

# 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 a.D. Herbert Staudenmaier,  
Ellwangen

Notar Dr. Jürgen Rastätter,  
Heidelberg

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

**8/2003**

Dezember  
Seiten 153–176

## Inhalt

### Aufsatz

*Sandweg*  
Notargebühren in Deutschland .....153

*Heinzmann*  
Die zeitlichen Schranken des aufschiebend  
bedingten Wiederkaufsrechts .....159

**Rechtsprechung** .....170

## Notargebühren in Deutschland nach dem Beschluss des EuGH vom 21.03.2002<sup>1</sup>

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

### I. Einleitung

Das OLG Karlsruhe – Zivilsenate in Freiburg – hat in seinem Beschluss vom 20.08.2003 – 14 Wx 75/02 – die Frage<sup>2</sup> aufgeworfen, ob sich die Forderung nach Systemgerechtigkeit des Art. 3 GG im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH, die bei Gebühren der staatlichen Notare in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten nur den für den Einzelfall tatsächlich entstandenen Kostenaufwand anerkennt, auch für die freiberuflich organisierten Notare in der übrigen Bundesrepublik Deutschland zu gelten habe.<sup>3</sup>

Mit dieser Fragestellung geht das OLG zwar zu Recht von der Prämisse aus, dass es sich generell bei den Notargebühren um eine öffentlich-rechtliche Geldleistung handelt, die vom Staat zwangsweise auferlegt ist und dem Staat bzw. dem Notar als Träger hoheitlicher Gewalt zufließt<sup>4</sup>, so dass wesentliche Kriterien einer öffentlich-rechtlichen Abgabe erfüllt sind.<sup>5</sup> Es ist jedoch fraglich, ob diese Kriterien ausreichen, um eine Identität zwischen den Notargebühren beim staatlich organisierten Notariat in Baden und den Gebühren der freiberuflichen Notare festzustellen und hieraus zu folgern, dass das System der Wertgebühren nach der Kostenordnung sowohl in Baden als auch in der übrigen Bundesrepublik Deutschland möglicherweise obsolet sei.

### II. Begriff der Gebühr

Gebühren werden wie die Steuern als eine öffentlich-rechtliche Abgabe begriffen. Im Gegensatz zu den Steuern, die als Gemeinlast allen Steuerbürgern voraussetzungslos auferlegt werden können<sup>6</sup>, stellt die Gebühr eine Sonderlast dar, die an besondere Voraussetzungen geknüpft ist und eine tatsächlich individuell erbrachte konkrete Staatsleistung voraussetzt.<sup>7</sup> Nicht entscheidend ist, welche Bezeichnung der Gesetzgeber einer Abgabe verleiht, maßgebend ist vielmehr ihr materieller Gehalt.<sup>8</sup> Allerdings kann eine verschleiende Bezeichnung der Abgabe und insbesondere ihres Zwecks wegen des Gebots offener parlamentarischer Willensbildung zu ihrer Verfassungswidrigkeit führen, wie das Bundesver-

fassungsgericht in seiner Entscheidung vom 19.03.2003<sup>9</sup> mit den Worten festgestellt hat, dass zur „Normenklarheit auch Normenwahrheit“ gehört. „Wählt der Gesetzgeber einen im Wortlaut eng begrenzten Gebührentatbestand, kann nicht geltend gemacht werden, er habe auch noch weitere, ungenannte Gebührenzwecke verfolgt“<sup>10</sup>, oder zumindest teilweise eine Steuer erheben wollen.

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. Das für den Begriff der Gebühr konstituierende Element der „konkreten Staatsleistung“<sup>11</sup> ist also bei den badischen Notaren erfüllt.

Abweichend verhält es sich bei den freiberuflich organisierten Notaren. Sie sind zwar ebenso unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes<sup>12</sup> wie die beamteten Notare im Dienst des Landes Baden-Württemberg, jedoch fließen die Entgelte für deren Dienstleistungen ihnen selbst und nicht dem Staat zu. Es ist daher fraglich, ob mit dem Begriff der „Gebühr“ dieser Sachverhalt richtig erfasst ist.

In der Ausdrucksweise des 19. und zu Beginn des 20. Jahrhunderts hatte man noch für die Entgelte bei staatlichen Leistungen, die nicht der Staatskasse, sondern dem jeweiligen Amtsinhaber zuflossen, andere Bezeichnungen. So sprach man in diesen Fällen von „Sporteln“<sup>13</sup> und von „Taxen“, die von Stein aus dem Gebiet der Gebühren vollständig ausgliederte.<sup>14</sup>

Die Fragen der Terminologie sind jedoch letztlich für die hier zu treffende rechtliche Beurteilung ohne entscheidende Bedeutung, denn im Grundgesetz wird der Begriff der Gebühr in nur zwei Artikeln erwähnt, aber nicht näher ausgestaltet<sup>15</sup> (Art. 74 Abs. 1 Nr. 22 und Art. 80 Abs. 2 GG), und das Bundesverfassungsgericht fasst den Begriff so weit, dass hauptsächlich mit der Abgrenzung zur Steuer als voraussetzungslose Abgabe Rechtsfolgen hinsichtlich der Gesetzgebungskompetenz „dem Grunde nach“ verknüpft

<sup>1</sup> Beschluss C-264/00 „Gründerzentrum Müllheim“; ZIP 2002, 663 ff; BWNotZ 2002, 86

<sup>2</sup> II 2. b) dd) der Gründe

<sup>3</sup> Das OLG wäre verpflichtet gewesen, diese Frage zu beantworten. (BVerfGE 93, 94)

<sup>4</sup> BVerfGE 17, 371 (376): „Es bedarf keiner näheren Begründung, dass „Rechtspflege“ und „freiwillige Gerichtsbarkeit“ originäre Staatsaufgaben sind. Der Notar nimmt, soweit er diese Tätigkeiten ausführt, staatliche Funktionen wahr.“

<sup>5</sup> Vgl. F. Kirchhof, Grundriß des Abgabenrechts, Heidelberg 1991, Rn. 2 ff; Heimlich, Die Verleihungsgebühr als Umweltabgabe, Berlin 1996, S. 26

<sup>6</sup> BVerfGE 55, 274 (298); 67, 256 (274 f); 78, 249 (267); Vogel, Handbuch des Staatsrechts IV, § 87 Rn. 54

<sup>7</sup> BVerfGE 7, 244 (256); 4, 342 (346); Wilke, Gebührenrecht, S. 24 ff; Heimlich a.a.O. S. 29

<sup>8</sup> BVerfGE 7, 244 (251 f); 49, 343 (353); 55, 274 (304 f)

<sup>9</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – Nr. 64, DÖV [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030319\\_2bvl000998.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030319_2bvl000998.html); 2003, 549 ff

<sup>10</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 64,

<sup>11</sup> Heimlich, a.a.O. S. 34 mit Nachweisen aus Literatur und Rechtsprechung

<sup>12</sup> Wolf-Bachof-Stober, Verwaltungsrecht I, 10. Aufl., § 4 Rn. 3

<sup>13</sup> von Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Leipzig 1860, 1. Aufl., S. 156; Gerlach, in: Wörterbuch des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, hrsg. von Max Fleischmann, 2. Bd. 2. Aufl. Tübingen 1913, S. 5; Heimlich a.a.O. S. 38

<sup>14</sup> von Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaft, Zweiter Theil, Leipzig 1885, 5. Aufl., S. 272; Heimlich a.a.O. S. 39

<sup>15</sup> Heimlich a.a.O. S. 70

werden.<sup>16</sup> So definiert das Bundesverfassungsgericht die Gebühr als „eine öffentlich-rechtliche Geldleistung, die aus Anlass einer individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung gesetzlich auferlegt wird.“<sup>17</sup> Das Bundesverfassungsgericht sieht es als ein Gebot der Formklarheit an, den Gebührenbegriff lediglich vom Begriff der Steuer abzugrenzen, um die in den Art. 105 bis 108 GG geregelten Gesetzgebungs- Verwaltungs- und Ertragszuständigkeiten zu fixieren. Das Grundgesetz enthält also die verfassungskräftige Definition nur eines einzelnen Gebührenmerkmals, nämlich des negativen Abgrenzungskriteriums zur Steuer dahingehend, dass Steuern keine Gegenleistung für eine gesonderte staatliche Leistung, also kein konkretes Äquivalent darstellen.<sup>18</sup>

Obwohl also eine positive Definition der Gebühr von der Verfassung nicht gegeben ist<sup>19</sup>, wird jeweils incidenter vorausgesetzt, dass die Einnahme aus der Gebühr dem Staat zufließt, denn anderenfalls erübrigt sich eine Abgrenzung zur Steuer, die in keinem Fall privat eingenommen wird.

Auch der EuGH geht in seiner Rechtsprechung davon aus, dass sich die Begriffe der Steuer und der Gebühr ausschließlich auf Einnahmen des Staates beziehen<sup>20</sup>, so dass sich zumindest im Bereich des Europarechts auf der begrifflichen Ebene eine Differenzierung zwischen Gebühren der staatlichen und der freiberuflichen Notare anbietet.

Die zu behandelnde Frage nach der zulässigen Bemessung der notariellen Gebühren kann jedoch wegen der weiten begrifflichen Fassung des Ausdrucks „Gebühr“ im hier nur in Betracht kommenden nationalen deutschen Recht nicht allein aufgrund ihrer formalen Zuordnung hinsichtlich der rechtlichen Konsequenzen ausreichend sicher beurteilt werden, vielmehr sind ihre Grenzen durch andere Kriterien des Verfassungsrechts weiter zu erschließen. Die Finanzverfassung des Grundgesetzes enthält nämlich keinen abschließenden Kanon zulässiger Abgabetypen.<sup>21</sup>

### III. Rechtfertigung der Gebühr

Die Finanzverfassung der Bundesrepublik beinhaltet für die Erhebung nichtsteuerlicher Abgaben, wie der Gebühr, einen Rechtfertigungsvorbehalt, der sich daraus herleitet, dass die finanzverfassungsrechtlichen Verteilungsregeln zwischen Bund und Ländern im Hinblick auf die „keineswegs unerschöpflichen Ressourcen der Bürger“<sup>22</sup> nicht dadurch unterlaufen werden dürfen, dass der Gesamtstaat oder die Gliedstaaten beliebig Abgaben nichtsteuerlicher Art erfinden. Zur Wahrung der Geltungskraft der Finanzverfassung werden daher drei Zulässigkeitsgründe postuliert:<sup>23</sup> Erstens müssen sich nichtsteuerliche Abgaben deutlich von Steuern unterscheiden, da sich die Verfassung grundsätzlich für den steuerfinanzierten Staat entschieden hat, zweitens muss wegen des individuellen Schutzes aller Abgabepflichtigen

der Belastungsgleichheit Rechnung getragen werden und drittens ist der Grundsatz der Vollständigkeit des Haushaltsplans zu wahren, indem Sonderabgaben nicht in den Haushaltsplan eingestellt werden, sondern einem Sonderfonds zufließen.<sup>24</sup> Diese Zulässigkeitskriterien können bei den Gebühren der freiberuflichen Notare nur im Hinblick auf das zweite Postulat (Belastungsgleichheit) von Bedeutung sein, da ein Konflikt mit der Finanzverfassung der Gebietskörperschaften von vornherein ausscheidet.

Es stellt sich daher die Frage, ob die Belastungsgleichheit grundsätzlich dadurch gestört sein kann, dass im badischen Notariat andere Gebühren für die Dienstleistungen der staatlichen Notare aufgrund des übergeordneten europäischen Rechts erhoben werden müssen als dies bei den freiberuflich organisierten Notaren in der übrigen Bundesrepublik der Fall ist. Das Bundesverfassungsgericht hat hinsichtlich der gleichen Fragestellung in seinem Urteil über das Wasserentnahmeentgelt unter Berufung auf seine ständige Rechtsprechung keinen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz gesehen und ausgeführt: „Der Landesgesetzgeber ist innerhalb seines Kompetenzbereichs prinzipiell nicht gehindert, von der Gesetzgebung anderer Länder abweichende Regelungen zu treffen, auch wenn dadurch die Einwohner seines Landes im praktischen Ergebnis mehr belastet oder begünstigt werden.“<sup>25</sup> Nur innerhalb des Landes ist der Landesgesetzgeber grundsätzlich verpflichtet, auf Gleichbehandlung zu achten.<sup>26</sup> Daher ist es nach Art. 3 GG nicht hinzunehmen, dass in Baden für gesellschaftsrechtliche Vorgänge Gebühren nach Aufwand erhoben werden, während für alle anderen Gebühren das Wertsystem gelten soll.

Fraglich kann es allerdings sein, ob auf Bundesebene unterschiedliche Gebührenregelungen bei Notaren im „Kompetenzbereich“ eines Landes liegen. Grundsätzlich ist diese Frage gemäß Art. 72 GG zu verneinen, nachdem der Bundesgesetzgeber durch die Normierung der Kostenordnung von seiner konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.<sup>27</sup> Jedoch ist ohne den Willen des Landesgesetzgebers diese einheitliche Normierung des Kostenrechts durch die „vis maior“ des übergeordneten europäischen Rechts im Ergebnis für den Landesteil Baden des Landes Baden-Württemberg außer Kraft gesetzt. Die auf Bundesebene intendierte Einheitlichkeit der Rechts- und Wirtschaftsordnung auf dem Gebiet der Notarkosten ist aufgehoben. Dieser Umstand bewirkt eine faktische Annullierung des Zustands, der durch den Erlass der Kostenordnung auf Bundesebene eingetreten war. Da dieser Zustand nicht durch Kompetenzmissbrauch des Landes entstanden ist, unterliegt er auch nicht dem Verdikt der Verfassungswidrigkeit.<sup>28</sup>

Fraglich ist, ob dies zur Folge hat, dass zumindest in dem Teilbereich, der von der europäischen Richtlinie 69/335/EWG betroffen ist, die sich aus Art. 72 GG ergebende Einschränkung hinsichtlich der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz aufgehoben ist. Dies würde dazu führen, dass es im Kompetenzbereich des Landesgesetzgebers in Baden-Württemberg läge, „von der Gesetzgebung anderer Länder abweichende Regelungen zu treffen, auch wenn

<sup>16</sup> Die Sachgesetzgebungskompetenz des Bundes für die KostO steht hier nicht in Frage.

<sup>17</sup> BVerfGE 50, 217 (226); 97, 332 (345)

<sup>18</sup> F. Kirchhof, Die Höhe der Gebühr, Berlin 1981, S. 23; Kloepfer, AöR 97 (1972), S. 240

<sup>19</sup> BVerfG, DVBl. 1996, 357 (359 f); Heimlich a.a.O. S. 94

<sup>20</sup> EuGH –C-56/98– „Modelo“ Ziff. 21, 22; ZIP 1999, S. 1681 ff; MittBayNot 1999, 497 ff

<sup>21</sup> P. Kirchhof, Staatliche Einnahmen, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV, 1990, § 88 Rn. 269; BVerfGE 82, 159 (181); 93, 319

<sup>22</sup> BVerfGE 78, 249 (266); 93, 319 (342); BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – Nr. 48, 2003, 549 ff [http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030319\\_2bvl000998.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030319_2bvl000998.html); DÖV

<sup>23</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 49 ff

<sup>24</sup> BVerfGE 55, 274 (300); 67, 256 (275); 91, 186 (201 f); 92, 91 (113 f); BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 49 ff

<sup>25</sup> BVerfGE 93, 319 (351); 32, 346 (360); 33, 224 (231) jew. m. w. N.

<sup>26</sup> BVerfGE 93, 319 (351)

<sup>27</sup> Vgl. BVerfGE 20, 238 (249 f); 21, 106 (115); 26, 338 (383)

<sup>28</sup> BVerfGE 4, 115

dadurch die Einwohner seines Landes im praktischen Ergebnis mehr belastet oder begünstigt werden“.<sup>29</sup>

Erweist sich eine vollständige bundesrechtliche Regelung etwa wegen höherrangiger Rechtsverletzung als unzureichend, so sieht es das Bundesverfassungsgericht als Sache des Bundesgesetzgebers an, Abhilfe zu schaffen; denn nicht die Länder haben die Aufgabe, kompetenzmäßig getroffene Entscheidungen des Bundes „nachzubessern“.<sup>30</sup>

Der Umstand, dass die Systematik des Grundgesetzes von dem Grundsatz der Zuständigkeit der Länder ausgeht<sup>31</sup> und dies auch bei einer Lücke des Gesetzes zutrifft<sup>32</sup>, sowie politische Rücksichtnahme gegenüber dem Land mögen die Gründe dafür sein, dass Äußerungen der Ministerialbürokratie auf Bundesebene in die Richtung der Landeskompetenz tendieren. Damit wäre allerdings wohl die Gesetzgebungskompetenz des Bundes für die Kostenordnung insgesamt in Frage gestellt, denn wenn der Bund bei einem Land eine Ausnahme von der in Art. 72 Abs. 2 Ziff. 3 GG postulierten Einheitlichkeit akzeptiert, kann wohl kaum noch geltend gemacht werden, dass „ein Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung“ (Art. 72 Abs. 2 GG) im übrigen bestehe.<sup>33</sup> Jedenfalls kann in der gegenwärtigen Situation, in der der Bundesgesetzgeber auf die Rechtsprechung des EuGH zu den Notargebühren noch nicht reagiert hat, für die weitere Untersuchung davon ausgegangen werden, dass dem Land der oben angesprochene „Kompetenzbereich“ zusteht.

Eine Ausnahme von dem Grundsatz der Landeskompetenz gilt allerdings auch dann, wenn ein Lebenssachverhalt betroffen ist, der seiner Natur nach über die Ländergrenzen hinausgreift und eine für alle Staatsbürger der Bundesrepublik in allen Bundesländern gleichermaßen gewährleistete Rechtsposition berührt. Dies wurde bei der Studienplatzverteilung angenommen, da wegen des zusammenhängenden Systems des Hochschulwesens, in dem einerseits nicht alle Studiengänge überall angeboten werden können und andererseits eine Nutzung der Ausbildungskapazitäten über die Ländergrenzen hinweg erforderlich ist, eine Gemeinschaftsaufgabe im Sinne des Art. 91a GG betroffen ist, die auch dadurch zum Ausdruck kommt, dass sich der Bund bei der Finanzierung von Hochschulneubauten zur Hälfte beteiligt.<sup>34</sup>

Das Erbringen und die Nutzung notarieller Dienstleistungen sind ihrer Natur nach keine über die Ländergrenzen hinaus reichenden Lebenssachverhalte. Durch die Begünstigung der Nutzer des staatlichen Notariats in Baden wird insbesondere nicht in eine Rechtsposition von Bürgern in anderen Bundesländern eingegriffen, wie dies bei der Vergabe einer auf Bundesebene knappen Ressource bei der Studienplatzvergabe der Fall ist. Die notarielle Dienstleistung in einem Bundesland tangiert nicht direkt die Interessen von Bürgern anderer Bundesländer, die ebenfalls um notarielle

Dienstleistungen nachsuchen. Es ist daher festzustellen, dass der Gleichheitssatz insoweit nicht berührt ist. Die verfassungsrechtliche Ordnung toleriert es also grundsätzlich, dass in Baden-Württemberg ein von den anderen Bundesländern abweichendes System bezüglich der Notargebühren existiert.

#### IV. Rechtfertigung der Gebührenbemessung

Eine andere Frage stellt sich, wenn die Höhe der Notargebühren im freiberuflich organisierten Notariat in Bezug gesetzt wird zu den vom europäischen Recht geforderten geringeren streng aufwandsbezogenen Gebühren bei den staatlichen Notaren in Baden.

Das Bundesverfassungsgericht hat die sachliche Rechtfertigung der Gebührenhöhe nämlich für das nationale deutsche Recht aus den Gebühreuzwecken abgeleitet und hierbei als legitime Gebühreuzwecke die Kostendeckung, den Vorteilsausgleich, die Verhaltenslenkung sowie soziale Zwecke festgestellt.<sup>35</sup> Denn die Bemessung der Gebühr ist verfassungsrechtlich nur dann gerechtfertigt, wenn ihre Höhe durch zulässige Gebühreuzwecke legitimiert ist.

Im Hinblick auf die Richtlinie 69/335/EWG betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital ist vom EuGH für den Bereich des notariellen Kostenrechts im staatlichen Notariat der Begriff der „Gebühr“ demgegenüber wesentlich enger definiert worden. Danach bildet eine Gebühr nur dann einen Ausnahmetatbestand vom Verbot der Steuererhebung, wenn ihre Höhe die tatsächlichen Aufwendungen nicht übersteigt. Dem Staat darf über die tatsächlichen Aufwendungen hinaus keine Einnahme zufließen, die ganz oder teilweise im allgemeinen Staatshaushalt Verwendung findet. Denn Gebühren dürfen nur aufwandsbezogen festgelegt sein.<sup>36</sup>

Die vom Bundesverfassungsgericht als zulässige Gebühreuzwecke genannten Kriterien unterscheiden sich generell erheblich von der engen Betrachtung des EuGH, der nur das Kostendeckungsprinzip in der Form der Einzelbetrachtung zulässt. Die Erlaubnis einer Querfinanzierung innerhalb der Behörde<sup>37</sup>, durch die unwirtschaftliche Leistungen ausgeglichen werden könnten, wird vom EuGH ausgeschlossen. Hierzu führt der Gerichtshof aus: „Eine Abgabe, die keinen Zusammenhang zu den tatsächlichen Aufwendungen für diese Leistung aufweist oder sich nicht nach den Aufwendungen, deren Entgelt sie ist, sondern nach den gesamten Verwaltungs- und Investitionskosten der zuständigen Dienststelle richtet, ist eine Abgabe, für die allein das Verbot des Artikels 10 der Richtlinie gilt.“<sup>38</sup>

Demgegenüber enthält das deutsche Gebührenrecht keine derartigen Festlegungen, vielmehr soll durch eine wertende Betrachtung der Gebühreuzwecke die Gebührenbemessung erfolgen. Nach Meinung des Landesjustizministers von Rheinland-Pfalz *Mertin*<sup>39</sup> ist generell bei erheblichen Abweichungen der geltend gemachten Gebühren vom tatsächlichen Aufwand der für das Gebührenrecht nach Art. 2 I GG

<sup>29</sup> BVerfGE 93, 319 (351); 32, 346 (360); 33, 224 (231) jew. m. w. N.

<sup>30</sup> BVerfGE 36, 193, (211 ff); 36, 314 (320); *Rengeling* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, § 100 Rn. 114

<sup>31</sup> *Rengeling* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, § 100 Rn. 45

<sup>32</sup> *Rengeling* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, § 100 Rn. 119

<sup>33</sup> BVerfGE 18, 407 (415); 26, 338 (383): „Bedürfnis nach bundesgesetzlicher Regelung“ ist mit „Bedürfnis nach bundeseinheitlicher Regelung“ gleichzusetzen. Anderer Ansicht: *Rengeling* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, § 100 Rn. 121

<sup>34</sup> BVerfGE 33, 303 (352)

<sup>35</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 56 ff

<sup>36</sup> Urteil C-56/98 vom 29.09.1999 „Modelo“, MittBayNot 1999, 497 ff; Beschluss vom 21.03.2002 C-264/00 „Gründerzentrum Müllheim“ ZIP 2002, 663 ff; BWNtZ

<sup>37</sup> Gemeinkosten des Verwaltungsträgers sind in der nationalen deutschen Praxis zuweilen die einzigen für Gebühren maßgeblichen Verwaltungsleistungen. Vgl. *Vogel* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, § 87 Rn. 99

<sup>38</sup> Urteil C-56/98 vom 29.09.1999 „Modelo“, MittBayNot 1999, 497 ff, Ziff. 9

<sup>39</sup> ZRP 2000, 83

i. V. mit Art. 20 III GG zu beachtende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit tangiert. Hierbei beruft sich *Mertin* auf den VGH Baden-Württemberg.<sup>40</sup>

Für die Gebühren der Notare gilt hierbei in erster Linie als Gebühreuzweck die Kostendeckung, die nicht nur als legitimer Gebühreuzweck anerkannt ist und der Einnahmenerzielung dient, „um spezielle Kosten der individuell zurechenbaren öffentlichen Leistung ganz oder teilweise zu decken,<sup>41</sup> sondern als defintionsgemäßer Hauptzweck der Gebühr betrachtet werden kann.<sup>42</sup> Fraglich ist, ob daneben für die Gebühren der Notare weitere rechtfertigende Kriterien in Betracht kommen.

Lenkungsziele können ausgeschlossen werden, denn die Gebührenhöhe soll keinen Einfluss auf das Verhalten der Klientel ausüben.

Auch der Gesichtspunkt des Ausgleichs von Vorteilen, die dem Einzelnen auf Grund einer ihm zurechenbaren öffentlichen Leistung zufließen, scheidet für die Gebühren im Notariat aus. Hierunter 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.<sup>43</sup> 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<sup>44</sup>, das dem Klienten Sondervorteile vermittelt, die der Berechtigung zur Nutzung der Universitätseinrichtungen oder des Grundwassers zur gewerblichen Entnahme vergleichbar wäre.

Die Bundesnotarkammer hatte in einem Schreiben an das Bundesjustizministerium vom 12.08.1998<sup>45</sup> darauf hingewiesen, dass sich der EuGH nicht mit dem im deutschen Recht bekannten Begriff der „Sonderabgabe“ auseinandersetzen sollte. 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 zulässige Sonderabgabe keine Steuer darstelle und hier eine homogene Gruppe, „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<sup>46</sup>, 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.<sup>47</sup> 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“.<sup>48</sup>

Schließlich können mit der Ausgestaltung einer Gebührenregelung durch Abstufungen bei der Belastung soziale Zwecke verfolgt werden.<sup>49</sup> In der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts wurde dieser Aspekt im Hinblick auf den Gleichheitssatz behandelt. Eine Ungleichbehandlung durch die einkommensbezogene Staffel bei Kindergartengebühren<sup>50</sup> und die Orientierung am Wert des Streitgegenstands bei den Gerichts- und Anwaltsgebühren<sup>51</sup> hat das Bundesverfassungsgericht unter diesem Blickwinkel als zulässig angesehen. Bei diesen Urteilen, die auch in der jüngsten Entscheidung zitiert worden sind, stellt das Bundesverfassungsgericht darauf ab, dass die Ungleichheit der Gebührensätze nicht nur durch einen besonderen Vorteil oder eine äquivalente Leistung der Verwaltung ausgeglichen werden müssen, sondern auch soziale Aspekte die Abgabengerechtigkeit wahren. Eine Orientierung der Gebühr am Einkommen des Nutzers<sup>52</sup> oder am Wert des Streitgegenstands<sup>53</sup> sind daher aus diesem Gesichtspunkt mit dem Gleichheitsgebot vereinbar.

Allerdings steht dieser Grundsatz unter dem Vorbehalt, dass er nur zur Geltung kommen darf, „solange selbst die Höchstgebühr die tatsächlichen Kosten der Einrichtung nicht deckt“.<sup>54</sup> In seiner Entscheidung vom 19.03.2003 hat das Bundesverfassungsgericht diese Einschränkung mit der Formulierung wiederholt, dass Abstufungen der Gebührenbelastung unter sozialen Gesichtspunkten „unterhalb einer kostenorientierten Obergrenze des Gebührensatzes“ zulässig seien.<sup>55</sup>

Die grundsätzliche Unzulässigkeit fremdnütziger Abgaben ist nach Meinung von *P. Kirchhof* indessen nicht nur im Gleichheitssatz, sondern ebenso auch in der Sozialpflichtigkeit des Privatvermögens (Art. 14 Abs. 2 S. 1 GG) angelegt. Danach ist Individualvermögen, auch das

<sup>40</sup> ESVG 49, 29

<sup>41</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 58; BVerfGE 50, 217 (226); 97, 332 (345); *Wilke*, Gebührenrecht und Grundgesetz, 1973, S. 265

<sup>42</sup> BVerfGE 50, 217 (226) ...dazu bestimmt, in Anknüpfung an die öffentliche Leistung „deren Kosten“ ganz oder teilweise zu decken.

<sup>43</sup> BVerfGE 93, 319 (Wasserentnahme)

<sup>44</sup> Vgl. hierzu BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 78 ff (Student an einer Hochschule)

<sup>45</sup> Aktenzeichen T X 20 § 26, Stellungnahme zum Verfahren vor dem EuGH C-56/98 „Modelo“

<sup>46</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 64,

<sup>47</sup> Vgl. BVerfGE 67, 256 (257); *P. Kirchhof* in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, Rn. 228

<sup>48</sup> 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: „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 Gebühreinnahmen 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 Gebühreinnahmen 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.)

<sup>49</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 61

<sup>50</sup> BVerfGE 97, 332 (346 f)

<sup>51</sup> BVerfGE 80, 103 (107)

<sup>52</sup> BVerfGE 97, 332 (346)

<sup>53</sup> BVerfGE 80, 103 (107)

<sup>54</sup> BVerfGE 97, 332 (346 f)

<sup>55</sup> BVerfG-Urteil vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – a.a.O. Nr. 61

Eigentum am Geld, nur gemeinwohlpflichtig, prinzipiell aber nicht für fremde Personen sozialpflichtig. Deshalb sind fremdnützige Abgaben grundsätzlich unzulässig.<sup>56</sup>

Die von Staats wegen erhobenen Notargebühren lassen sich in ihrer Bemessung bei einer Überschreitung des tatsächlichen Aufwands also nicht mit dem Sozialstaatsprinzip rechtfertigen. Im Ergebnis ist daher festzustellen, dass sowohl nach nationalem deutschem Recht als auch nach dem in der Richtlinie 69/335/EWG fixierten europäischen Recht die Notargebühren nach der Kostenordnung, soweit sie dem Staat zufließen und über den tatsächlichen Aufwand hinaus erhoben werden, rechtswidrig sind.

Unterstützt wird dieses Ergebnis durch eine vergleichende Betrachtung der Gebührenhöhen innerhalb des Bereichs, der dem staatlich organisierten Notariat zuzuordnen ist. 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 erhoben würde, während für die Gründung einer GmbH mit gleichem Gegenstandswert ein Betrag von weit unter 500 € nach dem Aufwand als angemessen erscheinen könnte, so zeigt dies, dass eine verhältnismäßige Gleichheit der Abgaben für Beurkundungs- und Beglaubigungsvorgänge im staatlichen Notariat nicht mehr gegeben und daher Art. 3 GG verletzt ist.<sup>57</sup>

Auf Art. 3 GG nimmt auch das Bundesjustizministerium bei seinem Entwurf für eine Neuordnung der Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregister-sachen Bezug. Diese Gesetzesänderung ist erforderlich geworden, da in dem „Fantask“- Urteil<sup>58</sup> des EuGH die Handelsregistergebühren ebenfalls im Hinblick auf die Richtlinie 69/335/EWG als unzulässig überhöht festgestellt worden waren. In diesem Entwurf werden wegen des Gleichheitssatzes sämtliche Gebühren nach tatsächlichem Aufwand bemessen und nicht nur diejenigen, die der Richtlinie 69/335/EWG unterstehen.<sup>59</sup>

Eine Übertragung der dargestellten Grundsätze auf das freiberuflich organisierte Notariat ist jedoch nicht möglich. Das Bundesverfassungsgericht befasst sich mit diesem Fragenkomplex 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.“<sup>60</sup> Das Gericht 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.

Eine Gewinnerzielung ist jedoch für das staatliche Notariat vor dem Prinzip des steuerfinanzierten Staates<sup>61</sup> nicht zu rechtfertigen. Hiernach ist es nach allgemeiner Meinung allein der Steuer vorbehalten, Mittel für den allgemeinen staatlichen Finanzbedarf zu erwirtschaften.<sup>62</sup> Lediglich als unbeabsichtigte Nebenfolge wird es toleriert, wenn Überschüsse entstehen.<sup>63</sup> Sie dürfen in keinem Fall gezielt herbeigeführt werden.

Das Land Baden-Württemberg betrachtet jedoch einseitig das seiner Organisationsgewalt unterstehende Amtsnotariat als Einrichtung zur Erzielung von Gewinnen, die dem allgemeinen Staatshaushalt zufließen, wobei sogar die Ausstattung der Notariate mit personellen und sächlichen Mitteln zur Gewinnmaximierung vernachlässigt wird.<sup>64</sup> Bisher wurde diese Tendenz durch Gerichte des Landes unterstützt.<sup>65</sup> Dies dürfte sich im Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 30.09.2003<sup>66</sup> zukünftig für das Land weniger erfolgreich auswirken, da bei Verletzung des europäischen Rechts selbst dann Schadensersatzansprüche gegenüber dem Staat gegeben sind, wenn eine Rechtsverletzung durch ein letztinstanzliches Gericht vorliegt.

Eine Unterversorgung der Büros mit personellen und sächlichen Mitteln ist wirtschaftlich sinnvoll im freiberuflichen Notariat wegen der dortigen Konkurrenzsituation nicht möglich. Daher hat der Umstand, dass die Gebühren der freiberuflichen Notare keinem „öffentlich-rechtlichen Gemeinwesen“<sup>67</sup> 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.

Anders als der beamtete Notar trägt der selbständig amtierende freiberufliche Amtsträger das wirtschaftliche Risiko seiner Notartätigkeit einschließlich der persönlichen, unbeschränkbaren Haftung alleine. Aus seinen Gebühreneinnahmen bezahlt er u. a. seine Angestellten und die Kosten seines Bürobetriebs. Wie jeder andere Selbständige finanziert er erst aus dem Betriebsergebnis seine Alters- und Krankenvorsorge sowie sein zu versteuerndes persönliches Einkommen. Würde für das freiberufliche Notariat die Forderung aufgestellt, dass Gebühren sich ausschließlich am Aufwand für das einzelne Geschäft auszurichten hätten, wäre eine sozialverträgliche Gebührenstruktur nicht möglich.

Durch ein Gutachten auf dem deutschen Juristentag 1976 von *Grunsky*<sup>68</sup> ist für die Gerichtsgebühren belegt, dass die Gebühren in Fällen mit geringem Wert unverhältnismäßig hoch sein müssten, wenn sie kostendeckend sein sollten. Die geltenden geringen Gebühren im Fall niedriger Werte sind nicht kostendeckend. Beim derzeitigen System werden

<sup>56</sup> Vgl. P. Kirchhof in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Heidelberg 1990, Bd. IV, § 88 Rn. 238

<sup>57</sup> BVerfGE 50, 227; *Korintenberg/Lappe*, KostO, 14. Aufl., § 32 Rdnr. 7; vgl. auch *Blumenwitz*, NJW 1989, 621; *E. Klein/Schmahl*, Anm. zu EuGH, WuB II N. 1999, 248; *Mathias*, JurBüro 1998, 566; *Lappe*, NJW 2000, 1148

<sup>58</sup> Urteil C-188/95 vom 02.12.1997 „Fantask“

<sup>59</sup> Gesetzentwurf HRegGebNeuOG Stand 1.4.2003

<sup>60</sup> BVerfGE 80, 103 (109)

<sup>61</sup> BVerfGE 93, 319: „Das Heranziehen des Einzelnen zur Finanzierung von Gemeinlasten ist jedoch allein im Wege der Steuer zulässig.“

<sup>62</sup> Heimlich, a.a.O. S. 209

<sup>63</sup> *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

<sup>64</sup> Vgl. *Sandweg*, BWNNotZ 1997, 1 ff; aus der neueren überregionalen Literatur vgl. *Hertel*, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, München 2003, S. 55

<sup>65</sup> Vgl. *Sandweg*, BWNNotZ 2003, 25

<sup>66</sup> Urteil vom 30.09.2003 in der Sache *Gerhard Köbler / Republik Österreich* – C-224/01

<sup>67</sup> BVerfGE 57, 139 (166)

<sup>68</sup> *Grunsky*, Deutscher Juristentag 1976, Band I, Seite A 74

Verluste bei niedrigen Werten durch Gewinne bei hohen Werten ausgeglichen. Entfällt diese Subventionierung, so müsste sich im staatlichen Bereich der Gesetzgeber entscheiden, ob er entweder die Unterdeckung durch allgemeine Steuermittel ausgleichen oder die Gebühren im unteren Bereich drastisch verteuern will und damit in Kauf nähme, dass eine Verletzung von verfassungsrechtlich abgesicherten Grundsätzen herbei geführt würde. Das Sozialstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) und der Justizgewährungsanspruch, der durch Art. 19 Abs. 4 GG und durch Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip gewährleistet ist<sup>69</sup>, erzwingen daher die Finanzierung von Einnahmefiziten aus den allgemeinen Steuermitteln.

Vor dieser Alternative steht man im freiberuflich organisierten Notariat nicht. Die Kostenstruktur beim freiberuflichen Notariat ermöglicht keine Finanzierung von Verlusten aus Steuermitteln, sondern erzwingt 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 zweifelsfrei 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.

Außerdem ist es für den freiberuflichen Notar aus Gründen der Konkurrenz nicht indiziert, seine Ausgaben für sein Personal und die sächliche Ausstattung seines Büros auf ein solches Minimum zu beschränken, wie dies im staatlichen Notariat des Landes Baden-Württemberg der Fall ist.<sup>70</sup>

Die dargestellten Unterschiede rechtfertigen auch die abweichende Beurteilung zwischen dem Verbot der Gewinnerzielung 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<sup>71</sup>. Bei der Betrachtung der unterschiedlichen Behandlung der beiden Bereiche ist es belanglos, ob eine Gleichheitswidrigkeit in einer Belastung oder einer Begünstigung besteht<sup>72</sup>, 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 oben dargelegt und ein Verstoß gegen das Gleichheitsgebot damit ausgeschlossen.<sup>73</sup>

Die Tatsache, dass das Bundesverfassungsgericht eine Verfassungsbeschwerde hinsichtlich der Grundbuchgebühren, mit der eine Verletzung des Gleichheitsgebots und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gerügt worden war, nicht zur Entscheidung angenommen hat<sup>74</sup>, führt nicht

zu einer anderen Beurteilung. Der Beschluss enthält keine Begründung, daher kann nur über die Beweggründe spekuliert werden. *Mertin*, der Justizminister des Landes Rheinland-Pfalz teilt hierzu in einer Anmerkung<sup>75</sup> mit, dass das Bundesverfassungsgericht die Justizverwaltungen um Übersendung einer Aufstellung der „Einnahmen und Ausgaben im Bereich des Grundbuchwesens der letzten fünf bis zehn Jahre“ gebeten habe, da es für die verfassungsrechtliche Beurteilung von Bedeutung sein könnte, ob „die geltenden Grundbuchgebühren – wie die Beschwerdeführerin vermutet – seit Jahrzehnten zu erheblichen Überschüssen führen“. Diesem Anliegen des Bundesverfassungsgerichts habe weitgehend nicht entsprochen werden können, weil die Einnahmen und Ausgaben in Grundbuchsachen und anderen Rechtsgebieten nicht gesondert erfasst und ausgewiesen werden. Vermutlich hat das Bundesverfassungsgericht bei dieser Sachlage deshalb auf eine Entscheidung verzichtet, weil eine Verletzung des Gleichheitssatzes nur dann in Betracht kommt, wenn nach seiner Rechtsprechung die Leistungen „rechnerisch und finanziell in Leistungseinheiten erfasst werden können“<sup>76</sup>. Da im Fall der Grundbuchgebühren weder eine solche Erfassung stattgefunden hat und auch nicht stattfinden wird, noch bei den Justizhaushalten der Länder generell von einer Überschusserzielung auszugehen ist, lag bereits aus diesen Gesichtspunkten eine andere Ausgangssituation gegenüber dem staatlichen Notariat in Baden-Württemberg vor. Hinzu kommt, dass bei den Grundbuchgebühren deren Zweck nicht in einer gezielten Gewinnmaximierung gesehen wird, wie dies in Baden-Württemberg bei den staatlichen Notariaten der Fall ist<sup>77</sup>, sondern Gewinne lediglich eine unbeabsichtigte Nebenfolge bei der im Vordergrund stehenden Erfüllung staatlicher Aufgaben darstellen.<sup>78</sup>

## V. Ergebnis

Als Ergebnis der Untersuchung ist festzustellen, dass sich die Gebühren im staatlichen Notariat generell nur an dem tatsächlich für die Dienstleistung erbrachten Aufwand zu orientieren haben. Demgegenüber ist das Wertgebührensysteem, wie es die Kostenordnung enthält, für das freiberuflich organisierte Notariat verfassungsgemäß und weiterhin gültig.

<sup>69</sup> BVerfGE 80, 103 (107)

<sup>70</sup> Vgl. *Sandweg*, BWNNotZ 1997, 1 ff

<sup>71</sup> BVerfGE 93, 319

<sup>72</sup> BVerfGE 17, 210 (216 f.); 79, 1 (17)

<sup>73</sup> Vgl. BVerfGE 42, 374 (388); 75, 108 (157); 80, 103 (107 f.); 93, 319; 97, 332 (346)

<sup>74</sup> BVerfG, Beschluss vom 1.2.1999 -1 BvR 162/90

<sup>75</sup> ZRP 2000, 83, Fußnote 19

<sup>76</sup> BVerfGE 50, 217 (227)

<sup>77</sup> *Sandweg*, BWNNotZ 1997, 1 ff

<sup>78</sup> *Heimlich*, a.a.O. S. 209

# Die zeitlichen Schranken des aufschiebend bedingten Wiederkaufsrechts

Zugleich Besprechung des Urteils des Oberlandesgerichts Schleswig vom 25. Juni 1999,  
Az.: 1 U 58/98, mit Hinweisen für die Vertragsgestaltung

Von Dr. Friedrich Heinzmann, Tübingen\*

## I. Einleitung

Immer wieder einigen sich die Parteien eines Grundstücksgeschäfts darauf, dass unter bestimmten Voraussetzungen das Grundstück an den Veräußerer zurückfallen soll. Zu derartigen Willensentschlüssen kommt es insbesondere, wenn ein öffentlicher Träger, z.B. eine Gemeinde oder eine kirchliche Körperschaft, einem anderen öffentlichen Träger für dessen Aufgaben oder aber einer Privatperson Grund und Boden für einen bestimmten Zweck zur Verfügung stellt. Auch wenn nur Private an dem Geschäft beteiligt sind, kann der Rückfall des übertragenen Grundeigentums gewünscht sein, z.B. wenn ein Waldeigentümer aus dem ererbten Familienbesitz einem Steinbruchunternehmer das Gelände für die Einrichtung eines Schotterwerks und eines Betriebshofs gewährt oder einem Freizeitunternehmen das Gelände für eine Ferienanlage oder für einen Sport- und Spielplatz.

Hat das Geschäft die Errichtung eines Bauwerks zum Zweck, so kommt für die rechtliche Konzeption die Bestellung eines Erbbaurechts in Frage. Das Rechtsverhältnis des Erbbaurechts scheidet aber aus, wenn kein Bauwerk errichtet wird (vgl. § 1 ErbbauVO). Ebenfalls scheidet das Erbbaurecht aus, wenn der Erwerber nur ein Recht an einer Eigentumswohnung oder einem Teileigentumsrecht erhalten soll, z.B. innerhalb einer Wohnungseigentumsanlage richtet ein gemeinnütziger Träger einen Kindergarten oder ein Alten- und Pflegeheim ein. Den Grund und Boden hinsichtlich des Teileigentums für den Kindergarten bzw. das Heim hat die Gemeinde unentgeltlich zu stellen; für den Fall der Aufgabe des Kindergartens oder des Heims soll sichergestellt sein, dass das Teileigentum an die Gemeinde geht.

In diesen Fällen wird oft mit einem durch Eigentumsvormerkung gesicherten Wiederkaufsrecht gearbeitet. Dem Heimfall beim Erbbaurecht vergleichbar soll der Alteiligentümer den Grund und Boden oder das Teileigentum wieder an sich ziehen können, wenn das Schotterwerk und der Betriebshof des Steinbruchs, der Sport- und Spielplatz der Freizeitanlage oder der Kindergarten oder das Heim aufgegeben werden. Derartige durch Vormerkung gesicherte Wiederkaufsrechte müssen sich meistens auf einen langen Zeitraum erstrecken, wenn sie ihre Zielsetzung nicht verfehlen sollen. Es stellt sich deshalb die Frage, auf welche Zeitspanne derartige Wiederkaufsrechte längstens gehen können. Das OLG Schleswig hat in einem Urteil vom 25. Juni 1999,<sup>1</sup> für die Bestandsdauer solcher Wiederkaufsrechte eine bedenklich enge, vom Gesetz angeblich vorgegebene Grenze angenommen.

## II. Aus dem Tatbestand:

„Der Kläger begehrt infolge eines von ihm ausgeübten Wiederkaufsrechts mit der Klage die Übereignung eines ca. 4.200 m<sup>2</sup> großen Grundstücks.

Mit Vertrag vom 10.11.1958 (Nr. 56/58 des Urkundenverzeichnisses des Urkundsbeamten – ROI Knoop – bei der Bundesvermögensstelle Flensburg) erwarb die beklagte

Bundesrepublik Deutschland (Bundesfinanzverwaltung), vertreten durch die damalige Bundesvermögensstelle (heute Bundesvermögensamt) Flensburg, von dem Kläger für die Errichtung einer Marineküstenstation der Bundeswehr eine rd. 4.200 m<sup>2</sup> große Teilfläche eines in St. Peter-Ording belegenen Grundstücks zu einem Preis von 0,25 DM/m<sup>2</sup>.

§ 10 des Vertrages enthält folgende Regelung:

„Falls das Grundstück für militärische Zwecke nicht mehr benötigt wird, ist die Verkäuferin berechtigt, das Grundstück zu dem alsdann bestehenden Verkehrswert zu erwerben, jedoch ist zu berücksichtigen, dass hierfür nicht ein Baulandpreis zu zahlen ist, sondern beim Verkauf bei der Bewertung des Grund und Bodens ein Wert von 0,25 DM/m<sup>2</sup> berechnet worden ist. Die Feststellung, dass das Gelände für militärische Zwecke nicht mehr benötigt wird, wird von dem Bundesminister für Verteidigung oder dessen Rechtsnachfolger getroffen.“

Der Bundesminister für Verteidigung gab die Liegenschaft aus dem Vertrag Nr. 56/58 zum 30. Juni 1994 frei, weil das Gelände für militärische Zwecke nicht mehr benötigt werde. Der Kläger hat daraufhin von der Beklagten die Rücküberweisung des ca. 4.200 m<sup>2</sup> großen Grundstücks gegen Zahlung eines Wiederkaufspreises von insgesamt 3.040,80 DM (0,80 DM/m<sup>2</sup>) verlangt. Die Beklagte hat die Rücküberweisung abgelehnt. Sie ist allenfalls bereit, die Übereignung Zug um Zug gegen Zahlung des heutigen Verkehrswertes des bebauten Grundstücks vorzunehmen, der zwischen 747.000,- und 825.000,- DM liege.

Der Kläger hat von der Beklagten die Rücküberweisung des im Jahre 1958 mit Vertrag Nr. 56/58 veräußerten Grundstücks zu einem Preis von 3.404,80 DM mit der Begründung verlangt, er habe das vertraglich vereinbarte Wiederkaufsrecht wirksam ausgeübt. Entsprechend der vertraglichen Regelung sei allenfalls ein Wiederkaufspreis von 0,80 DM/m<sup>2</sup> zu zahlen.

Die Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen. Die Beklagte hat geltend gemacht: Das Wiederkaufsrecht sei erloschen, weil es nicht innerhalb von 30 Jahren seit Abschluss des Vertrages am 10. November 1958 geltend gemacht worden sei. Im Übrigen betrage der Wiederkaufspreis allein für das Grundstück mindestens 158,- DM/m<sup>2</sup>. Hinzu komme noch ein Gebäudewert in Höhe von 121.000,- DM.

Das Landgericht hat der Klage im wesentlichen mit folgender Begründung stattgegeben: Der Kläger habe das im Vertrag Nr. 56/58 vereinbarte Wiederkaufsrecht (§§ 497 ff. BGB) wirksam ausgeübt. Es sei nicht verfristet. Die 30-jährige Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts gemäß § 503<sup>2</sup> BGB habe erst mit Freigabe des Grundstücks durch das Bundesministerium für Verteidigung zum 30. Juni 1993 zu laufen begonnen. Der in § 10 des Vertrags vereinbarte Wiederkaufswert sei mit etwa 50 % des Verkehrswertes für landwirtschaftliche Grundstücke (0,80 DM/m<sup>2</sup>) festzusetzen.

\* Der Autor ist juristischer Mitarbeiter der Universitätsstadt Tübingen und Lehrbeauftragter an der Fachhochschule Nürtingen.

<sup>1</sup> Az.: 1 U 58/98. Vorinstanz: LG Flensburg, Az.: 3 O 211/96.

<sup>2</sup> § 503 (alt) = § 462 nach der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Jan. 2002. Soweit das Urteil zitiert wird, ist die alte Paragraphenfolge genannt. Soweit es besprochen wird, die neue Paragraphenfolge.

Die Beklagte (die Bundesfinanzverwaltung) beantragt (im Berufungsverfahren) das angefochtene Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen, hilfsweise der Klage nur stattzugeben Zug um Zug gegen Zahlung von 442.422,- DM.

Die Beklagte macht geltend: Dem Kläger stehe das von ihm in Anspruch genommene Rückkaufsrecht nicht mehr zu, da er es erst im Jahre 1994 und damit mehr als 30 Jahre nach dem im Jahre 1958 abgeschlossenen Kaufvertrag geltend gemacht habe. Dies ergebe sich sowohl aus § 57 Abs. 2 Landbeschaffungsgesetz (LBG) als auch aus § 503 Satz 1 BGB. Jedenfalls sei der im angefochtenen Urteil bemessene Rückkaufpreis von 3.404,80 DM zu niedrig. Der Rückkaufpreis sei nach dem Vertrag zwar nicht an dem Baulandpreis auszurichten. Aufgrund des bestehenden Bebauungsplans für das Gebiet, in dem das Grundstück liege, sei es aber gerechtfertigt, für den Wiederkaufspreis den Wert von Bauerwartungsland zugrunde zu legen. Zusätzlich sei der Gebäudewert zu berücksichtigen.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung hatte Erfolg.“

### III. Aus den Entscheidungsgründen:

„Der Kläger konnte das in § 10 des Vertrages vom 10. November 1958 (Urk.-Nr. 56/58) vereinbarte Wiederkaufsrecht im zweiten Halbjahr 1994 nicht mehr ausüben. Die für das Wiederkaufsrecht gemäß § 503 Satz 1 BGB geltende 30-jährige Ausschlussfrist war im Zeitpunkt der Ausübung des Wiederkaufsrechts durch den Kläger bereits abgelaufen.

1. Der Ausübung des Wiederkaufsrechts steht jedoch nicht § 57 Abs. 2 LBG entgegen. Nach § 57 Abs. 2 LBG endet das Antragsrecht auf Rücküberweisung eines zuvor enteigneten Grundstücks spätestens 30 Jahre nach Eintritt der Unanfechtbarkeit des Teils A des Enteignungsbeschlusses.

Eine direkte Anwendung der Vorschrift kommt nicht in Betracht. Die Beklagte hat das Grundstück zwar unstreitig für die in § 1 LBG genannten Zwecke erworben. Dies geschah jedoch nicht im Wege einer Enteignung, sondern entsprechend § 2 LBG im freihändigen Kauf.

Die Vorschrift des § 57 Abs. 2 LBG ist auch nicht dahingehend analog anzuwenden, dass der Zeitpunkt zu dem die 30-Jahres-Frist beginnt, bei Abschluss des Kaufvertrages vom 10. November 1958 gelegen hat. Eine entsprechende Anwendung der Frist des § 57 Abs. 2 LBG auf den hier vorliegenden privatrechtlichen Kaufvertrag ist im Hinblick auf den mit dem Landbeschaffungsgesetz verfolgten Zweck, nämlich eine unbefristete Ausübung der Rückenteignung auszuschließen, nicht geboten. Dieser Zweck wird durch die auf den Vertrag anzuwendende Vorschrift des § 503 Satz 1 BGB gewahrt. Danach kann das Wiederkaufsrecht bei Grundstücken nur bis zum Ablauf von 30 Jahren ausgeübt werden.

Für eine konkludente vertragliche Vereinbarung mit dem Inhalt, dass die in § 57 Abs. 2 LBG normierte Fristenregelung auch für das vertragliche Wiederkaufsrecht gelten solle, fehlen jegliche Anhaltspunkte.

2. Gleichwohl konnte der Kläger das vertraglich vereinbarte Wiederkaufsrecht nach dem 30. Juni 1994 (Freigabe durch den Bundesverteidigungsminister) nicht mehr wirksam ausüben, weil das Wiederkaufsrecht gemäß § 503 Satz 1 BGB nur innerhalb von 30 Jahren nach Abschluss des Kaufvertrages vom 10. November 1958, mithin bis zum 30. November 1988, ausgeübt werden konnte.

Die 30-jährige Ausschlussfrist des § 503 Satz 1 BGB beginnt in der Regel mit der Vereinbarung des Wiederkaufsvorbehaltes. Damit wäre die Ausschlussfrist am 10. November 1988 abgelaufen. Wie sich aus § 503 Satz 2 BGB ergibt, ist die gesetzliche 30-jährige Frist jedoch nicht zwingend. Sie kann vielmehr durch eine kürzere oder längere vertragliche Frist ersetzt werden. Das ist in § 10 des Kaufvertrages vom 10. November 1958 (Urk.-Nr. 56/58) jedoch nicht geschehen. Die Parteien haben vielmehr lediglich den Beginn der Ausschlussfrist auf einen anderen Zeitpunkt verschoben, nämlich auf den Zeitpunkt der Mitteilung des Bundesministers für Verteidigung, dass das Grundstück nicht mehr zu militärischen Zwecken benötigt werde.

Aus der Möglichkeit, die gesetzliche Ausschlussfrist des § 503 Abs. 2 BGB zu verändern, folgt auch, dass der Beginn der gesetzlichen Frist abweichend von § 503 Satz 1 BGB auf einen anderen Zeitpunkt verschoben werden kann (BayObLG MDR 1970, 139, 140; OLG Hamburg MDR 1982, 668; OLG Schleswig DB 1998, 875). Dieser Zeitpunkt bestimmt dann grundsätzlich den Beginn der gesetzlichen 30-jährigen Frist. Allerdings darf eine solche Vereinbarung nicht dazu führen, dass sie wie ein zeitlich unbefristetes Wiederkaufsrecht wirkt. Die Vereinbarung eines zeitlich unbefristeten Wiederkaufsrechts ist nämlich unzulässig (Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl., § 503 Rn. 3; Staudinger/Mader, BGB, 13. Aufl., § 503 Rn. 2; Palandt/Heinrichs, BGB, 58. Aufl., § 503 Rn. 4; OLG Düsseldorf Rpfleger 1966, 258). Eine solche einem unbefristeten Wiederkaufsrecht gleichkommende Vereinbarung würde den Wiederkaufsverpflichteten auf unbegrenzte Zeit der Ungewissheit aussetzen. Sie würde nicht nur gegen den in § 137 BGB zum Ausdruck kommenden Rechtsgedanken verstoßen (Staudinger/Mader, a.a.O. § 503 Rn. 2), sondern sie würde auch den Zweck der Vorschrift des § 503 BGB vereiteln, die Möglichkeit einer Rückübertragung der Sache mit den durch sie ausgelösten Wert- und Verwendungsersatzansprüchen, Beseitigungspflichten und Wegnahmerechten nicht zu lange in der Schwebe zu halten. Im Hinblick auf die gesetzliche Regelung und den damit verfolgten Zweck müssen Parteivereinbarungen hinsichtlich der Ausübungsfrist des Wiederkaufsrechts einen festen Endtermin, mithin eine Befristung i.S.d. § 163 BGB, enthalten. Es bestehen daher keine Bedenken, den Lauf der 30-jährigen Frist von einem nur der Zeit nach ungewissen, aber gewiss eintretenden bestimmten Ereignis abhängig zu machen, wie z.B. vom Tod des Käufers (BayObLG MDR 1970, 139). Beim Abstellen auf ein nur der Zeit nach ungewiss eintretendes Ereignis ist das Wiederkaufsrecht bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung in jedem Fall befristet. Der mit der Ausschlussfrist verfolgte Zweck bleibt gewahrt.

Eine andere Sachlage ist jedoch gegeben, wenn für den Beginn der 30-jährigen Frist eine aufschiebende Bedingung vereinbart wird, die auf ein Ereignis abstellt, dessen Eintritt ungewiss ist, bei dem also nicht feststeht, ob es überhaupt eintreten wird. Eine solche Vereinbarung über den Beginn der 30-jährigen Ausübungsfrist führt im Ergebnis dazu, dass das Wiederkaufsrecht praktisch unbefristet wird. Wiederkaufsrechte, die von derartigen aufschiebenden Bedingungen abhängig gemacht werden, müssen daher notwendigerweise einen festen Endtermin enthalten (Soergel/Huber, a.a.O. § 503 Abs. 3 a.E.; Palandt/Heinrichs, a.a.O. § 503 Rn. 4).

Bei der von den Parteien getroffenen Vereinbarung über den Beginn der Wiederkaufsfrist handelt es sich um eine aufschiebende Bedingung, die auf den Eintritt eines völlig

ungewissen Ereignisses (Freigabe des Grundstücks wegen Wegfall des Nutzungszweckes) abstellt. Bei der im Jahre 1958 getroffenen Vereinbarung war es völlig ungewiss, ob jemals und wann ggfs. der Bundesminister für Verteidigung feststellen werde, das Grundstück werde für militärische Zwecke nicht mehr benutzt. Die Vereinbarung der Parteien lief praktisch auf ein vollkommen unbefristetes Wiederkaufsrecht hinaus, das ewig hätte wahren können.

Eine solche Vereinbarung, die einem unbefristeten Wiederkaufsrecht entspricht oder jedenfalls nahekommt, ist jedoch unzulässig (Soergel/Huber, a.a.O., § 503 Rn. 3). Es gilt dann die gesetzliche Fristbestimmung des § 503 Satz 1 BGB. Die 30-jährige Ausschlussfrist endete mithin im November 1988, so dass der Kläger im zweiten Halbjahr 1994 nicht mehr das Wiederkaufsrecht hat ausüben können.

Dem Kläger steht mithin kein Anspruch auf Übereignung des Grundstücks zu.“

#### IV. Kritik

Das Urteil überzeugt nicht. Zwar ist dem Gericht zuzustimmen, dass die in § 57 Abs. 2 LBG angeordnete 30-jährige Frist auf das vertraglich vereinbarte Wiederkaufsrecht keine Anwendung finden kann. Dies aber nicht, weil für den zu beurteilenden Fall die in § 462 Satz 1 BGB<sup>3</sup> vorgesehene 30-jährige Frist einschlägig wäre, sondern vielmehr weil die Voraussetzungen für eine Analogie nicht gegeben sind. Die analoge Anwendung einer Rechtsnorm setzt zunächst Vergleichbarkeit des Tatbestandes der Norm und der vom Gesetz nicht geregelten Lebenssachverhalte, für welche die Norm analog gelten soll, voraus. § 57 LBG, die Rückenteignung, knüpft an eine frühere Enteignung, einen Hoheitsakt, an. Ein solcher ist bei einem Wiederkauf gerade nicht gegeben. Das Wiederkaufsrecht gründet sich vielmehr auf ein privatrechtliches Rechtsgeschäft. Vergleichbarkeit liegt also nicht vor. Eine analoge Anwendung des § 57 Abs. 2 LBG scheidet schon aus diesem Grunde aus.

Maßgeblich ist damit, ob das 1958 vereinbarte Wiederkaufsrecht im Jahr 1994, als der Bundesverteidigungsminister das Grundstück freigab, nach § 462 Satz 1 BGB oder aber nach allgemeinen gesetzlichen Normen für Fristen und aufschiebende Bedingungen erloschen war. Die erste Frage (Verfristung nach § 462 Satz 1?) hat das Gericht geprüft. Da es diese erste Frage bejahte, hatte es aus seiner Sicht folgerichtig auf die zweite Frage (Erlöschen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen?) nicht mehr einzugehen.

Eine Verfristung nach § 462 Satz 1 BGB kann jedoch nicht angenommen werden. Darüber hinaus ist auch ein Erlöschen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen, aus allgemeinen gesetzlichen Schranken für Rechtsverhältnisse von sehr langer Dauer, nicht gegeben.

Die Anwendung des § 462 Satz 1 BGB, die 30-jährige Frist, auf das aufschiebend bedingte Wiederkaufsrecht versucht das Gericht kumulativ auf drei Prämissen zu gründen:

a) das geltende Recht lasse unbefristete Wiederkaufsrechte nicht zu,

b) aufschiebend bedingte Wiederkaufsrechte, bei denen nicht von vornherein ein Endtermin für den Eintritt der Bedingung feststehe, seien unbefristeten Wiederkaufsrechten gleichgestellt, und

c) die Freigabe des Grundstücks durch den Bundesverteidigungsminister wegen Wegfalls des militärischen Nutzungszweckes sei aus der Sicht des Jahres 1958 als ein völlig ungewisses Ereignis zu betrachten.

Im folgenden gilt es zu diesen drei Prämissen Stellung zu nehmen, und da der Verfasser zu dem Ergebnis kommt, dass sie das Urteil nicht tragen, die allgemeinen zeitlichen Schranken für aufschiebend bedingte Wiederkaufsrechte aufzuzeigen.

#### 1. Zur ersten Prämisse: Das Gesetz lasse unbefristete Wiederkaufsrechte nicht zu.

Gegen die Zulässigkeit eines unbefristeten Wiederkaufsrechts spricht schon der Wortlaut des § 462. Nach Satz 1 dieser Norm ist das Wiederkaufsrecht bei Grundstücken auf 30 Jahre beschränkt, bei beweglichen Sachen auf drei Jahre. Satz 2 der Norm lässt andere Fristen zu. Von der Möglichkeit des Absehens von einer Frist spricht das Gesetz nicht. Der Ausschluss jeglicher Frist kommt aber der Vereinbarung einer anderen Frist nicht gleich. Er kann deshalb nicht unter das Merkmal der anderen Frist gebracht werden. Unbefristete Wiederkaufsrechte sind folglich schon nach der grammatikalischen Auslegung ausgeschlossen.

Entschieden gegen die Zulässigkeit eines unbefristeten Wiederkaufsrechts spricht außerdem die historische Auslegung. Nachdem die ersten Entwürfe zum BGB keine zeitliche Begrenzung vorgesehen hatten, setzte sich dann in der II. Kommission die Überzeugung durch, dass eine solche unerlässlich sei.<sup>4</sup>

Fehl geht freilich der Hinweis auf den in § 137 BGB artikulierten Rechtsgedanken.<sup>5</sup> Denn § 137 verbietet zwar in seinem Satz 1 das rechtsgeschäftlich vereinbarte, dinglich wirkende Verfügungsverbot. § 137 Satz 2 läßt jedoch die (schuldrechtliche) Verpflichtung, nicht zu verfügen, ausdrücklich zu.

Der ersten Prämisse des Gerichts, das Gesetz untersage zeitlich unbefristete Wiederkaufsrechte, ist also zuzustimmen.

#### 2. Zur zweiten Prämisse: Die zeitlichen Schranken des aufschiebend bedingten Wiederkaufsrechts

Der zweiten Prämisse des Gerichts, wonach aufschiebend bedingte Wiederkaufsrechte, bei denen nicht von vornherein ein Endtermin für den Bedingungseintritt feststeht, unbefristeten Wiederkaufsrechten gleichgestellt sein sollen, ist nicht ohne weiteres und nicht in vollem Umfang zu folgen.

Eine aufschiebende Bedingung ist die durch den Parteiwillen in ein Rechtsgeschäft eingefügte Bestimmung, die den Eintritt der Rechtswirkungen von einem zukünftigen ungewissen Ereignis abhängig macht.<sup>6</sup> Auch dieses Ereignis wird vom Gesetz als Bedingung bezeichnet.<sup>7</sup> Das bedingte Rechtsgeschäft ist tatbestandlich vollendet und voll gültig, nur seine Rechtswirkungen sind bis zum Eintritt oder Ausfall der Bedingung in der Schwebe.<sup>8</sup>

<sup>3</sup> § 462 nach der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Jan. 2002. Soweit das Urteil besprochen wird, ist die neue Paragraphenfolge genannt, soweit es zitiert wird, die alte Paragraphenfolge. (§ 462 neu = § 503 alt).

<sup>4</sup> Mader in Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, 1995, § 503 Rn. 1; Huber in Soergel, BGB, 12. Aufl., 1991, § 503 Rn. 1.

<sup>5</sup> So aber Mader in Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, 1995, § 503 Rn. 2.

<sup>6</sup> Heinrichs in Palandt, BGB, 62. Aufl., 2003, Vor § 158 Rn. 1.

<sup>7</sup> § 158 BGB „Eintritt der Bedingung“.

<sup>8</sup> Heinrichs in Palandt, BGB, 62. Aufl., 2003, Vor § 158 Rn. 8.

Der Wortlaut des Gesetzes, seine Entstehungsgeschichte und auch seine Systematik geben für die Annahme, dass aufschiebend bedingte Wiederkaufsrechte, die nicht von vornherein unter einem Endtermin für den Bedingungseintritt stehen, unbefristeten Wiederkaufsrechten gleichgestellt sein sollen, nichts her. Es stellt sich aber die Frage, ob aus dem Sinn und Zweck des § 462 diese zweite Ausgangsüberlegung des Gerichts abgeleitet werden kann. Denn ein Wiederkaufsrecht setzt bis zu seiner Ausübung den Wiederverkäufer (= Wiederverkaufsverpflichteten) der Ungewissheit aus, ob von ihm die (Wiederverkaufs-)Sache zurückverlangt wird. Er ist bis zu diesem Zeitpunkt in seinen wirtschaftlichen Dispositionsmöglichkeiten eingeschränkt und hat sich bis dahin leistungsfähig zu halten. Bei einem befristeten Wiederkaufsrecht – wie § 462 es vorsieht – kommt dieser lästige Zustand dagegen mit dem Auslaufen der Frist zu seinem Ende.

#### **a) Beginn der Ausübungsfrist beim aufschiebend bedingten Wiederkaufsrecht**

Zu erörtern ist zunächst, ob bei der Vereinbarung eines aufschiebend bedingten Wiederkaufsrechts eine Ausübungsfrist bereits mit dem Abschluss des Kaufvertrags (der den Wiederkaufsvorbehalt enthält) zu laufen beginnt oder ob die Frist erst mit dem Eintritt der Bedingung einsetzt. Würde Ersteres zutreffen, so wäre der Verpflichtete aus einem aufschiebend bedingten Wiederkaufsrecht durch § 462 nicht weniger geschützt als der Verpflichtete aus einem unbedingten. Da aber § 462 Satz 2 zu den Fristen des Satzes 1 abweichende Vereinbarungen zulässt, eröffnet das Gesetz auch die Möglichkeit, den Lauf der Frist erst mit Eintritt der Bedingung beginnen zu lassen. Knüpfen die Vertragsparteien das Wiederkaufsrecht an ein in der Zukunft liegendes, ungewisses Ereignis, so entspricht es regelmäßig auch ihrem Willen, dass die Frist erst mit diesem Ereignis beginnen soll. Bei einem aufschiebend bedingten Wiederkaufsrecht beginnt die Ausübungsfrist also, sofern nicht etwas anderes vereinbart ist, erst mit dem Bedingungseintritt zu laufen.

#### **b) Unzulässigkeit eines völlig unbefristeten Wiederkaufsrechts**

Ein aufschiebend bedingtes Wiederkaufsrecht, bei dem kein Endzeitpunkt für den Bedingungseintritt besteht, könnte damit begrifflich bis in alle Zukunft gehen, denn die Bedingung kann rein gedanklich noch in der entferntesten Zeit eintreten. Die Einschränkungen des Käufers (= potentiellen Wiederverkäufers) aus den Bindungen des eingegangenen Wiederkaufsrechts könnten folglich zeitlich völlig unbefristet sein. Dass das bürgerliche Recht eine solche Verbindlichkeit und die mit ihr verbundene Einschränkung der persönlichen Freiheit nicht zulassen kann, ist offensichtlich.

An diesem vorerst erlangten Befund kann die Tatsache, dass das BGB in den §§ 158 ff. Bedingungen nicht allgemein unter eine Frist stellt, nichts ändern. Auch die im Erbrecht angeordneten zeitlichen Schranken in § 2109 (Eintritt der Nacherbfolge), § 2162 f. (bedingtes Vermächtnis) und § 2210 (Dauertestamentsvollstreckung) erheischen kein anderes Ergebnis. Diese Einschränkungen in der Testierfreiheit wollen die Erben vor einem unbedachten oder auch einem allzu herrschsüchtigen Erblasser schützen. Sie sind keine Ausnahmetatbestände zu einem in den §§ 158 ff. angeordneten und durch Umkehrschluss zu ermittelnden Grundsatz, dass das BGB Bedingungen zeitlich nicht begrenzen würde. Das BGB macht zur zeitlichen Grenze von Bedingungen generell

vielmehr keine Aussage. Die im Erbrecht angeordneten Schranken für Bedingungen sind als Ausdruck eines Prinzips zu verstehen, wonach über rechtsgeschäftliche Vereinbarungen die von der Rechtsordnung gewährten Freiheitsrechte und die mit diesen verbundene freiheitliche Wirtschaftsordnung nicht unterlaufen werden dürfen. Die im Erbrecht vorgegebenen konkreten Fristen dienen der Rechtssicherheit und implizieren keinesfalls, dass Bedingungen ansonsten völlig beliebig vereinbar (bzw. in einem Testament auferlegbar) wären.

Dieses Ergebnis wird erhärtet durch die zwingenden ordentlichen Kündigungsnormen für die auf sehr lange Zeit eingegangenen Dauerschuldverhältnisse (z.B. § 567 Mietvertrag über mehr als 30 Jahre, § 624 Dienstvertrag über mehr als fünf Jahre). Auch diese Kündigungsnormen sind Manifestation des allgemeinen Prinzips, dass das Zivilrecht mit seinen Gestaltungsmöglichkeiten unverhältnismäßige und dem Gedanken der persönlichen Freiheit widersprechende Bindungen nicht gestatten kann.

#### **c) Die zeitlichen Schranken des aufschiebend bedingten Wiederkaufsrechts**

Die vom Oberlandesgericht Schleswig vorgenommene Anwendung des § 462 erscheint in hohem Maße fragwürdig. Über § 462 ist zwar zu einer zeitlichen Beschränkung des Wiederkaufsrechts zu kommen, so dass dem Gebot des Erhalts der persönlichen Freiheit des Wiederverkaufsverpflichteten und des Erhalts der freien Verfügbarkeit über die Wirtschaftsgüter genügt sein könnte. Gleichwohl erscheint diese starre Frist zu schematisch und dem Einzelfall oftmals nicht gerecht werdend.

Bevor unter Ziff. (3) nach der Methode der ergänzenden Vertragsauslegung eine auf die individuellen Verhältnisse abgestimmte zeitliche Beschränkung hergeleitet wird, die ein Abstellen auf § 462 ausschließt, soll auf zwei Besonderheiten des Falls, die dem Kautelarjuristen ins Auge springen und deren Prüfung sich geradezu aufdrängen, eingegangen werden: die inhaltlich unzulängliche Vertragsurkunde aus dem Jahr 1958 und der nicht von vornherein abwegige Verdacht, dass seinerzeit bei den Vertragsparteien unterschiedliche Vorstellungen über die Zeit der Bindung aus der Wiederkaufsklausel bestanden.

##### **(1) Zur Vertragsniederschrift**

Es ist davon auszugehen, dass die Vertragsparteien im Jahr 1958 eine von Anfang an nach Jahren festgelegte Frist ausdrücklich nicht wollten, diese Willensrichtung infolge der Aufnahme der Bedingung als selbstverständlich geäußert erachteten und deshalb keine Bestimmung über den Beginn und die Dauer einer Frist in der Vertragsurkunde verlangten. Der Wiederkaufsfall sollte vielmehr nur, aber auch in jeder Hinsicht, vom Ende der militärischen Nutzung abhängen.

Da diesen übereinstimmenden Willensentschluss die Urkunde nicht eindeutig wiedergibt, war es unzweifelhaft geboten, dass die Urkundsperson – die von der jetzt beklagten Bundesfinanzverwaltung gestellt wurde – über diese Mehrdeutigkeit aufklärte und auf einen unmissverständlichen Text, d.h. unmissverständliche Erklärungen, für ihre Niederschrift drängte.

Diese Unzulänglichkeit in der Formulierung kann nur zu Lasten der Bundesfinanzverwaltung gehen, die die Klausel seinerzeit vorgegeben und immer wieder verwendet hat. Keinesfalls kann der unzulängliche Wortlaut den Verkäufer, den Kläger, treffen, der mit der Bestimmung nur ein einziges mal angegangen wurde.

Die gesetzliche 30-jährige Frist ab Vorbehalt des Wiederkaufs ist also durch die Benennung des Ereignisses, das den Wiederkaufsfall auslösen sollte, ausdrücklich abgedungen worden. Eine Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts konnte nach der Vertragsurkunde erst mit Ende der militärischen Nutzung zu laufen beginnen.<sup>9</sup>

(2) Unterschiedliche Vorstellungen über die Bindungszeit aus dem Wiederkaufsrecht?

Hätte die Bundesfinanzverwaltung im Jahr 1958 eine 30-jährige Frist für das Wiederkaufsrecht gewollt, so wäre bei dem Vertrag sogar ein Einigungsmangel anzunehmen. Denn es kann in keinsten Weise angenommen werden, dass z.B. ein Gutsbesitzer, der von dem ererbten Familiengut, oder z.B. ein kirchlicher Orden,<sup>10</sup> der von seinem seit Jahrhunderten angestammten Besitz Flächen für militärische Zwecke abgeben musste, sich mit der 30-jährigen Frist begnügen, zumal das Gesetz ausdrücklich längere Fristen ermöglicht. Nichts anderes kann aber für den Kläger gelten. Es sind keinerlei Gründe ersichtlich, warum sich dieser mit einer kürzeren Frist sollte abfinden müssen.

Bestünde insoweit ein Einigungsmangel, so wäre nach § 155 BGB der gesamte Vertrag des Jahres 1958 als ungültig anzusehen, wenn man nicht davon ausgehen könnte, dass ihn der damalige Verkäufer auch ohne das Wiederkaufsrecht für den Fall der Aufgabe des Militärzwecks abgeschlossen hätte. Ein Vertragsschluss ohne jegliches Wiederkaufsrecht hätte aber noch weniger im Interesse des Verkäufers gelegen, als ein auf 30 Jahre ausbedungenes Wiederkaufsrecht. Damit wäre Ungültigkeit des gesamten (schuldrechtlichen) Grundstücksgeschäfts des Jahres 1958 anzunehmen. Die Folge wäre, dass die Auflassung und die Eigentumsumschreibung im Grundbuch ohne Rechtsgrund erfolgt wären und der Verkäufer, der jetzige Kläger, das Grundstück vor Ablauf der 30-jährigen Verjährungsfrist nach Bereicherungsrecht hätte zurückfordern können. Dies wäre z.B. in einem kurz nach 1958 angestregten Rückforderungsprozess ein völlig unbefriedigendes Ergebnis gewesen.

Von der Wirksamkeit des 1958 geschlossenen Vertrages muss also ausgegangen werden. Ferner ist davon auszugehen, dass eine Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts erst mit Eintritt des Wiederkaufsfalles, d.h. mit der Aufgabe der militärischen Nutzung, zu laufen beginnen sollte, selbst wenn mit diesem Ereignis aus der Sicht des Jahres 1958 zeitlich erst weit nach den 30 Jahren des § 462 Satz 1 zu rechnen war.

(3) Die Lücke in der Wiederkaufsvereinbarung von 1958 und ihre Schließung

Nachdem feststeht, dass das aufschiebend bedingte Wiederkaufsrecht im Jahre 1958 wirksam vereinbart worden ist, aufschiebend bedingte Wiederkaufsrechte einer Frist unterliegen müssen und dass die Fristregelung des § 462 Satz 1 auf keinen Fall mit der Maßgabe angewendet werden

kann, dass die Frist bereits mit dem Vertragsschluss im Jahr 1958 zu laufen begonnen hätte, ist festzustellen, dass die Wiederkaufsvereinbarung, was die Dauer der Frist angeht, eine Lücke enthält, die es zu schließen gilt. Für die Lückenschließung kommt die ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, die nachfolgend ((a)) zu erörtern ist. Des weiteren sollen zwei weitere Institute kurz angesprochen werden, die für ein sachgerechtes Ergebnis zunächst ebenfalls geeignet erscheinen: die Vertragsanpassung infolge Störung der Geschäftsgrundlage, ((b)), und das Institut der Verwirkung ((c)).

(a) Ergänzende Vertragsauslegung

Zur ergänzenden Vertragsauslegung kommt es, wenn ein Vertrag, bewusst oder unbewusst, unvollständig geblieben ist.<sup>11</sup> Es gilt das unvollständige Regelungsgefüge um Inhalte zu erweitern und den Sinn des Rechtsgeschäfts mit seinen jeweiligen Besonderheiten zu entfalten.<sup>12</sup> Maßgeblich ist der objektivierte mutmaßliche Wille.<sup>13</sup> Dispositives Recht, das typische Sachrichtigkeit intendiert, tritt hinter den hypothetischen Parteiwillen zurück, wenn sich in der ergänzenden Vertragsauslegung die ausgleichende Vertragsgerechtigkeit stärker konkretisiert oder wenn die Vertragspartner die gesetzliche Regelung übereinstimmend ablehnten.<sup>14</sup>

Die 1958 vereinbarte Wiederkaufsklausel erweist sich als unvollständig für den Fall, dass das Grundstück über sehr lange Zeit hinweg, z.B. mehrere hundert Jahre lang, Militärfäche geblieben wäre. Dann hätte der Verkäufer des Jahres 1958 (bzw. seine Rechtsnachfolger) bei Aufgabe der militärischen Nutzung die Rückübereignung sicherlich nicht mehr verlangen dürfen. Die Frist ist dabei kürzer zu bemessen, wenn Wiederkaufsberechtigter eine natürliche Person ist und auch nicht ein schon seit vielen Jahrhunderten bestehender Familienbesitz (z.B. ein ehemaliger Fideikommiss, der inzwischen der mehrfachen Nacherbfolge unterliegt) betroffen ist, als wenn es sich um eine Gebietskörperschaft, z.B. eine Gemeinde oder ein Land, oder eine kirchliche Körperschaft handelt. Denn letztere Rechtsträger denken, was ihre wichtigen Grundstücke angeht, in langen, oftmals viele Generationen umspannenden Zeiträumen, wogegen die Einzelperson den Bestand ihres Grundbesitzes an ihren persönlichen Bedürfnissen und am Fortkommen in ihrem Erwerb orientiert.

Für einen grundsätzlich langfristigen Bestand des Wiederkaufsrechts spricht, dass das betroffene Grundstück, solange es militärischen Zwecken diente, dem Bund für rechtsgeschäftliche Verfügungen nicht zur Verwendung stand und im Falle der Ausübung des Wiederkaufsrechts der aktuelle Verkehrswert als Kaufpreis zu zahlen war, so dass die sich aus den §§ 457 ff. ergebenden Einschränkungen des Wiederkaufsverpflichteten vor Eintritt des Wiederkaufsfalles nicht zum Tragen kommen konnten.<sup>15</sup> Der Wieder-

<sup>9</sup> Die weitere inhaltliche Unzulänglichkeit des vereinbarten Wiederkaufsrechts, die darin liegt, dass – nach dem Wortlaut der Klausel – nach Eintritt des Wiederkaufsfalles dem Wiederkaufsberechtigten eine Frist von 30 (dreißig) Jahren verbleibt für die Ausübung seines Rechts, ist bei Fußnote 17 in Grundzügen erörtert.

<sup>10</sup> Gutsbesitzer, die sich als einzelnes Glied in einer langen Familientradition verstehen, und kirchliche Orden denken in großen Zeiträumen. Rechtsentwicklungen und Rechtsverhältnisse in Bezug auf ihr Grundeigentum, die über eine größere Anzahl von Generationen gehen (d.h. über eine größere Anzahl von Zeitspannen zu jeweils 30 Jahren), sind für sie oft selbstverständlich.

<sup>11</sup> Roth in Staudinger, BGB, 13. Bearbeitung, 1996, § 157 Rn. 17; Grunewald (bis zur 3. Aufl. Gernhuber), Bürgerliches Recht, 5. Aufl., 2002, § 2 Rn. 6; Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1991, § 2 III 4 a.

<sup>12</sup> Gernhuber und Grunewald, a.a.O. (Fn. 7).

<sup>13</sup> BGHZ 9, 273, 278. Roth in Staudinger, BGB, 13. Bearb., 1996, § 157 Rn. 17.

<sup>14</sup> Roth in Staudinger, BGB, 13. Bearb., 1996, § 157 Rn. 24; Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1991, § 2 IV 3 b.

<sup>15</sup> Es wird hier unterstellt, dass Planungsgewinne nicht im Raum stehen. Der Frage, ob durch einen vom aktuellen Verkehrswert abweichenden Wiederkaufspreis bei einem lange aufgeschobenen Wiederkauf Planungs- und Inflationsgewinne zum Wiederkäufer (und Alteigentümer) gebracht werden können, soll hier nicht nachgegangen werden. Dass die Bestimmung zum Wiederkaufspreis in dem vom OLG Schleswig zu beurteilenden Fall wenig geglückt war, bedarf keiner näheren Ausführung. Sie hätte beträchtliche Interpretationsprobleme aufgeworfen, wenn das Gericht nicht zur Verfristung des Wiederkaufsrechts gekommen wäre.

kaufsverpflichtete war vor dem Eintritt des Wiederkaufsfalles geradezu gar nicht beeinträchtigt. Dass die gesetzliche Frist des § 462 Satz 1 von 30 Jahren, beginnend mit dem Vorbehalt des Wiederkaufs, abbedungen wurde, ist bereits ausgeführt.<sup>16</sup> Nach nur 36 Jahren konnte die Frist für das Bestehen des Wiederkaufsrechts noch nicht ausgelaufen sein. Ein Parteiwille, der dahin gegangen wäre, ist nicht zu unterstellen. Er würde den berechtigten Interessen beider Parteien nicht gerecht werden. Die in der Klausel angelegte Lücke kam für die Verhältnisse wie sie eingetreten sind – Aufgabe der militärischen Nutzung 1994 – folglich überhaupt nicht zum Tragen. Der Wiederkaufsfall ist zweifelsfrei vor dem Ende der Frist eingetreten, die bei der ergänzenden Vertragsauslegung zu ermitteln wäre. Einer ergänzenden Vertragsauslegung bedarf es bei den realiter eingetretenen Verhältnissen also gar nicht.<sup>17</sup>

Hätte sich die Aufgabe der militärischen Nutzung weit länger, etwa über 100 Jahre hinausgezögert, so hätte die (positive) Anwendung des Instruments der ergänzenden Vertragsauslegung zu einem gerechten und ausgewogenen Ergebnis geführt. Die in der Wiederkaufsklausel enthaltene Lücke wäre zum Tragen gekommen und auszufüllen gewesen. Die Frist wäre also durch Ermittlung des hypothetischen Willens festzustellen gewesen. Hätte der Wiederkaufsberechtigte versucht, nach der Beendigung der militärischen Nutzung, die jetzt überaus lange gedauert hätte, sein Recht geltend zu machen, so wäre zu erkennen gewesen, dass das Wiederkaufsrecht bereits vor Aufgabe des militärischen Nutzungszwecks erloschen war und das (vertraglich vereinbarte) Wiederkaufsrecht ins Leere ging. Hätte die Bundesfinanzverwaltung eine Bewilligung zur grundbuchlichen Löschung der Eigentumsvermerkung verlangt (vor Aufgabe dieser sehr langandauernden militärischen Nutzung), so wäre ebenfalls zu erkennen gewesen, dass der Endtermin des Wiederkaufsrechts bereits abgelaufen gewesen wäre, dem Lösungsbegehren hätte stattgegeben werden müssen.

Die Frist, die in der Wiederkaufsklausel fehlt, wäre gemäß des ansonsten in der Wiederkaufsklausel enthaltenen Regelungsplans unter Berücksichtigung von Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu bestimmen gewesen.<sup>18</sup> Was die in der Wiederkaufsklausel objektivierte Regelung angeht, so wären insbesondere die schon angesprochenen Tatsachen zu berücksichtigen gewesen, dass sich für den Wiederkaufsverpflichteten aus dem Wiederkaufsrecht vor Eintritt des Wiederkaufsfalles keine Einschränkungen in seiner wirtschaftlichen Handlungsfreiheit ergeben konnten<sup>19</sup> und dass der Wiederkaufs-

preis sich nach dem vollen, aktuellen Verkehrswert richten sollte. Von einem weit hinausgeschobenen Endtermin des Wiederkaufsrechts wäre also auszugehen gewesen.

(b) Zur Vertragsanpassung infolge Störung der Geschäftsgrundlage

Die Lehre von der Störung der Geschäftsgrundlage<sup>20</sup> greift ein, wenn die Lebensrealität in deren Rahmen der Vertrag seine Wirkungen entfalten soll, sich geändert hat.<sup>21</sup> Da die Geschäftsgrundlage nur Umstände betrifft, die außerhalb des Vertragsinhalts liegen, kommt die Anwendung dieses Instituts nur in Frage, wenn der Vertrag nicht bereits selbst zu der veränderten Situation eine Regelung enthält.<sup>22</sup> Zu einer solchen vertragsimmanenten Regelung zählt auch diejenige, die durch ergänzende Vertragsauslegung zu ermitteln ist.<sup>23</sup> Da im Fall des OLG Schleswig bereits durch eigentliche und ergänzende Vertragsauslegung ein sachgerechtes Ergebnis herleitbar ist,<sup>24</sup> besteht für eine Vertragsanpassung wegen Störung der Geschäftsgrundlage kein Bedürfnis. Sie würde im übrigen – wie es auch schon für die ergänzende Vertragsauslegung festzustellen war – nicht durchgreifen, weil die Aufgabe der militärischen Nutzung durchaus noch in einem Zeitrahmen gelegen hat, der auch den vor- und außervertraglichen Absichten beider Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses entspricht, wie sie sich in der Wiederkaufsklausel manifestiert haben.

(c) Zur Verwirkung

Verwirkung tritt ein nach Ablauf einer (einzelfallabhängigen) Zeitspanne, die einen Vertrauenstatbestand schafft, d.h. beim an und für sich Verpflichteten zu Recht die Überzeugung begründet, der Rechtsinhaber werde sein Recht nicht mehr ausüben.<sup>25</sup> Voraussetzung einer Verwirkung ist also zunächst, dass das Recht überhaupt besteht. Im zu beurteilenden Fall bestand aber – in der Zeit, in der es zu einer Verwirkung hätte kommen können – noch gar kein Recht, weil der Wiederkaufsfall, die Bedingung, noch gar nicht eingetreten war. Es konnte also gar nicht zu der Situation kommen, dass der Berechtigte über längere Zeit hinweg sein durchsetzbares Recht nicht geltend machte. Für eine Rechtsverwirkung besteht also keinerlei Raum.

(4) Die Ambivalenz von Generalklauseln und unbestimmten Begriffen

Die hier erörterten – und bei der ergänzenden Vertragsauslegung auch zur Anwendung gebrachten – unbestimmten Begriffe und Generalklauseln mögen denen missfallen, die den Gedanken der Rechtssicherheit betonen. Unbestimmte Begriffe und Generalklauseln sind fast immer ambivalent. Aber ohne unbestimmte Begriffe und Generalklauseln lässt sich den jeweiligen Besonderheiten eines künftigen Einzelfalles, die bis zu ihrem Eintreten immer unbekannt sind, nicht gerecht werden. Darüber hinaus ist zu sehen, dass die in Generalklauseln und unbestimmten Begriffen enthaltenen

<sup>16</sup> Oben a) a.E. und (1).

<sup>17</sup> Auf die weitere Schwäche der vereinbarten Wiederkaufsklausel, die darin liegt, dass sie für die Ausübung des Wiederkaufs keine von § 462 Satz 1 abweichende Frist vorgibt, soll hier nur kurz eingegangen werden. Man denke an den Fall, dass der Wiederkaufsfall bereits Anfang der 1960-er Jahre eingetreten wäre. Hätte, um einem sachgerechten Vertrag mit einem sachgerechten Ablaufprogramm zu genügen, der Wiederkaufsberechtigte dann tatsächlich 30 Jahre Zeit haben dürfen für seine Entscheidung? Hätte er den Bund für diese lange Zeit, in der das Grundstück nicht mehr für die Aufgaben der Verteidigung gebunden war, de facto blockieren dürfen? Nach dem Wortlaut der Bestimmung hätte dem Wiederkaufsberechtigten diese Befugnis zugestanden. U.U. wäre der Rechtsgedanke der Verwirkung zu prüfen gewesen oder es hätte eine ergänzende Vertragsauslegung dahin vorgenommen werden müssen, dass die Ausübungsfrist weit unter 30 Jahren anzunehmen gewesen wäre.

<sup>18</sup> Siehe BGHZ 9, 273, 278; BGH NJW 1978, 695; Heinrichs in Palandt, BGB, 61. Aufl., 2002, § 157, Rn. 2.

<sup>19</sup> Einschränkungen zur persönlichen Freiheit kamen sowieso nicht in Betracht.

<sup>20</sup> Seit 1. Januar 2002 normiert in § 313 BGB.

<sup>21</sup> Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Auflage, 1991, § 35 IV 2.

<sup>22</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 38 Rn. 53; Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Auflage 1991, § 35 IV 3.

<sup>23</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 38 Rn. 54; Heinrichs in Palandt, BGB, 61. Aufl., 2002, § 242 Rn. 116.

<sup>24</sup> Oben, (1) und (a).

<sup>25</sup> Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl., 1997, § 16 Rn. 59 ff. Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Auflage 1991, § 18 III 2 b. Das Moment der Vertrauensgrundlage wird besonders betont von der Verwaltungsrechtsprechung, z.B. VG Mannheim NVwZ 1989, 76, 78 und NJW 1991, 2786 f.

Gebote, Verbote und Rechtsbeschränkungen nicht den subjektiven Evidenzerlebnissen des einzelnen Richters anheimgegeben sind. Der Richter ist vielmehr diesbezüglich nicht frei, sondern er unterliegt den kollektiven Wertvorstellungen seiner Zeit.<sup>26</sup> Damit ist die Anwendung der Generalklauseln und der unbestimmten Begriffe nichts anderes als eine Spiegelung der in der Gesellschaft herrschenden Vorstellungen über die anerkannten Werte. Sie tragen den Besonderheiten des Einzelfalls in besonderem Maße Rechnung. Selbstverständlich sind derartige Normen wenig geeignet für die ihrem Typ nach häufig vorkommenden Geschäfte, die innerhalb kurzer Zeit abgewickelt werden und nach an formalen Kriterien orientierter Rechtssicherheit verlangen. Bei auf sehr lange Sicht angelegten Rechtsverhältnissen, die eine Vielzahl von zunächst nicht bekannten Entwicklungsmöglichkeiten berücksichtigen müssen, sind aber nur über die unbestimmten Begriffe und Generalklauseln gerechte Ergebnisse zu erzielen.<sup>27</sup>

#### d) Wiederkaufsrechte durch andere zivilrechtliche Gestaltungen

Das Gesetz nennt ausdrücklich nur für das vorbehaltene Wiederkaufsrecht nach den §§ 456 ff. BGB eine Frist. Die gleichen wirtschaftlichen Auswirkungen und gleichen Bindungen lassen sich aber auch durch einen aufschiebend bedingten, zum ersten Kaufvertrag gegengerichteten zweiten Kaufvertrag oder aber mittels eines unbefristeten Vertragsangebots des Käufers an den Verkäufer auf Abschluss eines ebenfalls gegengerichteten Kaufvertrages, das ohne zeitliche Befristung, aber nur bei Eintritt gewisser Voraussetzungen, angenommen werden kann, erreichen.

Es kann nicht angehen, dass für diese Gestaltungen ein geringerer Schutz des Wiederverkäufers gilt. Andererseits ist für diese Konzeptionen keinesfalls der Rückgriff auf § 462 möglich,<sup>28</sup> es sei denn, seine Geltung ist – ausdrücklich oder konkludent – vereinbart. Ist bei diesen konstruktiv anderen, in ihren wirtschaftlichen Auswirkungen aber völlig gleichen Konzeptionen die Anwendung von § 462 ausgeschlossen, so erscheint es nur konsequent, wenn auf einen vom Wortlaut des § 462 nur teilweise erfassten Fall dessen Rechtsfolgen ebenfalls nicht angewendet werden.

#### e) § 462 als Ausdruck rechtlicher Prinzipien

(1) Die in § 462 enthaltenen Grundsätze

Geboten ist, sowohl für den von § 462 vollständig wie auch nur teilweise gedeckten Fall und auch für den mittels anderer Rechtsgestaltung vereinbarten Wiederkauf, die allgemeinen Rechtsgrundsätze, die stets Anwendung finden können und zu sachgerechten Ergebnissen führen, herauszuarbeiten. Hierzu ist zunächst die in § 462 Gesetz gewordene Regelung in den Blick zu nehmen.

Bei dieser Betrachtung sind in § 462 drei Prinzipien zu erkennen:

(a) Eine normative Regel: zeitlich überlange Bindungen, die mit der verfassungsmäßig garantierten persönlichen Freiheit in Widerspruch stehen oder die Freiheit des Güterverkehrs unterlaufen würden, sind unzulässig.

<sup>26</sup> Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1991, § 18 I 6; Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des BGB, 8. Aufl. 1997 § 4 Rn 11.

<sup>27</sup> Vergleiche z.B. auch das Institut der Treubindung im Gesellschaftsrecht oder die Zulässigkeit (als allgemeine Geschäftsbedingung) der einseitigen Leistungsbestimmung nach billigem Ermessen nach den §§ 315 ff. BGB bei Lebensversicherungsverträgen (Höhe der Auszahlungssumme) und lanfristigen Kreditverträgen („variabler Zins“).

<sup>28</sup> Vgl. Putzo in Palandt, BGB, 62. Aufl., 2003, § 503 Rn. 2.

(b) Das Prinzip der Privatautonomie wird in Satz 2 der Bestimmung ausdrücklich anerkannt und der Regelungsgegenstand der Norm der privatrechtlichen Bestimmung zugänglich gemacht.

(c) Zwischen dem Prinzip der Freiheitswahrung ((a)) und der eröffneten Privatautonomie ((b)) hat es zur Konkordanz zu kommen: Das Gesetz lässt andere Fristen zu; das Gesetz sagt aber nicht allgemein, dass die Parteien „etwas anderes“ vereinbaren können. Unbefristete Wiederkaufsrechte sind damit nicht möglich.

(2) Die undifferenzierte Regelung in § 462

Die bloße Festschreibung der Prinzipien und ihre undifferenzierte Metamorphose in einen gesetzlichen Tatbestand mit Rechtsfolge führt zu sachwidrigen und ungerechten Ergebnissen im Einzelfall. Die Sachlage ist eine völlig andere, ob – 1. Fall – der Wiederkaufsgegenstand während der Zeit des Bestehens des Wiederkaufsrechts de facto einer rechtsgeschäftlichen Verfügung gar nicht zugänglich ist (z.B. ein Militärgelände) und darüber hinaus der Wiederkäufer, macht er von seinem Recht Gebrauch, den Schätzwert zu bezahlen hat, so dass nach § 460 die Verantwortlichkeiten des Wiederverkäufers entfallen, oder ob – 2. Fall – der Wiederkaufsgegenstand dem Geschäftsverkehr grundsätzlich zugänglich ist, der Wiederverkaufsverpflichtete jeden Tag gemäß dem freien Belieben des Wiederkaufsberechtigten mit der Ausübung des Wiederkaufs rechnen muss und dazu hin der Wiederverkäufer auch noch beträchtlichen Verantwortlichkeiten unterliegt. Im zweiten Fall hat der Wiederverkaufsverpflichtete bei wirtschaftlicher Betrachtung mehr die Stellung eines Nießbrauchers als die eines Eigentümers und ist darüber hinaus noch völlig vom Willen des Wiederkaufsberechtigten abhängig. Zwar geht das Gesetz davon aus, dass die Parteien abweichende Vereinbarungen treffen, wenn die gesetzliche Regelung nicht sachgerecht ist. Unterbleiben aber derartige notwendige Absprachen in ausdrücklicher Form, so bleibt nichts anderes übrig, als mittels ergänzender Vertragsauslegung, die hier dem dispositiven Recht vorzuziehen ist, zu konkreter Vertragsgechtigkeit zu kommen.

(3) Ergänzende Vertragsauslegung und von § 462 nicht oder nur teilweise erfasste Fälle.

Nachdem festgestellt ist, dass § 462 die gebotenen Differenzierungen nicht enthält, die Norm einer Vielzahl von Falllagen deshalb nicht gerecht werden kann und folglich verstärkt auf das Institut der ergänzenden Vertragsauslegung zurückgegriffen werden muss, wird offensichtlich, dass § 462 erst recht nur zurückhaltend angewandt werden kann, wenn sein Tatbestand nur teilweise erfüllt ist oder gar – aus konstruktiver Betrachtung – eine völlig andere Gestaltung gewählt worden ist (z.B. besonderer, aufschiebend bedingter, gegengerichteter Vertrag; Angebot auf gegengerichteten Vertrag, das nur bei Eintritt bestimmter Voraussetzungen angenommen werden kann). Gleichwohl gelten stets die in § 462 zum Ausdruck gekommenen Grundgedanken – auch im Rahmen der ergänzenden Vertragsauslegung. Die in § 462 genannten Fristen sind nicht zu den Grundgedanken zu zählen. Ihre Anwendung ist deshalb nur zurückhaltend vorzunehmen.

(4) Stimmige Ergebnisse bei Akzentuierung der Grundgedanken in § 462

Die hier vorgeschlagene Auslegung und Anwendung der Grundgedanken des § 462 führt zu im Verhältnis zueinander stimmigen Ergebnissen. Bei dem vorgeschlagenen Rückgriff

auf die Grundgedanken des § 462 lassen sich unsachgemäße Ergebnisse aus der undifferenzierten Fassung des Tatbestandes des § 462 Satz 1 vermeiden. Der Anwendungsbereich des § 462 Satz 1 ist erforderlichenfalls durch teleologische Reduktion einzuschränken. Lücken in den (vertraglichen) Wiederkaufsklauseln sind mittels ergänzender Vertragsauslegung zu schließen. Die Anwendung des dispositiven Rechts in § 462 Satz 1 würde wegen seiner mangelnden Differenziertheit oft nicht zu genügender Vertragsgerechtigkeit im Einzelfall führen. Werden dagegen die Grundgedanken des § 462 Satz 1 im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung berücksichtigt – was sowohl bei einem Wiederkaufsrecht im Sinne der §§ 456 ff. wie auch bei einem anderweit konstruierten „Wiederkaufsrecht“ geschehen kann – so kommt es zu sachgerechten und stimmigen Ergebnissen.

#### f) Ertrag für die zweite Prämisse – Zusammenfassung

Der zweiten Prämisse des OLG Schleswig ist also nur eingeschränkt zuzustimmen. Bei aufschiebend bedingten Wiederkaufsrechten, die in keinerlei Art und Weise unter einen Endtermin gestellt sind, handelt es sich um unbefristete Wiederkaufsrechte. Für sie gilt nach § 462 Satz 1 grundsätzlich die Frist von drei Jahren (bei beweglichen Sachen) bzw. dreißig Jahren (bei Grundstücken). Die Fristregelung des § 462 kann abbedungen werden, ohne dass ausdrücklich eine andere Frist vereinbart wird.

Die Aufnahme einer Bedingung in die Wiederkaufsklausel impliziert, dass die gesetzliche Frist gerade nicht gelten soll. Der Wiederkaufsfall soll vielmehr nur vom Eintritt der Bedingung abhängen. Eine derartige Wiederkaufsklausel wird unzulänglich, wenn sich der Bedingungseintritt über Gebühr hinauszögert. Maßstab für die übergebührliche Verzögerung sind einmal die in § 462 niedergelegten Grundsätze, wozu die Fristen nach Satz 1 nicht gehören. Zum anderen lässt sich regelmäßig mittels ergänzender Vertragsauslegung aus der Wiederkaufsklausel selbst entnehmen, wann sie zu ihrem zeitlichen Ende kommen soll. Die dispositive Regelung des § 462 Satz 1 kann beim aufschiebend bedingten Wiederkaufsrecht grundsätzlich nicht gelten, und zwar weil sie sowohl im Regelfall als ausgeschlossen zu betrachten ist wie auch weil sie im Regelfall zu weit geringerer Vertragsgerechtigkeit führt.

Eine unterschiedliche Behandlung des vom (Erst-)Verkäufer vorbehaltenen Wiederkaufsrechts nach den §§ 456 ff. und eines Wiederkaufsrechts aus anderer Rechtsgestaltung (z.B. gegengerichteter, aufschiebend bedingter Kaufvertrag; aufschiebend bedingtes Vertragsangebot zu einem gegengerichteten Kaufvertrag) erscheint mit Gerechtigkeitsgrundsätzen (Gleichbehandlungsgrundsatz) nicht vereinbar und damit nicht sachgerecht. Die hier vertretene Lösung mittels Rückgriff auf die Grundsätze des § 462 und mittels ergänzender Vertragsauslegung lässt zueinander stimmige Ergebnisse aus allen Falllagen und allen Rechtskonstruktionen zu.

Das 1958 vereinbarte Wiederkaufsrecht im Fall des OLG Schleswig konnte demgemäß im Jahre 1994, also nach nur 36 Jahren, noch nicht erloschen sein.

### 3. Zur dritten Prämisse: Der Wegfall des militärischen Nutzungszwecks sei im Jahre 1958 ein in seinem tatsächlichen Eintritt völlig unsicheres Ereignis gewesen.

Dieser Prämisse ist nicht zuzustimmen. Der Wegfall der militärischen Nutzung der Liegenschaft war im Jahr 1958 kein völlig unsicheres Ereignis, wie es die Urteilsbegründung

sieht. Im Gegenteil, mit der Aufgabe dieser Nutzung in der Zukunft war mit hoher Wahrscheinlichkeit zu rechnen.<sup>29</sup>

a) Die umfassende Wiederbewaffnung Deutschlands in den 50-er Jahren und auch die reichliche Gründung von Militäreinrichtungen der Alliierten zu jener Zeit in Deutschland ging auf den Ost-West-Konflikt zurück, und eine Folge des Ost-West-Konflikts war die deutsche Teilung. Ein von der Verfassung vorgegebenes Staatsziel der Bundesrepublik Deutschland war damals die Wiedererlangung der deutschen Einheit und damit war – zumindest mittelbar – auch die Überwindung des Ost-West-Konflikts ein Staatsziel. Bei der Überwindung des Ost-West-Konflikts stand aber fest, dass viele der damaligen Militäreinrichtungen überflüssig werden. Mit der Aufgabe des militärischen Nutzungszwecks war also 1958 bereits wegen der in der Verfassung angestrebten deutschen Wiedervereinigung zu rechnen.

b) Die Militärtechnik befand sich im 20. Jahrhundert in einer raschen Entwicklung. Waffen-, Abwehr- und Aufklärungssysteme wurden innerhalb relativ kurzer Zeiträume von neuen Systemen überholt. Auch unter diesem Gesichtspunkt konnte Mitte/Ende der 50-er Jahre durchaus angenommen werden, dass das Grundstück nach einer gewissen Zeit nicht mehr für die Verteidigung benötigt wird.

c) Steht somit fest, dass der militärische Nutzungszweck aus der Sicht von 1958 eines Tages unzweifelhaft entfallen wird, so fragt sich noch, ob unter wertenden Gesichtspunkten die Vereinbarung der Parteien auf ein vollkommen unbefristetes Wiederkaufsrecht hinauslief, das „ewig“ hätte wahren können.

(1) In den 50-er Jahren, die in Deutschland geprägt waren von der gerade erfolgten Überwindung einer staatlichen Gewaltherrschaft, die 1000 Jahre hatte wahren sollen, aber schon nach zwölf Jahren zu Ende ging, in denen die Auseinandersetzung zwischen der alten, auf Tradition beruhenden Staatsform, der Monarchie, und der neuen, auf dem demokratischen Prinzip aufbauenden, noch nicht abgeschlossenen war und in denen der innerhalb sehr kurzer Zeit aufgekommene „Kalte Krieg“, der Ost-West-Konflikt, jederzeit in einen aktuellen Krieg mit zuvor nie dagewesener Zerstörung umzuschlagen drohte, war nachhaltiges, an großen historischen Zeiträumen orientiertes Denken oftmals nicht verbreitet. Dies könnte dafür sprechen, dass unter wertender Betrachtung nicht ein aufschiebend bedingtes, sondern ein vielmehr für alle Zeiten (nach dem damaligen Zeitverständnis) geltendes Wiederkaufsrecht gewollt war.

(2) Das im Grundgesetz enthaltene Staatsziel der staatlichen Einheit Deutschlands spricht aber auch gegen diese Sichtweise. Denn dieses Staatsziel war nur mit einer nachhaltigen, auf lange Sicht angelegten Politik zu erreichen. Fordert aber die Rechtsordnung in ihren Grundlagen über den Staat

<sup>29</sup> Der Fall des OLG Schleswig ist auch nicht vergleichbar mit dem Besprechungsfall in DNotI-Report 2001, 61. Die Begründung im DNotI-Report, wonach im dortigen Fall Ungewissheit über den Bedingungseintritt bestehen und demzufolge die 30-jährige Frist gelten soll, geht allerdings schon im Ansatz fehl. Denn Ungewissheit über den Eintritt des künftigen Ereignisses ist gerade Voraussetzung für eine Bedingung. Besteht Sicherheit über den irgendwann einmal erfolgenden Eintritt und ist nur der Zeitpunkt ungewiss, so liegt keine Bedingung, sondern vielmehr eine Befristung vor. Wenn die Begründung im DNotI-Report von dieser allgemeinen Wortbedeutung abweichen will, so wäre dies explizit auszuführen. Ferner wäre zu erörtern, weshalb die Aufgabe der forstwirtschaftlichen Nutzung ein „ungewisses“ Ereignis in dem dort dem Wort beigelegten Wortsinn sein soll.

für das völkerrechtliche und staatsrechtliche Handeln eine längerfristige bis langfristige Denkweise, so ist es nur konsequent, wenn die gleiche Denkweise auch bei zivilrechtlichen Geschäften gefordert wird, denn auch die zivilrechtlichen Rechtsverhältnisse sind vielfach auf längere Zeiträume bezogen und damit auf Beständigkeit angelegt. Dies gilt insbesondere für die sachenrechtlichen Rechtsverhältnisse an Liegenschaften; für schuldrechtliche Rechtsverhältnisse, die sich auf Liegenschaften beziehen und in ihren Auswirkungen sachenrechtlichen Rechten in ihrer wirtschaftlichen Tragweite gleichkommen, kann nichts anderes gelten.

(3) Wie sich zivilrechtliche Rechtsverhältnisse, zu denen zumindest im weiteren Sinne auch die nicht hoheitlichen Angelegenheiten zwischen öffentlichen Trägern zu zählen sind, auf Nachhaltigkeit ausrichten, wird z.B. an den immer noch gültigen Vereinbarungen zwischen Kommunen und Kirchengemeinden deutlich, die im 19. Jahrhundert und früher, z.B. zur Unterhaltung von Kirchtürmen, eingegangen worden sind und – nach heutigem Verständnis – nur schuldrechtlichen Charakter haben.<sup>30</sup>

Eine auf Beständigkeit, Rechtsfrieden und materielle Gerechtigkeit ausgerichtete Rechtsordnung muss vom Bestand einmal begründeter Rechtsverhältnisse ausgehen. Die Nichtdurchsetzbarkeit (z.B. infolge Verjährung) oder gar Suspendierung eines Rechtsverhältnisses (z.B. infolge Verwirkung oder Erlöschens durch Zeitablauf) darf sie nur anordnen, wenn diese Veränderung mit den Zielen der Rechtsordnung in Einklang steht, vielleicht sogar nur, wenn die Veränderung geradezu gefordert ist; z.B. wenn gerichtliche Verfahren aus entsprechenden Rechtsverhältnissen unverhältnismäßige, beinahe endlose Streitigkeiten oder aber Urteile auf unsicherer Grundlage zur Folge hätten oder wenn die höherrangigen Werte der Rechtsordnung, wie die Freiheit der Person oder die Freiheit des Güteraustausches über Gebühr eingeschränkt würden.

Folglich ist auch bei einer wertenden Betrachtung das im Jahre 1958 eingegangene Wiederkaufsrecht nicht einem unbeschränkten, praktisch für die Ewigkeit eingegangenen gleichzustellen. Auch der dritten Prämisse des Gerichts ist nicht zu zustimmen.

## V. Hinweise für die Vertragsgestaltung

Die den Obergerichten zugeordnete Autorität gebietet Notaren, Justitiaren und Rechtsanwältinnen, bei der Beratung zur Gestaltung von Rechtsverhältnissen, beim Entwurf von rechtsgeschäftlichen Urkunden und bei der Belehrung in der notariellen Beurkundungsverhandlung die Rechtsprechung des OLG Schleswig zu berücksichtigen, solange diese nicht durch höchstrichterliche oder anderweitige obergerichtliche Rechtsprechung oder aber das Ergebnis eines eingehenden wissenschaftlichen Diskurses überholt ist.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Siehe dazu: Frisch, „Zur Beteiligung der bürgerlichen Gemeinden an den Kosten der Instandhaltung von Kirchtürmen in Württemberg“, VBIBW 1996, 249. Ehmer, „Wer trägt die Kosten für Kirchturm und Uhr?“, Beiträge zur Landeskunde, Regelmäßige Beilage zum Staatsanzeiger Baden-Württemberg, 1994, Heft 1 S. 9. VGH Bad.-Württ., VBIBW 1996, 257 und 259.

<sup>31</sup> Auch die Bundesfinanzverwaltung vertritt inzwischen, dass die vielen in den 1950-er Jahren von ihr eingegangenen Wiederkaufsrechte für den Fall der Aufgabe der militärischen Nutzung bei dem drastischen Abbau der Streitkräfte Anfang der 1990-er Jahre bereits verfristet waren, wogegen sie ganz allgemein bis zum Erlass des Urteils des OLG Schleswig davon ausgegangen ist, dass die Frist erst bei Aufgabe des Militärzwecks beginnen sollte.

## 1. Endtermin vorgegeben mittels einer fixen Zahl von Jahren

Der beratende Jurist wird zunächst vorschlagen, für den Eintritt des Wiederkaufsfalles einen Endtermin festzuschreiben.<sup>32</sup> Hier stellt sich aber bereits die Frage, ob dieser noch mit 100 oder gar auch noch mit 250 Jahren angenommen werden kann. Zieht man einen Vergleich mit den gängigen Laufzeiten von Erbbaurechten,<sup>33</sup> so erscheinen 100 Jahre unproblematisch, wenn – wie im Fall des OLG Schleswig – der Wiederkauf zum vollen aktuellen Verkehrswert bei Eintritt des Wiederkaufsfalles erfolgen soll und das Grundstück wegen seiner spezifischen Widmung darüber hinaus einer Verfügung durch den Wiederkaufsverpflichteten der Tat nach entzogen ist. Wird als Vergleichsmaßstab das Institut der Nacherbfolge herangezogen, das nach § 2109 Abs. 1 Satz 1 ebenfalls grundsätzlich auf 30 Jahre beschränkt ist, so erscheinen – orientiert am Ausnahmetatbestand des § 2909 Abs. 1 Satz 2 Ziff. 1 – 100 Jahre allerdings kaum zulässig. Freilich enthält der Wortlaut des § 462, was die Vereinbarung einer anderen Frist angeht, eine § 2109 Abs. 1 Satz 2 vergleichbare Beschränkung nicht.

## 2. Endtermin durch ausdrückliche Vereinbarung der Formel von der ergänzenden Vertragsauslegung

Erscheint eine Lösung mit der Vorgabe einer fixen Zahl von Jahren nicht sachgerecht, so ist daran zu denken, den spätesten Zeitpunkt für das Eintreten der Bedingung mittels der Formel zur ergänzenden Vertragsauslegung im Text der Wiederkaufsklausel zu beschreiben. Zweifellos bleibt bei diesem Vorgehen nach dem gegenwärtigen Stand von Rechtsprechung und Literatur ein gewisses Restrisiko.<sup>34</sup> Allerdings gilt im Schuldrecht der Grundsatz, dass Leistungspflichten nicht bestimmt, vielmehr nur bestimmbar sein müssen, so dass eine allgemein gehaltene Umschreibung des Endtermins für den Bedingungseintritt zulässig erscheint. Gleichwohl wird der beratende Jurist weitere Lösungswege in Erwägung ziehen.

## 3. Ersatzlösungen mittels beschränkt dinglicher Rechte

In das Blickfeld rückt deshalb auch die Bestellung eines beschränkten dinglichen Rechts, eines Erbbaurechts, eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts nach dem Wohnungseigentumsgesetz oder eines Nießbrauchs. Zu allen drei Rechten ergeben sich aber Einschränkungen in der Verwendbarkeit aus dem im Sachenrecht geltenden Typenzwang.

### a) Grenzen der Erbbaurechtslösung

Eine Erbbaurechtslösung scheidet, wie in der Einleitung bereits angesprochen, aus, wenn kein Bauwerk beabsichtigt ist. Allerdings legt die Rechtsprechung den Begriff des Bauwerks im Sinne der Erbbaurechtsverordnung weit aus, so dass sich von daher ein weiterer Anwendungsbereich für das Erbbaurecht ergibt. Nach ganz herrschender Meinung hat jede unbewegliche Sache, die durch Verwendung von Arbeit und bodenfremdem Material in fester Verbindung mit

<sup>32</sup> Darüber hinaus wird er eine Frist für die Ausübung des Wiederkaufsrechts nach Eintritt des Wiederkaufsfalles empfehlen.

<sup>33</sup> Erbbaurechte können sogar völlig unbefristet, von „ewigem“ Bestand sein. Vgl. v. Oefele, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, ErbbauVO § 1 Rn. 70.

<sup>34</sup> Denn die zeitlichen Grenzen des aufschiebend bedingten Wiederkaufsrechts können keinesfalls als geklärt angesehen werden.

dem Erdboden hergestellt ist, ein Bauwerk zum Gegenstand.<sup>35</sup> Auch komplexe Anlagen wie ein Golfplatz oder ein Campingplatz sind funktional und baulich als Bauwerk zu werten, auch wenn darin Teile enthalten sind, die als solche keinen Bauwerkscharakter haben;<sup>36</sup> ferner z.B. ausgemauerte Brunnen, Hafenanlagen, Gastanks, Schwimmbäder mit massivem Becken, Tennisplätze, festgemauerte Schießstände, ein Sportplatz mit Rasenheizung oder Kunststoffaschenbahn. Nicht dem Merkmal des Bauwerks unterfallen z.B. (nur) festgeschraubte Maschinen, Behelfsbauten (Baracken), einfache Gärten und einfache Sportplätze.<sup>37</sup>

Das Erbbaurecht muss nicht, wie dies üblicherweise geschieht, zeitlich befristet sein; „ewige“ Erbbaurechte sind zulässig.<sup>38</sup> Über die Vereinbarung eines Heimfallanspruchs und die bei seiner Ausübung zu zahlende Vergütung lässt sich nach wirtschaftlicher Betrachtung eine beträchtliche Annäherung an die an und für sich gewünschte Lösung mit aufschiebend bedingtem Wiederkaufsrecht erzielen. Nicht abdingbar sind allerdings die Vorschriften zur Schuldübernahme durch den Eigentümer nach § 33 ErbbauVO, wenn an dem Erbbaurecht Grundpfandrechte bestehen und der Eigentümer von seinem Heimfallanspruch Gebrauch macht. Über diese Schwäche der Erbbaurechtslösung vermag auch ein Beleihungsvorbehalt nach § 5 Abs. 2 ErbbauVO nicht sicher hinwegzuhelfen, denn der Eigentümer kann nach § 7 ErbbauVO seine Zustimmung nur unter engen Voraussetzungen verweigern.

Schließlich kommt, wie in der Einleitung ebenfalls bereits ausgeführt, ein Erbbaurecht nicht in Frage, wenn kein Grundstück, sondern vielmehr nur die eigentumsmäßige Sonderform des Wohnungs- und Teileigentums belastet werden soll (Fälle des Kindergartens sowie des Alten- und Pflegeheims in der Wohnungseigentumsanlage).<sup>39</sup> In diesen Fällen ist in erster Linie an das Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht zu denken.

#### **b) Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht nach dem Wohnungseigentumsgesetz**

Das Dauerwohn- und das Dauernutzungsrecht nach den §§ 31 ff. WEG können sowohl an einem Grundstück als auch an einem Wohnungs- oder Teileigentum als auch an einem Erbbaurecht bestellt werden. Vom Belastungsgegenstand her ist damit der Anwendungsbereich des Dauerwohn- und Dauernutzungsrechts umfassender als der des Erbbaurechts. Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht sind aber nur an Wohnungen und anderen Räumen in einem Gebäude möglich. Da der Begriff des Gebäudes bereits schon und darüber hinaus der Begriff des Raums in einem Gebäude nochmals enger ist als der Begriff des Bauwerks im Sinne der Erbbaurechtsverordnung, verringert sich der Anwendungsbereich des Dauerwohn- und Dauernutzungsrechts unter diesem Aspekt wieder gegenüber dem Erbbaurecht. Der Umstand, dass das Dauerwohn- und das Dauernutzungsrecht auf einen Grundstücksteil außerhalb des Gebäudes erstreckt werden können, sofern die Wohnung bzw. die sonstigen Räume wirtschaftlich die Hauptsache bleiben (§ 31 Abs. 1 Satz 2 WEG), dürfte nur selten ins Gewicht fallen.

<sup>35</sup> Vgl. v. Oefele, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, ErbbauVO § 1 Rn. 9.

<sup>36</sup> BGHZ 117, 19; v. Oefele, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, ErbbauVO § 1 Rn. 9.

<sup>37</sup> v. Oefele, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, ErbbauVO § 1 Rn. 9 ff., und Bassenge in Palandt, 61. Aufl., 2002, ErbbauVO § 1 Rn. 6, jeweils mit weiteren Beispielen und Nachweisen aus der Rechtsprechung.

<sup>38</sup> v. Oefele, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, ErbbauVO § 1 Rn. 70.

<sup>39</sup> v. Oefele, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, ErbbauVO § 1 Rn. 29.

Der praktisch tätige Kautelarjurist wird bei seinen Abwägungen zur Anwendung des Dauerwohn- und Dauernutzungsrechts auch beachten, dass dieses Rechtsinstitut wenig Verbreitung gefunden hat<sup>40</sup> und sowohl die vorsorgende Rechtspflege wie auch die Wirtschaft (z.B. Kapitalanleger, beleihende Banken, Grundstücksmakler) mit ihm wenig vertraut sind. Ist Belastungsgegenstand ein Grundstück, und soll sich das Recht auf das ganze Gebäude erstrecken, so wird der Praktiker dem vertrauteren Erbbaurecht zuneigen. Soll sich das Recht nur auf bestimmte Räume beziehen (z.B. eine Wohnung, eine Gewerbeeinheit, die Einheit eines Kindergartens oder die Einheit eines Alten- und Pflegeheims), so wird er darauf drängen, dass das gesamte Gebäude zunächst in Wohnungs- und Teileigentumsrechte (Raumeigentumsrechte) aufgeteilt wird und die Bestellung des Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts nur an der betroffenen Einheit erfolgt. In den Grundbüchern der übrigen Raumeigentumsrechte erscheint in diesem Fall das Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrecht nicht. Bei der Veräußerung oder Beleihung der anderen Einheiten ist bei dieser Gestaltung mit praktischen Schwierigkeiten aus der besonderen und unbekannteren Rechtsform nicht zu rechnen.

Vorteile des Dauerwohn- und Dauernutzungsrechts sind ihre Veräußerlich- und Vererblichkeit. Nicht möglich ist aber ihre Beleihung.<sup>41</sup> Als Ersatzlösung bietet sich deshalb an, dass der Belastungsgegenstand des Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrechts (nämlich das Grundstück, das Raumeigentumsrecht oder das Erbbaurecht) im Rang vor diesen Rechten beliehen wird; d.h. dass der Eigentümer im Interesse des Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsberechtigten ein Grundpfandrecht bestellt, wobei bei der Grundsicherung der Sicherungsvertrag besonderer Ausgestaltung bedarf.

Schließlich ist als Vorteil dieser Rechtsform noch die Möglichkeit der Vereinbarung eines Heimfallanspruchs (§ 36 WEG) zu nennen, insbesondere für den Fall, dass die vorgesehene Nutzung (z.B. als Kindergarten oder als Alten- und Pflegeheim) aufgegeben wird. Auch eine Vereinbarung über die Entschädigung für das Gebrauchmachen des Heimfallanspruchs ist mit dinglicher Wirkung möglich. Über eine derartige Bestimmung lässt sich das Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht wirtschaftlich betrachtet dem an und für sich gewollten aufschiebend bedingten Wiederkaufsrecht annähern. Die heikle Situation aus der gesetzlichen Schuldübernahme bei Grundpfandrechten – wie sie sich beim Heimfall eines Erbbaurechts ergeben kann – ist beim Dauerwohn- und beim Dauernutzungsrecht ausgeschlossen, denn an diesen kommen Grundpfandrechte schon gar nicht in Betracht.

#### **c) Nießbrauchslösung**

Der Erbbaurechtslösung zugänglich sind die Fälle, in denen ein Grundstück belastet wird und der Rechtsinhalt ein Bauwerk zum Gegenstand hat. Mit dem Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht sind lösbar die Aufgabenstellungen, in denen ein Grundstück, ein Erbbaurecht oder ein Raumeigentumsrecht belastet wird und dazukommend der Inhalt des Rechts in der Nutzung einer Gebäuderaumeinheit besteht. Übrig bleiben die Fälle, in denen kein Bauwerk, und damit auch kein Gebäude mit Räumen, denn der Begriff des Gebäudes ist ein Unterfall des Bauwerks, im Spiel ist.

<sup>40</sup> Vgl. Röhl, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, WEG § 31, Rn. 1, 7.

<sup>41</sup> Röhl, Münchener Kommentar, 3. Aufl., 1997, WEG § 31, Rn. 19.

Scheiden Erbbaurechtslösung und auch Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrecht aus, so kommt zur Gestaltung der Rechtsverhältnisse noch der Nießbrauch in Betracht, insbesondere z.B. wenn (nur) ein einfacher Garten oder ein einfacher Sportplatz zur Regelung ansteht. Bei dieser Konzeption wird der Nießbrauch auflösend bedingt durch den Eintritt des Ereignisses, das entsprechend den Wiederkaufsfall auflösen sollte (z.B. Aufgabe einer bestimmten Nutzung). Kumulativ zu diesem Ereignis werden weiter für das Erlöschen des Nießbrauchs – einem Heimfall vergleichbar – vorausgesetzt, dass der Eigentümer (1) binnen bestimmter Frist (z.B. zwei Jahre ab Eintritt des erstgenannten Ereignisses) gegenüber dem Nießbraucher das Erlöschen begehrt und (2) binnen einer bestimmten Frist bei einem Notar oder einer Bank als Treuhänder den Geldbetrag hinterlegt, den der gemeindliche Gutachterausschuss oder dessen Funktionsnachfolger als Verkehrswert des Grundstücks (bzw. des sonstigen Belastungsgegenstandes des Nießbrauchs), bei Außerachtlassung des Nießbrauchs, ermittelt hat.

Da der Nießbrauch nur bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften übertragbar ist (§§ 1059, 1059a BGB) und auch bei diesen Rechtsträgern nur bei der Gesamtrechtsnachfolge und sonstigen Unternehmensnachfolge, kommt diese Lösung bei natürlichen Personen und auch vielen juristischen Personen und Personengesellschaften (als Nießbraucher) oft nicht in Frage, so dass der Anwendungsbereich wieder eingeschränkt ist.

Ein weiteres praktisches Problem kann sich aus der fehlenden Beleihbarkeit des Nießbrauchs ergeben. Allerdings lässt sich diese Schwäche – wie beim Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht – dadurch ausgleichen, dass der mit dem Nießbrauch belastete Gegenstand von dessen Eigentümer im Interesse des Nießbrauchers und im Rang vor dessen Recht verpfändet wird.

## VI. Fazit

Völlig unbefristete Wiederkaufsrechte lässt das Gesetz nicht zu. Aufschiebend bedingte Wiederkaufsrechte, die nicht ausdrücklich unter einen Endtermin gestellt sind, sind in der Regel dahin zu verstehen, dass die Fristregelung des § 462 Satz 1 ausgeschlossen ist. Das Wiederkaufsrecht soll in diesem Fall nur von dem in der Wiederkaufsklausel genannten Ereignis abhängig sein. Die sich daraus ergebende Lücke in Bezug auf die notwendige Befristung ist mittels ergänzender Vertragsauslegung zu schließen, so dass auf diesem Wege ein Endtermin für den Bedingungseintritt anzunehmen ist. Die dispositive Regelung des § 462 Satz 1 kann nicht zur Anwendung kommen, und zwar, weil sie durch die Bedingung implizit ausgeschlossen ist und darüber hinaus zu geringerer konkreter Vertragsgerechtigkeit gegenüber der ergänzenden Vertragsauslegung führen würde.

Die Anknüpfung eines (bedingten) Wiederkaufsrechts an die Aufgabe der militärischen Nutzung eines Grundstücks war Ende der 1950-er Jahre nicht ein Anknüpfen an ein völlig ungewisses Ereignis, so dass deshalb ein solches Wiederkaufsrecht nicht als ein völlig unbefristetes angesehen werden kann.

Gleichwohl gebietet die den Obergerichten zukommende Autorität, die gegenteilige Rechtsauffassung des OLG Schleswig zu beachten, solange diese nicht durch andere obergerichtliche oder höchstrichterliche Rechtsprechung oder aber einen eingehenden wissenschaftlichen Diskurs überholt ist. Der praktisch tätige Kautelarjurist wird deshalb beim derzeitigen Stand von Rechtsprechung und Literatur empfehlen, ein aufschiebend bedingtes Wiederkaufsrecht ausdrücklich durch eine fixe Zahl von Jahren zu beschränken. Auch an eine ausdrückliche Umschreibung der Geltungszeit entsprechend der Formel von der ergänzenden Vertragsauslegung oder an eine Ersatzkonstruktion für Wiederkaufsrecht mittels beschränkter dinglicher Rechte – Erbbaurecht, Dauerwohn- und Dauernutzungsrecht nach WEG sowie Nießbrauch – ist zu denken.

# Rechtsprechung

**Art. 10 der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 10.06.1985 („Gesellschaftssteuerrichtlinie“); GG Art 3, 138, KostO §§ 140, 142, 143**

**Die Rechtsprechung des EuGH (Beschluss vom 21.03.2002 „Gründerzentrum“ sowie Beschluss vom 29.09.1999 „Modelo“) führt nicht zur Unanwendbarkeit der KostO für die Beurkundung von Grundstücksgeschäften.**

**Dass das Land aus der Beurkundungstätigkeit seiner Amtsnotare den Aufwand übersteigende Gebühreneinnahmen erzielt, ist Reflex dessen, dass bei einem grundgesetzlich gebilligten (Art. 138 GG) Nebeneinander freier und staatlicher Notariate mit einheitlicher Gebührenordnung bei der Gebührenbemessung auch die betriebswirtschaftlichen Belange der Nur- und Anwaltsnotare zu berücksichtigen sind und deshalb sowie wegen des sich aus Art. 3 GG ergebenden Grundsatzes der Gebührengleichheit hinzunehmen.**

OLG Karlsruhe -Zivilsenate in Freiburg Beschl. vom 20.08.2003 14 Wx 75/02

Mit Anmerkung von Notar a.D. Dr. Hans Eberhard Sandweg

Aus den Gründen:

## I.

Der Notar beim Notariat F. hat am 16.04.1996 in der aus zwei Teilen bestehenden Urkunde zwei Verträge beurkundet, die vom Kostenschuldner Nr. 5 - vorbereitet worden waren.

In dem mit „Auseinandersetzungs- und Kaufvertrag“ überschriebenen Teil I der Urkunde setzte sich eine Erbengemeinschaft bezüglich des Hausgrundstücks auseinander. In dem mit „Gesellschaftsvertrag und Nutzungsregelung“ überschriebenen Teil II der Urkunde ließen die Kostenschuldner Nr. 1 bis 5 einen Vertrag über die Gründung einer aus ihnen bestehende BGB-Gesellschaft protokollieren, deren Zweck es gemäß § 1 Abs. 1 ist, „das Anwesen Scheffelstraße 59 um- und auszubauen, insbesondere die Baumaßnahmen gemeinschaftlich durchzuführen“.

In ihrem Prüfungsbericht 1997 hat die Bezirksrevisorin die Geschäftswertfestsetzung in bezug auf die den Wert des Gesellschaftsvertrags (Teil II der Urkunde) bildenden Faktoren beanstandet. Mit Schreiben vom 08.07.1997 hat auch der Kostenschuldner Nr. 5 den Kostenansatz vom 17.04.1996 beanstandet, wobei er sich insbesondere gegen die Bemessung des Gegenstandswertes des Gesellschaftsvertrags wandte.

Nachdem die daraufhin vom Notariat durchgeführten Maßnahmen zur Wertermittlung nicht weitergeführt hatten und der Kostenschuldner Nr. 5 um die Einleitung des gerichtlichen Wertfestsetzungsverfahrens gebeten hatte, hat die Bezirksrevisorin beim Amtsgericht Freiburg die gerichtliche Festsetzung des Geschäftswerts bezüglich der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags gemäß Teil II der Urkunde beantragt (§§ 31, 142 KostO).

Mit Beschluss vom 07.03.2001 hat das Amtsgericht das Verfahren bis zur Entscheidung des EuGH auf die Vorlage des Amtsgerichts Müllheim vom 20.06.2000 unter Bezugnahme auf die darin enthaltenen Ausführungen ausgesetzt. Dieser Beschluss wurde auf die Beschwerde der Bezirksrevisorin durch Beschluss des Landgerichts Freiburg vom 30.07.2001 aufgehoben.

Mit Beschluss vom 14.01.2002 (BWNNotZ 2002, S. 89 f.) hat das Amtsgericht Freiburg die Kostenansätze vom 17.04.1996 insgesamt aufgehoben und die Gebühren für die Beurkundung insgesamt - auf 450,00 € festgesetzt. Es hat dabei die Auffassung vertreten, in Hinblick auf das Urteil des EuGH vom 29.09.1999 - Modelo - hätten keine Gebühren nach der KostO, sondern nur eine leistungsbezogene Gebühr - die das Amtsgericht mit der Begründung, der Betrag sei „durchaus

angemessen“, mit 450,00 € angenommen hat - erhoben werden dürfen, denn durch die Rspr. des EuGH sei § 140 S. 1 KostO für den Bereich des OLG-Bezirks Karlsruhe außer Kraft gesetzt worden.

Auf die dagegen gerichtete Beschwerde der Staatskasse hat das Landgericht mit Beschluss vom 12.07.2002 den Beschluss des Amtsgerichts aufgehoben und die Sache zur Entscheidung über den Geschäftswert der beurkundeten Gegenstände an das Amtsgericht zurückverwiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die - vom Landgericht zugelassene - weitere Beschwerde.

## II.

Die infolge Zulassung (§ 134 i.V.m. § 14 Abs. 3 S. 2 KostO) statthafte und auch im übrigen zulässige (vgl. § 14 Abs. 4 KostO) weitere Beschwerde führt zur Zurückverweisung an das Landgericht. Dieses hat die amtsgerichtliche Entscheidung zwar jedenfalls im Ergebnis mit Recht aufgehoben, indessen lagen die Voraussetzungen für eine Zurückverweisung der - gegenüber dem Verfahren nach §§16, 141 KostO vorrangigen Sache - an das Amtsgericht nicht vor.

1. Nicht gefolgt werden kann der Auffassung des Landgerichts, wonach das Amtsgericht mangels Anhängigkeit eines Erinnerungsverfahrens über den Kostenansatz nicht hätte entscheiden dürfen. (Wird ausgeführt).

2. Der vom Amtsgericht vorgenommene Kostenansatz war indessen fehlerhaft, weil die ihm zugrundeliegende Auffassung, wonach die KostO hier keine Anwendung findet, unzutreffend ist.

a) Gemäß § 140 S. 1 KostO bestimmen sich die Kosten der Notare grundsätzlich nach der KostO, soweit bundesrechtlich nichts anderes vorgeschrieben ist. Dies gilt - wie sich aus den §§ 142, 143 KostO ergibt - uneingeschränkt auch für die Amtsnotare im badischen Rechtsgebiet, deren Gebühren zwar zur Landeskasse fließen, denen aber gem. §§ 8, 9 LJKG i.d.F. vom 25.03.1975 (GBl. S. 261, 580) außer den Dienstbezügen auch Gebührenanteile zustehen (vgl. Korintenberg/Bengel/Tiedtke, a.a.O., Rn. 1 bis 3 zu § 143).

b) Die somit gesetzlich gebotene Anwendung der KostO ist hier weder aufgrund europarechtlicher noch aufgrund bundesrechtlicher Vorschriften ausgeschlossen:

aa) Wie das Landgericht zutreffend ausgeführt hat, ist eine Kostenerhebung nach der KostO im vorliegenden Fall schon deshalb nicht unvereinbar mit der Regelung gem. Art. 10 der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10.06.1985 („Gesellschaftssteuerrichtlinie“), weil die Beurkundungshandlung von keinem der Verbotstatbestände des Art. 10 der Richtlinie erfasst wird. Insbesondere handelt es sich bei der BGB-Gesellschaft nach Teil II der Urkunde vom 16.04.1996 weder um eine Gesellschaft mit Erwerbzweck, noch war die Beurkundung des Gesellschaftsvertrags gesetzlich vorgeschrieben. Dem gemäß ist die von den Kostenschuldnern zur Begründung ihrer weiteren Beschwerde mitgeteilte Auffassung, es sei „davon auszugehen, dass innerhalb des staatlich organisierten Notariats für Vorgänge, die unter die Richtlinie fallen, nur aufwandsbezogene Gebühren nach europäischem Recht zulässig sind“ zwar richtig aber nicht weiterführend, weil der hier zu beurteilende Vorgang eben nicht unter die Richtlinie fällt.

bb) Entgegen der vom Amtsgericht in seinem Beschluss vom 14.01.2002 vertretenen Auffassung ist § 140 KostO durch die Rechtsprechung des EuGH nicht „außer Kraft gesetzt“ worden mit der Folge, dass „jetzt völlig andere Kostenberechnungsgrundsätze als bisher“ gelten (Amtsgericht Freiburg, a.a.O.). Insbesondere hat der EuGH die genannte Vorschrift weder durch seinen Beschluss vom 21.03.2002 - Gründerzentrum -

(ZIP 2002, S. 663 ff.) noch - und erst recht nicht - durch das sich mit portugiesischen Gebühren befassende Urteil vom 29.09.1999 - Modelo - , auf das sich das Amtsgericht ebenfalls stützt, unwirksam werden lassen. Hierzu hätte der EuGH auch gar nicht die Kompetenz gehabt. Ausschließliche Aufgabe des EuGH ist es gemäß Art. 220 EGV nämlich, die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung des EGV zu sichern, was bedeutet, dass er die einheitliche Anwendung des Gemeinschaftsrechts in der EU zu garantieren hat. Dem entspricht es, dass das Gericht im Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EGV - was in dessen Satz 1 auch unmissverständlich zum Ausdruck kommt - lediglich solche Auslegungsfragen zu entscheiden hat, die das primäre und das sekundäre Gemeinschaftsrecht betreffen (hierzu Geiger, EUV/EGV, 3. Aufl. 2002 Rn. 6 zu Art. 234); nicht dagegen ist der EuGH zur Auslegung oder Anwendung nationalen Rechts befugt (Geiger, a.a.O., Rn. 5 zu Art. 234), und erst recht nicht kann er nationales Recht außer Kraft setzen.

Dementsprechend gehen sowohl der Tenor als auch die Gründe der beiden vom Amtsgericht zum Beleg für seine Auffassung herangezogenen EuGH-Entscheidungen jeweils nicht etwa auf eine Außerkraftsetzung von § 140 KostO - und sei es auch nur für das badische Rechtsgebiet - , sondern dahin, dass „die Gebühren für die notariellen Beurkundungen eines unter die Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts ... in einem Rechtssystem, in dem der Notar Beamter ist und ein Teil dieser Gebühren dem Staat für die Finanzierung seiner Aufgaben zufließt“ (Urteil vom 29.09.1999 - Modelo - , Tz. 23) bzw. „in einem Rechtssystem, in dem die Notare Beamte sind und ein Teil der Gebühren dem Staat zufließt, der der Dienstherr der Notare ist und der diese Einnahmen für die Finanzierung seiner Aufgaben verwendet“ (Beschluss vom 21.03.2002 - Gründerzentrum - , Tz. 34) „als Steuer im Sinne der Richtlinie 69/335/EWG anzusehen“ sind. Damit hat der EuGH - seinen Kompetenzen entsprechend - den Begriff „Steuer im Sinne der Gesellschaftssteuerrichtlinie“ ausgelegt und auf der Grundlage dieser Auslegung sodann gefolgert, dass die Erhebung derartiger Gebühren für die Beurkundung unter die Richtlinie fallender Rechtsgeschäfte verboten ist (vgl. Modelo, Tz. 28, und Gründerzentrum, Tz. 34). Dass die Erhebung solcher Gebühren auch für die Beurkundung nicht unter die Richtlinie fallender Rechtsgeschäfte unzulässig sei, ist damit auch nicht andeutungsweise gesagt.

cc) Aus den obigen Ausführungen zu bb) folgt zugleich, dass die genannte EuGH-Rechtsprechung auch nicht mittelbar zur Unanwendbarkeit der KostO für Beurkundungen der hier in Rede stehenden Art führt. Bei den für die Beurkundungen badischer Amtsnotare zu erhebenden Abgaben nach der KostO handelt es sich um auf gesetzlicher Grundlage beruhende Gebühren und nicht etwa - wovon die Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 offenbar ausgehen - um Steuern ohne hinreichende Rechtsgrundlage.

Zur Begründung ihrer weiteren Beschwerde haben die Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 zwar die Auffassung vertreten, ausgehend vom „Gleichlauf der deutschen mit der europäischen Rechtsordnung“ gebe es „keinen Grund, nur die Abgaben als Steuern zu qualifizieren, die der Richtlinie 69/335/EWG unterfallen, während anderen Abgaben, die aufgrund sonstiger notarieller Dienstleistungen dem Staat geschuldet werden, dieser Charakter abgesprochen werden soll“. Dies ist indessen schon im Ansatz verfehlt. Der durch Auslegung einer EU-Richtlinie ermittelte Inhalt eines in dieser Richtlinie verwendeten Rechtsbegriffs besagt nämlich nichts darüber, welchen Sinn ein - in der entsprechenden Übersetzung - gleichlautender Begriff im nationalen Recht hat. Mit anderen Worten und auf den Fall bezogen: Was unter den in der deutschen Fassung der europäischen Gesellschaftssteuerrichtlinie als „Steuer“ bezeichneten Begriff zu subsumieren ist, ist nicht notwendigerweise auch „Steuer“ nach deutschem Recht (vgl. § 3 Abs. 1 Satz 1 AO). Denn entgegen der Prämisse der Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 sind die gemeinschaftsrechtlichen Wortbedeutungen nicht mit denen in den einzelnen Mitgliedsstaaten identisch. Dies ist die zwingende Folge des-

sen, dass Rechtsinstitute der - mehreren verschiedenen Rechtskreisen zugehörigen - nationalen Rechtsordnungen schon wegen der unterschiedlichen Strukturen der verschiedenen Gemeinschaftssprachen häufig voneinander abweichen. Deshalb können sie mit den in den verschiedenen Amtssprachen der EG zur Verfügung stehenden Rechtsbegriffen auch nicht exakt erfasst werden.

Dem gemäß bedient sich der EuGH zur Auslegung europarechtlicher Rechtsbegriffe notwendigerweise vor allem der teleologischen Auslegungsmethode, die - ausgehend vom Wortlaut in seiner gewöhnlichen (also nicht einer in den verschiedenen Amtssprachen oft unterschiedlichen rechtstechnischen) Bedeutung - für die Sinnermittlung an den Zweck der auszulegenden Norm anknüpft (ähnlich Geiger, a.a.O., Rn. 11 zu Art. 220 EGV; vgl. auch Bleckmann, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofes, NJW 1982, S. 1177 ff., 1180). Gemeinschaftsrechtliche Wortbedeutungen sind daher zwar vor dem Hintergrund der ihnen zugrundeliegenden mitgliedstaatlichen Vorstellungsbilder zu sehen, müssen aber zur Wahrung eines einheitlichen EG-Rechts zu einem gemeinsamen „EG-Wortsinn“ verschmolzen werden (Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rn. 5791), der dann aber für die Auslegung nationalen Rechts nichts hergibt (eingehend Groux, in: Festschrift für Pierre Pescatore, 1987, S. 275 ff.).

Danach hat die Rechtsprechung des EuGH zur Gesellschaftssteuerrichtlinie nichts daran geändert, dass es sich nach dem für nicht unter die Richtlinie fallende Sachverhalte maßgeblichen deutschen Rechtsverständnis bei den für die Beurkundungen durch badische Notare zu erhebenden Abgaben nicht um Steuern, sondern - als Gegenleistungen für die besondere Inanspruchnahme bestimmter Amtshandlungen - um Gebühren handelt (zum Gebührenbegriff nach deutschem Recht vgl. zuletzt BVerfG, DÖV 2003, S. 549 ff., unter Abschnitt C 11. a) der Gründe).

dd) Entgegen der Auffassung der Kostenschuldner Nr. 3 bis 5 führt auch Art. 3 GG nicht dazu, dass aufgrund der genannten EuGH-Rechtsprechung nunmehr „alle Gebühren im staatlichen Notariat ausschließlich nach konkretem Aufwand, nämlich dem Kostendeckungsprinzip, zu erheben sind“. Der Gleichheitsgrundsatz gebietet - im Gegenteil - dass die bundeseinheitliche KostO grundsätzlich, soweit also höherrangiges Recht nichts anderes vorsieht, auch im badischen Rechtsgebiet angewendet wird.

Der Gleichheitsgrundsatz besagt, dass wesentlich Gleiches gleich, wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln ist. Ungleichbehandlung ist demnach nur dann zulässig, wenn sie auf einem sachlichen Grund beruht (vgl. etwa die Nachweise bei Jarass/Pieroth, GG, 6. Aufl. 2002, Rn. 4 f. zu Art. 3). Es ist zwar richtig, dass im badischen Rechtsgebiet solche Protokollierungen, die unter die Gesellschaftssteuerrichtlinie fallen und daher nach konkretem Aufwand zu entgelten sind, gegenüber von der Richtlinie nicht erfassten und daher nach der KostO abzurechnenden Vorgängen gebührenmäßig privilegiert sind. Diese Ungleichheit stellt aber deshalb keinen Verstoß gegen Art. 3 GG dar, weil sie sich aus dem spezifischen Zweck der Gesellschaftssteuerrichtlinie (hierzu Urteil des EuGH vom 29.09.1999 - Modelo - , Tz. 23) ergibt. Sie zum Anlass zu nehmen, die KostO im früheren Land Baden und im früheren Land Württemberg - in Württemberg aber wiederum nur bezüglich der Bezirks-, nicht auch hinsichtlich der in diesem Landesteil ebenfalls tätigen Nur- und Anwaltsnotare - nicht mehr anzuwenden, hieße, im Gegenteil, den Gleichheitssatz auf den Kopf zu stellen (vgl. hierzu, bezogen auf das Land Baden-Württemberg, den zutreffenden Hinweis von Poetzl, Das Badische Notariat, in: Festschrift 200 Jahre Badisches Oberhofgericht - Oberlandesgericht Karlsruhe, 2003, S. 185 ff., 198 [Fn. 471], auf die Verhältnisse in der Stadt Villingen-Schwenningen mit dem ehemals badischen Stadtbezirk Villingen und dem ehemals württembergischen Stadtbezirk Schwenningen). Denn für die dann bestehende eklatante Ungleichheit innerhalb Deutschlands stellte der Umstand, dass die Notare im früheren Baden aus historischen Gründen (hierzu

Poetzl, a.a.O.), mit Billigung des Grundgesetzgebers (vgl. Art. 138 GG) und ohne dass darin seinerseits ein Verstoß gegen Art. 3 GG läge (hierzu Maunz, in: Maunz/Dürig, GG, Stand 2003, Anm. 13 zu Art. 138 m.w.N.), Beamte sind, keinen sachlichen Grund dar. Unter dem Gesichtspunkt des Art. 3 GG erschiebt in diesem Zusammenhang allenfalls die Frage als diskussionswürdig, ob es einen sachlichen Grund dafür gibt, von der Gesellschaftssteuerrichtlinie erfasste Vorgänge außerhalb Badens weiterhin nicht nach Aufwand, sondern nach der KostO abzurechnen. Diese vom Bundesgesetzgeber zu entscheidende Frage spielt aber für die Frage der Anwendbarkeit der KostO auf nicht von der Richtlinie erfasste Beurkundungen keine Rolle. Soweit der Kostenschuldner Nr. 5 in seinem - im Briefkopf auch die Kostenschuldner Nr. 1 bis 4 führenden - Schriftsatz vom 24.05.2003 auf einen Entwurf des Bundesjustizministeriums für eine Neuordnung der Gebühren in Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen hinweist, in dem sich das Ministerium unter Hinweis auf Art. 3 GG auch für die nicht der Gesellschaftssteuerrichtlinie unterstehenden Gebühren „vom Wertgebührensysteem verabschiedet“, ist dem entgegenzuhalten, dass der vom Kostenschuldner Nr. 5 genannte ministerielle Gesetzentwurf nicht die KostO betrifft und Gesetzeswürfe zudem noch kein geltendes Recht sind.

ee) Schließlich führt auch die Entscheidung des BVerfG vom 19.03.2003 - 2 BvL 9 bis 12/98 - (DÖV 2003, S. 549 ff.) nicht zur Unanwendbarkeit der KostO im vorliegenden Fall.

Der im BGBl. I 2003, S. 530 veröffentlichte Tenor mit Gesetzeskraft besagt, dass § 20a Abs. 1 S. 1 des bad.-württ. Universitätsgesetzes mit Art. 70 Abs. 1 i.V.m. Art. 105, 106 GG unvereinbar und nichtig ist, soweit danach eine Gebühr von 100 DM für die Bearbeitung jeder Rückmeldung zu entrichten ist.

Der vom Beteiligten Nr. 5 mit Schreiben vom 24.05.2003 (S. 4, AS. 557) vertretenen Auffassung, aus der genannten Entscheidung des BVerfG ergebe sich, dass „die Notariatsgebühren im staatlich organisierten Notariat den Bestimmungen der Art. 70 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 105, 106 GG“ widersprächen, da die Gebühren den Aufwand überschritten, vermag der Senat nicht zu folgen. Eine vom BVerfG für § 120a des bad.-württ. Universitätsgesetzes angenommene und deshalb zur Verfassungswidrigkeit der genannten Vorschrift führende Überschreitung der Gesetzgebungskompetenz des Landes (BVerfG, a.a.O., Abschnitt C - vor I - der Gründe) liegt bei der KostO schon deshalb nicht vor, weil es sich dabei nicht um ein Landes-, sondern um ein Bundesgesetz handelt, das anzuwenden das Land verpflichtet ist. Dass das Land - wie der Kostenschuldner Nr. 5 vorträgt - aus der Beurkundungstätigkeit seiner Amtsnotare den Aufwand übersteigende Gebühreneinnahmen erzielt, ist Reflex dessen, dass bei einem - grundgesetzlich gebilligten (Art. 138 GG) und damit der verfassungsmäßigen Ordnung entsprechenden - Nebeneinander freier und staatlicher Notariate mit einheitlicher Gebührenordnung bei der Gebührenbemessung auch die betriebswirtschaftlichen Belange der Nur- und Anwaltsnotare zu berücksichtigen sind, und deshalb sowie wegen des sich aus Art. 3 GG ergebenden Grundsatzes der Gebührengleichheit hinzunehmen.

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

#### **Anmerkung zum Beschluss des OLG Karlsruhe – Zivilsenate Freiburg – vom 20.08.2003 – 14 Wx 75/02 –**

Entscheidungen, die überzeugend begründet sind, dienen dem Rechtsfrieden; andere können das Gegenteil bewirken. Der Beschluss des OLG Karlsruhe –Zivilsenate in Freiburg- vom 20.08.2003 -14 Wx 75/02- wird voraussichtlich wenig zum Rechtsfrieden und zur Wahrung der Fiskalinteressen des Landes beitragen, denn er setzt sich mit Argumenten auseinander, die weder die Beschwerdeführer noch die Richterin am Amtsgericht aufgestellt hatten, geht von falschen Prämissen aus und vernachlässigt hierdurch die eigentlich bedeutsamen zu untersuchenden Fragestellungen.

Wenn sich das OLG mit der Frage befasst, ob der vorliegende Sachverhalt unter die Richtlinie 69/335/EWG zu subsumieren sei (II 2 b) aa) und ausführlich begründet, dass es nicht in der Kompetenz des EuGH liege, nationales Recht formal außer Kraft zu setzen (II 2 b) bb)), so handelt es sich hier um eine Argumentation gegen Behauptungen, die von keinem der Verfahrensbeteiligten aufgestellt worden waren. Die eigentlich zu behandelnde Fragestellung nach der Kollisionswirkung zwischen dem Wertgebührensysteem der nationalen Kostenordnung und den von der Richtlinie 69/335/EWG geforderten Aufwandsgebühren bleibt dagegen im Wesentlichen unbehandelt. Sie wird in ihrer Brisanz vom OLG bei der Behandlung des § 140 KostO dadurch abgemildert, dass man den Gesetzestext unrichtig wiedergibt. Es heißt nämlich in § 140 KostO, dass die Gebühren der Notare „ausschließlich nach diesem Gesetz“ zu erheben sind, und nicht, wie das OLG unter II 2. a) ausführt, dass dies nur „grundsätzlich“, also mit möglichen Ausnahmen, zu erfolgen habe. Mit dieser manipulierten Änderung des gültigen Gesetzestextes erübrigt sich die Beantwortung der Frage, welche Auswirkungen damit verbunden sind, dass es nach dem in § 140 KostO manifestierten Willen des Bundesgesetzgebers vom Prinzip der Wertgebühren keine Ausnahmen in Deutschland geben soll, während nun aufgrund höherrangigen europäischen Rechts dieser Paradigmenwechsel partiell im geltenden Kostenrecht des Landes Baden-Württemberg doch existiert.

Das OLG stellt unter II 2. b) cc) zu den Begriffen „Steuer“ und „Gebühren“ fest, dass diese Rechtsbegriffe in der europäischen und in der deutschen Rechtsordnung nicht notwendigerweise identisch seien, ohne gleichzeitig darzulegen, worin sich der Wortsinn im nationalen vom internationalen Recht unterscheidet und welche Auswirkung den eventuell zu findenden Unterschieden zukommt. Die eigentliche Frage, ob als „Gebühren“ deklarierte, dem Staat zufließende Abgaben durch ihre Verwendung und ihre Höhe versteckt als eine Abgabe mit dem Charakter einer Steuer anzusehen sind, ist mit der Begriffsdefinition in keinem Fall beantwortet.

Für den Stand der Notare besonders prekär können sich die Äußerungen des OLG unter II 2. b) dd) der Gründe auswirken, wenn sich die Forderung nach der Systemgerechtigkeit des Art. 3 GG nicht auf die rechtssuchende Bevölkerung innerhalb des Landesteils Baden mit seinen staatlichen Notaren beschränkt, sondern die übrige Bundesrepublik einbezogen wird, wie dies der Senat anregt. Hier verkennt das OLG die Rechtslage, indem es der vom ihm selbst zu beantwortenden Rechtsfrage (BVerfGE 93, 94) nach einem Verstoß gegen Art. 3 GG mit dem Hinweis ausweicht, dass diese Frage nicht das Gericht, sondern der Bundesgesetzgeber zu entscheiden habe. Dort, wo der Bundesgesetzgeber demnächst bei Handels-, Partnerschafts- und Genossenschaftsregistersachen eine solche Antwort geben wird, beschränkt man sich auf die lapidaren Feststellungen, dass ein ministerieller Gesetzentwurf noch kein geltendes Recht sei und dass der Entwurf nicht die KostO betreffe, obwohl diese Gebührentatbestände bisher noch in §§ 79 ff KostO geregelt sind.

Zu wünschen wäre es gewesen, wenn statt einer Argumentation, die sich auf Formalismen beschränkt, die umfangreiche, von den Verfahrensbeteiligten zitierte Literatur sachbezogen in der Entscheidung ihren Niederschlag gefunden hätte. Völlig fehlt eine Auseinandersetzung mit der dem Gericht vorgetragenen Meinung des Landesjustizministers von Rheinland-Pfalz Mertin (ZRP 2000, 83), der unter Berufung auf den VGH Baden-Württemberg (ESVGH 49, 29) ausführt, bei erheblichen Abweichungen der geltend gemachten Gebühren vom tatsächlichen Aufwand, sei der für das Gebührenrecht nach Art. 2 I GG i. V. mit Art. 20 III GG zu beachtende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit tangiert.

Unzutreffend sind schließlich die Erkenntnisse, die das OLG aus dem Urteil des BVerfG vom 19.03.2003 – 2 BvL 9/98 – ([http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030319\\_2bvl000998.html](http://www.bverfg.de/entscheidungen/ls20030319_2bvl000998.html); DÖV 2003, 549 ff) zieht, indem es argumentiert, da es sich nicht „um ein Landes-, sondern um ein Bundesgesetz“ handle, liege eine Überschreitung der Gesetzgebungs-

kompetenz „schon deshalb nicht vor“ [II 2. b) ee]). Diese Wiedergabe des Urteilsinhalts ist falsch. Das BVerfG sagt nämlich in seinem Urteil vom 19.03.2003 nicht, dass die Gesetzgebungskompetenz des Landes zur Erhebung einer Rückmeldegebühr dem Grunde nach nicht gegeben sei (Absatz-Nr. 45 des Urteils), sondern ausschließlich die Überschreitung der Gebührenbemessungshöhe führt insoweit zur Kompetenzüberschreitung und damit zur Verfassungswidrigkeit des Gesetzes. Wenn „wesentliche Teile der Gebühr – funktional wie die Steuer – voraussetzungslos erhoben werden“ verstößt dies gegen Art. 70 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 105, 106 GG (Absatz-Nr. 89 des Urteils), unabhängig davon, ob der Bund oder das Land von seiner ihm dem Grunde nach zustehenden Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat.

Mit mehr Sorgfalt bei der Verwertung der gesetzlichen Quelle des § 140 KostO und bei der Verarbeitung des Urteils BVerfG, 2 BvL 9/98 hätte das OLG nicht nur handwerkliche Fehler vermeiden und damit dem Ansehen des Gerichts dienen können, sondern es hätte die nicht genutzte Chance bestanden, dem Gesetzgeber und der Exekutive des Landes einen verlässlichen Leitfaden für zukünftige Regelungen, auch im fiskalischen Interesse, an die Hand zu geben.

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

## BGB §§ 1960

**Das Nachlassgericht verliert zwar die rechtliche Möglichkeit, einen im Erbscheinsverfahren erlassenen Vorbescheid zu ändern, wenn es der Beschwerde gegen den Vorbescheid nicht abhilft. Jedoch ist das Nachlassgericht in einem späteren Verfahren über die Anordnung einer Nachlasspflegschaft gem. § 1960 BGB an den Vorbescheid nicht gebunden, wenn es nachträglich Zweifel an der Richtigkeit der jener Entscheidung zu Grunde gelegten Feststellungen bekommt.**

OLG Stuttgart, Beschl. vom 01.10.2003 8 W 253/02

Aus den Gründen:

### I.

1. Die Beteiligten sind sich uneins darüber, wer Erbe der am 6.1.2000 verstorbenen Erblasserin geworden ist. Die Beteiligten 1 und 2 sehen sich als Ersatzerben der vor der Erblasserin verstorbenen Tochter zur Erbschaft berufen, die Beteiligten 3 und 4 halten sich als gesetzliche Erben für erbberechtigt und die Beteiligten 5 und 6 leiten ihr Erbrecht aus einem Nottestament vom 26.12.1999 her. Das Notariat F. hat als Nachlassgericht nach einigen Abklärungen mit Vorbescheid vom 19.7.00 angekündigt, einen Erbschein zu Gunsten der Beteiligten 5 und 6 ausstellen zu wollen. Das Landgericht hat diesen Beschluss mit Beschluss vom 17.4.2003 aufgehoben; über die weiteren Beschwerden der Beteiligten 5 und 6, mit denen die Wiederherstellung des Beschlusses des Notariats vom 19.7.2000 verfolgt wird, hat der Senat noch nicht entschieden.

Mit Beschluss vom 15.11.2001 hat das Notariat F. Nachlasspflegschaft für den Nachlass der Erblasserin angeordnet und den Beteiligten 7 zum Nachlasspfleger bestellt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten 6 hat das Landgericht zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Anordnung der Nachlasspflegschaft sei gerechtfertigt, weil noch nicht feststehe, wer Erbe des Nachlasses der Erblasserin sei. Außerdem bedürfe es der Nachlasspflegschaft, da zum Nachlass mehrere Hausgrundstücke und auch erhebliches Geldvermögen gehörten und dieses Vermögen durch eine neutrale Person verwaltet werden müsse.

2. Mit seiner weiteren Beschwerde verfolgt der Beteiligte 6 weiterhin sein Interesse an der Beseitigung der Nachlasspflegschaft. Er hält die Entscheidung des Landgerichts für rechtsfehlerhaft.

Das Landgericht habe - wie schon das Notariat - verkannt, dass die Anordnung einer Nachlasspflegschaft nicht mehr möglich sei, wenn der Erbe bekannt sei. Dies sei schon der Fall, wenn er mit hoher Wahrscheinlichkeit feststehe. Hiervon aber sei das Notariat bei seinem Vorbescheid vom 19.7.00 mit der Inausrichtung der Erteilung des Erbscheins an die Beteiligten 5 und 6 ausgegangen und hieran sei das Notariat gebunden, da es seinen Vorbescheid selbst nicht mehr abändern könne; dieser Vorbescheid sei bisher auch nicht rechtskräftig beseitigt. Außerdem schieden die Beteiligten 1 und 2 als Erbanwärter aus. Denn die Ersatzerbfolgeregelung des Ehe- und Erbvertrags der Erblasserin vom 13.5.52, aus der sie ihr Recht als Ersatzerben der (vorverstorbenen) Tochter der Erblasserin herleiteten, sei durch nachträgliches Testament der Erblasserin vom 29.9.1985 beseitigt worden. Damit fehle diesen Beteiligten aber auch das Recht, Nachlasspflegschaft zu beantragen. Das Notariat habe deshalb deren Antrag auf Anordnung einer Nachlasspflegschaft fälschlicherweise entsprochen.

Der Beschluss leide auch daran, dass das Landgericht diese schon im Beschwerdeverfahren vorgetragene Argumente unbeachtet gelassen und sich mit ihnen nicht auseinandergesetzt habe. Hierin liege ein Verstoß gegen den Anspruch auf rechtliches Gehör.

Die Beteiligten 1 und 2 sind der weiteren Beschwerde entgegengetreten. Die anderen Beteiligten haben sich im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr geäußert.

### II.

Die weitere Beschwerde des Beteiligten 6 ist als Rechtsbeschwerde zulässig (§§ 75, 27 FGG). Sie hat jedoch keinen Erfolg, da die Entscheidung der Vorinstanz nicht auf einem Rechtsfehler beruht.

Das Landgericht hat die vom Notariat als Nachlassgericht am 15.1.2001 angeordnete Nachlasspflegschaft zu Recht nicht beanstandet. Es liegen die tatsächlichen Voraussetzungen sowohl einer Anordnung nach § 1960 Abs. 1 Satz 2 BGB (Erbe unbekannt) als auch die des § 1960 Absatz 1 Satz 1 BGB (Bedürfnis für eine Pflegschaft) vor.

Soweit der Beschwerdeführer meint, das Nachlassgericht sei schon deshalb nicht mehr berechtigt gewesen, in Frage zu stellen, dass die Beteiligten 5 und 6 Erben geworden seien, weil es sich mit der Ankündigung eines Erbscheins zu Gunsten der Beteiligten 5 und 6 im Vorbescheid vom 19.7.2000 gebunden habe, ist dem nicht zu folgen. Die Bindung des Nachlassgerichts reicht nicht weiter als der Tenor der Entscheidung. Richtig ist zwar, dass das Nachlassgericht, nachdem es der Beschwerde der Beteiligten 1 und 2 gegen den Vorbescheid nicht abhalf, selbst die rechtliche Möglichkeit zur Änderung des Vorbescheids verloren hat. Jedoch blieb es ungebunden, nachträglich Zweifel an der Richtigkeit der jener Entscheidung zu Grunde gelegten Feststellungen zu entwickeln, und dies bei anderen Entscheidungen zu berücksichtigen. Der Vorbescheid vom 19.7.2000 steht daher der späteren Feststellung des Nachlassrichters, die Erbenstellung sei noch nicht geklärt, rechtlich nicht entgegen.

Die Feststellung, es sei noch nicht bekannt, wer Erbe des Nachlasses der Erblasserin ist, ist auch unter Berücksichtigung des Vortrags im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht zu beanstanden. Selbst wenn man zu Gunsten des Beschwerdeführers unterstellen würde, dass die Beteiligten 1 und 2 als Erben nicht in Betracht kommen, bliebe zweifelhaft, ob die Beteiligten 5 und 6 Erben geworden sind. Ihr Erbrecht ist aus dem Nottestament der Erblasserin vom 26.12.1999 abgeleitet. Dessen Gültigkeit aber hat das Landgericht Rottweil im Beschluss vom 19.3.01 und nach Aufhebung dieser Entscheidung durch das Oberlandesgericht und Rückverweisung zur erneuten Behandlung und Entscheidung nach weiterer Beweisaufnahme mit Beschluss vom 17.4.03 erneut verneint. Über die weitere Beschwerde gegen diese Entscheidung hat der Senat noch nicht entschieden. Unter solchen Umständen ist es nicht

rechtsfehlerhaft, die Erbenstellung der Beteiligten 5 und 6 als noch nicht gesichert anzusehen.

Darüber hinaus hat das Nachlassgericht - und ihm folgend das Landgericht - auch angenommen, dass es zum Schutz des Nachlasses der Pflugschaft bedürfe (§ 1960 Absatz 1 Satz 1 BGB). Der zumindest aus mehreren Hausgrundstücken und erheblichem Geldvermögen bestehende Nachlass bedarf der Betreuung bis zur Klärung der Erbenstellung. Dass der Notar für diese Aufgabe einen unbeteiligten Dritten herangezogen hat, ist sachgerecht. Dem steht nicht entgegen, dass der Beteiligte 6 in dem Nottestament als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist. Denn dieses Amt ist wie die Erbenstellung des Beteiligten 6 von der strittigen Gültigkeit des Nottestaments abhängig.

Für den Bestand der Pflugschaftsanordnung ist schließlich auch nicht von Bedeutung, ob die Beteiligten 1 und 2, die die Anordnung einer Nachlasspflugschaft beantragt hatten, als Erbberechtigte in Betracht kommen. Denn die Entscheidung über die Anordnung einer Nachlasspflugschaft erfolgt (von der hier nicht vorliegenden Ausnahme des § 1961 BGB abgesehen) von Amts wegen. Anträgen kommt nur die Bedeutung einer Anregung zu.

Mitgeteilt von Volker Roger Rogalski. Württ. Notariatsassessor, Schramberg

### BeurkG § 13a Abs. 1

**a) Wird in der Niederschrift auf eine andere notarielle Niederschrift verwiesen, die nach den Vorschriften über die Beurkundung von Willenserklärungen errichtet worden ist, so liegt, wenn diese Niederschrift nicht verlesen worden ist, eine wirksame Beurkundung nur vor, wenn die Beteiligten erklärt haben, dass ihnen der Inhalt der anderen Niederschrift bekannt ist und dass sie auf das Verlesen verzichten. Fehlt entgegen § 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG in der Niederschrift die Feststellung, dass diese Erklärungen abgegeben wurden, so steht dies der Wirksamkeit nicht entgegen.**

**b) Fehlt in der Niederschrift die Feststellung nach § 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG, so hat dies auf die allgemeinen Grundsätze über die Darlegungs- und Beweislast in einem Rechtsstreit zwischen den beteiligten Vertragsparteien keinen Einfluss.**

BGH, Urt. v. 18. Juli 2003 - V ZR 431/02

Zum Sachverhalt:

Mit Vertrag vom 18. August 1999, der von dem Streithelfer der Beklagten beurkundet wurde, kauften die Klägerin und ihr Ehemann von der Beklagten eine Teileigentumseinheit in einem Geschäftshaus in U. zum Preis von 575.000 DM. Das Geschäftshaus bedurfte zunächst der Sanierung und teilweisen Neuerrichtung. Die Beklagte verpflichtete sich, die dazu erforderlichen Arbeiten gemäß einer von dem Streithelfer zuvor anderweit beurkundeten Baubeschreibung zu erstellen. Die Begründung von Wohn- und Teileigentum sollte auf der Grundlage einer ebenfalls bereits beurkundeten Teilungserklärung nebst Nachträgen erfolgen.

In dem Kaufvertrag heißt es u.a.:

„Auf Baubeschreibung und Teilungserklärung samt Nachträgen hierzu wird unter Verzicht auf nochmaliges Vorlesen und Beifügen zur heutigen Niederschrift verwiesen. Diese Urkunden werden also zum Inhalt der heutigen Niederschrift gemacht.“

Die Klägerin, die sich etwaige Ansprüche ihres Ehemannes hat abtreten lassen, verlangt die Rückabwicklung des Kaufvertrages. Sie hat dazu u.a. behauptet, dass sie und ihr Mann bei der Beurkundung nicht erklärt hätten, dass ihnen der Inhalt der in Bezug genommenen notariellen Urkunden über die Baubeschreibung und die Teilungserklärungen bekannt seien. Infolgedessen fehle es an einer wirksamen Beurkundung.

Ferner hat sie Mängel des Kaufgegenstands geltend gemacht. Ihrer auf Rückzahlung des Teilkaufpreises von 512.047,41 DM nebst Zinsen, Zug um Zug gegen Erteilung von Löschungsbewilligung hinsichtlich Auflassvormerkung und eingetragener Grundschuld, gerichteten Klage haben Land- und Oberlandesgericht stattgegeben. Die zugelassene Revision führte zur Aufhebung und Zurückverweisung.

Aus den Gründen:

#### I.

Das Berufungsgericht hält den notariellen Vertrag für formunwirksam, da er nicht entsprechend den Vorschriften des Beurkundungsgesetzes beurkundet worden sei. Die schlichte Bezugnahme auf die Baubeschreibung und die Teilungserklärung genügten nicht den Anforderungen des § 13a Abs. 1 BeurkG. Eine, im konkreten Fall unterbliebene, Verlesung dieser früheren notariellen Urkunden sei nur entbehrlich gewesen, wenn die Beteiligten erklärt hätten, dass ihnen deren Inhalt bekannt sei und sie auf das Vorlesen verzichteten. Ob eine solche Erklärung abgegeben worden sei, sei nicht festzustellen. Dies gehe zu Lasten der Beklagten. Zwar müsse an sich die Klägerin die Tatbestandsvoraussetzungen für den bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch, mithin auch das Fehlen des Rechtsgrundes, darlegen und beweisen. Bei einem hier vorliegenden Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG komme der Klägerin aber eine Beweislastumkehr zugute. Wegen der Schutzfunktion des Beurkundungsverfahrens könne aus dem Schweigen der Niederschrift darüber, ob die Parteien erklärt haben, den Inhalt der in Bezug genommenen notariellen Urkunden zu kennen, darauf geschlossen werden, dass solche Erklärungen auch nicht abgegeben worden seien. Das Gegenteil müsse der beweisen, der behaupte, die Erklärungen seien gleichwohl erfolgt.

#### II.

Dies hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

Der auf § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB gestützte Rückzahlungsanspruch ist nicht begründet, da die Klägerin nicht den ihr obliegenden Beweis dafür erbracht hat, dass der Zahlung auf den Kaufpreis der Rechtsgrund fehlt, weil der Vertrag vom 18. August 1999 formunwirksam und damit nichtig ist.

1. Bei Grundstücksgeschäften wie hier unterliegen dem Beurkundungserfordernis nach § 313 Satz 1 BGB a.F. alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragsparteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (Senat, BGHZ 63, 359; BGH, Urt. v. 12. Februar 1981, VII ZR 230/80. WM 1981, 491; st. Rspr.). Da die Parteien im vorliegenden Fall die Baubeschreibung und die Teilungserklärungen zum Inhalt ihrer vertraglichen Vereinbarungen gemacht haben, ist das Berufungsgericht daher zu Recht davon ausgegangen, dass diese Bestandteile des Rechtsgeschäfts mitzubeurkunden waren.

2. Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass von einer wirksamen Beurkundung dieser Vertragsbestandteile nur ausgegangen werden kann, wenn die Voraussetzungen des § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG erfüllt sind, wenn also die bereits vorher beurkundeten Erklärungen, nämlich die Baubeschreibung und die Teilungserklärung mit Nachträgen, zwar nicht vorgelesen worden sind, die Beteiligten aber erklärt haben, dass ihnen der Inhalt der anderen Niederschriften bekannt sei und dass sie auf das Vorlesen verzichteten. Dass die Urkunde entgegen § 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG keine Feststellungen hinsichtlich der nach Satz 1 der Norm erforderlichen Erklärungen enthält, stünde einer wirksamen Beurkundung nicht entgegen. Es handelt sich insoweit um eine Sollvorschrift. Entscheidend ist, ob die Parteien die Erklärungen abgegeben haben (Winkler, BeurkG, 15. Aufl., § 13a Rdn. 48, 75 m.w.N.). Haben sie dies nicht, so ist die

Beurkundung unwirksam, und der Vertrag mangelt der vorgeschriebenen Form mit der Nichtigkeitsfolge des § 125 BGB (BGH, Beschl. v. 29. Januar 1992, VIII ZR 95/91, WM 1992, 670).

3. Nach dem von dem Revisionsgericht zugrundezulegenden Beweisergebnis steht weder fest, dass die Parteien die nach § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG erforderlichen Erklärungen abgegeben haben, noch dass sie sie nicht abgegeben haben. Soweit die Revisionserwiderung demgegenüber meint, es sei im Laufe des Prozesses unstreitig geworden, dass jedenfalls die Klägerin im Beurkundungstermin nicht erklärt hat, die in Bezug genommenen Urkunden zu kennen, stehen dem die für den Senat bindenden tatbestandlichen Feststellungen des Berufungsgerichts entgegen (§§ 559 Abs. 1, 314 ZPO). Die Entscheidung des Rechtsstreits hängt daher hinsichtlich des geltend gemachten Bereicherungsanspruchs davon ab, wer die Beweislast für das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen der Erklärungen trägt. Dies ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht die Beklagte, sondern die Klägerin.

a) Das Berufungsgericht verkennt an sich nicht, dass grundsätzlich der Kläger, der eine Leistung unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung zurückfordert, den Beweis dafür zu führen hat, dass der Rechtsgrund fehlt (BGHZ 128, 167, 171; BGH, Urt. v. 9. Juni 1992, VI ZR 215/91, BGHR BGB § 812 Abs. 1 Satz 1 Beweislast 3 m.w.N.). Danach obliegt vorliegend der Klägerin der Beweis dafür, dass der Kaufvertrag der erforderlichen Form mangelt, weil er nicht ordnungsgemäß beurkundet worden ist.

An diesem Grundsatz sind - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - auch nicht deswegen Zweifel angebracht, weil diese Beweislastverteilung zu unterschiedlichen Ergebnissen führe, je nachdem, ob die eine erbrachte Leistung zurückfordernde Partei die Unwirksamkeit des Vertrages geltend mache oder die die Leistung fordernde Partei die Wirksamkeit. Denn dies ist keine Besonderheit, die sich nur im Zusammenhang mit der Frage stellt, ob eine Beurkundung den Anforderungen des § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG genügt. Vielmehr ergeben sich diese Unterschiede bei der Beweislast stets, wenn um die Wirksamkeit eines Vertrages gestritten wird und die eine Seite eine bereits erbrachte Leistung zurückfordert und die andere Seite den noch ausstehenden Teil einklagt. Es ist unbestritten und sachlich auch gerechtfertigt, dass die Bereicherungsklage nur Erfolg hat, wenn der Kläger das Fehlen des Rechtsgrunds, also die Unwirksamkeit des Vertrags, beweist, und der Vertragserfüllungsklage nur stattgegeben werden kann, wenn das Bestehen des Vertrags erwiesen ist.

b) Für die Klägerin streitet auch nicht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen notariellen Urkunde. Diese Vermutung steht im Zusammenhang mit dem gesetzlichen Beurkundungserfordernis und dessen Reichweite (Senat, Urt. v. 1. Februar 1985, V ZR 180i83, WM 1985, 699). Sie erstreckt sich auf alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Vertragspartner das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt und die daher auch dem Beurkundungserfordernis unterliegen. Sie erfasst damit nicht solche Erklärungen der Parteien, die nicht zu den Vereinbarungen zählen und folglich auch nicht der Beurkundung bedürfen (Senat, aaO). So verhält es sich hier. Die Erklärung der Parteien, den Inhalt in Bezug genommener Urkunden zu kennen und auf deren Vorlesung zu verzichten, ist nicht Bestandteil der Einigung im Sinne des Veräußerungsgeschäftes. Sie bedurfte daher nicht der Beurkundung nach § 313 Satz 1 BGB a.F. Auch das Beurkundungsgesetz hat den Vermerk über die Abgabe dieser Erklärungen nicht zum Wirksamkeitserfordernis erhoben und die Aufnahme in die Niederschrift nur als Sollvorschrift ausgestaltet (§ 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG).

c) Nicht weiterführend für den konkreten Fall sind auch die Überlegungen, die das Berufungsgericht im Zusammenhang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu Beweiserleichterungen bei unvollständiger ärztlicher Dokumentation angestellt hat. Es mag sein, dass die hinter dieser

Rechtsprechung stehenden Erwägungen in gleicher Weise für einen Prozess gegen einen Notar gelten, der wegen nicht wirksamer Beurkundung (Fehlen der Erklärungen nach § 13a Abs. 1 BeurkG) in Anspruch genommen wird. Macht der Notar demgegenüber geltend, die Erklärungen seien abgegeben worden, er habe dies nur entgegen § 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG nicht in die Niederschrift aufgenommen, so kann es gerechtfertigt sein, ihm im Hinblick auf die ihm als Amtspflicht obliegende (Winkler, aaO, § 13a Rdn. 75; Senat, Urt. v. 25. Mai 1984, V ZR 13/83, NJW 1985, 2077), von ihm aber unterlassene Dokumentation die Beweislast für das Vorliegen der beurkundungsrechtlichen Wirksamkeitsvoraussetzungen aufzuerlegen (so im Ergebnis Winkler, aaO § 13a Rdn. 75).

Solche Erwägungen tragen aber entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts keine Umkehrung der Beweislast auch im Verhältnis zu der an sich nicht beweiselasteten Partei. Diese hat auf die Beachtung der Wirksamkeitserfordernisse und deren Niederlegung in der Urkunde nicht mehr Einfluss als die andere Vertragspartei. Es liegt daher fern, sie deswegen mit beweisrechtlichen Nachteilen zu belasten, weil der Notar Sollvorschriften verletzt hat, bei deren Beachtung der Nachweis der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der Beurkundung ohne Schwierigkeiten möglich gewesen wäre. Etwas anderes folgt auch nicht aus der von dem Berufungsgericht für seine Auffassung herangezogenen Senatsentscheidung BGHZ 142, 84, die - worauf die Revision zu Recht hinweist - zu dem vorliegenden Sachproblem keine Aussage enthält.

d) Soweit das Beurkundungsgesetz in § 13 Abs. 1 Satz 3 selbst eine Vermutung aufstellt, wonach aus der eigenhändigen Unterschrift der Beteiligten der Schluss darauf gerechtfertigt ist, dass die Niederschrift ordnungsgemäß vorgelesen, gegebenenfalls zur Durchsicht vorgelegt und genehmigt wurde, so lassen sich daraus für den vorliegenden Fall ebenfalls keine Folgerungen herleiten. Die Norm ist auf ihren unmittelbaren Anwendungsbereich beschränkt (zur erweiternden Auslegung vgl. Senat, Urt. v. 28. Januar 1994, V ZR 131192, NJW 1994, 1288) und scheidet als Grundlage für eine Vermutung dahin, dass eine nicht vermerkte Erklärung nach § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG auch nicht abgegeben wurde, aus, lässt im übrigen auch nicht den gegenteiligen Schluss zu, dass die Bezugsurkunde vorgelesen oder zur Durchsicht vorgelegt wurde (Winkler, aaO § 13a Rdn. 51).

e) Entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung rechtfertigt das „Regel-Ausnahme-Prinzip“ keine Umkehr der Beweislast.

Zweifelhaft ist schon, ob die Vorlesungspflicht nach § 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG inhaltlich die Regel und das Absehen hiervon unter den Voraussetzungen des § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG die Ausnahme darstellt (so allerdings Eylmann/Vaasen/Limmer, BNotO/BeurkG, § 13a BeurkG Rdn. 1). Zwar ist es grundsätzlich so, dass die Niederschrift über das Vereinbarte zu verlesen ist und dass dies - bis zu der Einfügung des § 13a BeurkG durch das Beurkundungs-Änderungsgesetz vom 20. Februar 1980 (BGBl. 1 S. 757) - nach der seinerzeit geänderten Rechtsprechung des Senats auch für in Bezug genommene notarielle Urkunden galt (Urt. v. 23. Februar 1979, VZR 99/77, NJW 1979, 1495; Urt. v. 27. April 1979, V ZR 175/77, NJW 1979, 1498). Daher könnte § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG als Ausnahme von diesem Grundsatz begriffen werden. Andererseits kann die Vorschrift auch als eigenständige Regelung aufgefasst werden, die den Besonderheiten des typisierten Grundstücksverkehrs mit seinen aufeinander aufbauenden Vertragswerken (Bauträgerverträge, WEG-Teilungserklärungen, Hausverwalterverträge u.a.) Rechnung trägt und eine Verweisung auf andere notarielle Urkunden unter bestimmten Voraussetzungen gerade auch im Interesse der Vertragsparteien zulässt, die durch eine ansonsten die Grenzen der Aufnahmefähigkeit überschreitende und vom Wesentlichen ablenkende langandauernde Verlesung überfordert werden könnten (vgl. Huhn/von Schuckmann, BeurkG, 3. Aufl., § 13a Rdn. 2).

Jedenfalls kann aber von einem die Beweislast verteilenden

Regel-Ausnahme-Verhältnis nur ausgegangen werden, wenn dies im Gesetz, ausdrücklich oder durch Auslegung gewonnen (vgl. Rosenberg/Schwab/Gottwald, Zivilprozessrecht, 15. Aufl., S. 671), zum Ausdruck gekommen ist, wenn – wie zum Teil auch formuliert wird – die beiden Tatbestände als Norm und Gegennorm erscheinen (vgl. Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., S. 119 ff., 124 ff.; Leipold, Beweislastregeln und gesetzliche Vermutungen, 1966, S. 53 ff.; MünchKomm-ZPO/Prütting, 2. Aufl., § 286 Rdn. 112, 113). Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Die sprachliche Fassung des § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG lässt nicht erkennen, dass der Gesetzgeber diese Regelung als Ausnahme von der in § 13 Abs. 1 BeurkG statuierten Vorlesungspflicht verstanden wissen wollte. Es fehlen die hierfür typischen Wendungen wie „dies gilt nicht“, „die Vorschrift ist nicht anzuwenden, wenn“, „es sei denn“ oder ähnl. (vgl. MünchKomm-ZPO/Prütting, aaO Rdn. 112). Ein solches Verständnis drängt sich auch nicht aus Sachgründen auf. Die Norm regelt, wie zu verfahren ist, wenn auf notarielle Urkunden verwiesen wird und deren Verlesung erspart werden soll. Dabei gibt es keine Sachgründe, unabhängig von Anspruchsnormen, bei denen es auf die Wirksamkeit der Beurkundung ankommt, die Beweislast zu verteilen. Weder spricht die Wahrscheinlichkeit als Grundlage für ein Regel-Ausnahme-Verhältnis (vgl. Leipold aaO S. 56) dafür, dass alles zu verlesen ist, die Bezugnahme demgegenüber der Ausnahmefall ist, noch steht einer der Beteiligten der zu beweisenden Tatsache näher. Dass der Notar die Förmlichkeiten beachtet hat, ist für beide Vertragspartner gleich wahrscheinlich oder zufällig und von dem einen nicht eher beeinflussbar als von dem anderen.

Soweit das Berufungsgericht auf ein Regel-Ausnahme-Verhältnis hinsichtlich der Beachtung der Sollvorschrift des § 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG durch den Notar abstellt, verkennt es, dass der Gesetzgeber hier kein Verhältnis von Regel und Ausnahme begründet hat, sondern lediglich dem Notar aufgegeben hat, in jedem Fall in der Niederschrift festzuhalten, dass die Parteien die Erklärungen nach Abs. 1 Satz 1 der Norm abgegeben haben. Was dem Berufungsgericht möglicherweise vorgeschwebt hat und worauf auch die Revisionserwiderung die Entscheidung stützen möchte, ist die Überlegung, dass der Notar im Regelfall die Sollvorschrift beachten wird, so dass bei einem Fehlen des Vermerks angenommen werden könne, die Parteien hätten auch nichts erklärt. Dieser Schluss ist aber ebenfalls nicht gerechtfertigt. Da der Gesichtspunkt der Vermutung der Richtigkeit und Vollständigkeit der Urkunde nicht trägt (s.o.), ließe er sich nur auf einen Lebenserfahrungssatz stützen, dass nämlich Notare im allgemeinen die ihnen auferlegten Pflichten beachten. Abgesehen davon, dass

dies nicht zu einer Umkehr der Beweislast, sondern nur zu einem im Rahmen der Beweiswürdigung zu berücksichtigenden Anscheinsbeweis führte (vgl. nur MünchKomm-ZPO/Prütting aaO Rdn. 51 ff.), gibt es aber auch keinen Erfahrungssatz dieses Inhalts, wie wiederum das Berufungsgericht selbst nicht verkannt hat. Es ist wahrscheinlicher, dass ein Notar das Gesetz beachtet, als dass er dagegen verstößt. Es besteht aber nicht ein solcher Grad der Wahrscheinlichkeit, dass hierauf eine richterliche Überzeugung gegründet werden könnte.

f) Schließlich lassen sich entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch aus der Schutzfunktion des Beurkundungsverfahrens keine Gründe für eine Beweislastumkehr herleiten. Die Sollvorschrift des § 13a Abs. 1 Satz 2 BeurkG bezweckt den Schutz aller am Beurkundungsverfahren Beteiligten. Aus dem Schweigen der Niederschrift über eine Abgabe der Erklärungen nach Abs. 1 Satz 1 der Vorschrift können vor dem Hintergrund des Schutzgedankens keine Schlussfolgerungen für die Beweislast gezogen werden. Es ist nicht gerechtfertigt, wegen des Schutzzwecks, den Beteiligten die Bedeutung der Bezugnahme vor Augen zu führen, demjenigen eine Umkehr der Beweislast zugute kommen zu lassen, der sich auf das Fehlen der nach § 13a Abs. 1 Satz 1 BeurkG erforderlichen Erklärung beruft. Er ist nicht schutzwürdiger als sein Vertragspartner, der behauptet, die Erklärung sei abgegeben worden. Eine angemessene Beweislastverteilung ist nur unter Berücksichtigung des jeweils geltend gemachten Anspruchs oder Gegenrechts möglich. Nur als Tatbestandsvoraussetzung für den Anspruch oder den ihm entgegengesetzten Einwand gewinnt die Behauptung, das Wirksamkeitserfordernis für die Inbezugnahme einer fremden notariellen Urkunde fehle, Konturen, an denen sich Beweislastregeln orientieren können. Danach trägt die Klägerin als diejenige, die das Fehlen des Rechtsgrundes für die erbrachte Leistung zu beweisen hat, die Nachteile des non liquet im Hinblick auf die Frage, ob der Vertrag ordnungsgemäß beurkundet worden ist oder nicht.

### III.

Der Rechtsstreit ist nicht zur Entscheidung reif, da sich das Berufungsgericht mit dem von der Klägerin im übrigen vorgebrachten Klagegrund der Rückabwicklung des Kaufvertrages unter dem Gesichtspunkt der Mängelhaftung oder des Rücktritts nicht auseinandergesetzt und dazu keine Feststellungen getroffen hat. Die Sache ist daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 ZPO).

#### Impressum

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

Schriftleiter: Herbert Staudenmaier, Notar a.D., 73479 Ellwangen (Jagst), Veit-Hirschmann-Straße 10 (Tel. 0 79 61/56 08 66) und Dr. Jürgen Rastätter, Notar, 69115 Heidelberg, Kurfürstenanlage 23 (Tel. 0 62 21/59 14 70).

Die BWNotZ erscheint vierteljährlich zweimal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstr. 34 (Tel. 07 11/2 23 79 51,

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

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

Gesamtherstellung: SCHNITZER DRUCK GmbH, Fritz-Klett-Str. 61–63, 71404 Korb (Tel. 0 71 51-3 03-0, Fax 0 71 51-3 59 68).