohnsitz in den alten Ländern:<sup>29</sup>

- **1.1.1900 bis 31.12.1975:** Erbrecht und Güterrecht nach §§ 1922. ff BGB;
- **1.1.1976 bis 2.10.1990:** Nachlassspaltung bei Grundvermögen auf dem Gebiet der DDR, § 25 RAG;
- **ab 3.10.1990:** Erbrecht nach BGB.

Bei Erblassern mit letztem Wohnsitz in der ehemaligen DDR:

- **1.1.1900 bis 6.10.1949:** Erbrecht nach BGB; Güterrecht nach BGB;
- **7.10.1949 bis 31.12.1956:** Erbrecht nach BGB; Güterstand der Gütertrennung;
- **1.1.1957 bis 31.3.1966:** Erbrecht nach BGB ohne Änderungen durch GleichberG. Besonderheiten bestehen beim Erbrecht adoptierter Kinder; Güterstand der Gütertrennung;
- **1.4.1966 bis 31.12.1975:** Erbrecht nach BGB ohne Änderungen durch GleichberG, VFGüterstandG, NichteheLG; Besonderheiten beim Erbrecht des Ehegatten (§ 10 EGFG), nichtehelicher Kinder (§ 9 EGFG) und adoptierter Kinder (§§ 62, 72, 73 FGB); Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft nach dem FGB;
- **1.1.1976 bis 2.10.1990:** Erbrecht nach ZGB mit Besonderheit beim Erbrecht adoptierter Kinder (§§ 62, 72, 73 FGB); Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft nach dem FGB;
- **ab 3. 10. 1990:** Erbrecht nach BGB mit Besonderheit beim Ehegattenerbrecht bei Rückoption (Art. 234 § 4 EGBGB), bei nichtehelichen Kindern (Art. 235 § 1 Abs. 2 EGBGB) und adoptierter Kinder (Art. 234 § 13 EGBGB); Güterstand der Zugewinnngemeinschaft, außer bei Rückoption (Art. 234 § 4 EGBGB).

#### a. Erbfälle vor dem 1.1.1976

Bei Erbfällen vor dem 1.1.1976 gilt das Prinzip der Nachlasseinheit. Sowohl in der alten Bundesrepublik als auch in der ehem. DDR vererbte sich der gesamte Nachlass nach einem einheitlichen Erbstatut (Recht des gewöhnlichen Aufenthalts). In solchen Erbfällen hat das nach der allgemeinen Zuständigkeitsregel des § 73 FGG zuständige (Wohnsitz-)Nachlassgericht den Erbschein zu erteilen. Dieser Erbschein gilt dann für alle Vermögensgegenstände, sowohl in den Altländern als auch in den neuen Bundes-

<sup>23</sup> Dazu Böhringer, BWNtZ 1992, 3.

<sup>24</sup> Ausführlich zur Wiederherstellung der Publizität Böhringer, Rpfleger 1999, 425; ders., BWNtZ 2000, 1; ders., VIZ 2000, 129; ders., OV spezial 2000, 18; ders., VIZ 2000, 441; ders., OV spezial 2000, 258; ders., ZfIR 2000, 671.

<sup>25</sup> Zur Sicherungswirkung von Grundbuchanträgen Böhringer, Rpfleger 1996, 177; ders. zu Widerspruchseintragungen VIZ 1999, 569.

<sup>26</sup> Zur Sicherung und Eintragung von Mitbenutzungsrechten Böhringer, Rpfleger 1997, 245.

<sup>27</sup> Ausnahme: Mitbenutzungsrechte für Energieversorgungsunternehmen, deren Rechte bis 31.12.2010 fortbestehen, § 8 Abs. 3 und § 9 Abs. 1 S. 2 GGBerG.

<sup>28</sup> Dazu Böhringer, DNotZ 1991, 223.

<sup>29</sup> Böhringer, Rpfleger 1991, 275.

ländern. Es handelt sich stets um einen allgemeinen, unbeschränkten Erbschein gem. § 2353 BGB, der die einheitliche, allgemeine Erbfolge nach dem BGB bezeugt und sich nicht mehr nur auf in den Altländern oder nur in den neuen Bundesländern befindlichen (beweglichen oder unbeweglichen) erstreckt.

#### **b. Erbfälle zwischen dem 1. 1. 1976 und 3. 10. 1990**

Bei solchen Erbfällen sind die Regelungen des Rechtsanwendungsgesetz (RAG) der ehem. DDR zu beachten. Abweichend vom Staatsangehörigkeitsprinzip vererbten sich nach § 25 Abs. 2 RAG die in der ehem. DDR belegenen Grundstücke und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden (Gebäudeeigentum) ausschließlich nach dem Recht der ehem. DDR (Prinzip der Nachlassspaltung).<sup>30</sup>

#### **aa. Erblasser mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in der ehem. DDR**

Der Erblasser wurde nach dem ZGB beerbt; auch die Vererbung von Vermögensgegenständen jeglicher Art in der Bundesrepublik Deutschland erfolgte nach dem ZGB-Erbrecht. Der Erbschein ist vom nach § 73 FGG zuständigen (Wohnsitz-)Nachlassgericht zu erteilen. Es handelt sich um einen allgemeinen, unbeschränkten Erbschein, der das Erbrecht nach dem ZGB bezeugt.

#### **bb. Erblasser mit letztem Aufenthalt in der BRD (heute alte Länder)**

Die Bundesrepublik Deutschland und die ehem. DDR wendeten grundsätzlich auf das Erbrecht ihrer Staatsangehörigen das Staatsangehörigkeitsprinzip an. Allerdings kam bei in der ehem. DDR belegenen Grundvermögen nach § 25 Abs. 2 RAG zu einer Nachlassspaltung. Diese Nachlassspaltung bewirkte, dass sich zwei rechtlich getrennte Vermögensmassen nach unterschiedlichen Rechtsnormen vererbten. Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft konnte sich daher nur auf die jeweilige Vermögensmasse beziehen.

Das (Wohnsitz-)Nachlassgericht ist seit 3.10.1990 gemäß § 73 FGG für die Erteilung des allgemeinen Erbscheins nach § 2353 BGB wie auch für den „gegenständlich (und territorial) beschränkten“ (Eigenrechts-)Erbschein für das Erbrecht nach dem ZGB (für die in der ehem. DDR belegenen Grundstücke oder Gebäude oder Rechten hieran) zuständig. Beide Erbscheine können isoliert beantragt und erteilt werden, auch bei identischer Erbfolge, weil beide Rechtsordnungen Unterschiedlichkeiten aufweisen. Diese beiden Erbscheine können auch als Doppelerbschein in einer Urkunde zusammengefasst werden.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Zu den verschiedenen Erbnachweisen Böhringer, Rpfleger 1999, 110.

<sup>31</sup> Ein Doppelerbschein könnte folgenden Wortlaut haben:

„Der am 8.8.1990 verstorbene E ist beerbt worden  
- von der Witwe A zur Hälfte und den Kindern B und C gemeinsam zur anderen Hälfte, unter sich zu gleichen Teilen, auf Grund gesetzlicher Erbfolge des Bürgerlichen Gesetzbuchs; diese Erbfolge erstreckt sich nicht auf das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die sich in der ehem. Deutschen Demokratischen Republik (einschließlich Berlin/Ost) befinden;  
- von der Witwe A und den Kindern B und C unter sich zu gleichen Teilen, auf Grund gesetzlicher Erbfolge des Zivilgesetzbuchs der ehem. Deutschen Demokratischen Republik; diese Erbfolge erstreckt sich nur auf das Eigentum und andere Rechte an Grundstücken und Gebäuden, die sich in der ehem. Deutschen Demokratischen Republik (einschließlich Berlin/Ost) befinden.“

## **2. Vor- und Nacherbfolge**

Das Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbfolge kannte das ZGB-DDR nicht. § 8 EGZGB regelte den Übergang des bis 31.12.1975 geltenden BGB, Art. 235 § 1 EGBGB regelt den Übergang der Rechtspositionen am 3.10.1990. War die Testamentserrichtung vor dem 1.1.1976, der Erbfall während der ZGB-Geltungszeit, so ist zwar die Vorerbfolge wirksam angeordnet, der Vorerbe unterliegt jedoch keinen Verfügungsbeschränkungen. Ein bei solchen Erbfällen trotzdem im Grundbuch eingetragener bzw. einzutragender Nacherbenvermerk hat insoweit keine Bedeutung, verläutbart lediglich die Befangenheit des Grundstücks zum Nachlass.

War die Testamentserrichtung und der Erbfall zwischen dem 1.1.1976 und dem 3.10.1990, so bestand keine Verfügungsbeschränkung, ein Nacherbenvermerk – auch ein eingeschränkter – ist und war nicht zulässig. Bei der Grundbuchberichtigung ist zu prüfen, ob der eingesetzte Vorerbe als Vollerbe oder als Vermächtnisnehmer (Nießbraucher) gelten kann. In Erbscheinen sind die verschiedenen Rechtslagen darzustellen.

## **3. Testamentsvollstreckung**

Nach dem ZGB war ein Testamentsvollstrecker lediglich Vertreter der Erben, diese konnten die Testamentsvollstreckung auch jederzeit beenden. War die Testamentserrichtung und der Erbfall während der ZGB-Geltungszeit (1.1.1976 bis 2.10.1990), so gilt die Testamentsvollstreckung nach dem ZGB. Es besteht keine Verfügungsbeschränkung der Erben. Im Testamentsvollstreckerzeugnis ist dies zu berücksichtigen und darzustellen, ein Testamentsvollstreckervermerk ist im Grundbuch nicht eintragbar. Die Erben sind neben dem Testamentsvollstrecker verfügungsbefugt.

War die Testamentserrichtung vor dem 1.1.1976, der Erbfall während der Geltung des ZGB, so gilt die Testamentsvollstreckung des BGB samt § 2211 BGB. Nur der Testamentsvollstrecker ist verfügungsbefugt, im Grundbuch wurde und wird der Testamentsvollstreckervermerk eingetragen.

Wurde das Testament während der ZGB-Zeit errichtet und trat der Erbfall nach dem 2.10.1990 ein, so ist zwar die Testamentsvollstreckung gültig, das Testament bedarf jedoch der Auslegung dahingehend, ob eine Testamentsvollstreckung nach dem ZGB oder dem BGB gewollt war. Entscheidet man sich – wie häufig – für das BGB, dann ist ein Testamentsvollstreckervermerk in das Grundbuch einzutragen mit der Wirkung einer Verfügungsentziehung gem. § 2211 BGB.

Für die Erteilung von Testamentsvollstreckerzeugnissen und im Grundbuchverfahren sind diese Unterschiede von Bedeutung. Testamentsvollstreckerzeugnisse, die allgemein nach dem 31.12.1975 und vor dem 3.10.1990 für BGB-Erbfälle (Erblasser hatte letzten Wohnsitz in der alten Bundesrepublik) erteilt worden sind, gelten nicht für den unbeweglichen Nachlass auf dem Gebiet der ehem. DDR. Dafür können „gegenständlich (und territorial)“ beschränkte Testamentsvollstreckerzeugnisse gemäß § 25 Abs. 1 RAG erteilt werden. In dem Zeugnis ist dann zum Ausdruck zu bringen, dass die Testamentsvollstreckung keine Verfügungsbeschränkung für die Erben beinhaltet.



## XI. Genehmigungen/Bescheinigungen im Grundstücksverkehr

Das öffentliche Recht in den neuen Ländern enthält Beschränkungen des Grundstücksverkehrs, die ostspezifisch sind und neben den in ganz Deutschland geltenden Beschränkungen treten.

### 1. Grundstücksverkehrsordnung

Die GVO wird seit der Wiedervereinigung als Instrument zur Sicherung vermögensrechtlicher Ansprüche nach dem VermG eingesetzt.<sup>32</sup> Von großer Bedeutung ist die Genehmigung nach § 2 GVO für die Auflassung eines Grundstücks/Gebäudes samt schuldrechtlichem Vertrag hierüber sowie zur Bestellung und Übertragung eines Erbbaurechts. Bei besonderer Falllage ist die Genehmigung nicht erforderlich, § 2 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bis 4 GVO, § 7 Abs. 5 SPV. Zuständig für die Erteilung der Genehmigung ist die nach § 7 GVO bestimmte Stelle. Auch eine Vorausgenehmigung ist zulässig, was für den Notar große Bedeutung hat, § 1 Abs. 1 S. 2 GVO.

Die GVO erlaubt den Vollzug des Geschäfts auch schon vor Eintritt der Bestandskraft der Entscheidung. Nach § 7 GVO bleibt das im Grundbuch vollzogene Rechtsgeschäft wirksam, auch wenn die Genehmigung zurückgenommen, widerrufen oder aufgehoben wird. Ist der Eintragungsantrag noch nicht durch Eintragung erledigt, darf nicht mehr eingetragen werden, wenn das Grundbuchamt von einem Rechtsbehelf gegen den Bescheid Kenntnis erlangt hat oder ihm der Widerruf/die Aufhebung der Genehmigung bekannt ist, § 2 Abs. 2 GVO.

### 2. Kommunalaufsicht

Kommunen bedürfen zur Verfügung über Grundstücke der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde. Maßgebend sind die jetzt bestehenden landesrechtlichen Gemeinde- und Landkreisordnungen.<sup>33</sup> Nach diesen Normen richtet sich auch, ob ein Ratsbeschluss dem Grundbuchamt vorzulegen ist, was z.B. für Sachsen zu verneinen ist. Rechtsaufsichtsbehörden sind die Landkreise für kreisangehörige Gemeinden, das Regierungspräsidium für kreisfreie Städte und Landkreise. Verfügt allerdings die Kommune als Rechtsträger nach § 8 VZOG, so ist eine kommunalaufsichtsrechtliche Genehmigung wegen der Sonderregelung in § 8 Abs. 1a VZOG nicht erforderlich.

### 3. Genehmigung der Bestellungsbehörde/Erlaubnis des Vormundschaftsgerichts

Gewisse gesetzliche Vertreter bedürfen zur Vornahme von Verfügungen über Grundstücke und Gebäude einer Genehmigung, für die die Vorschriften des § 1821 BGB gelten. Es handelt sich um den Vertreter nach § 11b VermG und Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB. Im Verfahren der Bodensonderung ist ebenfalls ein Vertreter für unbekannte Beteiligte nach den Vorschriften des Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB zu bestellen, § 8 Abs. 5 S. 3 BoSoG. In der Sachenrechtsbereinigung ist für unbekannte Beteiligte ein Pfleger nach § 17 Abs. 1 SachenRBERG statt von der Bestellungsbehörde vom Vormundschaftsgericht zu bestellen und von diesem eine etwaige Genehmigung zu erteilen. Nach § 8 Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz

wird die Genehmigung nach § 1821 BGB von der Bestellungsbehörde erteilt.

§ 7 GBBerG sieht für bestimmte gesetzliche Vertreter und Pfleger von Eigentümern an Grundstücken und Gebäuden eine Verkaufserlaubnis vor. Er gilt für die Vertreter nach § 11 b VermG, Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB, für den Nachlasspfleger gem. § 1960 BGB, den Abwesenheitspfleger nach § 1911 BGB, den Pfleger für unbekannte Beteiligte nach § 1913 BGB, den Pfleger in der Sachenrechtsbereinigung nach § 17 SachenRBERG, den Pfleger im Bodensonderungsverfahren nach § 8 Abs. 5 S. 3 BoSoG.

Für die Gemeinde als gesetzliche Vertreterin eines altrechtlichen Personenzusammenschlusses gemäß Art. 233 § 10 EGBGB gilt § 7 GBBerG nicht, ebenso nicht für Verfügungen der nach § 8 VZOG ermächtigten Stelle. Im Verfahren nach dem Bodensonderungsgesetz ist für Rechtsänderungen keine Erlaubnis notwendig, § 7 Abs. 5 SPV.

Die Erlaubnis ist Wirksamkeitsvoraussetzung für das Rechtsgeschäft, ohne eine solche Erlaubnis vorgenommene Eintragung macht das Grundbuch unrichtig. Für das Wirksamwerden sind die Vorschriften des BGB über die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung entsprechend anwendbar und nach den Verfahrensregeln des Grundbuchrechts die Prüfung vorzunehmen.

### 4. Zustimmungsvorbehalt

Jede Verfügung über ein Grundstück oder Gebäude von Bürgern von Dänemark, Finnland, Schweden und Österreich, die zum Entschädigungsabkommen zählen, bedarf der Zustimmung des Bundesamts zur Regelung offener Vermögensfragen. Das Grundbuchamt benötigt diese Zustimmung dann, wenn ein entsprechender Vermerk im Grundbuch eingetragen ist, § 11 c VermG, § 1 b Abs. 4 VZOG. Bei einem entsprechenden Grundbuchvermerk darf das Grundbuchamt ohne Zustimmung der zuständigen Behörde eine Eintragung nicht vornehmen; es handelt sich um den Zustimmungsvorbehalt nach § 13 GBBerG und § 6 Abs. 4 BoSoG.

## XII. Vorkaufsrechte

Das Grundbuchamt hat auch in den neuen Ländern vor einem Eigentumswechsel ein Zeugnis gem. § 28 BauGB zu erhalten (Grundbuchsperrre). Wird mit einem Investitionsvorrangbescheid verfügt, ersetzt der Bescheid nach § 11 InVnG das Zeugnis nach § 28 BauGB. Es bestehen viele landesrechtliche Vorkaufsrechte im Bereich des Denkmalschutzes bzw. Naturschutzes und des Forstschutzes.<sup>34</sup> Der Notar hat diese zu beachten, das Grundbuchamt allerdings nur dann, wenn sie eine Grundbuchsperrre enthalten, was selten ist. Eine solche Grundbuchsperrre<sup>35</sup> gibt es z.B. beim Vorkaufsrecht für Naturschutz und Forstschutz in Berlin, für Denkmalschutz in Mecklenburg-Vorpommern und Thüringen. Bei den Vorkaufsrechten nach §§ 20, 20 a VermG<sup>36</sup> und § 57 SchuldRAnpG hat der Grundbuchführer nichts zu beachten, der Notar sehr wohl aber den Tatbestand zu ermitteln und die Anzeigen an den Vorkaufsberechtigten zu machen.

<sup>32</sup> Ausführlich Böhringer, DtZ 1993, 141.

<sup>33</sup> Zu den vermögensrechtlichen Aufgaben der Kommunen im Grundstücksverkehr Böhringer, VIZ 2003, 553.

<sup>34</sup> Grauel, RNotZ 2002, 210; Böhringer, ZAP-Ost Nr. 3/1998, 69.

<sup>35</sup> Zu grundbuchsperrenden Vorkaufsrechten LG Schwerin NotBZ 1998, 33 m. Anm. Böhringer.

<sup>36</sup> Böhringer, BWNtZ 12996, 49; ders., OV spezial 18/1993 S. 2.

### XIII. Vertretung des unbekanntem Rechtsinhabers

#### 1. Spezialgesetzliche Regelungen

Nicht immer ist bekannt, wer Rechtsinhaber ist. Häufig kommt dies bei Erbfällen vor. In diesen und anderen Fällen kann ein gesetzlicher Vertreter für den unbekanntem Eigentümer bestellt werden (Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB). In Spezialgesetzen sind dem Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB ähnliche Vertretungsregelungen enthalten. So erhalten unbekanntem Grundstückseigentümer einen Vertreter im Verwaltungsverfahren nach § 16 VwVfG, § 207 BauGB und § 8 Verkehrswegeplanungsbeschleunigungsgesetz. Zivilrechtliche Regelungen sehen einen Pfleger vor nach §§ 1911, 1913 und 1960 BGB. Sonderbestimmungen finden sich auch in § 11b VermG. Die staatliche Bestellung eines gesetzlichen Vertreters lässt die Handlungs-, Geschäfts- und Prozessfähigkeit des Vertretenen unberührt. Widersprüchliches Handeln (z.B. kurz vor der Abberufung des Vertreters) von gesetzlichem Vertreter und Vertretenem bleibt möglich; jeder kann eine Verfügung über das Grundstück bzw. Gebäude treffen. Bei Unvereinbarkeit der beiden Rechtsgeschäfte besteht kein Vorrang. Es gelten die allgemeinen Grundsätze des BGB. Handelt es sich um kollidierende Verpflichtungsgeschäfte, so sind sie alle wirksam; bei Verfügungsgeschäften hat das zuerst beim Grundbuchamt beantragte Geschäft den Erledigungsvorrang (§ 17 GBO).

#### 2. Gesetzlicher Vertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB

Für den gesetzlichen Vertreter nach Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB sind die Vorschriften über die Pflegschaft entsprechend anwendbar. Überwiegend wird davon ausgegangen, dass wegen der Verweisung auf § 16 Abs. 4 VwVfG die Bestellungs- (Verwaltungs-) Behörde (Landkreis/kreisfreie Stadt) für die Bestellung als auch für die Überwachung und insbesondere für die Erteilung der Genehmigung nach §§ 1821, 1822 BGB zuständig ist.

#### 3. Pfleger/Vertreter

Ist der Grundstückseigentümer unbekannt, so kann es aus verschiedenen Gründen auch zur Bestellung eines Pflegers kommen. Für diese gilt dann § 7 GBBerG, sofern der Vertreter eine juristische Person ist.

##### a. Nachlasspfleger

Das Nachlassgericht hat nach § 1960 BGB einzuschreiten, wenn die Erben eines Nachlasses unbekannt sind und ein Bedürfnis zur Sicherung und Erhaltung des Nachlasses bis zur Annahme der Erbschaft besteht. Das Nachlassgericht bestellt den Nachlasspfleger. Auch für die Genehmigung von bestimmten Rechtsgeschäften (z.B. § 1821 BGB) und für die Überwachung des Nachlasspflegers ist das Nachlassgericht und nicht das Vormundschaftsgericht zuständig.

##### b. Abwesenheitspfleger

Der gesetzgeberische Zweck ist die Fürsorge für Vermögensangelegenheiten einer Person, die infolge Abwesenheit an deren Besorgung verhindert ist (§ 1911 BGB). Diese Pflegschaft kann nicht angeordnet werden für eine juristische Person, deren Vertreter unbekannt sind. Das Vormundschaftsgericht ordnet an und überwacht den Pfleger.

#### c. Pflegschaft für unbekanntem Beteiligte

Für natürliche wie auch juristische Personen kann diese Pflegschaft angeordnet werden (§ 1913 BGB). Ein herrenloses Grundstück kann keinen Pfleger erhalten. Ist nur der Vertreter der juristischen Person unbekannt oder ungewiss, so liegt § 1913 BGB nicht vor. Das Vormundschaftsgericht ordnet an und überwacht den Pfleger.

#### d. Pfleger für Sachenrechts- und Verkehrsflächenbereinigung

§ 17 SachenRBERG gibt dem Nutzer in gesetzlich bestimmten Fällen das Recht, die Bestellung eines Pflegers für den Grundstückseigentümer oder Inhaber eines dinglichen Rechts am Grundstück herbeizuführen. Die Bestellung des Pflegers erfolgt durch das Vormundschaftsgericht, in dessen Bezirk das Grundstück/Gebäude liegt. Der Pfleger erhält eine Bestellsurkunde. Er wird vom Vormundschaftsgericht beaufsichtigt und bedarf zu gewissen Rechtshandlungen der Genehmigung des Vormundschaftsgerichts. Die Ausübung des Amtes als Pfleger weist also gegenüber anderen Pflegschaftsfällen keine weiteren Besonderheiten auf. Gleiches gilt für den Pfleger bei der Verkehrsflächenbereinigung nach § 3 Abs. 3 S. 3 VerkFBERG.

#### e. Vertreter für Bodensonorderungsverfahren

Im Verfahren nach dem Bodensonorderungsgesetz kann es erforderlich werden, dass ein Vertreter für die nicht bekannten Planbetroffenen bzw. für die nicht aus dem Grundbuch ersichtlichen oder sonst beim Grundbuchamt bekannten Grundstückseigentümer zu bestellen ist. Vor allem dann, wenn die Feststellungen einer Bodenreueordnung endgültig sind und nicht korrigiert werden können, ist die Bestellung notwendig. Die Bestellung des Vertreters erfolgt nach Maßgabe des Art. 233 § 2 Abs. 3 EGBGB.

#### f. Altrechtliche Personenzusammenschlüsse

Um zu vermeiden, dass bei einem altrechtlichen Personenzusammenschluss für die einzelnen unbekanntem Gesamthänder Pfleger bestellt werden müssen, bestimmt Art. 233 § 10 EGBGB, dass die Gemeinde des in ihrem Gebiet belegenen Grundstücks kraft Gesetzes zur Vertretung des Personenzusammenschlusses (neben den Organen) und der Mitglieder ermächtigt ist. Ein besonderer Bescheid oder eine Bescheinigung über die Verfügungsbefugnis ergeht nicht und ist auch nicht für das Grundbuchamt erforderlich.<sup>37</sup>

### XIV. Eigentumsaufgabe/Verzicht/Aufgebot

#### 1. Grundsatz

Das BGB lässt den Verzicht auf das Eigentum an Grundstücken zu. Die Dereliktion ist nur am gesamten Grundstück zulässig, nicht möglich ist der Verzicht auf das Miteigentum. Der Eigentümer erklärt nach § 928 BGB die Eigentumsaufgabe materiellrechtlich formlos, rechtlich ist aber die Form des § 29 GBO einzuhalten. Die auf dem Grundstück lastenden dinglichen Rechte werden von der Eigentumsaufgabe nicht berührt. Der Eigentumsverzicht ist in das Grundbuch einzutragen. Dem Landesfiskus steht das Recht zur Aneignung zu. Auch in den neuen Ländern kann ein Eigentümer gemäß § 927 BGB aufgegeben werden.<sup>38</sup>

<sup>37</sup> Böhringer, Neue Justiz 2000, 120, 124.

<sup>38</sup> Zum Eigentumsverzicht und Aneignungsrecht Böhringer, Finanzwirtschaft 1993, 96.

Voraussetzung ist u.a., dass eine Eintragung seit 30 Jahren im Grundbuch nicht erfolgt ist. Nach Erlass des Ausschlussurteils kann sich der Antragsteller das herrenlose Grundstück aneignen.

## 2. Eigentumsverzicht nach dem Vermögensgesetz

Der Beteiligte nach §§ 2, 1 Abs. 4 VermG hat nach § 11 VermG das Recht, auf sein Grundstückseigentum zu verzichten und statt dessen eine Entschädigung nach § 9 VermG zu wählen. Das Aneignungsrecht steht nicht dem Landesfiskus, sondern nach § 11 Abs. 1 Satz 3 VermG dem Entschädigungsfonds als Sondervermögen des Bundes zu (§ 9 EntschG).

## 3. Verzicht auf Bodenreformland

Art. 233 § 15 Abs. 2 EGBGB gibt dem nach Maßgabe des Art. 233 § 11 Abs. 2 EGBGB gewordenen Eigentümer die Möglichkeit der Aufgabe des Eigentums seines Bodenreformgrundstücks. Die Erklärung des Eigentümers bedarf der Zustimmung der Ortsgemeinde, ohne diese Zustimmung kann die Eigentumsaufgabe im Grundbuch nicht eingetragen werden. Abweichend von § 928 BGB können sich auch andere Personen das Grundstück aneignen (Art. 233 § 15 Abs. 3 EGBGB). Es ist ein Aufforderungsverfahren vorgesehen, grundbuchgängig wird es über ein Aufgebotsverfahren (nach der ZPO beim Amtsgericht). Der Grundbuchantrag eines aneignungsberechtigten Gläubigers bedarf der Form des § 29 GBO.

## 4. Aufgebot des Rechtsinhabers

Der Wiedervereinigungsgesetzgeber hat in vielen Vorschriften die Möglichkeiten geschaffen, den unbekanntem Rechtsinhaber mit seinem Recht auszuschließen.

### a. Grundstückseigentum

§ 927 BGB ermöglicht dem langjährigen Eigenbesitzer die Aneignung des Grundstücks auf Grund eines gerichtlichen Aufgebots. In den neuen Bundesländern kommt das Aufgebotsverfahren insbesondere für die Fälle in Betracht, in denen ein Grundstück vor vielen Jahren verkauft und übergeben, die Eigentumsumschreibung aber nicht veranlasst wurde; aber auch wegen einer unübersehbaren bzw. nicht ermittelten Zahl von Erben die Erklärung der dinglichen Einigung nicht möglich war bzw. ist.<sup>39</sup>

§ 927 BGB ist nicht anwendbar auf beschränkte dingliche Rechte am Grundstück, auf Erbbaurechte und andere grundstücksgleiche Rechte wie Fischereirechte und das in den neuen Ländern vorkommende Gebäudeeigentum gem. Art. 233 §§ 2b, 4, 8 EGBGB. Sondervorschriften bestehen jedoch für Bodenreformgrundstücke durch

<sup>39</sup> Zu den verschiedenen Aufgebotsmöglichkeiten Böhringer, NotBZ 2001, 197; ders. NotBZ 2003, 85.

Art. 233 § 15 EGBGB, für einen ehemals volkseigenen Miteigentumsanteil nach § 114 SachenRBERG sowie für das Gebäudeeigentum durch § 18 SachenRBERG und § 15 GBBERG.

Durch ein vorbehaltloses Ausschlussurteil verlieren alle das Eigentum, gegen die das Urteil wirkt; das Grundstück wird herrenlos, es sei denn, der Antragsteller war als Grundstückseigentümer eingetragen. Das vorbehaltlose Urteil gewährt dem Eigenbesitzer ein Aneignungsrecht; der Aneignungsberechtigte kann beim Grundbuchamt mit einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift<sup>40</sup> des Ausschlussurteils seine Eintragung im Grundbuch als Eigentümer beantragen. Zu diesem originären Eigentumserwerb<sup>41</sup> braucht dem Grundbuchamt keine steuerliche Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts nach § 22 GrEStG vorgelegt<sup>42</sup> zu werden. Nach überwiegender Meinung<sup>43</sup> ist der Grundbuchantrag (§ 13 GBO) grundbuchverfahrensrechtlich formgebunden (§§ 30, 29 GBO).

### b. Eigentumsvormerkung

§ 887 BGB gestattet dem Grundstückseigentümer, den unbekanntem Gläubiger mit dessen zwecklos gewordener Vormerkung entsprechend § 1170 BGB wie einen Hypothekengläubiger auszuschließen. Für das Aufgebotsverfahren gelten §§ 946, 988, 1024 ZPO. Mit § 6 Abs. 1a GBBERG schuf der Gesetzgeber die Möglichkeit, Berechtigte unbekanntem Aufenthalts im Wege des Aufgebotsverfahrens auszuschließen. Ein unbekannter Aufenthalt einer Person liegt vor, wenn sich jemand von seinem Wohnsitz oder, falls er einen solchen nicht hatte, von seinem Aufenthaltsort abgereist ist, ohne dass Nachricht über seinen neuen Aufenthaltsort vorliegt, insbesondere ohne polizeiliche Abmeldung verzogen ist. Unbekanntem Aufenthalts ist auch, wer an seinem Wohnsitz verschwunden ist und Nachricht von seinem Verbleib trotz Nachforschungen nicht zu erlangen ist. Die Sonderregelung in § 6 Abs. 1a GBBERG erspart dem Grundstückseigentümer den vielleicht nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten zu führenden Todesnachweis des Berechtigten.

<sup>40</sup> Eine beglaubigte Abschrift des Urteils genügt, weil es nur auf den Nachweis des Bestehens der zur Grundbucheintragung erforderlichen Urkunde ankommt, nicht aber an den unmittelbaren Besitz einer Urkunde gewisse Rechtsfolgen verbunden sind, wie dies bei Vollmachten und Erbscheinen der Fall ist, Böhringer, in: Eickmann, Sachenrechtsbereinigung, § 6 Rnr. 39 GBBERG; Maaß, in: Bauer/von Oefele, GBO, § 6 Rnr. 23 GBBERG; ders., § 15 Rnr. 9 GBBERG.

<sup>41</sup> Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 1 Nr. 3 S. 1 GrEStG liegen bei einem ursprünglichen Erwerb nicht vor.

<sup>42</sup> OLG Zweibrücken DNotZ 1987, 233 = MDR 1987, 56 = NJW-RR 1986, 1461 = Rpfleger 1987, 105; Schöner/Stöber, GBR, Rnr. 1025; Böhringer, Rpfleger 2000, 99, 103; Saenger, MDR 2001, 134.

<sup>43</sup> SchlHOLG JurBüro 1989, 90; Staudinger/Pfeifer, § 927 Rnr. 29 BGB; MüKo/Kanzleiter, § 927 Rnr. 7; Meikel/Böhringer, § 44 Rnr. B 45 GBO; Demharter, § 44 Anh. 5 GBO; Stöber/Schöner, GBR, Rnr. 1026; a.A. Palandt/Bassenge, § 927 Rnr. 5 BGB.

## Rechtsprechung

### BNotO § 114 Abs. 3

**Im Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart kann die Justizverwaltung von der Bestellung eines Bewerbers mit Richteramtsbefähigung als Nurnotar absehen, sofern dieser nicht besser qualifiziert ist als ein sich ebenfalls bewerbender Bezirksnotar. Ein absoluter Vorrang einer der beiden Bewerbergruppen besteht nicht.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 07.04.2005, Not 2/04

Aus den Gründen:

#### I.

Der Antragsgegner schrieb zwei freigewordene und neu zu besetzende Nur-Notarstellen in S. im Staatsanzeiger aus mit dem Hinweis, dass es sich um Stellen handle, die gemäß § 114 Abs. 3 S. 3 BNotO für Bewerber bestimmt sind, die die württembergische Notarprüfung abgelegt haben und sich als Beamte im Justizdienst des Landes befinden.

Es gingen insgesamt 16 Bewerbungen ein, nämlich 13 Bewerbungen aus dem Kreis württembergischer Bezirksnotare und 3 Bewerbungen von Bewerbern mit Richteramtsbefähigung aus anderen Bundesländern. Zur ersten Gruppe zählen die weiteren Beteiligten, zur letzten Gruppe zählt der Antragsteller, der seit 15.10.1991 als Notar in O. Sachsen, tätig ist.

Der Antragsgegner teilte dem Antragsteller mit, dass er die weiteren Beteiligten zur Bestellung zum Nur-Notar in S. ausgewählt habe. Bewerber mit Befähigung zum Richteramt, die nicht zugleich unter die Vorschrift des § 114 Abs. 3 S. 1 BNotO fielen, würden unter den Voraussetzungen des § 114 Abs. 3 S. 3 BNotO nicht in die Auswahlentscheidung einbezogen, wenn ausreichend Bewerber nach § 114 Abs. 3 S. 1 BNotO vorhanden seien. Die ausgewählten Bewerber erschienen allerdings auch bei Einbeziehung der Bewerbung des Antragstellers nach Leistungskriterien geeigneter.

#### II.

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist gemäß § 111 Abs. 1, 2 BNotO zulässig. Er bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Die beanstandete Auswahlentscheidung beruht nicht auf einem Ermessensfehler im Sinne von § 111 Abs. 1 S. 3 BNotO, sie verstößt nicht gegen gesetzliche Bestimmungen und verletzt insbesondere den Antragsteller nicht in seinen Grundrechten gemäß Art. 3, 12 GG und trägt schließlich den Grundsätzen des Art. 33 GG Rechnung.

##### 1.

Zu unrecht will der Antragsteller darauf abheben, dass ihm aufgrund seiner volljuristischen Ausbildung generell eine bessere Befähigung für das Notaramt im Vergleich zu den weiteren Beteiligten, die die Befähigung zum Richteramt nicht aufweisen, zugebilligt werden müsse.

##### a)

Zutreffend ist allerdings, dass nach den Bestimmungen der BNotO im Grundsatz eine Bestellung zum Notar mit hauptamtlicher Amtsausübung gemäß § 3 Abs. 1 BNotO die Befähigung zum Richteramt voraussetzt (§ 5 BNotO), dass nach Persönlichkeit und Leistung Eignung für das Amt gegeben sein muss und dass die Auswahl unter mehreren qualifizierten Bewerbern im wesentlichen unter dem Gesichtspunkt der fachlichen Leistungsfähigkeit unter Berücksichtigung der Ergebnisse der zweiten juristischen Staatsprüfung und der Leistungen bei der Vorbereitung auf das Notaramt im Anwärterdienst zu erfolgen hat (§ 7 BNotO).

##### b)

Bei Bewerbung und Auswahl für ein Nur-Notariat im württembergischen Rechtsgebiet sind Besonderheiten hinsichtlich der Besetzung der Nur-Notariate zu beachten, die vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich bestehenden Garantie der hergebrachten Notariatsverfassung in Baden-Württemberg durch die Vorschrift des § 114 Abs. 3 BNotO näher bestimmt sind.

##### aa)

Für die den Notaren nach der BNotO übertragenen Aufgaben sind grundsätzlich Notare im Landesdienst zuständig, die gemäß § 17 Abs. 2 LFVG nicht die Befähigung zum Richteramt, sondern die Befähigung zum Amt des Bezirksnotars erworben haben müssen. Daneben können Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung gemäß § 3 Abs. 1 BNotO und auch Anwaltsnotare bestellt werden (§ 3 Abs. 2 LFVG). § 114 Abs. 3 S. 1 BNotO stellt als Sondervorschrift für das württembergische Rechtsgebiet klar, dass für Nur-Notare, die nicht im Landesdienste stehen, in Erweiterung der Vorschrift des § 5 BNotO und althergebrachter Übung entsprechend auch Bezirksnotare und Personen bestellt werden könne, die die Voraussetzungen einer Ernennung zum Bezirksnotar erfüllen. Für die Besetzung der freien Notarstellen in Stuttgart bilden somit Richteramtsbefähigung gemäß § 5 BNotO und Ableistung des Notaranwärterdienstes gemäß § 7 BNotO nicht die alleinigen subjektiven Zulassungsvoraussetzungen, können aber selbstverständlich den Zugang zum Amt eines Nur-Notars ebenfalls eröffnen. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 22.10.1979 (Not 21/79 – DNotZ 1980,490) klargestellt, dass die Regelung in § 114 Abs. 3 BNotO nur solche Bewerber betrifft, die eine Befähigung zum Richteramt nicht erlangt haben. Jene Entscheidung betraf nur die Konkurrenz zwischen einem Bezirksnotar und einem nicht im öffentlichen Dienst beschäftigten Notariatspraktikanten und stellt fest, dass bei Anwendung der Zugangsvoraussetzung „Ernennung zum Bezirksnotar“ die entsprechenden beamtenrechtlichen Voraussetzungen zu prüfen sind.

Aus § 114 Abs. 3 Satz 3 BNotO ergibt sich, dass der Gesetzgeber auch im Bezirk des OLG Stuttgart die Richteramtsbefähigung nicht entgegen § 5 BNotO als Zugangsvoraussetzung ausschließen wollte. Die Vorschrift trägt dem Umstand Rechnung, dass Bewerber mit Richteramtsbefähigung in der Regel erst nach einem Vorbereitungsdienst nach § 7 BNotO als Nur-Notare bestellt werden sollen. Ein solcher Vorbereitungsdienst muss, solange die Voraussetzungen von § 114 Abs. 3 Satz 3 BNotO erfüllt

sind, nicht eingerichtet werden. Dies schließt jedoch nicht aus, dass in Ausnahmefällen ein Bewerber mit Richteramtsbefähigung auch dann zum Nur-Notar bestellt werden kann, wenn er seine Befähigung zum Notaramt auf anderem Wege erworben hat.

§ 114 Abs. 3 S. 3 BNotO bestimmt dementsprechend nur, dass in Abweichung von § 7 BNotO, wenn und solange geeignete Bewerber aus dem in § 114 Abs. 3 S. 1 BNotO genannten Personenkreis zur Verfügung stehen, davon abgesehen werden kann, einen Anwärterdienst für Bewerber mit Richteramtsbefähigung überhaupt einzurichten und solche Bewerber zu Notaren nach § 3 Abs. 1 BNotO zu bestellen.

bb)

Damit steht bereits von Gesetzes wegen fest, dass die vom Antragsteller hervorgehobene Richteramtsfähigkeit im Rahmen der angefochtenen Auswahlentscheidung lediglich – aber immerhin – ein für die Zulassung der Bewerbung notwendiges Mindestbefähigungsmerkmal darstellt. Es ist von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit der Bezirksnotar-amtsbefähigung und der Richteramtsbefähigung in dem hier zu beurteilenden Zusammenhang auszugehen.

Die gesetzliche Sonderregelung steht somit der vom Antragsteller vertretenen Auffassung entgegen, dass ihm gegenüber den weiteren Beteiligten schon deshalb generell eine höhere Qualifikation zukomme, weil er als Volljurist ein breiteres Spektrum allgemeinen rechtswissenschaftlichen Wissens repräsentiere. In einem Rechtsgebiet, das den nicht richteramtstfähigen Notar als Regelform seit jeher kennt, und in dem der Bestand dieser Notariatsverfassung durch Art. 138 GG auch verfassungsrechtlich abgesichert ist, kann die allgemeine volljuristische Vorbildung nicht herangezogen werden als ein bei der Auswahlentscheidung stets vorrangig zu bewertendes Qualitätsmerkmal.

Der Antragsgegner war somit nicht gehalten, dem Antragsteller im Hinblick auf die Ablegung des zweiten juristischen Staatsexamens und die von ihm betonte Promotion von vornherein eine bessere Ausgangsposition gegenüber den anderen Konkurrenten unter Einschluss der weiteren Beteiligten einzuräumen.

2.

Auswahlverfahren und Auswahlentscheidung entsprechen den gesetzlichen Vorgaben. Einen Ermessensfehlgebrauch vermag der Senat nicht festzustellen.

a)

Die Auswahlentscheidung entspricht § 114 Abs. 3 BNotO i.V.m. Art. 33 Abs. 2 GG. Beworben hatten sich neben dem Antragsteller und zwei weiteren richteramtstfähigen Bewerbern aus anderen Bundesländern ursprünglich 13, nach Rücknahme einer Bewerbung noch 12 Bezirksnotare, die sowohl die württembergische Notarprüfung abgelegt haben als auch als Beamte im Justizdienst des Landes stehen und die alle nach ihren Examensnoten und den in ihrer Laufbahn erteilten dienstlichen Beurteilungen als geeignet für die ausgeschriebenen Stellen eingestuft werden mussten. Innerhalb dieser letztgenannten Gruppe waren unter einigen anderen Bewerbern die beiden weiteren Beteiligten nach ihren gezeigten Leistungen und den aktuellen dienstlichen Beurteilungen der jeweiligen aufsichtsführenden Präsidenten der zuständigen Gerichte als sehr gut geeignet eingestuft worden. Beide weisen

Beurteilungen auf, die sich knapp unterhalb der erreichbaren Höchstpunktzahl bewegen (7,5 von 8 möglichen Punkten). Beide verfügen über jahrelange praktische Erfahrungen aufgrund ihrer jeweiligen Notartätigkeiten. Beide haben jeweils in beachtlichem Umfang Belastbarkeit gezeigt, wie sie aus den vom Antragsgegner zu Vergleichszwecken gefertigten Beurkundungs- und Beglaubigungslisten für die letzten 4 Kalenderjahre ersehen lässt. Für die ausgewählten weiteren Beteiligten ist zudem nachvollziehbar dokumentiert, dass beide Bewerber seit Jahren konstant gute Leistungen erbracht und auf hohem Niveau die ihnen gestellten Aufgaben auf notariellem Gebiet, nicht zuletzt durch rege Beurkundungstätigkeit, bewältigt haben.

b)

Das Gesetz stellt in das insoweit nicht eingeschränkte Ermessen des Antragsgegners, davon abzusehen, richteramtstfähige Bewerber zu Notaren zu bestellen, sofern sie nicht besser qualifiziert sind. Diese in § 114 Abs. 3 BNotO getroffene Regelung und das hiernach ausgerichtete Auswahlverfahren des Antragsgegners verstoßen weder gegen Art. 3 GG oder Art. 12 Abs. 1 GG, noch werden die aus Art. 33 Abs. 2 GG ersichtlichen Auswahlgrundsätze verletzt.

aa)

Die Beibehaltung verschiedener Notariatsformen innerhalb des Landes Baden-Württemberg verstößt nicht gegen Art. 3 GG. Es steht vielmehr im Ermessen des Landes, kraft seiner Justizhoheit über die Form des Notariats zu entscheiden (BVerfG 17,381). Das Grundgesetz geht davon aus, dass die bestehenden Notariatsformen nicht vereinheitlicht werden müssen, wie sich aus Art. 138 GG ergibt.

Auch aus Art. 12 Abs. 1 GG kann nichts Gegenteiliges hergeleitet werden. Art. 12 GG gilt zwar auch für den staatlich gebundenen Beruf des Notars. Insoweit kann aber in Anlehnung an Art. 33 Abs. 2 GG der Zugang gesetzlichen Regelungen unterworfen werden, die das Grundrecht aus Art. 12 GG einschränken oder zurückdrängen können. Eigenart und Gewicht der vom Notar zur erfüllenden hoheitlichen Aufgaben bringen es mit sich, dass die organisatorische Ordnung dieses Berufszweiges weitgehend dem Ermessen der staatlichen Ordnungsgewalt überlassen bleiben muss, der es insbesondere obliegt zu bestimmen, wer mit der Erfüllung staatlicher Aufgaben betraut werden soll (BVerfG 16,6,21; 17,371; 73,280).

Ist bereits im Lichte des Art. 138 GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, dass § 114 Abs. 3 S. 3 BNotO an der überkommenen Verknüpfung des Nur-Notariats mit der beamtenrechtlichen Laufbahn der Bezirksnotare festhält (BGH – 22.10.1979 – DNotZ 80,490), so muss der Justizverwaltung bei der Auswahl der Notare im Rahmen ihrer Organisationsgewalt ein weiter Ermessensspielraum zugebilligt werden. Die öffentlichen Interessen an der Beibehaltung althergebrachter Notariatsformen, insbesondere an der Gewährleistung vorausschauender Personalplanung durch Rekrutierung der Nur-Notare aus dem Kreis der Bezirksnotare und an einer Aufrechterhaltung einer öffentlichen Aufstiegsmöglichkeit für Notare im Landesdienst gegenüber einer Durchsetzung der Berufsausübungsfreiheit einzelner Seitenbewerber dürfen mit berücksichtigt werden.

bb)

§ 114 Abs. 3 BNotO ist allerdings – wie oben unter II 1 b) aa) bereits dargestellt – nicht dahingehend auszulegen, dass Notaren im Landesdienst unter allen denkbaren Umständen bei der Auswahlentscheidung ein Vorrang einzuräumen wäre. Vielmehr versteht sich eine Anwendungspraxis von selbst, die Grundrechte von Seitenbewerbern aus Art. 12 Abs. 1 GG und die Auswahlgrundsätze gemäß Art. 33 Abs. 2 GG in die Abwägung einbezieht und somit eine Verletzung von Seitenbewerbern in ihren Grundrechten vermeidet. Es gilt auch hier der Grundsatz, dass derjenige herauszufinden ist, der am ehesten den gesetzten Anforderungen entspricht, die sich ihrerseits an Art. 33 Abs. 2 GG messen lassen müssen (BVerfG – 01.07.2002 – DNotZ 2002, 889).

Die Grundsätze der Bestenauswahl hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung (Art. 33 Abs. 2 GG) haben Eingang gefunden in die Bestimmungen der BNotO, für Nur-Notare in § 7 BNotO. Diese Grundsätze müssen bei Auswahlverfahren und Auswahlentscheidung auch für württembergische Nur-Notare entsprechende Anwendung finden unter Berücksichtigung des besonderen Umstandes, dass Bewerber aus unterschiedlichen Ausbildungsgängen die Voraussetzungen für eine Notarbestellung erfüllen können und dass öffentliche Interessen an der Bewahrung hergebrachter Notariatsformen und damit verbundene Besetzungspraktiken im Rahmen des Auswahlermessens Berücksichtigung finden können.

§ 114 Abs. 3 BNotO lässt von seinem Wortlaut her lediglich keinen Zweifel daran zu, dass in den Fällen, in denen hinsichtlich Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung zwischen Notaren im Landesdienst einerseits und richteramtsfähigen Seitenbewerbern andererseits keine signifikanten Qualitätsunterschiede festzustellen sind, eine grundsätzliche Präferenz zugunsten der im Lande ausgebildeten und im Notaramt tätigen Bewerber nicht zu beanstanden ist, sondern im Rahmen des eingeräumten weiten Ermessens gebilligt wird.

c)

Haben Seitenbewerber sonach nur in den Fällen Anspruch darauf ausgewählt zu werden, in denen sie im konkreten Einzelfall nach den Gesichtspunkten der Bestenauswahl den Anforderungen des Notarberufs eindeutig besser entsprechen, kann die vom Antragsteller beanstandete Auswahlentscheidung nicht gerügt werden.

Der Antragsgegner hat vorliegend hinreichend deutlich gemacht, dass der Antragsteller nicht ausschließlich deshalb in die Endauswahl nicht einbezogen wurde, weil er nicht Bezirksnotar im Landesdienste ist, er hat vielmehr ausdrücklich ausgeführt, dass auch unter Leistungsgesichtspunkten die beiden weiteren Beteiligten vorzuziehen seien.

Da unter Befähigungs- und Leistungsgesichtspunkten die Auswahlentscheidung den bestehenden Ermessensspielraum bereits dann nicht überschreitet, wenn der Antragsteller nicht als eindeutig besser befähigter Bewerber einzustufen ist, musste der Antragsgegner im angefochtenen Bescheid nicht konkret darlegen, dass, gegebenenfalls aufgrund welcher konkreten Feststellungen, die weiteren Beteiligten als besser befähigte Bewerber einzustufen seien.

Umgekehrt könnte eine bessere Befähigung des Antragstellers nur auf der Grundlage im Einzelfall darzulegender und zu überprüfender notarspezifischer Fertigkeiten und Leistungen festgestellt werden.

Eine überlegene Befähigung des Antragstellers für das angestrebte Amt ist vorliegend nicht ersichtlich. Hierzu vermag der Antragsteller auch konkret nichts darzutun (wird ausgeführt).

Die für Antragsgegner und Senat erlangbaren und überprüfbaren Informationen lassen Zweifel an der fachlichen Eignung des Antragstellers nicht aufkommen. Es sind aber auch keine Umstände erkennbar, die eine bessere Befähigung, insbesondere überlegendes fachliches Wissen oder überlegene berufliche Belastbarkeit des Antragstellers gegenüber den weiteren Beteiligten feststellen ließe.

Notarspezifisches vertieftes Rechtswissen und notarspezifische Erfahrungen sind allen Verfahrensbeteiligten in jahrelanger Notartätigkeit in vergleichbarem Umfang zugeflossen. Der Beteiligte Ziffer 1 weist insoweit zutreffen darauf hin, dass die Beurkundungstätigkeit des württembergischen Bezirksnotars das gesamte Spektrum beurkundungsbedürftiger Vorgänge abdeckt, so dass keine Veranlassung besteht, Unterschiede hinsichtlich der Schwierigkeit der bewältigten Aufgaben oder hinsichtlich der Qualität ihrer Erledigung zu vermuten. Die weiteren Beteiligten sind zudem als Bezirksnotare darin geübt, auch richterliche Funktionen in Nachlass-, Teilungs- und Vormundschaftssachen auszufüllen und behördliche Aufgaben in der Ausübung der Funktion der Grundbuchämter zu bewältigen.

Dass die volljuristische Vorbildung des Antragstellers in der konkreten Konkurrenzsituation und im Hinblick auf die zu besetzenden württembergischen Nur-Notarstellen qualitativ besseres oder fundierteres Grundlagenwissen gewährleisten könnte, ist vor dem Hintergrund der senatsbekannten intensiven und anspruchsvollen rechtswissenschaftlichen Ausbildung der württembergischen Bezirksnotare nicht erkennbar.

d)

Lediglich der Vollständigkeit halber weist der Senat darauf hin, dass der Ablehnungsbescheid vom 20.12.2004 nicht etwa aufgrund der besonders kurzen und bündigen Abfassung seiner Begründung als rechtswidrig angesehen werden kann. Der kurz und prägnant abgefasste Bescheid war gegenüber dem rechtskundigen Antragsteller ausreichend. Dieser wusste bereits aufgrund der inhaltlichen Ausgestaltung der Ausschreibung, dass im württembergischen Rechtsgebiet regelmäßig Nur-Notarstellen mit Notaren im Landesdienst besetzt werden. Ihm mussten auch die zugrundeliegenden Rechtsvorschriften bekannt sein. Nicht erforderlich war es, Zeugnisse oder dienstliche Beurteilungen der weiteren Beteiligten im Ablehnungsbescheid gegenüber dem Antragsteller zu erörtern. Dass die Begründung der Ablehnung Rechtsstaatsgebot und Rechtsschutzgarantie gemäß Art. 19 Abs. 4 GG und Art. 20 GG tangieren könnte, wendet deshalb der Antragsteller auch nicht ein. Der Überprüfung durch den Notarsenat zugrunde zu legen war ohnehin in vollem Umfang die Niederlegung der Auswahlüberlegungen im Vermerk des Antragsgegners vom 3.12.2004, der den Bewerbern im gerichtlichen Verfahren zur Kenntnis gebracht wurde.

Mitgeteilt von der Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

**Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 Satz 1, Art. 70 Abs. 1, Art. 105, 106 GG; § 140 KostO**

**Ist § 140 der Kostenordnung (Gesetz über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit in der Fassung vom 26. Juli 1957, Bundesgesetzblatt I S. 960) mit Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 Satz 1 sowie Art. 70 Abs. 1, 105, 106 des Grundgesetzes vereinbar, soweit er vorschreibt, dass auch die Notare im Dienst des Landes Baden-Württemberg bei notariellen Beurkundungen und Beglaubigungen Kosten nach den Bestimmungen der §§ 141 ff in Verbindung mit § 18 Absatz 1 (Geschäftswert) der Kostenordnung zu erheben haben?**

**AG Breisach, Vorlagebeschl. an das BVerfG v. 30.06.2004 - UR II 8/04**

### **Begründung:**

#### **I. Sachverhalt:**

Das Land Baden-Württemberg hat für die Beurkundung eines Vertrages vom 22.3.2000 aufgrund der Kostennote vom 28.4.2000 einen Betrag in Höhe von DM 4.070,44 wegen der Beurkundung eines Kaufvertrages, beurkundet vor dem Notariat in Breisach unter UR ....., erhoben. Die Kostenerhebung einschließlich Umsatzsteuer beruht auf §§ 36 Abs. 2, 146 Abs. 1,4, 136 Abs. 1,2, 151a KostO. Sie erfolgte gemäß § 18 Absatz 1 KostO nach dem Geschäftswert der Beurkundung, nicht nach dem tatsächlichen Aufwand des Notariats. Gegen diese Kostennote wurde Erinnerung nach § 14 Abs. 2 KostO durch den Kostenschuldner mit der Begründung eingelegt, dass die Kostenerhebung in der nach der KostO vorgegebenen Höhe verfassungswidrig sei.

Der tatsächliche Aufwand des Notariats, berechnet nach der Verwaltungsvorschrift des Finanzministeriums Baden-Württemberg (GABl. vom 18.10.1995, Seite 567) in Verbindung mit der AV des Justizministeriums vom 22.05.2002 – Az: 5656/0227– (vgl. Sandweg, BWNtZ 2003, 33), ergibt einen Betrag von 138 Euro. Auf die beigelegte Aufstellung des Notariats Breisach wird verwiesen. (Anlage 1)

Es ist amtsbekannt, dass dem Fiskus des Landes Baden-Württemberg aus Notargebühren, die über den tatsächlichen Aufwand hinaus erhoben werden, Gewinne zufließen, die im allgemeinen Staatshaushalt Verwendung finden (zuletzt Drucksache des Landtags von Baden-Württemberg vom 20.06.2003 Nr. 13/2177, wo für das Jahr 2002 ein Gewinn von 26,7 Mio. € ausgewiesen ist).

Der Rechnungshof des Landes Baden-Württemberg bezieht in seiner Beratenden Äußerung nach § 88 Abs. 2 LHO vom Mai 2000 die Umsatzrendite für das Jahr 1998 aus dem Landesteil Baden mit 60% der Notargebühren (Drucksache des Landtags von Baden-Württemberg Nr. 12/5154, Übersicht 36).

§ 140 Satz 1 der Kostenordnung bestimmt Folgendes: „Die Kosten der Notare bestimmen sich, soweit bundesrechtlich nichts anderes vorgeschrieben ist, ausschließlich nach diesem Gesetz.“

In § 18 Absatz 1 der Kostenordnung heißt es: „Die Gebühren werden nach dem Wert berechnet, den der Gegenstand des Geschäfts zur Zeit der Fälligkeit hat (Geschäftswert).“

## **II. Rechtsausführungen:**

### **1. Statthaftigkeit der Vorlage**

Die vom Amtsgericht zu treffende Entscheidung über die Kostenerinnerung hängt davon ab, ob das Gebot des § 140 KostO, dass auch staatliche Notare (Notare im Dienst des Landes Baden-Württemberg) die Gebühren für die bei ihnen erfolgte Beurkundung des Kaufvertrages nach den Bestimmungen der §§ 36 Abs. 2, 146 Abs. 1,4, 136 Abs. 1,2, 151a in Verbindung mit § 18 Abs. 1 KostO zu berechnen und zu erheben haben, mit Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 Satz 1 sowie Art. 70 Abs. 1, 105, 106 des Grundgesetzes vereinbar ist. Wenn die Vorschrift des § 140 KostO mit ihrem Anwendungsgebot der Bestimmungen der Kostenordnung, insbesondere des § 18 Abs. 1 KostO, auch für die Notare im Landesdienst des Landes Baden-Württemberg verfassungsgemäß ist, sind die im vorliegenden Erinnerungsverfahren angegriffenen Gebühren richtig erhoben worden und die Erinnerung wäre in diesem Fall als unbegründet zurückzuweisen.

Das vorliegende Amtsgericht ist der Ansicht, dass § 140 der Kostenordnung in der Fassung vom 26. Juli 1957 (Bundesgesetzblatt I S. 960) mit Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1, Art. 14 Abs. 2 Satz 1 sowie Art. 70 Abs. 1, 105, 106 des Grundgesetzes nicht vereinbar ist, soweit es danach für die staatlichen Notare des Landes Baden-Württemberg geboten ist, bei notariellen Beurkundungen und Beglaubigungen Kosten nach den Bestimmungen der Kostenordnung zu erheben. Ist diese Meinung richtig, hat die Kostenerinnerung Erfolg, und es muss der Teil der erhobenen Gebühren, der den Aufwand des Landes übersteigt, dem Erinnerungsführer erstattet werden.

Es kommt auch nicht in Betracht, aus anderen Gründen der Erinnerung gegen den Kostenansatz stattzugeben oder ihr den Erfolg zu versagen. Die Entscheidung über die Erinnerung hängt damit von der Gültigkeit des § 140 KostO ab, soweit er vorschreibt, dass auch die Notare im Dienst des Landes Baden-Württemberg bei notariellen Beurkundungen und Beglaubigungen Kosten nach den Bestimmungen der §§ 141 ff in Verbindung mit § 18 Absatz 1 (Geschäftswert) der Kostenordnung zu erheben haben. Die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht ist daher gemäß Art. 100 Abs. 1 des Grundgesetzes geboten. Der Möglichkeit einer verfassungskonformen Auslegung des § 140 KostO, die eine Vorlage nach Art. 100 GG ausschließen würde (BVerfGE 83, 201, 214 f), steht der eindeutige Wortlaut der Vorschrift entgegen. Das Wort „ausschließlich“, das Ausnahmen nicht zulässt, ist nicht umzudeuten in das Ausnahmen zulassende Wort „grundsätzlich“, wie dies vom OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung vom 20.08.2003 (BWNtZ 2003, 170; mit ablehnender Anmerkung Sandweg a.a.O. 172) unterommen worden ist. Auch aus dem gesetzlichen Gesamtzusammenhang ergibt sich, dass der Gesetzgeber ausnahmslos nicht nur die freiberuflichen Notare, sondern auch die im Dienst des Landes Baden-Württemberg stehenden Notare, denen die Gebühren für ihre Tätigkeit nicht selbst zufließen, den Regelungen der KostO unterwerfen wollte. Die speziellen Bestimmungen der §§ 142, 143, 144, 152 KostO zeigen, dass die staatlichen Notare in den Willen des Gesetzgebers aufgenommen waren. Das Amtsgericht Freiburg hat in einer Entscheidung vom 14.01.2002 (BWNtZ 2002, 89) die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 GG vermieden, indem es davon ausging, dass § 140 Satz 1 KostO für den Bereich des OLG-Bezirks Karlsruhe durch das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 29.09.1999 (Modelo C-56/98) außer Kraft gesetzt sei. Hierbei ging das Amtsgericht

Freiburg von einer in der Literatur vertretenen Mindermeinung des Geltungsvorrangs des europäischen Rechts aus. Nach herrschender Meinung, der auch das OLG Karlsruhe in seiner Entscheidung vom 20.08.2003 (BWNNotZ 2003, 170) folgt, soll jedoch lediglich ein Anwendungsvorrang für das europäische Recht anzunehmen sein (vgl. Neisser/Verschraegen, Die Europäische Union, Wien 2001, S. 288 ff). Das diesen Rechtsstreit entscheidende Amtsgericht sieht aus Gründen der Prozessökonomie davon ab, in diesem Punkt eine Meinung zu vertreten, die von derjenigen des OLG Karlsruhe abweicht. Da der Wortlaut des § 140 KostO nach anerkannten Auslegungsgrundsätzen und nach dem Gesamtzusammenhang der gesetzlichen Regelungen, sowie deren Sinn und Zweck nicht mehrere Deutungen zulassen, ist die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG geboten (BVerfGE 83, 201, 214f).

## 2. Begründung der Vorlage aus einer Verletzung der bundesstaatlichen Finanzverfassung

Durch die Erhebung von Kosten nach §§ 36 Abs. 2, 146 Abs. 1,4, 136 Abs. 1,2, 151a in Verbindung mit § 18 Abs. 1 KostO für die Beurkundung eines Kaufvertrages durch einen Notar im Landesdienst des Landes Baden-Württemberg liegt ein Verstoß gegen Art. 70 Abs. 1, 105, 106 GG vor.

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Urteil vom 19. März 2003 (2 BvL 9/98) allgemeine Grundsätze für die Erhebung staatlicher Gebühren festgestellt, die in einem dem Badischen Notarverein von Prof. Dr. Ernst-Wolfgang Böckenförde erstatteten Gutachten auf ihre Anwendbarkeit im Hinblick auf Gebühren staatlicher Notare untersucht worden sind. Dieses am 08.03.2004 erstattete Gutachten ist auf der Homepage des Badischen Notarvereins unter [www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de) veröffentlicht. Die Ausführungen unter II des Gutachtens unter dem Titel „Auswirkungen der Entscheidung des BVerfG zur Rückmeldegebühr von Studenten auf die Erhebung von Notargebühren durch beamtete Notare des Landes Baden-Württemberg“ überzeugen das Amtsgericht in vollem Umfang.

### a) Allgemeine Grundsätze der Urteils BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98-

In seinem Urteil vom 19. März 2003 hat das Bundesverfassungsgericht die Bemessungsgrundsätze und -grenzen der Gebührenerhebung untersucht und in der dort behandelten Rückmeldegebühr eine nicht-steuerliche Abgabe vom Typus der Gebühr gesehen, wobei der auf Verwaltungsgebühren bezogene Gebührenbegriff zugrunde gelegt wurde, wie er in der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung unter Bezugnahme auf BVerfGE 50,217 kontinuierlich angewendet wird (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 43).

Gebühren sind danach „öffentlichrechtliche Geldleistungen, die aus Anlass individuell zurechenbarer öffentlicher Leistungen dem Gebührenschuldner durch eine öffentlichrechtliche Norm oder sonstige hoheitliche Maßnahme auferlegt werden und dazu bestimmt sind, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten ganz oder teilweise zu decken (BVerfGE 50, 217, 226). Jedenfalls für Gebühren dieser Art gelten die maßstäblichen Ausführungen des Urteils.

Ausdrücklich hebt das Urteil hervor, dass die Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung nicht nur für den Abgabentyp der Sonderabgaben, sondern ebenso auch für die Gebühren als Erscheinungsform nicht-steuerlicher

Abgaben verbindliche Vorgaben begründet. Diese Schutzfunktion wirkt sich auch individualrechtlich für die Bürger aus, indem sie den Zugriff auf ihre keineswegs unerschöpflichen Ressourcen begrenzt. (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 48, 50).

Zu diesen verbindlichen Vorgaben gehört, dass nicht-steuerliche Abgaben kompetenzrechtlich jeweils einer besonderen sachlichen Rechtfertigung gegenüber der Steuer bedürfen und dies nicht nur für den Grund, sondern auch für die Höhe der Abgabe gilt. Die finanzverfassungsrechtlichen Kompetenznormen des Grundgesetzes bestimmen nicht nur, welcher Gesetzgeber zum Erlass einer Regelung zuständig ist, sondern legen zugleich auch den Umfang der Regelungsbefugnis fest und damit auch Grenzen für alle Abgaben, die in Wahrnehmung einer zustehenden Sachkompetenz auferlegt werden (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 47, 50). Das Oberlandesgericht Karlsruhe verkennt daher den Inhalt des Urteils des Bundesverfassungsgerichts, wenn es argumentiert, dass eine Überschreitung der Gesetzgebungskompetenz schon deshalb nicht vorliege, „weil es sich dabei nicht um ein Landes-, sondern ein Bundesgesetz“ handele, das anzuwenden das Land verpflichtet sei (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.08.2003 -14 Wx 75/02, BWNNotZ 2003, 170, 172).

Für Gebühren hat das Bundesverfassungsgericht klar gestellt, dass sie nicht allein dem Grunde nach einer besonderen sachlichen Rechtfertigung bedürfen – was durch ihre Ausgleichsfunktion für eine Gegenleistung gegeben ist –, sondern auch in ihrer konkreten Ausgestaltung, nicht zuletzt in ihrer Höhe. Die erforderliche besondere sachliche Rechtfertigung gegenüber der Steuer wirkt in zweierlei Richtung. Wörtlich heißt es dazu:

„Nicht nur die Erhebung der Gebühr dem Grunde nach bedarf der Rechtfertigung; rechtfertigungsbedürftig ist die Gebühr auch der Höhe nach. Auch ihre Bemessung, insbesondere die Höhe des Gebührensatzes, bedarf kompetenzrechtlich im Verhältnis zur Steuer einer besonderen, unterscheidungskräftigen Legitimation.“ (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 94 sowie Rdn. 53).

Die in dieser Hinsicht bestehende verfassungsrechtliche Bindung der Gebührenbemessung wird im Urteil näher konkretisiert. Die Bemessung der Gebühr muss ihrer Höhe nach durch zulässige Gebührenzwecke, die der Gesetzgeber bei der tatbestandlichen Ausgestaltung erkennbar verfolgt, gerechtfertigt sein.

Als solche Gebührenzwecke, nach denen sich die Höhe der Gebühr bestimmen kann, werden – die bisherige Rechtsprechung zusammenfassend – Kostendeckung, Vorteilsausgleich, Verhaltenslenkung und soziale Zwecke benannt. Für den Vorteilsausgleich bezieht sich das Urteil, damit den Begriff präzisierend, auf die Entscheidung zum Wasserentnahmeentgelt, in der es um die erlaubnisgebundene Eröffnung der Möglichkeit der Wasserentnahme und die teilweise Abschöpfung des dadurch gewährten Vorteils ging (BVerfGE 93, 319, 346 f.). Allerdings kann nicht jeder dieser zulässigen Gebührenzwecke beliebig zur Rechtfertigung der konkreten Bemessung einer Gebühr herangezogen werden. Auch sind legitime Gebührenzwecke nur dann geeignet, einen sachlich rechtfertigenden Grund für die Gebührenbemessung abzugeben, wenn und soweit sie nach der tatbestandlichen Ausgestaltung der konkreten Gebührenregelung von einer erkennbaren gesetzgeberischen Entscheidung für diese Zwecke getragen werden. (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 55-61, 63).



Daraus ergibt sich als Folgerung, dass je nach dem erkennbar verfolgten Gebührenzweck Obergrenzen für die Gebührenbemessung bestehen. Deren Überschreitung nimmt der Gebühr im Verhältnis zur Steuer die sachliche Rechtfertigung und macht sie unzulässig, weil sie insoweit die notwendige Abhängigkeit von einer Gegenleistung verliert, daher voraussetzungslos geschuldet wird und in Konkurrenz zur Steuer tritt. In der abschließenden Begründung der Unzulässigkeit der Rückmeldegebühr nach § 120 a Universitätsgesetz BW tritt das sehr deutlich hervor. Dort heißt es:

„Die Bemessung der Rückmeldegebühr ... ist folglich ganz überwiegend weder hinsichtlich der speziellen Kosten der Bearbeitung der Rückmeldung gerechtfertigt, noch durch weitere vom Gesetzgeber erkennbar verfolgte Gebührenzwecke. Wesentliche Teile der Gebühr werden – funktional wie die Steuer – voraussetzungslos erhoben. Die für die Unterscheidung von der Steuer unerlässliche Abhängigkeit ... von einer Gegenleistung geht infolge ihrer überhöhten Bemessung verloren. Die Rückmeldegebühr ... tritt insoweit als Mittel der staatlichen Einnahmeerzielung in Konkurrenz zur Steuer.“ (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 89).

Demgemäß ist eine Gebühr, die vom Gebührenzweck der Kostendeckung getragen wird, nur bis zur Kostendeckung zulässig, eine Gebühr, die auf Vorteilsausgleich gerichtet ist, nur bis zum Wert des zugewendeten Vorteils; eine Lenkungsgebühr kann von ihrem Zweck her die Kostendeckung überschreiten, muss aber in ihrer Bemessung dem erstrebten Lenkungszweck angemessen sein.

Die gerichtliche Kontrolldichte hinsichtlich der finanzverfassungsrechtlichen Rechtfertigungsanforderungen an die Gebührenbemessung ist nach dem Urteil eingeschränkt. Die gesetzgeberische Gebührenbemessung setze ihrerseits komplexe Kalkulation, Bewertungen, Einschätzungen und Prognosen voraus. Auch die maßgeblichen Bestimmungsgrößen der Gebührenbemessung, wie die speziellen Kosten der öffentlichen Leistungen, der Vorteil der Leistungen für den Gebührenschuldner oder die verhaltenslenkende Wirkung einer finanziellen Belastung ließen sich häufig nicht im voraus exakt ermitteln und quantifizieren. Der Gesetzgeber sei daher zur Erfassung der Vielzahl der Einzelfälle in einem Gesamtbild und zu generalisierenden, typisierenden und pauschalierenden Regelungen berechtigt. Ein grobes Missverhältnis der Gebührenbemessung zu den verfolgten legitimen Gebührenzwecken könne allerdings, so das Urteil, nicht hingenommen werden (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 62).

Die im Urteil aufgezeigten Zulässigkeitsanforderungen dem Grunde und der Höhe nach für nicht-steuerliche Abgaben einschließlich der Gebühren haben kompetenzrechtlichen Charakter, denn sie ergeben sich aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung. Das hat zur Folge, dass die Nichtbeachtung dieser Anforderungen die entsprechenden Gebührenregelungen nicht erst materiell rechtswidrig, sondern bereits kompetenzwidrig macht. Nimmt der Gesetzgeber für Gebührenregelungen, wie es notwendig ist, eine Sachkompetenz in Anspruch, besteht diese im Hinblick auf die Gebührenerhebung nur insoweit, als die Anforderungen aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der Finanzverfassung nicht beeinträchtigt werden. Werden diese Anforderungen missachtet, ist die Regelung kompetenzwidrig und verstößt gegen die Bestimmungen der bundesstaatlichen Finanzverfassung, im Anlassfall Art. 105, 106 GG; sie ist von Anfang an verfassungswidrig (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Urteilstenor und Rdn. 40, 91).

Auf materielle Grundrechtsverletzungen, wie etwa unmittelbare Verstöße gegen Art. 2 Abs. 1 (Verhältnismäßigkeit), Art. 3 Abs. 1 (Belastungsgleichheit) kommt es daher nicht mehr entscheidend an. Die Verfassungswidrigkeit besteht unabhängig davon, ob zugleich auch ein Grundrecht, insbesondere der Gleichheitssatz, verletzt ist. Das Urteil hat deshalb diese Fragen dahinstehen lassen (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 90).

#### *b) Implementierung der Grundsätze des BVerfG auf Gebühren staatlicher Notare*

Die Anwendbarkeit der BVerfG-Entscheidung vom 19.3.03 auf die Erhebung der Notargebühren durch beamtete Notare hängt davon ab, ob diese Gebühren dem Gebührenbegriff, den diese Entscheidung zugrunde legt, unterfallen.

##### *aa) Die Eigenart der Notargebühren*

Notargebühren sind keine Steuern. Steuern im Sinne des Grundgesetzes sind einmalige oder laufende Geldleistungen, die nicht eine Gegenleistung für eine besondere Leistung darstellen und von einem öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen zur Erzielung von Einkünften allen auferlegt werden, bei denen der Tatbestand zutrifft, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (BVerfGE 49, 343, 353; 55, 274, 299; 65, 325, 344; BVerwGE 95, 188, 194; vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 AO; P. Kirchhof in: Handbuch des Staatsrechts, Bd. IV, 1990, § 88 Rdn. 53 ff). Die Gebühren der Notare nach der Kostenordnung stellen demgegenüber eine Gegenleistung für eine besondere notarielle Dienstleistung dar. Sie sind damit keine Steuern, sondern haben Gebührencharakter.

Notargebühren unterscheiden sich generell deutlich von den Gebühren für Rechtsanwälte und andere Berufe. Rechtsanwaltsgebühren nach der BRaGO sind privatrechtliche Entgelte für Dienstleistungen, die Gegenstand privatrechtlicher Verträge sind. Die Gebührenordnung legt Vergütungssätze für die Anwaltstätigkeit fest; diese können bei gerichtlichen Angelegenheiten nicht unterschritten, wohl aber durch schriftliche Vereinbarung überschritten werden (§ 3 Abs. 1 BRaGO), bei außergerichtlichen Angelegenheiten können sie durch die Vereinbarung von Pauschal- oder Zeitvergütungen ersetzt werden (§ 3 Abs. 5 BRaGO).

Demgegenüber sind Notargebühren gesetzlich vorgeschriebene Entgelte für Amtshandlungen auf dem Gebiet vorsorgender Rechtspflege, die der Notar als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) vornimmt und vorzunehmen hat (§§ 14 ff. BNotO). Sie sind nicht verhandelbar, sondern so zu erheben wie gesetzlich vorgeschrieben (§ 17 BNotO, § 140 KostO), entgegenstehende Vereinbarungen sind unwirksam (§ 140 S. 2 KostO). Es sind mithin öffentlich-rechtlich geregelte amtliche Dienstleistungen, für die die Gebühren anfallen und erhoben werden.

Im Gegensatz zu den Steuern, die als Gemeinlast allen Steuerbürgern voraussetzungslos auferlegt werden können (BVerfGE 55, 274, 298; 67, 256, 274 f; 78, 249, 267; Vogel, Handbuch des Staatsrechts IV, § 87 Rn. 54), stellt die Gebühr eine Sonderlast dar, die an besondere Voraussetzungen geknüpft ist und eine tatsächlich individuell erbrachte konkrete Staatsleistung voraussetzt (BVerfGE 7, 244, 256; 4, 342, 346; Wilke, Gebührenrecht, S. 24 ff; Heimlich, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe, Berlin 1996, S. 29). Nicht entscheidend ist, welche Bezeichnung der Gesetzgeber einer Abgabe verleiht, maßgebend ist vielmehr ihr materieller Gehalt (BVerfGE 7, 244, 251 f; 49,

343, 353; 55, 274, 304 f). Allerdings kann eine verschleierte Bezeichnung der Abgabe und insbesondere ihres Zwecks wegen des Gebots offener parlamentarischer Willensbildung zu ihrer Verfassungswidrigkeit führen, wie das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 19.03.2003 mit den Worten festgestellt hat, dass zur „Normenklarheit auch Normenwahrheit“ gehört (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 64):

„Wählt der Gesetzgeber einen im Wortlaut eng begrenzten Gebührentatbestand, kann nicht geltend gemacht werden, er habe auch noch weitere, ungenannte Gebührentzwecke verfolgt“, oder zumindest teilweise eine Steuer erheben wollen. Erhebt der Staat als Gegenleistung für die Verwaltungsleistung eine Abgabe, die den nötigen Bezug zu den Kosten der Verwaltungsleistung oder zu dem durch sie vermittelten Vorteil vermissen lässt, so bleibt die Abgabe gleichwohl Gebühr und wird nicht zur („verkappten“) Steuer (vgl. Kloepfer, AöR 97, 1972, S. 232, 251 f; Wilke, Gebührenrecht, S. 282 ff; VGH Bad.-Württ. ESVG 49, 29,32).

Bei den von den badischen Notaren im Landesdienst erwirtschafteten Gebühren handelt es sich um Geldleistungen des Bürgers an die Staatskasse des Landes Baden-Württemberg, das auch Gläubiger dieser Gebühren ist. Gleichzeitig steht dieser Gebühr eine staatliche Leistung, nämlich die notarielle Dienstleistung durch den beamteten Notar, gegenüber. Wenn für den Begriff der Gebühr als konstituierendes Element eine „konkrete Staatsleistung“ zu fordern ist (Heimlich, a.a.O. S. 34 mit Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung), so ist dieses Kriterium also bei den badischen Notaren erfüllt. Denn ihre Dienstleistungen erbringen sie als Beamte, und es fließen die zu erhebenden Notargebühren allein oder ganz überwiegend der Staatskasse unmittelbar oder in Württemberg über eine Abführungspflicht der Notare zu (§§ 10 Abs. 1, 12 Abs. 1 i. V. m. §§ 13 u. 14 LJKG). Die Merkmale einer Gebühr i. S. der Entscheidung des BVerfG sind damit erfüllt.

Es handelt sich also in diesem Fall um eine öffentlich-rechtliche Geldleistung, die aus Anlass einer individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung, hier der notariellen Beurkundung oder Beglaubigung bestimmter Rechtsvorgänge, den um diese Leistung Nachsuchenden als Gebührenschuldern gesetzlich auferlegt wird und jedenfalls auch dazu bestimmt ist, in Anknüpfung an diese Leistung deren Kosten zu decken. (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 43).

Damit sind die verfassungsrechtlichen Bindungen, denen die Erhebung und Bemessung von Gebühren nach der Entscheidung des BVerfG unterliegt, auch auf die Notargebühren der beamteten Notare anwendbar. Es spielt dabei keine Rolle, welcher Gebührenart die Notargebühren des näheren zuzuordnen sind, ob sie sich eher als Verwaltungsgebühr, als Benutzungsgebühr, Vorteilsabschöpfungsgebühr oder Lenkungsgebühr darstellen. Denn die verfassungsrechtlichen Bindungen, die sich aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung ergeben, sind, wie das Urteil ausweist, unabhängig von der Gebührenart; sie sind auf alle Abgaben anwendbar, die die Merkmale der Gebühr, wie sie in der Entscheidung definiert sind, erfüllen. Die Gebührenart hat nur Auswirkungen auf die zulässige Art der Gebührenbemessung gemäß den verschiedenen Gebührentzwecken.

#### *bb) Mögliche Qualifizierung als Sonderabgabe*

Gegen die Qualifizierung der von beamteten Notaren erhobenen Notargebühren als Gebühren i. S. der Entscheidung

des BVerfG kann nicht mit Erfolg eingewandt werden, sie stellten eine Sonderabgabe dar und unterfielen den dafür geltenden Regelungen.

Die Erhebung einer Abgabe als Sonderabgabe ist wegen ihrer großen Ähnlichkeit zur Steuer (BVerfGE 93, 319, 344) nur unter engen Voraussetzungen möglich. Die Abgabe muss zur Verfolgung eines Sachzwecks erhoben werden, der über die bloße staatliche Mittelbeschaffung hinausgeht; sie setzt eine spezifische Sachnähe zwischen dem Kreis der Abgabepflichtigen und dem mit der Abgabenerhebung verfolgten Zweck voraus, der eine besondere Gruppenverantwortung für die mit der Abgabe zu finanzierende Aufgabe entspringt; das Abgabeaufkommen muss gruppennützig, im Interesse der Gruppe der Abgabepflichtigen, verwendet werden (BVerfGE 67, 256, 276 f; 82, 159, 180 f).

Die Bundesnotarkammer hatte in einem Schreiben an das Bundesjustizministerium vom 12.08.1998 (Aktenzeichen T X 20 § 26, Stellungnahme zum Verfahren vor dem EuGH C-56/98 „Modelo“; vgl. Sandweg, BWNNotZ 2003, 156) darauf hingewiesen, dass sich der EuGH nicht mit dem im deutschen Recht bekannten Begriff der „Sonderabgabe“ auseinander setze. Nach Meinung der Bundesnotarkammer könne nämlich dieser Aspekt bei der Auslegung der Richtlinie 69/335/EWG zur Ablehnung ihrer Anwendung für Notargebühren führen, da eine homogene Gruppe, nämlich „die Gewerbetreibenden“, betroffen sei. Eine auf einem Sondervorteil beruhende Abgabe kann jedoch auch im deutschen Recht nur dann verfassungsrechtlich Bestand haben, wenn sie von einer Gruppe wegen deren speziellen Verantwortlichkeit für eine Finanzierungsaufgabe gefordert wird. Selbst wenn man unterstellen wollte, dass die Gruppe der Gewerbetreibenden für die Einrichtung und Unterhaltung der Notariate eine besondere Verantwortung zu tragen hätte, fehlen, abgesehen davon, dass das Kostengesetz keinen Hinweis auf diesen Gesichtspunkt enthält, was erforderlich wäre (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 90), weitere konstituierende Merkmale einer solchen Abgabe. Das Abgabengesetz müsste nämlich auch Aussagen über die Verwendung des Aufkommens treffen und auch eine „gestaltende Einflussnahme“ auf den in der Kompetenzgrundlage bezeichneten Sachbereich regeln (Vgl. BVerfGE 67, 256, 257; P. Kirchhof in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, Rn. 228). Dies alles findet in der KostO keine Grundlage.

Im Gegenteil besteht die Regierung des Landes Baden-Württemberg auf der Verwendung der aus den Notariaten erzielten Einnahmen im allgemeinen Staatshaushalt ohne spezielle „gestaltende Einflussnahmen“. So teilte das Justizministerium in einem Schreiben vom 16. Juni 1997 (Az.: 3830 – II/260) an den Vorsitzenden des Badischen Notarvereins e. V. folgendes mit (Sandweg, BWNNotZ 2003, 156):

„Ihren Hinweis zur Verwendung der Notariatsgebühren mit Schreiben vom 31. Mai 1997 hat Herr Minister Professor Dr. Goll zur Kenntnis genommen. Ihre schon mehrfach vertretene Auffassung, die Gebühreneinnahmen aus den Notariaten und Grundbuchämtern dürften von Verfassungen wegen nur für Zwecke dieser Behörden verwendet werden, vermögen wir nicht zu teilen. Einen solchen verfassungsrechtlichen Grundsatz gibt es nicht. Es gilt vielmehr – auch im Bereich der Gebühreneinnahmen aus dem Notariat – der Grundsatz der Gesamtdeckung, d.h. alle staatlichen Einnahmen, die in die Staatskasse fließen, dienen nach Maßgabe des Haushaltsplans der Finanzierung aller staatlichen Aufgaben.“ (Unterstreichung befindet sich im Original.)

Keine der Voraussetzungen für die Annahme einer Sonderabgabe ist bei den Notargebühren also erfüllt: Es fehlt an dem besonderen Sachzweck über die Mittelbeschaffung hinaus ebenso wie an einer spezifischen Sachnähe und Gruppenverantwortung der Gebührenschuldner untereinander und eine auf die Gebührenschuldner bezogene gruppennützigen Verwendung der Gebühren. Unabhängig davon gelten die Anforderungen aus der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung für Sonderabgaben genauso wie für Gebühren, ja sie sind gerade im Blick auf die Sonderabgaben zuerst entwickelt worden.

*cc) Auswirkungen der Anwendbarkeit der Entscheidung des BVerfG auf die Bemessung der Notargebühren beamteter Notare*

Sind die Grundsätze der BVerfG-Entscheidung vom 19.03.2003 -2 BvL 9/98- mithin auf die Notargebühren beamteter Notare anwendbar, ist nach der Auswirkung auf die Bemessung dieser Notargebühren zu fragen.

(1) Die Notargebühren, wie sie von den beamteten Notaren in Baden-Württemberg erhoben werden, decken nicht nur die Kosten der Einrichtung der Notariate und der Besoldung der Notare und ihrer Unterstützungskräfte, sondern sie bringen darüber hinaus dem Land einen nicht unbedeutlichen Einnahmeüberschuss.

Der Rechnungshof Baden-Württemberg stellte in seiner beratenden Äußerung nach § 88 Abs. 2 LHO vom Mai 2000 (Landtag Ba-Wü., Drs. 12/5154) für das Jahr 1998 einen Überschuss aus der notariellen Tätigkeit der Amtsnotariate von 176 Mio. DM fest, der sich jeweils zu 88 Mio. DM auf das badische und württembergische Rechtsgebiet verteilt.

Besonders deutlich kommt die Gewinnerzielungsabsicht in politischen Äußerungen zu der im Jahr 2003 geplanten und gescheiterten Notariatsreform zum Ausdruck. Beispielhaft dafür, dass die Landesregierung wegen der Einnahmeüberschüsse eine Privatisierung des Notarwesens in Baden ablehnte, ist aus dem Staatsanzeiger des Landes Baden-Württemberg Nr. 48 vom 08.12.2003 zu zitieren: Die Privatisierung der Notariate wird „derzeit zurückgestellt“, da sonst Einnahmeausfälle von mindestens 30 Millionen Euro pro Jahr drohen.

Der Gewinn des Landesfiskus kann somit nicht als unbeabsichtigte Nebenfolge einer nur auf Kostendeckung abzielenden Gebührenbemessung betrachtet werden. Er übersteigt die Kosten der von den Notaren im Landesdienst erbrachten Leistungen um ca. 100 % (siehe Rechnungshof Baden-Württemberg, a.a.O., S. 1 u. 85). Lediglich als unbeabsichtigte Nebenfolge ist es aber zu tolerieren, wenn Überschüsse entstehen. Sie dürfen in keinem Fall gezielt herbeigeführt werden (F. Kirchhof, Grundriß des Abgabenrechts, Heidelberg 1991, Rn. 181; Kloepfer/Follmann, DÖV 1988, 583; Meyer, Gebühren für die Nutzung von Umweltressourcen, Berlin 1995, S. 165, 212, Heimlich a.a.O. S. 209 f; Arndt, WiVerw 1990, 34; Murswiek, Die Entlastung der Innenstädte vom Individualverkehr, Bd. 1, Baden-Baden 1993, S. 55).

Eine solche Gebührenbemessung entbehrt im Hinblick auf alle zulässigen Gebührenzwecke der erforderlichen sachlichen Rechtfertigung. Für den Gebührenzweck der Kostendeckung ist das evident. Wird auf einen Vorteilsausgleich abgestellt, so liegt kein über die – vorgeschriebene – Beurkundungsleistung hinausgehender besonderer Vorteil vor, wie etwa bei der Erlaubnis von Wasserentnahmen, der ganz oder teilweise abgeschöpft werden könnte.

Denn unter Vorteilsausgleich versteht das Bundesverfassungsgericht die Abschöpfung von Vorteilen, die im Rahmen einer öffentlich-rechtlichen Nutzungsregelung dem Gebührenschuldner gewährt wurden. Auf diese Weise soll ein Sondervorteil abgeschöpft werden, der für den Einzelnen durch die Teilhabe an einem Gut der Allgemeinheit entstanden ist, den andere nicht oder nicht im gleichen Umfang nutzen dürfen (BVerfGE 93, 319 „Wasserentnahme“). Das Wasserentnahmeentgelt wird so sachlich legitimiert. Die Nutzung der Einrichtungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit steht demgegenüber jedermann offen und auch im Nachhinein vermittelt deren Inanspruchnahme kein Dauerrechtsverhältnis (vgl. hierzu BVerfG vom 19.03.2003 -2 BvL 9/98- 78 ff „Student an einer Hochschule“), das dem Klienten des Notars Sondervorteile vermitteln könnte, die der Berechtigung zur Nutzung der Universitätseinrichtungen oder des Grundwassers zur gewerblichen Entnahme vergleichbar wären.

Wenn in der Literatur im Zusammenhang der Gebühren Diskussion der Vorteilsbegriff nicht einheitlich gebraucht wird, so hat dies auf das Ergebnis für die hier untersuchten staatlichen Notargebühren keinen Einfluss. Zuweilen wird schon der Aufwand für die behördliche Leistung selbst als Vorteilszuwendung aufgefasst, die eine Kostenverantwortlichkeit des Zuwendungsempfängers begründet (vgl. Paul Kirchhof, Staatliche Einnahmen, HDStR IV, § 88 Rdn. 196, 198). Dann können Verwaltungsgebühren als Vorteilsausgleich angesehen und danach bemessen werden. Vergleichbares gilt bei der Benutzung einer öffentlichen Einrichtung, wie etwa eines Kindergartens. In diesen Fällen handelt es sich um einen Ausgleich von Aufwendungen der staatlichen Einrichtung, die im vorliegenden Fall jedoch weit überschritten und unabhängig von der staatlichen Leistung bemessen werden, so dass auch unter diesem Aspekt eine abweichende Beurteilung nicht indiziert ist. Davon zu unterscheiden sind Vorteile, die durch die Eröffnung besonderer Nutzungsmöglichkeiten entstehen, die bestimmte Personen im Unterschied zu anderen besonders begünstigen, wie bei Erteilung gewerblicher Konzessionen oder der Erlaubnis von Wasserentnahmen. Hier bedeutet Vorteilsabschöpfung den vollen oder teilweisen Ausgleich des wirtschaftlichen Vorteils, den der Begünstigte erhalten hat, was – wie oben dargelegt – ebenfalls ausscheidet.

Lenkungs Zwecke, um die Rechtsuchenden zu motivieren, von beurkundungspflichtigen Rechtsgeschäften abzusehen, kommen nicht in Betracht.

Hinzu kommt, dass nach der tatbestandlichen Ausgestaltung der Kostenordnung erkennbar nur der Gebührenzweck der Kostendeckung von einer gesetzgeberischen Entscheidung getragen ist und somit andere Gebührenzwecke ohnehin die Gebührenbemessung nach der Kostenordnung nicht rechtfertigen können (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 63).

Es bleibt daher dabei, dass die Notargebühren bei beamteten Notaren in erheblichem Umfang ohne Bezug auf eine Gegenleistung und damit voraussetzungslos erhoben werden, der Einnahmebeschaffung des Landes dienen und so in Konkurrenz zur Steuer treten. Die Gebührenbemessung ist insoweit mit der Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung unvereinbar und verfassungswidrig.

(2) Hiergegen kann nicht erfolgreich eingewendet werden, dass die Bemessung der Notargebühren auf Bundesrecht, nämlich den Regelungen der Kostenordnung beruhe, das Land daher die Einnahmeüberschüsse, die bei ihm anfallen,

nicht selbst veranlasst habe und deshalb dafür auch nicht verantwortlich sei. Ein solches Auseinanderfallen von Gebührengesetzgeber und Gebührenbegünstigtem ist unbeachtlich. Die Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung trifft Bund und Länder gleichermaßen und gesamthaft, denn „die Regelung des X. Abschnitts des Grundgesetzes muss aus zwingenden bundesstaatsrechtlichen Gründen als eine für Bund und Länder abschließende Regelung verstanden werden.“ (siehe dazu BVerfGE 67, 256, 285 f).

Die Begrenzungs- und Schutzfunktion gilt in ihrer kompetenzbegrenzenden Wirkung unabhängig davon, ob die unzulässige Konkurrenz zur Steuer durch voraussetzungslose Erhebung der Gebühr bei dem Hoheitsträger auftritt, der selbst Gebührengesetzgeber ist, oder bei einem anderen Hoheitsträger. Dies ergibt sich auch aus der von der Rechtsprechung mehrfach hervorgehobenen individualrechtlichen Schutzwirkung der bundesstaatlichen Finanzverfassung (siehe BVerfGE 55, 274, 302; 67, 256, 278; 82, 159, 180 f).

Auch wenn eine Gebührenregelung, wie die der Kostenordnung, nicht für ihren gesamten Geltungsbereich, sondern nur in einem bestimmten Land wegen der dort bestehenden besonderen Einrichtungen den Charakter einer funktionellen Steuer annimmt, hindert das nicht, dass sie insoweit, d.h. für diesen Bereich, wegen Verstoßes gegen die bundesstaatliche Finanzverfassung unzulässig ist.

Ein weiterer Einwand kann lauten, durch die partielle Unanwendbarkeit der Kostenordnung auf die Tätigkeit beamteter Notare aufgrund der Richtlinie 69/335/EWG (vgl. EuGH Beschluss vom 21.03.2002 -C 264/00- „Gründerzentrum Müllheim“; ZIP 2002, 663; BWNNotZ 2002, 86) werde eine Ungleichbehandlung gleicher Rechtsvorgänge herbeigeführt, was dem Gleichheitssatz widerspreche (so OLG Karlsruhe Beschluss vom 20.08.2003 -14 Wx 75/02-; BWNNotZ 2003, 170). Eine solche Ungleichbehandlung findet tatsächlich statt, denn überall wo keine beamteten, sondern freiberufliche Notare tätig sind, fallen weiterhin die erheblich höheren Gebühren der Kostenordnung an (OLG Hamm, Beschluss vom 07.05.2002 -15 W 282/01- Internet: [www.maklerrecht-advocat24.de](http://www.maklerrecht-advocat24.de)).

Wenn es an einem rechtfertigenden Grund für diese Ungleichbehandlung, wie er bei den gesellschaftsrechtlichen Rechtsvorgängen i. S. der europäischen Richtlinie 69/335/EWG durch die Zwecksetzung eben dieser Richtlinie gegeben ist, fehlt, so wird dadurch die verfassungsrechtliche Unvereinbarkeit der Anwendung der Kostenordnung auf die Notargebühren der beamteten Notare nicht, etwa im Sinne einer Gegenwirkung, aufgehoben. Wie bereits dargelegt, ist eine Gebührenregelung, soweit sie gegen die Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung verstößt, nicht erst materiell rechtswidrig, sondern bereits kompetenzwidrig; es fehlt schon die Befugnis, eine solche Regelung zu treffen.

Umgekehrt bringt eine ungleiche Gebührenbelastung, die durch den Wegfall einer solchen Regelung hervorgerufen wird, die Regelungsbefugnis nicht wieder hervor. Dies wäre ein Widerspruch in sich. Entsteht aus der ungleichen Gebührenbelastung eine Gleichheitsverletzung i. S. von Art. 3 Abs. 1 GG, so ist diese an anderer Stelle zu beseitigen als durch ein seinerseits verfassungswidriges Wiederaufleben einer unzulässigen Gebührenbemessung. Bei Gleichheitsverletzungen sind stets mehrere Wege möglich, um diese Verletzung auszuräumen. Daher kann dem

OLG Karlsruhe nicht gefolgt werden, wenn es davon ausgeht, dass die den Aufwand übersteigenden Gebühreneinnahmen des Landes aus der Beurkundungstätigkeit seiner Amtsnotare deshalb hinzunehmen seien, weil sie nur der Reflex des grundgesetzlich gebilligten Nebeneinanders freiberuflicher und staatlicher Notariate und der von Art. 3 Abs. 1 GG geforderten einheitlichen Gebührenbemessung seien, die die betriebswirtschaftlichen Belange der Anwalts- und Nur-Notare berücksichtigen müsse (OLG Karlsruhe Beschluss vom 20.08.2003 -14 Wx 75/02-; BWNNotZ 2003, 170, 172).

(3) Auch unter dem Gesichtspunkt des „Vorteilsausgleichs“ ist die Höhe der Notargebühren bei Notaren im Dienst des Landes Baden-Württemberg nicht zu rechtfertigen.

Bei einem Vorteilsausgleich bzw. einer Vorteilsabschöpfung muss zunächst geklärt werden, worin der Vorteil, um dessen Ausgleich oder Abschöpfung es geht, besteht. Der Vorteilsbegriff ist mehrdeutig und wird in verschiedenen Zusammenhängen unterschiedlich gebraucht. Bei Beurkundungs- und vergleichbaren Leistungen der Notare liegt der „Vorteil“ darin, dass die betreffenden Rechtsvorgänge dadurch eine Verlässlichkeit, vielfach auch erst ihre rechtliche Gültigkeit erhalten. Man kann diesen Vorteil, wenn man will, in Parallele zu dem Vorteil setzen, der durch eine staatliche Einrichtung, etwa einen Kindergarten, dem Benutzer dieser Einrichtung zugewendet wird: Es wird die Einrichtung und Funktion des Notars benutzt, um für bestimmte Rechtsvorgänge den „Vorteil“ der Verlässlichkeit oder Rechtswirksamkeit zu erlangen. Im einen wie im anderen Fall liegt der Vorteil allein in der Nutzung einer staatlichen Einrichtung, er geht nicht darüber hinaus. Es werden dadurch nicht etwa weitere Nutzungs- oder Erwerbsmöglichkeiten, wie bei gewerblichen Konzessionen oder den Wasserentnahmeerlaubnissen, eröffnet, die wirtschaftlich ausnutzbare Vorteile begründen, die nicht allgemein zugänglich sind.

Ein Ausgleich der zugewandten Vorteile kann sich so nur auf die staatlicherseits dafür gemachten Aufwendungen beziehen, darüber hinaus gibt es nichts „abzuschöpfen“. Insbesondere lässt sich nicht die nach der Kostenordnung gemäß dem Geschäftswert bemessene Gebühr (§§ 32, 36 Abs. 2 KostO) ihrerseits als zugewandter Vorteil qualifizieren, der abschöpfbar ist (so LG Freiburg v. 30.10.03 – Az. 4T221/03, II, 1 b Umdr. S. 4). Letztlich sind die Gebühren für notarielle Dienstleistungen mit einer „Ressourcennutzungsgebühr“ (Murswiek, NuR 1994, 170 ff), wie sie der „Wasserpfeffig“ darstellt, nicht vergleichbar.

Hier wird das gebührenmäßige Ergebnis, das sich vom erlangten und auszugleichenden Vorteil her bestimmen soll, für den Vorteil selbst und damit als Grund des Ergebnisses genommen – eine typische *petitio principii*. Nicht die Gebühr bestimmt den Wert des Vorteils, sondern der Wert des Vorteils die Gebühr. Der Vorteil liegt aber nicht im Geschäftswert des beurkundeten Rechtsvorgangs, sondern in der durch die Beurkundung erlangten Verlässlichkeit oder Rechtsgültigkeit.

Auch soziale Zwecke können eine generelle Überhöhung der Gebühren nicht rechtfertigen, denn Abstufungen der Gebührenbelastung nach Leistungsfähigkeit sind nur „unterhalb einer kostenorientierten Obergrenze des Gebührensatzes“ zulässig (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98-Rdn. 61).

Als zulässiger Gebührenzweck für die Bemessung der Gebühren staatlicher Notare kommt mithin allein die Kostendeckung in Betracht.

Das Kostendeckungsprinzip zielt darauf ab, dass sich die Höhe der Gebühr nach dem Aufwand für die erbrachte Leistung richtet. Der Geschäftswert, der durch § 18 KostO zum Maßstab gemacht wird, steht jedoch in keinem Zusammenhang zu dem tatsächlich entstehenden Aufwand, der durch die notarielle Dienstleistung verursacht wird, und die in Baden-Württemberg im staatlichen Notariat erzielte erhebliche Kostenüberdeckung, kann als ein Indiz dafür gewertet werden, dass dort die Gebühren eine bloße Kostendeckung in Wahrheit nicht bezwecken (vgl. VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 29, 34 m. w. Nachw.).

Die Entscheidung des BVerfG zur Rückmeldegebühr von Studenten führt in ihren Auswirkungen, wie dargelegt, dazu, dass die Erhebung von Notargebühren durch beamtete Notare gemäß der Kostenordnung mit der Verfassung unvereinbar ist; sie verschafft dem Land in erheblichem Umfang finanzielle Einnahmen über die Kostendeckung hinaus und verstößt damit kompetenzrechtlich gegen die Begrenzungs- und Schutzfunktion der bundesstaatlichen Finanzverfassung.

Das Amtsgericht ist demgemäß der Überzeugung, dass die Regelung in § 140 KostO insoweit wegen Verletzung der Bestimmungen der bundesstaatlichen Finanzverfassung (Art. 70 Abs. 1, 105, 106 GG) kompetenzwidrig und daher von Anfang an verfassungswidrig ist, als sie es den staatlichen Notaren gebietet, Gebühren für ihre Tätigkeit nach den Bestimmungen der Kostenordnung zu erheben.

### 3. Begründung der Vorlage aus einer Verletzung der Grundrechte

Das Gebot aus § 140 KostO für die Notare im Dienst des Landes Baden-Württemberg verletzt auch die Grundrechte des Erinnerungsführers aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG.

#### a) Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG

Art. 2 Abs. 1 GG schützt mit der allgemeinen Handlungsfreiheit auch den Anspruch, durch die Staatsgewalt nicht mit einem finanziellen Nachteil belastet zu werden, der nicht formell und materiell mit den Normen der Verfassung in Einklang steht (BVerfGE 80, 137, 152f; 97, 332, 340f, ständ. Rspr.).

Wie oben dargelegt, ist die Regelung der Notargebühren innerhalb des staatlich organisierten Notariats des Landes Baden-Württemberg nicht Bestandteil der verfassungsmäßigen Ordnung. Das ergibt sich in formellrechtlicher Hinsicht schon daraus, dass der Bundesgesetzgeber die Grenzen seiner Kompetenz zur Regelung der Gebühren staatlicher Notare überschritten hat. Hinzu kommt in materiellrechtlicher Hinsicht, dass die Bemessung der Notargebühren bei Notaren im Landesdienst den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in der Ausprägung verletzt, die er für das Gebührenrecht im Äquivalenzprinzip gefunden hat (vgl. BVerfGE 20, 257, 269 f; 83, 363, 392).

Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gebietet in seiner gebührenrechtlichen Ausgestaltung als Äquivalenzprinzip, dass eine Gebührenregelung, gemessen an ihrer jeweiligen Zwecksetzung, geeignet, erforderlich und im engeren Sinne verhältnismäßig sein muss; in der letzteren Hinsicht darf der mit der Gebührenregelung verfolgte Zweck nicht außer Verhältnis zu der dem Bürger auferlegten Gebühr stehen (BVerfGE 80, 103, 107; vgl. zum Europarecht BVerfGE 87, 154, 166f). In die Verhältnismäßigkeitsprüfung sind zwar alle mit der Gebührenregelung verfolgten Zwecke als Abwägungsfaktoren einzubeziehen, ausscheiden müssen

jedoch verfassungsrechtlich unzulässige Zwecke (BVerfGE 50, 217, 227; 85, 337, 346).

Gegen diese Grundsätze verstößt die Regelung der Kostenordnung für die staatlichen Notare bereits deshalb, weil sie keinen verfassungsrechtlich zulässigen Zweck verfolgt. Wie oben dargelegt, dienen die Gebühreneinnahmen im staatlichen Notariat nicht der Deckung des durch die notarielle Dienstleistung verursachten Verwaltungsaufwands und auch nicht als „lenkende Gebühr“ zulässigen anderen sachlichen Zwecken, sondern ausschließlich der Einnahmeerzielung zu Gunsten des Landesfiskus.

Das Äquivalenzprinzip besagt weiter, dass die Gebühren nach ihrer Höhe nicht in einem Missverhältnis zu dem Wert stehen dürfen, den die von der öffentlichen Gewalt im Einzelfall gebotene Leistung für den Gebührenpflichtigen hat (BVerfGE 20, 257, 270; 83, 363, 392; 85, 337, 347; BVerfGE 26, 305, 308, 309f; 80, 36, 39). Hierbei kommt es auf den Nutzen für den Rechtsuchenden im Einzelfall an.

Auch insofern verstößt die Kostenordnung bei staatlichen Notaren gegen die Verfassung. Zweck der notariellen Dienstleistungen ist die Gewährung von rechtlicher Beratung und Erstellung einer der Rechtssicherheit dienenden Urkunde. Hierdurch wird der Rechtsuchende in seinen Interessen begünstigt, jedoch ist das hierfür gewährte Äquivalent im Staatsnotariat unangemessen hoch. Für den Kosten-Nutzen-Vergleich müssen diejenigen Vorteile außer Betracht bleiben, die dem Rechtsuchenden nicht von dem die Dienstleistung erbringenden Land Baden-Württemberg, sondern von Dritten zugewendet werden, selbst wenn diese Zuwendungen mit Blick auf die durch die notarielle Beurkundung erreichten Rechtsstatus erfolgen sollten (vgl. BVerfGE 93, 319, 344; VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 43).

Diese grundsätzliche Frage kann hier jedoch letztlich offen bleiben, da weder im Gesetzgebungsverfahren bei Erstellung der Kostenordnung noch im Gesetz selbst zum Ausdruck kommt, dass ein solcher Gebührenzweck verfolgt wird (vgl. hierzu BVerfG vom 19.03.2003 -2 BvL 9/98-Rdn. 87). Auch der Vorteil, generell das staatliche Notariat als eine Einrichtung der durch den Staat gewährten freiwilligen Gerichtsbarkeit nutzen zu dürfen, scheidet als Gebühren- bemessungsfaktor aus, da die Gebühren der Kostenordnung nicht als Benutzungsgebühren ausgestaltet sind.

Damit bleibt als möglicher Nutzen des Rechtsuchenden allein dasjenige, was die spezielle notarielle Dienstleistung ausmacht, nämlich Verlässlichkeit und rechtliche Gültigkeit von Rechtsvorgängen. Es werden nicht weitere Nutzungs- oder Erwerbsmöglichkeiten, wie bei der Wasserentnahmeerlaubnis, eröffnet, die nicht bereits allgemein zugänglich sind. Somit kann nur die Kostendeckung Gebührenzweck und Maßstab für ihre Bemessung sein. Die erhebliche Überschreitung dieses Maßstabs verletzt somit das durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Äquivalenzprinzip.

Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dass die gleiche Gebührenlast denjenigen trifft, der die Dienste eines freiberuflichen Notars in Anspruch nimmt, denn die Dienstleistungen der freiberuflichen Notare und damit deren finanziellen Aufwendungen für die Ausstattung und Organisation ihrer Büros sind wesentlich umfangreicher als dies bei den in Baden-Württemberg tätigen staatlichen Notaren der Fall ist. Wegen deren spärlicher personellen und sächlichen Ausstattung können von den Notaren im Dienst des Landes Baden-Württemberg viele Dienst-

leistungen nicht erbracht werden, die im freiberuflich organisierten Notariat dem Standard entsprechen (vgl. Sandweg, BWNNotZ 1997, 3ff; Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, München 2003, S. 55) und somit als Leistungsäquivalent für die Gebührenbemessung nicht zur Verfügung stehen (Sandweg, BWNNotZ 2003, 153, 157).

#### b) Verletzung des Art. 3 Abs. 1 GG

Die Erhebung von Gebühren nach der Kostenordnung durch staatliche Notare verletzt auch den Grundsatz der Belastungsgleichheit der Abgabepflichtigen und den Grundsatz der verhältnismäßigen Gleichheit unter den Gebührenschuldern. Sie ist auch insofern mit dem allgemeinen Gleichheitssatz aus Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar.

#### aa) Ungleichheit im Verhältnis zu allen abgabepflichtigen Bürgern

Dem Kostendeckungsprinzip kommt nach überwiegender Meinung grundsätzlich als solchem kein Verfassungsrang zu (BVerwGE 12, 162, 167f; Buchholz 40I.84 Benutzungsgebühren Nr. 25, S 5; offen gelassen von BVerfGE 20, 257, 270; 34, 52, 61; VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 40). Unabhängig hiervon folgt jedoch aus dem allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG der Grundsatz der Belastungsgleichheit aller Abgabepflichtigen (BVerfG vom 19.03.03 -2 BvL 9/98- Rdn. 51; vgl. Weyreuther, UPR 1997, 261). Auszugehen ist davon, dass die Abgabepflichtigen bereits über die Steuer zu den öffentlichen Lasten herangezogen werden. Daher bedarf die zusätzliche Heranziehung zu besonderen Abgaben – über die Steuer hinaus – der besonderen sachlichen Rechtfertigung. Diese ist mithin nicht nur unter kompetenzrechtlichen Gesichtspunkten gefordert (vgl. oben D II 2.), sondern fließt auch aus den materiellen Grundrechten des Abgabepflichtigen (VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 40).

In diesem Zusammenhang verlangt die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, dass Gebühren nicht völlig unabhängig von den Kosten der gebührenpflichtigen Staatsleistung festgesetzt werden dürfen und dass die Verknüpfung zwischen den Kosten der Staatsleistung und den dafür auferlegten Gebühren sich als sachgerecht erweisen muss (BVerfGE 50, 217, 227; 85, 337, 346; VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 40). Der Gebührenmaßstab ist demgemäß willkürlich, wenn er sich allzu weit von der Kostenbezogenheit der Gebühr entfernt (BVerfGE 50, 217, 228; VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 40).

Die Gebühren der staatlich angestellten Notare des Landes Baden-Württemberg, die nach der Kostenordnung erhoben werden, verstoßen unter diesem Gesichtspunkt gegen Art. 3 Abs. 1 GG. Es wurde (oben D I) dargelegt, dass der Verwaltungsaufwand, den das Land Baden-Württemberg für die Notariate im OLG-Bezirk Karlsruhe (badisches Rechtsgebiet) erbringt, generell nur 40% des Gebührenaufkommens verbraucht. In Einzelfällen kann die Notargebühr wegen ihrer Orientierung am Geschäftswert den tatsächlichen Aufwand um ein noch wesentlich höheres Vielfaches übersteigen. Damit ist ein Bezug zu den tatsächlichen Kosten generell und im Einzelfall nicht mehr gegeben. Der Rechtsuchende erbringt also in Baden-Württemberg bei der Inanspruchnahme notarieller Dienstleistungen der staatlichen Notare eine über seine allgemeine Steuerlast hinausgehende Abgabe. Für die damit verbundene Ungleichbehandlung findet sich kein sachlicher Grund. Der alleinige Zweck der Einnahmeerzielung durch das Land stellt einen solchen sachlichen Grund nicht dar (vgl. VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 40).

#### bb) Verhältnismäßige Ungleichheit unter den Schuldnern von Notargebühren

Aus dem Gleichheitsgrundsatz folgt auch, dass bei gleichartig beschaffenen Leistungen, die rechnerisch und finanziell in Leistungseinheiten erfasst werden können, die Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze so zu wählen und zu staffeln sind, dass sie unterschiedlichen Ausmaßen in der erbrachten Leistung Rechnung tragen, damit die verhältnismäßige Gleichheit unter den Gebührenschuldnern gewahrt bleibt (BVerfGE 50, 217, 227; vgl. BVerwGE 80, 36, 41f; VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 41). Insoweit gebietet der allgemeine Gleichheitssatz unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit, die Gebührenpflichtigen gleich oder wenn sachliche Gründe vorliegen, unterschiedlich stark zu belasten (vgl. BVerwGE 95, 188, 203; Bad.-Württ. ESVGH 49, 41; BVerfG – Vorprüfungsausschuss – NJW 1984, 1871; Korintenberg/Lappe, KostO § 79 Rdn. 1a; Blumenwitz, NJW 1989, 621; E. Klein/Schmahl, Anm. zu EuGH, WuB II N. 1999, 248; Mathias, JurBüro 1998, 566; Lappe, NJW 2000, 1148). Dabei darf der Gesetzgeber aus Gründen der Praktikabilität und Wirtschaftlichkeit – und damit aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung – typisieren und vergrößern (vgl. BVerfGE 50, 217, 227; VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 41 m. w. Nachw.).

Der Europäische Gerichtshof hat mit Urteil vom 29.09.1999 (Modelo I, C-56/98) zur Auslegung der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 in der durch die Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 geänderten Fassung entschieden, dass Gebührensysteme für die Beurkundungen staatlicher Notare in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten an den dafür tatsächlich getätigten Aufwendungen zu orientieren seien. Anderenfalls würden sie verdeckte indirekte Steuern auf Kapitalansammlungen darstellen und damit gegen Gemeinschaftsrecht verstoßen. Das Modelo-Urteil ist in der Folge durch den Beschluss des EuGH vom 21.03.2002 („Gründerzentrum Müllheim“ C-264/00, ZIP 2002, S. 663ff) auch für das Notariat im badischen Rechtsbereich bestätigt worden.

Damit ist für das notarielle Gebührenrecht festgestellt, dass eine Abgabe, die durch die im Rahmen eines gesellschaftsrechtlichen Vorgangs zwingend vorgeschriebene Inanspruchnahme einer notariellen Dienstleistung veranlasst ist, dann keinen Gebührencharakter hat und als verdeckte Steuer gegen die Richtlinie 69/335/EWG verstößt, wenn ihre Höhe die tatsächlichen Aufwendungen übersteigt und hierdurch dem Staat eine Einnahme zufließt, die ganz oder teilweise im allgemeinen Staatshaushalt Verwendung findet (Urteil C-56/98 vom 29.09.1999 „Modelo“).

Es ist also davon auszugehen, dass innerhalb des staatlich organisierten Notariats für Vorgänge, die unter die Richtlinie fallen, nur aufwandsbezogene Gebühren nach europäischem Recht zulässig sind. Die wirtschaftlichen oder rechtlichen Vorteile, die der rechtsuchenden Gesellschaft erwachsen sind ohne Belang (Urteil C-206/99 vom 21.06.2001 „Sonae“ Rdnr. 39), und für die Höhe des zu entschädigenden Aufwands ist der Staat darlegungspflichtig (GA Jacobs, Schlussanträge, „Fantask“ C-188/95, Slg. 1997, I-6783, Rdnr. 48).

Damit ist die gesetzliche Regelung aus § 140 KostO durch das vorrangige europäische Recht überlagert und faktisch außer Kraft gesetzt, denn eine einheitliche Kostenerhebung für notarielle Dienstleistungen ist innerhalb der Bundesrepublik Deutschland nicht mehr möglich.

Somit sind durch die Richtlinie 69/335/EWG hinsichtlich der Notargebühren in zweierlei Hinsicht Ungleichheiten

geschaffen worden: Einmal gegenüber den Gebühren freiberuflicher Notare, zum anderen innerhalb des Gebührensystems der Amtsnotare gegenüber den Geschäften, die nicht der Richtlinie 69/335/EWG unterliegen.

*(1) Verhältnismäßige Ungleichheit gegenüber Gebühren freiberuflicher Notare*

Das Bundesverfassungsgericht befasst sich mit dem Fragenkomplex der Wertgebühr bei freiberuflich tätigen Berufsträgern am Rande der Entscheidung über die Orientierung der Gerichtsgebühren am Streitwert, indem es zu den Anwaltsgebühren ausführt: „Bei den Rechtsanwaltsgebühren haben das Äquivalenz- und das Kostendeckungsprinzip weitgehend zurückzutreten, weil der Rechtsanwalt aus seinem Gebührenaufkommen nicht nur seinen Kostenaufwand, sondern darüber hinaus seinen Lebensunterhalt bestreiten muß.“ (BVerfGE 80, 103, 109).

Das Bundesverfassungsgericht unterscheidet also zwischen dem Kostenaufwand des Anwalts und seinem Lebensunterhalt, der nicht unmittelbar zum Kostenaufwand gerechnet wird. Hieraus lässt sich ableiten, dass aus der Anwaltstätigkeit über den reinen Kostenaufwand hinaus Gewinne erzielt werden dürfen, die mit der Verfassung auch als staatlich festgelegte Gebühr im Einklang stehen.

Dieses Ergebnis ist zu rechtfertigen, da die Gefahr einer Unterversorgung der freiberuflich geführten Büros mit personellen und sächlichen Mitteln, wie sie im staatlichen Notariat beklagt wird, nicht gegeben ist. Bei einer freiberuflichen Amtsausübung sorgt bereits die Konkurrenzsituation unter den Berufsangehörigen für eine umfangreiche und wirtschaftlich sinnvolle Investitionstätigkeit. Daher hat der Umstand, dass die Gebühren der freiberuflichen Notare keinem „öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen“ (BVerfGE 57, 139, 166) wie Steuern zufließen nicht nur eine starke Indizfunktion für ein wesentliches Unterscheidungskriterium zu den Verhältnissen im staatlichen Notariat, sondern gerade der Sozialaspekt führt notwendigerweise zu unterschiedlichen Beurteilungen (Sandweg, BWNNotZ 2003, 157). Würde nämlich für das freiberufliche Notariat die Forderung aufgestellt, dass sich Gebühren ausschließlich am Aufwand für das einzelne Geschäft auszurichten hätten, wäre dort eine sozialverträgliche Gebührenstruktur nicht mehr möglich.

Beim derzeitigen System werden nämlich Verluste bei niedrigen Werten durch Gewinne bei hohen Werten ausgeglichen. Ein Verlustausgleich aus allgemeinen Steuermitteln zur Erfüllung des Justizgewährungsanspruchs ist im freiberuflichen Notariat nicht möglich. Die Kostenstruktur beim freiberuflichen Notariat erzwingt daher eine insgesamt betriebswirtschaftlich funktionierende Einkommensstruktur. Gleichzeitig ist auch der freiberufliche Notar an die Erfüllung der Ansprüche aus dem Justizgewährungsanspruch gebunden, was sich aus seiner Stellung als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) und insbesondere aus seiner Pflicht zur Amtsausübung nach § 15 BNotO ergibt. Daher kann dem Sozialstaatsprinzip und dem Justizgewährungsanspruch im freiberuflichen Notariat nur dann Rechnung getragen werden, wenn ein Ausgleich für unrentable Amtsgeschäfte dadurch stattfindet, dass bei hohen Werten Gewinnüberschüsse erzielt werden. Nur die so zustande kommende Mischkalkulation ermöglicht außerhalb der staatlichen Struktur die Einhaltung der Verfassungsgebote von sozialer Gerechtigkeit und Justizgewährung.

Die dargestellten Unterschiede rechtfertigen eine abweichende Beurteilung zwischen dem Verbot der Ge-

winnerzielung und damit geringerer Gebührenhöhen im staatlichen Notariat und dem Festhalten an den Gebührenstrukturen in der Kostenordnung. Denn was in Anwendung des Gleichheitssatzes sachlich vertretbar oder sachfremd ist, lässt sich nicht abstrakt und allgemein feststellen, sondern stets nur in Bezug auf die Eigenart des konkreten Sachbereichs (BVerfGE 93, 319).

Bei der Betrachtung der unterschiedlichen Behandlung der beiden Bereiche ist es belanglos, ob eine Gleichheitswidrigkeit in einer Belastung oder einer Begünstigung besteht (BVerfGE 17, 210, 216 f; 79, 1, 17), entscheidend ist, ob sie auf Gründen beruht, die sich aus der verschiedenen Struktur der beiden Notariatsformen ergibt und daher eine differenzierende Regelung erfordert. Dies ist dargelegt und ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot damit im Verhältnis zur Gebührenstruktur der freiberuflich tätigen Notare ausgeschlossen (vgl. BVerfGE 42, 374, 388; 75, 108, 157; 80, 103, 107 f; 93, 319; 97, 332, 346; Sandweg, BWNNotZ 2003, 153ff).

*(2) Verhältnismäßige Ungleichheit innerhalb des Gebührensystems der staatlichen Notare*

Innerhalb des Landesteils Baden, in dem nur Notare im Dienst des Landes Baden-Württemberg amtieren, die alle den gleichen Restriktionen hinsichtlich ihrer personellen und sächlichen Ausstattung unterworfen sind und daher auch alle den gleichen eingeschränkten Service dem Rechtssuchenden bieten können, führt eine Gebührenerhebung, die in ihrer Bemessung zwischen gesellschaftsrechtlichen und anderen Geschäften unterscheidet, zur Verletzung des Grundsatzes der verhältnismäßigen Gleichheit. Diese Gleichheit ist nicht mehr gegeben, wenn z. B. für die Bestellung einer Grundschuld mit Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung bei einem Gegenstandswert von 1 Mio. € eine Gebühr von 1.557,00 € zuzüglich Mehrwertsteuer zu erheben ist, während für die Gründung einer GmbH mit gleichem Gegenstandswert und eventuell höherem Arbeitsaufwand nur ein Betrag von weit unter 500 € in Rechnung zu stellen ist.

Der Gesetzgeber hat bei der Normierung der KostO dem Prinzip der verhältnismäßigen Gleichheit folgend seine Wahl dahingehend getroffen, dass er die Kosten im gesellschaftsrechtlichen Bereich denjenigen in anderen Bereichen gleichgestellt hat. Diese Gleichbehandlung wird gemäß Art. 3 Abs. 1 GG auch dann aufrecht zu erhalten sein, wenn durch höherrangiges europäisches Recht generell ein anderer Maßstab (Kostendeckungsprinzip anstelle des Wertgebührensystems) gefordert wird.

Dies muss im Hinblick auf Art. 3 Abs. 1 GG zur Folge haben, dass alle Gebühren im staatlichen Notariat ausschließlich nach konkretem Aufwand, nämlich dem Kostendeckungsprinzip, zu erheben sind. Denn durch den vom europäischen Recht erzwungenen Paradigmenwechsel von Wert- zu Aufwandsgebühren ist wegen der Systemverschiedenheit dieser Bemessungsgrundlagen eine geltungserhaltende Reduktion innerhalb des staatlichen Notariats nicht möglich. Innerhalb des Landes Baden-Württemberg besteht daher jedenfalls die Verpflichtung, auf Gleichbehandlung zu achten (BVerfGE 93, 319, 351). Anlass für eine Ausnahme von diesem Grundsatz (vgl. BVerfGE 33, 303, 352) besteht hier nicht, da Staatsbürger in anderen Bundesländern nicht berührt sind.

Der Gleichheitsgrundsatz ist also dadurch verletzt, dass bei gleichartig beschaffenen Leistungen, die rechnerisch und finanziell in Leistungseinheiten erfasst werden können,

die Gebührenmaßstäbe und Gebührensätze durch die Vorgaben des europäischen Rechts so gestaffelt sind, dass sie gleichen Ausmaßen in der erbrachten Leistung nicht durch gleiche Gebühren Rechnung tragen, sondern umgekehrt bei größeren Leistungen sogar geringere Belastungen zur Folge haben können. Damit ist die verhältnismäßige Gleichheit unter den Gebührenschuldern innerhalb des staatlichen Notariats nicht mehr gewahrt (BVerfGE 50, 217, 227f; vgl. BVerwGE 80, 36, 41f; VGH Bad.-Württ. ESVGH 49, 41) und der allgemeine Gleichheitssatz unter dem Gesichtspunkt der Verteilungsgerechtigkeit verletzt, denn die Notargebühren im badischen Rechtsgebiet entfernen sich mit ihrer durchgängigen Struktur so sehr von der notwendigen Kostenbezogenheit, dass der Maßstab willkürlich ist (vgl. BVerwGE 95, 188, 203; Bad.-Württ. ESVGH 49, 41; BVerfG – Vorprüfungsausschuss – NJW 1984, 1871; Korintenberg/Lappe, KostO § 79 Rdn. 1a; Blumenwitz, NJW 1989, 621; E. Klein/Schmahl, Anm. zu EuGH, WuB II N. 1999, 248; Mathias, JurBüro 1998, 566; Lappe, NJW 2000, 1148).

Diesem Ergebnis wird entgegen gehalten, dass die Ungleichbehandlung gleicher oder annähernd gleicher Sachverhalte, soweit sie durch die Richtlinie 69/335/EWG und ihre Anwendung entstehen, nicht vom deutschen Gesetzgeber ausgehen und von ihm im Hinblick auf die Bindung an Art. 3 Abs. 1 GG nicht selbst zu verantworten sei (Böckenförde a. a. O. S. 19). Auch das Pfälzische OLG Zweibrücken (MittBayNot 2004, 65) lehnt die Konsequenzen aus Art. 3 Abs. 1 GG mit einer Argumentation vom Ergebnis her mit den folgenden Worten ab: „Wollte man anders entscheiden, liefe dies darauf hinaus, dem europäischen Normgeber mittelbar über den Gleichheitssatz Einfluss auch auf solche nationalen Rechtsvorschriften einzuräumen, auf die sich seine Kompetenz nicht erstreckt.“

Es ist richtig, dass dem europäischen Normgeber nur eine enumerativ begrenzte Zuständigkeit für einzelne Rechtsbereiche zusteht (Art. 5 Abs. 1 EGV). In diesem Rahmen hält sich auch die Richtlinie 69/335/EWG. Fraglich ist jedoch, ob sich die innerstaatliche deutsche Rechtsordnung vor den Konsequenzen generell verschließen kann, die durch den europäischen Gesetzgeber in Ausübung seiner ihm eröffneten Kompetenzen geschaffen werden.

Die Staaten der europäischen Gemeinschaft haben ihre Souveränitätsrechte zu Gunsten europäischer Gesetzgebungsorgane, wenn auch in begrenztem Rahmen, eingeschränkt und hierdurch eine Rechtsordnung geschaffen, deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind (Europäische Rechtsprechung 1963, S. 3 Nr. 1224, Urteil vom 05.02.1963, Rechtssache 26/62 – Slg. IX, S. 26). Es wurde so eine europäische Rechtsordnung errichtet, die direkten Zugriff auf die Bürger und Unternehmen hat und die die Staaten zum Erlass von Regelungen zwingen kann. Diese Rechtsordnung kann nicht losgelöst von den innerstaatlichen „grundrechtlichen Leitplanken“ (Hirsch, NJW 2000, 1820) existieren, vielmehr muss das Gebot der Grundrechte universell sowohl im Verhältnis des europäischen Rechts zum Grundgesetz gelten (vgl. BVerfGE 75, 223, 240), als auch umgekehrt verlangt es das Gebot der Rechtsstaatlichkeit, dass jede Rechtsgemeinschaft bindet (Hirsch, NJW 2000, 1820), dass die Einwirkungen des europäischen Rechts innerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung ihre uneingeschränkte Wirkung entfalten. Denn „das von der Gesetzgebung der Mitgliedstaaten unabhängige Gemeinschaftsrecht soll den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen. Solche Rechte entstehen nicht nur, wenn der Vertrag dies ausdrücklich bestimmt, sondern auch auf

Grund von eindeutigen Verpflichtungen, die der Vertrag den Einzelnen wie auch den Mitgliedstaaten und den Organen der Gemeinschaft auferlegt.“ (Europäische Rechtsprechung 1963, S. 4 Nr. 1225, Urteil vom 05.02.1963, Rechtssache 26/62 – Slg. IX, S. 25)

Die Mitgliedstaaten waren verpflichtet, die Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 bis zum 01.01.1972 in nationales Recht umzusetzen. Hinsichtlich der nach der KostO zu erhebenden Abgaben für notarielle Akte ist in Deutschland die Umsetzung unterblieben. Dies heißt jedoch nicht, dass sich der deutsche Gesetzgeber von dieser Norm nachträglich dadurch distanzieren konnte oder heute distanzieren kann, dass eine ausdrückliche Umsetzung in das nationale Recht unterblieben ist, vielmehr hat der deutsche Gesetzgeber mit seinem Unterlassen notwendigerweise zum Ausdruck gebracht, dass die Richtlinie 69/335/EWG in der bestehenden Form als nationales deutsches Recht akzeptiert ist.

Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH handelt es sich nämlich bei der Richtlinie 69/335/EWG – unabhängig von einer Umsetzung in nationales Recht – um eine Norm, auf die sich jede Person berufen kann, da sie ausreichend konkret gefasst und nicht an weitere Bedingungen geknüpft ist (EuGH C-188/95 vom 02.12.1997 „Fantask“). Die Richtlinie beinhaltet also seit 01.01.1972 innerhalb der europäischen Union, also auch in Deutschland, unmittelbar geltendes Recht. Einen „Vertrauenstatbestand“ für den Einzelstaat auf Fortgeltung des nationalen Rechts bis zu einer Entscheidung durch den EuGH lehnt dieser ausdrücklich ab (Urteil C-426/98 vom 19.03.2002 „Kommission/Griechenland“).

Der deutsche Gesetzgeber hat damit den rechtlichen Inhalt der Richtlinie 69/335/EWG in der Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof in seinen Willen aufgenommen, unabhängig davon, welches Organ der Gesetzgebung die Norm geschaffen hat. Der Grundsatz des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG gilt nicht nur für das nationale deutsche Recht. „Alle Staatsgewalt“, also auch diejenige der supranationalen europäischen, muss vom Volke ausgehen. Werden auf diese Weise hoheitliche Aufgaben wahrgenommen und hoheitliche Befugnisse ausgeübt, „sind dies zuvörderst die Staatsvölker der Mitgliedstaaten, die dies über die nationalen Parlamente demokratisch“ legitimiert haben (BVerfGE 89, 155, 184). Eine Teilung in ein nationales Rechtssystem, das mit den Grundrechten übereinstimmen muss, und supranationalem Recht, bei dem diese Übereinstimmung vernachlässigt werden könnte, sieht die Verfassung nicht vor (vgl. BVerfGE 58, 1, 37; 68, 1, 98f; 75, 223, 240; 89, 155, 188). „Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen“ (BVerfGE 89, 155, 188).

Das europäische Recht hält sich seinerseits ebenfalls an die Grundsätze der Gleichheit unter den Rechtssubjekten. So bestimmt Art. 12 Abs. 2, das Folgende: „Diese Steuern und sonstigen Abgaben dürfen auch nicht höher sein als diejenigen, die in dem erhebenden Mitgliedstaat für gleichartige Vorgänge erhoben werden.“ Auch in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs kommt der Gedanke der Gleichbehandlung innerhalb des einzelnen Mitgliedstaats zum Ausdruck, indem die innerstaatlichen Verjährungsfristen und übrigen Modalitäten für eine Rückerstattung zuviel bezahlter Abgaben übernommen werden (vgl. EuGH Urteil vom 17.11.1998 -C-228/96- „Aprile“; EuGH Urteil vom 15.09.1998 -C-231/96- „Edis“).



## c) Verletzung des Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG

Hinzu kommt, dass auch ein Verstoß gegen Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG gegeben ist; denn Individualvermögen, auch das Eigentum am Geld, ist nur im Rahmen der allgemeinen Steuerpflicht gemeinwohlpflichtig, prinzipiell aber nicht für fremde Personen sozialpflichtig. Deshalb sind fremdnützige Abgaben grundsätzlich unzulässig (P. Kirchhof in: Isensee/Kirchhof (Hrsg), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, § 88 Rdnr. 238).

Diese Meinung wird gestützt durch das Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 19.03.2003 (2 BvL 9/98), indem dort unter Randnummer 48 ausgeführt wird: „Die grundgesetzliche Finanzverfassung verlöre aber ihren Sinn

und ihre Funktion, wenn unter Rückgriff auf die Sachgesetzgebungskompetenzen von Bund und Ländern beliebig nichtsteuerliche Abgaben unter Umgehung der finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln begründet werden könnten und damit zugleich ein weiterer Zugriff auf die keineswegs unerschöpflichen Ressourcen der Bürger eröffnet würde (vgl. BVerfGE 78, 249, 266; 93, 319, 342).“

Eine Gewinnerzielung ist daher für das staatliche Notariat vor dem Prinzip des steuerfinanzierten Staates nicht zu rechtfertigen, denn „das Heranziehen des Einzelnen zur Finanzierung von Gemeinlasten ist allein im Wege der Steuer zulässig“ (BVerfGE 93, 319, 347).

Mitgeteilt von Notar a. D. Dr. Sandweg, Müllheim

## Buchbesprechungen

**Internationales Erbrecht Türkei.** Von Hans-Peter Schömmer und Nebi Kesen, Verlag C.H.Beck, 1. Auflage, 2004, 180 Seiten, € 28,-, ISBN: 3-406-52162-2.

Das internationale Privatrecht gewinnt bei der rechtlichen, vor allem der notariellen und (nachlass-)gerichtlichen Tätigkeit immer mehr an Bedeutung. Insbesondere durch die Generation der sogenannten Gastarbeiter, die in Deutschland leben und Vermögen erworben haben und dieses vererben, oftmals ohne jedoch die ausländische Staatsangehörigkeit aufzugeben, werden die Notare und Nachlaßrichter zwangsläufig verstärkt mit dem internationalen Privatrecht und ausländischem (Erb-)Recht konfrontiert. Das internationale und ausländische Privatrecht gilt trotz zunehmender Relevanz im Alltag noch immer als abstrakte und schwer zu überschauende Rechtsmaterie.

Umso erfreulicher, dass es auch beim IPR einfache strukturierte, praxisorientierte und leicht verständliche Literatur gibt, wie das von Schömmer und Kesen verfaßte Handbuch zum Internationalen Erbrecht der Türkei. Es ist eines von mehreren Büchern einer Reihe zum Internationalen Erbrecht, bei denen jeweils der Besondere Teil das internationale und materielle Erbrecht eines bestimmten Landes, hier der Türkei, behandelt.

Der Text beginnt mit dem (mit allen Büchern dieser Reihe übereinstimmenden) allgemeinen Teil, der das deutsche und allgemein das ausländische internationale Privatrecht hinsichtlich des Erbrechts (Erbstatut, Form der letztwilligen Verfügung, Erbstatut und Güterrecht usw.) ausführt und immer wieder durch Beispielfälle abgerundet ist. Hier fällt dem Leser der Einstieg in das IPR sehr leicht. Es werden auch interessante Fragen bei der rechtsgestaltenden Tätigkeit angesprochen: Welche Länder erlauben eine Rechtswahl (RdNr. 38)? In welchem Land ist ein Verbot des Erbvertrags Sachverbot, wo lediglich Formvorschrift

(Rd.Nr. 87)? Zulässigkeit eines Erbverzichts nach ausländischem Recht (Rd.Ziff. 124 ff.).

Auch das nachlassgerichtliche Verfahren mit Auslandsbezug wird angerissen.

Sodann folgt der Besondere Teil, in dem das türkische Recht (Kollisionsrecht, materielles Erbrecht und Verfahrensrecht) in den Grundzügen dargestellt wird. Überraschend und wichtig ist zum Beispiel der Hinweis, dass bei einer Ausschlagung durch alle Abkömmlinge des Erblassers deren Anteile auf den überlebenden Ehegatten übergehen.

Den Schluss bilden Ausführungen zum türkischen Steuerrecht.

Das Buch gibt wertvolle Hinweise und ist durch seine übersichtliche Struktur hilfreich für den Praktiker, der einen einfachen Einstieg in die Materie des IPR oder auch schnelle Hilfe bei einem „türkischen Erbfall“ sucht. Bei einem komplexeren Sachverhalt oder tiefergehenden Fragen kann (und will) es jedoch höchstens mit angegebener weiterführender Literatur dienen. So findet man zum Beispiel zur Frage der Übertragung eines Erbteils an einen Dritten nach materiellem türkischen Recht lediglich, dass dieses Rechtsgeschäft der notariellen Beurkundung bedarf (RdNr. 365).

Rechtsgeschäft der notariellen Beurkundung bedarf (RdNr. 365).

Insgesamt ist der „Schömmer/Kesen“ aufgrund seiner Aktualität (die seit 01.01.2002 geltenden grundlegenden Änderungen des türkischen ZGB sind berücksichtigt) und Übersichtlichkeit für den notariellen und nachlassgerichtlichen Alltag sehr zu empfehlen.

Notarvertreterin Susanne Eppinger, Stuttgart

### 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. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, Kaiserstraße 184, Notariat 1 Karlsruhe, 76133 Karlsruhe (Tel. 0721/926-0), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung.

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951,

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.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Straße 61-63, 71404 Korb (Tel. 07151-303-0, Fax 07151-35968).