

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

Herausgeber

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

Kronenstraße 34
70174 Stuttgart

Schriftleitung

Notar Achim Falk,
Stuttgart

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

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

1/2007

Januar/Februar
Seiten 1-24

Inhalt

Abhandlungen

Böhringer

Fortwirkendes Sonderrecht für beschränkte
dingliche Rechte in den neuen Ländern 1

Rechtsprechung 7

Buchbesprechungen 22

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am
Samstag, den 6. Oktober 2007, 9.30 Uhr
in die Musikhalle, Ludwigsburg.

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

- 1. Bericht des Vorstands**
- 2. Ansprachen der Gäste**
- 3. Situation des Amtsnotariats**
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
- 6. Verschiedenes**

Der Vorstand:
Kuhn, Oelgray, Schulz, Mücke, Gaiser

Energieausweis und Notar

Überlegungen zu den Auswirkungen der Einführung eines Energieausweises auf die notarielle Beratungs- und Gestaltungspraxis*

Von Christian Bachmayer, Notar in Eppingen

Einführung	
Rechtlicher Hintergrund	
Technischer Hintergrund	
Auswirkungen auf die Beratungs- und Gestaltungspraxis ...	
a) Hinweise bei der Beratung und Beurkundung	
b) Sonderfall Wohnungseigentum	
c) Beschaffenheitsangaben	
d) Beschaffenheitsvereinbarung	
e) Garantieübernahme	
f) Abtretung von Ansprüchen gegen den Ersteller des Ausweises	
Zusammenfassung	

Einführung

Nicht erst, seit, vor allem zu Jahresbeginn, Eigentümern und Mietern von Wohn- und Gewerbeobjekten wieder die Abrechnungen der Energieversorger, Hausverwalter oder Vermieter ins Haus flattern, sind Energiesparmaßnahmen auch und gerade bei Gebäuden in aller Munde. Doch während der Verbraucher sich bei Haushalts- und Elektrogeräten, Kraftfahrzeugen, und auch einzelnen Gebäudebestandteilen wie Heizungsanlage oder Fenster über deren Verbrauch bzw. Energiesparklassifizierung informieren und auf normierter Grundlage verschiedene Modelle eines Gerätes miteinander vergleichen kann, fehlt bisher für Gesamtgebäudekomplexe oder einzelne Wohnungen ein solcher Maßstab.

Mit der Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden¹ – nachfolgend kurz: „EU-Richtlinie“ genannt – gibt der Europäische Gesetzgeber den Mitgliedsstaaten erstmals Rahmenbedingungen für die einheit-

* Bearbeitungsstand: 30. Januar 2007 – Vortrag des Verfassers auf der Tagung „Wohnungseigentumsrecht“ der Notarakademie Baden-Württemberg am 31. Januar 2007 in Wangen/Allg. unter Verwendung eines Aufsatzes des Verfassers für die „Zeitschrift für notarielle Beratungs- und Belehrungspraxis – NotBZ“ (mit freundlicher Genehmigung des Verlags Dr. Otto Schmidt, Köln)

¹ Amtsblatt EG 2003 Nr. L 1 Seite 65 ff.

liche Berechnung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden vor. Für den Einzelnen ist diese Energieeffizienz in einem sogenannten „Energieausweis“² sichtbar gemacht, welcher bei der Errichtung, beim Verkauf oder bei der Vermietung von Gebäuden vorzulegen ist. Die Richtlinie war bis spätestens 04. Januar 2006 in nationales Recht umzusetzen³.

Zwar ist in Deutschland die Umsetzung in nationales Recht noch nicht vollständig erfolgt, wie im Übrigen auch, soweit ersichtlich, zum Teil in den übrigen Mitgliedsstaaten. Allerdings wurde bereits vor geraumer Zeit das Energieeinsparungsgesetz (EnEG) novelliert und bietet damit die Grundlage zum Erlass einer entsprechenden Rechtsverordnung. Die Überarbeitung der auf dieser Ordnungsgrundlage erlassenen Energieeinsparverordnung (EnEV) steht allerdings unverändert aus. Ein Verordnungsentwurf ist freilich derzeit in der Beratungsphase. Da es hierbei nach derzeitigem Kenntnisstand aber überwiegend um technische Detailfragen geht, die an der rechtlichen Auswirkung des Energieausweises insbesondere auf die notarielle Beratungs- und Gestaltungspraxis kaum etwas ändern werden, scheint es trotzdem zulässig, sich bereits jetzt aus notarieller Sicht grundsätzlich mit dem Thema zu beschäftigen. Nachfolgend sollen daher zum einen die rechtlichen und technischen Hintergründe des Energieausweises dargestellt und alsdann dessen mögliche Bedeutung in der täglichen Arbeit des Notars untersucht werden.

Rechtlicher Hintergrund

1.

Im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft vom 04. Januar 2003 ist die „Richtlinie Nr. 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden“ veröffentlicht⁴. Diese Richtlinie richtet sich an alle Mitgliedsstaaten⁵.

Gemäß Artikel 1 der Richtlinie ist es ihr Ziel, die Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden in der Gemeinschaft unter Berücksichtigung der jeweiligen äußeren klimatischen und lokalen Bedingungen sowie der Anforderungen an das Innenraumklima und der Kostenwirksamkeit zu unterstützen. Zur Erreichung dieses Ziels werden den Mitgliedsstaaten bestimmte Vorgaben gemacht:

a)

Gemäß Artikel 3 der Richtlinie in Verbindung mit dem Richtlinienanhang wird ein für alle Mitgliedsstaaten geltender, abstrakter Rahmen für die Erstellung einer Berechnungsmethode zur Berechnung der Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden aufgespannt. Gemäß Artikel 13 der Richtlinie ist dieser Rahmen in regelmäßigem Abstand von mindestens zwei Jahren zu überprüfen.

Nach Artikel 3 Satz 2 der Richtlinie wird die konkrete Berechnungsmethode für die Gesamtenergieeffizienz allerdings auf nationaler oder gar regionaler Ebene innerhalb des so von der Richtlinie vorgegebenen Rahmens festgelegt. Damit ist die Möglichkeit eröffnet, lokale Besonderheiten, wie klimatische Bedingungen usw., in die Berechnung einfließen zu lassen; andererseits leidet darunter naturgemäß die Vergleichbarkeit der Berechnungsergebnisse für Objekte an unterschiedlichen Standorten.

² in den bisherigen Veröffentlichungen in der Literatur, im Internet oder von entsprechenden Anbietern zum Teil auch als „Energiepass“ bezeichnet; die Richtlinie verwendet in ihrer deutschen Fassung allerdings den Begriff „Energieausweis“, welcher auch Eingang in das nationale Recht finden wird

³ Artikel 15 Absatz 1 der Richtlinie

⁴ s. FN 1

⁵ so ausdrücklich Artikel 17 der Richtlinie

Die „Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes“ ist in Artikel 2 Nr. 2 der Richtlinie näher definiert. Es handelt sich hierbei um die Energiemenge, die tatsächlich verbraucht oder veranschlagt wird, um den unterschiedlichen Erfordernissen eines Gebäudes im Rahmen von dessen Standardnutzung (u.a. etwa der Energiebedarf für Heizung, Warmwasserbereitung, Kühlung, Lüftung und Beleuchtung) gerecht zu werden. In die Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes fließt daher nicht nur die notwendige Heiz- und Warmwasserbereitungsenergie ein; vielmehr berücksichtigt der ermittelte Wert auch den Verbrauch von Klimaanlage oder Beleuchtungskörpern und unterscheidet sich insoweit von dem bereits jetzt nach § 13 EnEV 2004 für Neubauobjekte vorgeschriebenen Energieausweis, welcher im Wesentlichen nur die Wärmeenergie (im weiteren Sinne) einfließen lässt⁶.

Artikel 2 Nr. 2 der Richtlinie gibt bereits die zwei grundsätzlich unterschiedlichen Berechnungsmethoden für die Energieeffizienz vor: nämlich die verbrauchsbasierte Berechnung, d.h. die aus dem tatsächlichen Verbrauch sich ergebende Energieeffizienz, und die bedarfsbasierte Berechnung, also die aus den objektiven Gebäudemerkmalen abstrakt ermittelte Energieeffizienz.

b)

Gemäß Artikel 4 der Richtlinie haben die Mitgliedstaaten die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, um sicherzustellen, dass Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden festgelegt werden.

Gebäude sollen also ein definiertes Höchstmaß an Energiebedarf nicht überschreiten; auf diese Weise soll auch ein Anreiz zum Energiesparen gegeben werden. Bei der Festlegung der Mindestanforderungen an ein Objekt kann nach Artikel 4 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie zwischen neuen und Bestandsgebäuden sowie zwischen unterschiedlichen Gebäudekategorien unterschieden werden. Auch diese Mindestanforderungen sind regelmäßig zu überprüfen und gegebenenfalls zu aktualisieren.

Gemäß Artikel 4 Abs. 3 der Richtlinie kann von den Mitgliedsstaaten beschlossen werden, dass die genannten Mindestanforderungen bei bestimmten Gebäudekategorien nicht anzuwenden sind. Hierunter fallen z.B. historische Gebäude und Baudenkmäler, Kirchen, Wohngebäude mit einer geplanten Nutzungsdauer von weniger als vier Monaten sowie freistehende Gebäude mit einer Gesamtnutzungsfläche von weniger als 50 qm.

c)

Die von den Mitgliedsstaaten festzusetzenden Mindestanforderungen sind gemäß Artikel 5 S. 1 der Richtlinie von allen neuen Gebäuden zu erfüllen. Bei Neubauten mit einer Gesamtnutzungsfläche von mehr als 1.000 qm sind darüber hinaus technische und ökologische Alternativen vor Baubeginn zu berücksichtigen.

Bei Bestandsbauten sind die Mindestanforderungen an die Gesamtenergieeffizienz dann einzuhalten, wenn es sich um Gebäude mit einer Gesamtnutzungsfläche von über 1.000 qm handelt, welche einer größeren Renovierung unterzogen werden.

⁶ vgl. Hegner, Baudirektor im Bundesministerium für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen, Vortrag „Umsetzung der EU-Gebäuderichtlinie in Deutschland“ am 27. Oktober 2005 in Freiburg, nachzulesen unter http://www.enev-online.de/vortraege/051027_hegner_vortrag.pdf S. 2

d)

Unabhängig von der Einhaltung der Mindestanforderungen haben die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass beim Bau, beim Verkauf oder bei der Vermietung von Gebäuden dem Eigentümer bzw. potenziellen Käufer oder Mieter vom Eigentümer ein Ausweis über die Gesamtenergieeffizienz des in Rede stehenden Objekts vorgelegt wird, so genannter „Energieausweis“; Artikel 7 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie. Die Gültigkeitsdauer des Energieausweises darf zehn Jahre nicht überschreiten, Artikel 7 Abs. 1 S. 2 der Richtlinie.

Allerdings können die Gebäudekategorien, die gem. Artikel 4 Abs. 3 der Richtlinie auch von der Einhaltung der Mindestanforderungen ausgenommen werden können⁷, nach Artikel 7 Abs. 1 S. 4 der Richtlinie ebenfalls von dem Erfordernis eines Energieausweises ausgenommen werden.

In Gebäudekomplexen (z.B. Wohnungseigentumsanlagen) kann der Energieausweis gemäß Artikel 7 Abs. 1 S. 3 der Richtlinie für einzelne Wohnungen oder andere Einheiten, die einer gesonderten Nutzung unterliegen, entweder auf der Grundlage eines gemeinsamen Energieausweises für das gesamte Gebäude erstellt werden, wenn dieses über eine gemeinsame Heizungsanlage verfügt, oder auf der Grundlage der Bewertung einer anderen vergleichbaren Wohnung oder Einheit in demselben Gebäudekomplex. Dies dient der Vereinfachung der Erstellung von Energieausweisen z.B. bei größeren Wohnungseigentumsanlagen. Diese Möglichkeit, hierauf ist bereits an dieser Stelle hinzuweisen, ist im derzeitigen Stand der Dinge im deutschen Recht nur teilweise umgesetzt, nämlich für gemischt genutzte Objekte. Bei reinen Wohnobjekten kommt nach dem (künftigen) deutschen Recht hingegen ein Energieausweis für eine einzelne Wohnung nicht in Betracht⁸.

e)

Der so erstellte Energieausweis muss Referenzwerte wie gültige Rechtsnormen und Vergleichswerte enthalten, um die Vergleichbarkeit verschiedener Objekte und die Beurteilung der Gesamtenergieeffizienz durch den Verbraucher zu ermöglichen. Des Weiteren sind dem Energieausweis Empfehlungen für eine kostengünstige Verbesserung der Gesamtenergieeffizienz beizufügen, Artikel 7 Abs. 2 der Richtlinie.

Bei öffentlichen Gebäuden mit einer Gesamtnutzfläche von über 1.000 qm ist der Energieausweis öffentlich an gut sichtbarer Stelle auszuhängen.

f)

In Artikel 7 Abs. 2 S. 3 Richtlinie ist ausdrücklich klargestellt, dass der Energieausweis lediglich Informationscharakter hat; etwaige Rechtswirkungen oder sonstige Auswirkungen bestimmen sich nach einzelstaatlichen Vorschriften.

Die Richtlinie gibt also zwingend weder öffentlich-rechtliche noch zivilrechtliche Sanktionen bei Fehlen eines Energieausweises oder bei unrichtigen Angaben im Energieausweis vor. Allerdings ist es den Mitgliedstaaten unbenommen, solche auf nationaler Ebene einzuführen.

Darüber hinaus macht die Richtlinie in Artikeln 8 und 9 Vorgaben für die regelmäßige Inspektion von Heizkesseln sowie Klimaanlage; hierauf soll an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden.

2.

Diese Richtlinie war, wie dargestellt, gemäß Artikel 15 Abs. 1 der Richtlinie bis 04. Januar 2006 in innerstaatliches Recht umzusetzen. Dies ist, wie bekannt sein dürfte, in Deutschland bisher nicht vollständig geschehen. Europarechtliche Disziplinarmaßnahmen hierwegen sind allerdings derzeit offenbar noch nicht erwogen.

Die Vorarbeiten zur Umsetzung der Richtlinie in nationales deutsches Recht waren allerdings bereits in der 15. Legislaturperiode angegangen worden. Aufgrund der vorgezogenen Neuwahlen konnten diese Vorarbeiten jedoch unter der alten Bundesregierung nicht mehr komplett abgeschlossen werden. Damit war bereits frühzeitig klar, dass der in der Richtlinie genannte Termin für deren vollständige Umsetzung in Deutschland nicht würde gehalten werden können. Da das Thema „Energie sparen“ sowie die Förderung der Binnenwirtschaft, insbesondere auch der Bauwirtschaft, aber besondere Anliegen auch der neuen Bundesregierung sind⁹, wurden die Arbeiten zur Umsetzung der Richtlinie alsbald nach Konstituierung des neuen Bundestages wieder aufgenommen.

Die Umsetzung in Deutschland erfolgt zweistufig:

- auf Gesetzesebene durch (bereits erfolgte) Regelungen im Energieeinsparungsgesetz (EnEG), welches die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der
- Energieeinsparverordnung (EnEV) auf Verordnungsebene darstellt.

3.

Im Hinblick auf die EU-Richtlinie wurde das EnEG, wie dargestellt, noch in der 15. Legislaturperiode überarbeitet und ist am 01. September 2005 neu bekannt gemacht worden¹⁰. § 5 a Energieeinsparungsgesetz (EnEG) stellt die Ermächtigungsgrundlage für die in die Energieeinsparverordnung (EnEV) aufzunehmenden Vorschriften über Energieausweise dar.

Hiernach wird die Bundesregierung ermächtigt, mit Zustimmung des Bundesrats Inhalt und Verwendung von Energieausweisen auf Bedarfs- und Verbrauchsgrundlage vorzugeben und dabei insbesondere den Inhalt des Energieausweises näher zu bestimmen. Diese Vorgaben und Bestimmungen in der zu erlassenden Verordnung können sich beziehen auf die Gebäudekategorie, auf Zeitpunkt und Anlass für die Ausstellung und Aktualisierung von Energieausweisen, auf die Angabe von Referenzwerten, auf die Verpflichtung, Energieausweise Behörden oder anderen Dritten zugänglich zu machen, sowie auf die tatsächliche Ausgestaltung der Energieausweise. Die Möglichkeiten des europäischen Rahmens werden also ausgeschöpft.

Im Gleichklang mit dem europäischen Recht stellt § 5 a S. 3 EnEG dabei klar, dass der Energieausweis lediglich der Information dient. Gleichwohl erlaubt das EnEG in dessen § 8, dass das Fehlen eines Energieausweises bei entsprechender Ausgestaltung der Energieeinsparverordnung eine Ordnungswidrigkeit darstellen und ein Bußgeld von bis zu Euro 15.000,00 nach sich ziehen kann. Diese Möglichkeit wäre allerdings bereits jetzt für den schon derzeit gem. § 13 EnEV 2004 vorgeschriebenen Energieausweis für Neubauten gegeben; hiervon hat der Ordnungsgeber in § 18 EnEV 2004 jedoch keinen Gebrauch gemacht, so dass nach noch gel-

⁷ vgl. oben bei b) am Ende

⁸ vgl. § 17 Abs. 3 EnEV 2007-E

⁹ Hegner aaO. (FN 6), S. 4

¹⁰ BGBl. I Seite 2684

tender Rechtslage das Fehlen des Energieausweises keine Ordnungswidrigkeit darstellt.

4.

Der Entwurf einer Energieeinsparverordnung (EnEV) 2006 mit den entsprechenden Bestimmungen über den Energieausweis war bereits für den Herbst bzw. Winter vorvergangenen Jahres und zuletzt wiederum für das letzte Frühjahr angekündigt worden. Tatsächlich datiert der „Entwurf einer Verordnung über energiesparenden Wärmeschutz und energiesparende Anlagentechnik bei Gebäuden – Energieeinsparverordnung – EnEV“ (nachfolgend: EnEV 2007-E) allerdings erst vom 16. November 2006¹¹; die Verordnung ist, soweit ersichtlich, noch nicht in Kraft.

Der Entwurf befindet sich derzeit vielmehr in der Beratung; er ist stellenweise auch noch nicht vollständig (etwa § 27 EnEV 2007-E über die Ordnungswidrigkeiten). Da aber bereits im Vorfeld Expertenanhörungen stattgefunden haben, sind keine grundlegenden Änderungen mehr zu erwarten.

5.

Die – hier interessierenden – Neuregelungen innerhalb der Energieeinsparverordnung bewegen sich – naturgemäß – in dem von der Ermächtigungsgrundlage in § 5 a EnEG vorgegebenen Rahmen und drehen sich im Wesentlichen um die Berechnungsmethode, den Mindestinhalt sowie die Ausgestaltung des Energieausweises.

Die §§ 1 und 2 EnEV 2007-E enthalten zunächst die Abgrenzung des Anwendungsbereichs der Verordnung sowie Begriffsbestimmungen. Von den nach der Richtlinie und dem EnEG gegebenen Möglichkeiten, Ausnahmen vom Anwendungsbereich der Verordnung zu normieren, hat der Verordnungsgeber im Entwurf Gebrauch gemacht: so sind z.B. Betriebsgebäude, die nach ihrem Verwendungszweck großflächig und lang anhaltend offen gehalten werden, Zelte, provisorische Gebäude mit einer geplanten Nutzungsdauer von weniger als zwei Jahren, dem Gottesdienst gewidmete Gebäude¹² und Wohngebäude, die für eine Nutzungsdauer von weniger als vier Monaten jährlich bestimmt sind, von der Anwendung der EnEV¹³ ausgenommen.

Der zweite Abschnitt der EnEV 2007-E (§§ 3 bis 8) enthält Vorschriften, welche bei der Errichtung von Gebäuden zu beachten sind; wegen der Einzelheiten der einzuhaltenden Grenzwerte ist wiederum auf die Anlagen zur EnEV verwiesen. Der dritte Abschnitt der EnEV 2007-E (§§ 9 bis 12) beinhaltet Vorschriften für bestehende Gebäude und Anlagen; hier ist im Wesentlichen geregelt, was beim Austausch von Anlagen bzw. bei der Erweiterung oder (umfassenden) energetischen Sanierung von Gebäuden zu beachten und einzuhalten ist¹⁴. Der vierte Abschnitt der EnEV 2007-E (§§ 13 bis 15) behandelt Anlagen der Heizungs-, Kühl und Raumlufttechnik sowie der Wasserversorgung.

Im fünften Abschnitt (§§ 15 bis 21 EnEV 2007-E) ist der Energieausweis ausführlich behandelt; hierauf wird nachstehend noch näher eingegangen.

Der sechste Abschnitt der EnEV 2007-E (§§ 22 bis 27) enthält (weitere) Gemeinsame Vorschriften sowie die Regelung der Ordnungswidrigkeiten. Der letzte Abschnitt (§§ 28 bis 31 EnEV 2007-E) beinhaltet das Inkrafttreten sowie die Übergangsvorschriften.

6.

Die Verordnung ist, wie ausgeführt, noch nicht in Kraft. Mit einem In-Kraft-Treten ist freilich im Jahr 2007 zu rechnen.

Der Verordnungsgeber macht in § 29 EnEV 2007-E von der auch nach EU-Recht vorgesehenen Möglichkeit Gebrauch, Übergangsfristen für die Einführung von Energieausweisen¹⁵ vorzusehen. Nach § 29 Abs. 1 EnEV 2007-E sind Energieausweise bei Verkauf oder Vermietung eines Wohngebäudes der Baujahre 1965 und früher erst ab dem 01. Januar 2008 vorzulegen. Für später errichtete Wohngebäude ist sogar eine Übergangsfrist bis 01. Juli 2008 vorgesehen. Für Nichtwohngebäude verlängert sich die Frist gem. § 29 Abs. 2 EnEV 2007-E gar bis zum 01. Januar 2009.

7.

Das EnEG gibt, wie dargestellt, die Möglichkeit, Verletzungen von Regelungen als Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit zu deklarieren und mit einem Bußgeld zu belegen. Die entsprechenden Ordnungswidrigkeiten werden in § 27 EnEV 2007 enthalten sein. Derzeit heißt es dort allerdings nur, dass die Bewehrung einzelner Rechtsvorschriften erst im weiteren Verfahren erörtert und ausformuliert werden soll.

Es ist daher nicht auszuschließen, dass die Nichtvorlage eines Energieausweises später den Tatbestand einer Ordnungswidrigkeit erfüllt. Freilich darf hierbei nicht übersehen werden, dass sowohl nach der Richtlinie als auch nach den Bestimmungen des EnEG der Energieausweis ausdrücklich nur Informationszwecken dient, und daher die Belegung eines Verstoßes mit einem Bußgeld einigermmaßen widersinnig wäre. Für das Weitere gehe ich daher davon aus, dass insoweit ein Ordnungswidrigkeitstatbestand nicht eingeführt wird¹⁶.

Technischer Hintergrund

1.

Der Energieausweis wird aufgrund der Vorgaben der EU-Richtlinie einen bestimmten Mindestinhalt haben.

Kernstück jedes Energieausweises ist der sog. „Energiekennwert“^{17,18}. Der Energiekennwert ist, bei einem Wohngebäude, die auf die Wohnfläche bezogene, benötigte Energie für die Beheizung, gegebenenfalls für die Warmwasserbereitung sowie, nach den Vorgaben der Richtlinie, auch für den sonstigen Energieverbrauch (z.B. für Klimageräte, Belüftung und Beleuchtung) im Verlauf eines Jahres. Angegeben wird der Energiekennwert in Kilowatt-Stunden pro Quadratmeter Wohnfläche und Jahr, kurz: „KWh/(m²a)“. Der so auf die Wohnfläche bezogene Energiekennwert ermöglicht den Vergleich des Energiebedarfs unterschiedlich großer Gebäude¹⁹.

¹¹ abrufbar etwa unter www.enev-online.de

¹² allerdings nur, soweit sie nach ihrer Zweckbestimmung auf eine Innentemperatur von weniger als 12 Grad Celsius oder jährlich weniger als vier Monate beheizt werden (!)

¹³ mit Ausnahme der §§ 12 und 13 des Entwurfs – Bestimmungen über Klimaanlage und Heizkessel; diese bleiben anwendbar

¹⁴ In § 10 EnEV 2007-E ist z.B. die Außerbetriebnahme älterer Heizkessel bis spätestens 31. Dezember 2008 vorgeschrieben

¹⁵ nach der EU-Richtlinie bis längstens Anfang 2009

¹⁶ die Begründung zum Verordnungsentwurf betont ebenfalls nochmals den rein informativen Charakter des Energieausweises und weiter, dass die Energieausweise den Grundstücksverkehr nicht erschweren sollen, Begr. S. 37 f.

¹⁷ Vogler ZWE 2006, 26, 27

¹⁸ in § 13 Abs. 6 EnEG 2004 noch als „Energieverbrauchskennwert“ bezeichnet; im Muster eines Energieausweises in den Anlagen 6 ff. zur EnEV 2007-E ist zum einen vom „Endenergiebedarf“ sowie vom „Energieverbrauchskennwert“ die Rede

¹⁹ Vogler aaO. (FN 17)

Die EnEV 2007-E unterscheidet hierbei zwischen Wohn- und Nichtwohngebäuden; nur bei letzteren fließt auch der Bedarf an Energie für die Kühlung und Beleuchtung des Objekts in die Betrachtung ein (vgl. §§ 3, 4 EnEV 2007-E).

Für die Ermittlung dieses Energiekennwerts kommen – sowohl technisch als auch rechtlich aufgrund der Vorgaben der EU-Richtlinie – zwei grundsätzlich verschiedene Methoden in Betracht:

a)

Der Energiekennwert kann aufgrund des tatsächlich ermittelten Verbrauchs eines Objekts, unter Herausfilterung bestimmter saisonaler Besonderheiten („strenger Winter“) aufgrund von Erfahrungswerten, als verbrauchsbasierter Energiekennwert errechnet werden. Der auf dieser Grundlage erstellte Energieausweis ist dann ein „Energieverbrauchsausweis“.

b)

Der Energiekennwert kann auch auf der Grundlage der technischen Gegebenheiten eines Gebäudes (wie Form und Größe der Gebäudehülle, Mauerstärken, Dämmeigenschaften der verwendeten Materialien, Größe und Energienutzungsgrad der Heizungsanlage, verwendeter Energieträger etc.) theoretisch ermittelt und dann bedarfsbasiert als theoretischer Energiebedarf, als „Normverbrauch“, angegeben werden. Der auf dieser Grundlage erstellte Energieausweis ist dann ein „Energiebedarfsausweis“.

Nach § 17 Abs. 1 S. 2 EnEV 2007-E ist es durchaus zulässig, im Energieausweis sowohl den Energiebedarf als auch den Energieverbrauch anzugeben.

2.

Beide Methoden sind mit Vor- und Nachteilen verbunden²⁰:

a)

Der verbrauchsbasierte Energiekennwert²¹ dokumentiert die (quasi) tatsächliche Energieeffizienz eines Objekts aufgrund seiner konkreten Nutzung. Die aus dem tatsächlichen Verbrauch ermittelten Daten werden temperaturbereinigt und auf ein langjähriges Mittel bezogen, so dass saisonale Unterschiede (wie lange Winter oder zu heiße Sommer) herausgerechnet werden.

Der verbrauchsbasierte Energiekennwert liefert daher einen guten Anhaltspunkt für den tatsächlichen Energiebedarf eines Objekts, unabhängig von dem „theoretisch Machbaren“ aufgrund der objektiven Gebäudemerkmale. Andererseits bildet der verbrauchsbasierte Energiekennwert trotz der vorzunehmenden rechnerischen Abstrahierung immer auch das konkrete Nutzerverhalten sowie einen evtl. Leerstand des Objekts ab, was naturgemäß bei unterschiedlichem Nutzerverhalten zu unterschiedlichen Energiekennwerten für das selbe Objekt führen muss.

Der Eigentümer ist gem. § 19 Abs. 1 S. 3 berechtigt, dem Aussteller des Energieausweises die Verbrauchsdaten zur Verfügung zu stellen; der Aussteller des Ausweises muss diese seinen Berechnungen freilich nicht zugrunde legen, wenn begründete Zweifel an deren Richtigkeit bestehen.

Der Aufwand zur Erstellung eines verbrauchsbasierten Energieausweises ist, da dieser sich aus vorhandenen Ver-

brauchsdaten ableitet, vergleichsweise gering; der verbrauchs-basierte Energieausweis kann daher relativ günstig erstellt werden. Im Vorfeld des Verordnungsentwurfs wurden Preise um die Euro 100,00 für einen entsprechenden Ausweis genannt; zu diesem Preis soll der Ausweis im Internet angeboten worden sein.

b)

Der bedarfsbasierte Energiekennwert²² vermittelt hingegen ein Bild der theoretischen Energieeffizienz eines Gebäudes. Er wird, wie dargestellt aus technischen Eckdaten des zu beurteilenden Objekts rechnerisch ermittelt und ist daher vom jeweiligen Nutzerverhalten komplett unabhängig.

Da bedarfsbasierte Energieausweise aufgrund der rechtlichen Vorgaben nach standardisierten Methoden unter Berücksichtigung auch regionaler Gegebenheiten wie Standort (Sonnen- oder Schattenlage, freistehend oder in Stadtlage usw.) erstellt werden, sollten sie eine größtmögliche Vergleichbarkeit verschiedener Objekte gewährleisten. Zudem werden evtl. Schwachstellen des Objekts aufgedeckt²³.

Praktische Erfahrungen in durchgeführten Feldversuchen haben jedoch bereits gezeigt, dass schon bei der Ermittlung der Eingangsdaten gewisse Spielräume bestehen, so dass unterschiedliche Ersteller von Energieausweisen zu unterschiedlichen Energiekennwerten kommen können²⁴. Zudem ergibt sich erheblicher Erklärungsbedarf, wenn der tatsächlich ermittelte Verbrauch von dem „Normverbrauch“ abweicht, was nicht selten der Fall sein dürfte. Auswertungen des „Instituts für Energie- und Umweltforschung Heidelberg GmbH – ifeu“ haben Mehr- und Minderverbräuche von bis zu 40 % gegenüber dem errechneten Energiebedarf ergeben; am stärksten war die Streuung im Bereich bis zu 25 % Abweichung, wobei erstaunlicherweise Minderverbräuche ebenso häufig anzutreffen waren wie Mehrverbräuche²⁵.

Da der Aufwand für die Erstellung eines bedarfsbasierten Ausweises (Erhebung der Eingangsdaten, Gebäudebesichtigung usw.) sehr viel höher ist als beim verbrauchsbasierten Ausweis, wird dieser selbstverständlich mehr kosten. Die „Deutschen Energie-Agentur GmbH“ mit Sitz in Berlin (kurz: „dena“)²⁶, welche im Rahmen eines vom Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung geführten Projekts „Energieausweis für Gebäude“ seit 2004 auf freiwilliger Basis bedarfsbasierte Energieausweise (von ihr als „Energiepass“ bezeichnet) anbietet, hat Kosten zwischen Euro 300,00 und Euro 500,00 für ein Mehrfamilienhaus ermittelt, wobei allerdings 65 % der ausgestellten Energiepässe unter Euro 300,00 gekostet haben²⁷.

3.

Da der verbrauchsbasierte Energiekennwert aus den tatsächlich vorliegenden Verbräuchen über eine längere Periode²⁸ ermittelt wird, ist dies naturgemäß bei zu errichtenden und bei jungen Gebäuden nicht möglich; für diese ist daher zwingend ein bedarfsbasierter Energiekennwert zu ermitteln. Der für Neubauten bereits nach derzeitiger Rechtslage zu er-

²² geregelt in § 18 EnEB 2007-E

²³ Hegner aaO. (FN 6), S. 4

²⁴ Vogler aaO. (FN 17)

²⁵ nachzulesen unter <http://www.baulinks.de/webplugin/2006/0216.php4>

²⁶ deren Anteilseigner zu gleichen Teilen der Bund und die Kreditanstalt für Wiederaufbau sind

²⁷ Projektinfo der „dena“ unter <http://www.gebaeudeenergiepass.de>; Vogler aaO (FN 17)

²⁸ gem. § 19 Abs. 3 EnEV 2007-E mindestens drei aufeinander folgende Abrechnungsperioden

²⁰ vgl. Vogler aaO. (FN 17)

²¹ geregelt in § 19 EnEV 2007-E

stellende Energieausweis ist folglich ein Energiebedarfsausweis, weicht allerdings – wie dargestellt²⁹ – im Detail von dem auf Grund der EU-Richtlinie zu erstellenden Energieausweis ab, weil nach dem bestehenden § 13 EnEV nicht alle Faktoren in den Energieausweis einfließen, welche nach Art. 2 Nr. 2 EU-Richtlinie für die Gesamtenergieeffizienz berücksichtigt werden müssen (wie Klimatisierung und Beleuchtung)³⁰.

4.

Nachdem der verbrauchsbasierte Energieausweis stets auch das Nutzerverhalten mit abbildet, war in den Vorüberlegungen zur EnEV 2007 daher erwogen worden, für kleinere Gebäude zwingend den bedarfsbasierten Energiekennwert vorzuschreiben, um die Vergleichbarkeit verschiedener Objekte unabhängig vom Nutzer zu gewährleisten³¹. Bei größeren Objekten wird hingegen davon ausgegangen, dass ein stark unterschiedliches Nutzerverhalten über die große Zahl der Nutzer im Mittel ausgeglichen und daher der verbrauchsbasierte Energiekennwert in einem Energieausweis für den gesamten Gebäudekomplex aussagekräftig für das Gesamtobjekt wird³².

Der Verordnungsgeber hat sich in § 17 Abs. 2 EnEV 2007-E für folgende Lösung entschieden:

- Grundsätzlich sind beide Arten des Energieausweises möglich, ggf. auch kombiniert.
- Bei neu errichteten Gebäuden bzw. bei Gebäude, die so erheblich geändert werden, dass, nach näherer Maßgabe der Verordnung, Neubauvorschriften einzuhalten sind, ist stets der Energiebedarfsausweis zu erstellen.
- beim Verkauf oder der Vermietung einer Bestandsimmobilie ist ein Energiebedarfsausweis dann zwingend vorgeschrieben, wenn das Objekt weniger als fünf (5) Wohnungen hat und der Bauantrag vor dem 01. November 1977 gestellt wurde, es sei denn, dass Gebäude hielt seinerzeit oder infolge späterer Verbesserungen die Anforderungen der WärmeschutzVO 1977 ein.

2.

Die aufgrund der entsprechenden Normen ermittelten Energiekennwerte haben freilich für sich genommen für den Durchschnittsbürger keinerlei Aussagekraft. Im Energieausweis sind daher stets auch die Vergleichswerte mit anzugeben. Der mittlere Energieverbrauchskennwert für Mehrfamilienhäuser in Deutschland liegt zur Zeit bei ca. 140 bis 180 kWh/(m²a)³³; nach der EnEV 2004 errichtete Neubauten haben einen Energiebedarf um 100 kWh/(m²a)³⁴.

Außerdem sind gem. § 20 EnEV 2007-E, in Übereinstimmung mit den europäischen Vorgaben, vom Ersteller des Ausweises Modernisierungsempfehlungen zu geben, wenn Maßnahmen für kostengünstige Verbesserungen der energetischen Eigenschaften des Gebäudes möglich sind.

3.

Die Ausstellungsberechtigung für Energieausweise für Bestandsgebäude ist in § 21 EnEV 2007-E geregelt. Hiernach ist grundsätzlich, neben den ohnehin geforderten beruflichen Qualifikationen, eine sog. „Ausstellungsberechtigung“ erforderlich, die wiederum an bestimmte fachliche Voraussetzungen anknüpft.

²⁹ oben bei FN 6

³⁰ Übergangsregelung in § 29 Abs. 3 EnEV 2007-E

³¹ Vogler aaO. (FN 17), S. 28

³² Vogler aaO. (FN 17), S. 27

³³ Vogler aaO. (FN 17), S. 27

³⁴ Anhang 1 zur EnEV 2004

Auswirkungen auf die Beratungs- und Gestaltungspraxis

1.

Grundlage für den (künftigen) Energieausweis ist, wie ausgeführt, die „Richtlinie 2002/91/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden“. Diese richtet sich als EU-Richtlinie naturgemäß ausschließlich an die Mitgliedsstaaten (so ausdrücklich Art. 17 der Richtlinie), welche die Richtlinie bis zu einem bestimmten Zeitpunkt in innerstaatliches Recht umzusetzen hatten. Den einzelnen Bürger treffen aus der Richtlinie unmittelbar keine Rechte und Pflichten.

Auch wenn die Frist zur Umsetzung in innerstaatliches Recht bereits abgelaufen ist, kann daher von niemandem unter Berufung auf Artikel 7 der Richtlinie die Vorlage des Energieausweises für Bestandsbauten verlangt werden³⁵.

Aufgrund der bestehenden Rechtslage³⁶ ist allerdings bereits derzeit für zu errichtende Gebäude³⁷ ein Energiebedarfsausweis zu erstellen. Nach § 13 Abs. 4 EnEV 2004 ist dieser allerdings den zuständigen Behörden nur „auf Verlangen“ vorzulegen und Käufern, Mietern und anderen Nutzungsberechtigten nur „auf Anforderung zur Einsichtnahme zugänglich“ zu machen. Eine richtlinienkonforme Auslegung dieser Bestimmung ergibt, dass dies bereits den potenziellen Käufern bzw. Mietern gegenüber gilt, und nicht erst nach Abschluss eines entsprechenden Vertrags³⁸. Eine Pflicht zur Vorlage, wie sie die EU-Richtlinie in Art. 7 für den künftigen Energieausweis vorsieht, besteht daher nach noch geltender Rechtslage nicht.

Die Nichterstellung bzw. Nichtvorlage des Energiebedarfsausweises nach § 13 Abs. 1 EnEV 2004 ist nach geltender Rechtslage auch sanktionslos. Zwar besteht, wie ausgeführt, bereits derzeit nach § 8 EnEG die Möglichkeit, den Fall der Nichterstellung bzw. Nichtvorlage des Energiebedarfsausweises als Ordnungswidrigkeitstatbestand zu deklarieren und den Verstoß mit einem Bußgeld zu belegen. Hiervon hat die EnEV 2004 in deren § 18 jedoch keinen Gebrauch gemacht. Ob dies für die EnEV 2007 ebenso gilt, kann derzeit, wie ausgeführt, noch nicht gesagt werden, erscheint aber mindestens für den nichtgewerblichen Vorlagepflichtigen eher unangebracht.

2.

Auch sonst muss der Verkäufer bzw. Vermieter eines Objekts mangels abweichender vertraglicher Vereinbarungen nach geltendem Recht und nach der kommenden Energieeinsparverordnung keine zivilrechtlichen Nachteile bei Nichterstellung bzw. Nichtvorlage eines Energieausweises befürchten.

Artikel 7 Abs. 2 S. 3 der EU-Richtlinie schreibt ausdrücklich vor, dass der Energieausweis lediglich Informationszwecken dient. Die Regelung eventueller (zivilrechtlicher und öffentlich-rechtlicher) Rechtsfolgen und sonstiger Auswirkungen bleibt ausdrücklich dem nationalen Recht überlassen. Hierzu hat der deutsche Gesetzgeber nach § 5a EnEG am Ende ebenfalls ausdrücklich klargestellt, dass der künftige Energieausweis lediglich Informationszwecken dient. Zivilrechtliche Sanktionen für den Fall der Nichterstellung bzw. Nicht-

³⁵ einer der Ausnahmefälle, in welchen sich ein einzelner Bürger wegen mangelnder Umsetzung einer Richtlinie in innerstaatliches Recht unmittelbar auf die Richtlinie berufen kann, liegt nicht vor

³⁶ § 13 EnEV 2004

³⁷ Abgrenzung zwischen „zu errichtenden“ und „Bestands“gebäuden in § 6 EnEG: maßgeblich ist der Zeitpunkt der Baugenehmigung bzw. ein entsprechender baurechtlicher Ersatztatbestand

³⁸ Hertel, DAI-Skript „Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung (2005/2006)“, S. 6

vorlage des Energieausweises sind daher ausdrücklich nicht festgeschrieben. Mangels entsprechender Ermächtigung können solche auch nicht durch die überarbeitete EnEV eingeführt werden. In der Begründung zur Überarbeitung des EnEG heißt es wörtlich³⁹:

„Einer besonderen gesetzlichen Regelung der zivilrechtlichen Wirkung des Energieausweises, insbesondere im Hinblick auf das Kauf-, Miet- oder Pachtrecht, bedarf es nicht. Im Rahmen der Vertragsfreiheit können die Parteien alle erforderlichen Regelungen selbst treffen. Dem Ordnungsgeber bleibt es im Übrigen unbenommen, in den Energieausweis Hinweise aufzunehmen, um möglichen Irrtümern der Beteiligten über den Aussagegehalt der Ausweise vorzubeugen“.

Denkbar könnte daher allenfalls sein, in der Nichterstellung bzw. Nichtvorlage eines Energieausweises eine Pflichtverletzung, ggf. auch im Rahmen eines vorvertraglichen Schuldverhältnisses gem. § 311 Abs. 2 i.V.m. § 241 Abs. 2 BGB, zu sehen. Dies würde allerdings m.E. den sowohl vom europäischen als auch vom deutschen Gesetzgeber zum Ausdruck gebrachten Willen, dem Energieausweis lediglich informativen Charakter beizulegen und dessen Nichtvorlage zivilrechtlich folgenlos zu lassen, konterkarieren. Nur bei besonderen Sachverhalten wird man daher eine solche Pflichtverletzung annehmen können.

Macht allerdings der Verkäufer oder Vermieter bei der Vertragsverhandlung bewusst oder fahrlässig falsche Angaben zur Gesamtenergieeffizienz, so kann dies als Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht (§ 433 BGB bzw. § 535 BGB, je i.V.m. § 280 BGB) zu einer Schadenersatzpflicht führen⁴⁰. Darüber hinaus können die Energiekennwerte freilich auch Gegenstand einer – ausdrücklichen oder konkludenten – Beschaffenheitsvereinbarung sein.

3.

Da also zivilrechtliche Folgen ohne entsprechende Vereinbarung im Vertrag nicht vorgesehen und ohne bewusste oder fahrlässige Falschangaben des Veräußerers auch sonst nicht gegeben sind, stellt sich für den Notar die Frage, ob er im Rahmen der Beratung der Beteiligten vor Abschluss eines Grundstückskaufvertrags oder bei der Vertragsgestaltung überhaupt Hinweise zum Energieausweis geben sollte oder gar muss, bzw. ob er auf eine bestimmte Regelung im Vertrag hinwirken sollte. Hier kommt die gesamte Bandbreite von „Ignorieren“ über Beschaffenheitsvereinbarungen bis hin zu Garantieübernahmen in Betracht:

a) Hinweise bei der Beratung und Beurkundung

Nach § 17 BeurkG hat der Notar u.a. den Sachverhalt aufzuklären und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren.

Der Energiebedarf eines Objekts gehört nach dem oben Gesagten nicht zur rechtlichen Tragweite des Geschäfts, sondern allein zu dessen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen (künftige Nebenkosten etc.), da grundsätzlich keine Rechtsfolgen an das Vorliegen bzw. Nichtvorliegen des Energieausweises geknüpft sind, so dass man nicht von einer Hinweispflicht des Notars ausgehen kann⁴¹. Grundsätzlich ist es nämlich Sache der Beteiligten selbst, sich über die wirtschaftliche Bedeutung des Geschäfts, durch entsprechende Inaugenscheinnahme und Bewertung des Objekts und Einholung der notwendigen Informationen, klar zu werden. Freilich trifft den Verkäufer hierbei eine Mitwirkungspflicht dergestalt, dass

er die ihm ohne Schwierigkeiten zugänglichen Informationen zur Verfügung zu stellen hat⁴²; hierauf ist er ggf. hinzuweisen.

Andererseits soll der Notar gem. § 17 BeurkG im Rahmen der Prüfungs- und Belehrungspflichten darauf achten, dass Irrtümer und Zweifel vermieden sowie unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden. Um dem gerecht zu werden, kann es je nach Sachverhalt durchaus so sein, dass die Beteiligten auf ihre Mitwirkungs- und Informationspflichten sowie besonders auf eine neue Rechtslage hingewiesen werden müssen. Ein Hinweis auf die Pflicht zur Vorlage eines Energieausweises (bei Neubauten: bereits jetzt; bei Bestandsbauten: nach Inkrafttreten einer entsprechenden Regelung), dessen lediglich informativen Charakter sowie die mögliche Haftung des Veräußerers bei bewusst oder fahrlässig falschen Angaben erscheint daher auf jeden Fall angebracht.

In vielen Fällen üblich und natürlich jederzeit möglich und unschädlich sind Hinweise des Notars etwa auf mögliche Baulasten oder ein Altlastenregister und die Möglichkeit für die Beteiligten, sich hierüber vorab zu informieren⁴³. Dieser Hinweis kann unschwer um den Energieausweis erweitert werden. Häufig werden der – gerade beim Privatverkauf regelmäßig unerfahrene – Verkäufer und/oder Käufer auch allgemein darauf hingewiesen, dass der Verkäufer (auch nach Abschaffung des § 444 BGB a.F. im Rahmen der Schuldrechtsreform) verpflichtet ist, dem Käufer alle für dessen Kaufentscheidung wichtigen Informationen erteilen und Unterlagen zu übergeben, soweit sie dem Verkäufer selbst unschwer zugänglich bzw. bekannt sind. Regelmäßig wird dieser vom Notar gegebene Hinweis auch in der Urkunde dokumentiert. Eine Ergänzung dieses Hinweises um den Energieausweis könnte wie folgt aussehen:

„Der Notar hat darauf hingewiesen, dass der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer einen Energieausweis über den Vertragsgegenstand vorzulegen, welcher nicht älter als zehn Jahre sein darf. Der Energieausweis hat lediglich informativen Charakter; Ansprüche gegen den Verkäufer kommen daher nur in Betracht, wenn dieser bewusst oder fahrlässig falsche Angaben gemacht hat.“

Liegt bereits ein Energieausweis auf der Grundlage des § 13 EnEV 2004 vor, so empfiehlt sich ein Hinweis darauf, dass dieser bei Nichtwohngebäuden mit dem nach den Vorgaben der EU-Richtlinie und der künftigen EnEV 2007 zu erstellenden Energieausweis nicht zwangsläufig übereinstimmt, weil andere Daten in die Berechnung einfließen.

b) Sonderfall Wohnungseigentum

Besondere Probleme können sich beim Wohnungseigentum ergeben.

Auch der Verkäufer/Vermieter einer Eigentumswohnung ist (künftig) verpflichtet, dem potenziellen Käufer/Mieter einen Energieausweis vorzulegen⁴⁴. Nach § 17 Abs. 3 EnEV 2007-E werden Energieausweise aber grundsätzlich nur für das ganze Gebäude ausgestellt. Ausnahmen kommen gem. § 17 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 22 EnEV 2007-E nur bei gemischt genutzten Gebäuden (z.B. Wohnanlage mit Supermarkt) in Betracht, und dann auch nur für den ganzen entsprechenden Abschnitt. Von der nach der Richtlinie gegebenen Möglichkeit, aus einem bestehenden Gesamtausweis für ein Gebäude oder aus Vergleichsdaten einer anderen Wohnung einen Einzelausweis abzuleiten, hat der deutsche Ordnungsgeber also offenbar keinen Gebrauch gemacht⁴⁵.

⁴² Palandt, BGB, 65. A. 2006, § 433 Rn. 22 ff.

⁴³ Hertel aaO. (FN 37) S. 9; Brambring, Beck'sches Notarhandbuch, 4. Auflage 2004, A I Rn. 22

⁴⁴ so ausdrücklich § 16 Abs. 2 EnEV 2007-E

⁴⁵ auf die – nur von mir gesehene? – Problematik ist der Ordnungsgeber gar nicht eingegangen; vgl. Begründung zum Verordnungsentwurf S. 44.

³⁹ BT-Drucksache 15/5226 vom 11. April 2005, S. 8

⁴⁰ vgl. Hertel aaO. (FN 37), S. 6

⁴¹ so auch Hertel aaO (FN 37), S. 9

Das bedeutet in der Konsequenz, dass der Eigentümer einer einzelnen Eigentumswohnung dem Käufer oder Mieter einen Energieausweis für das gesamte Objekt vorzulegen hat. Unabhängig davon, welchen Informationsgehalt bzw. welche Aussagekraft ein solcher Ausweis für den Interessenten an einer bestimmten Wohnung hat, stellt sich hierbei die Frage, wie der vorlagepflichtige Eigentümer an einen solchen Ausweis herankommt, insbesondere dann, wenn ein solcher noch gar nicht erstellt oder der erstellte zu alt ist⁴⁶ ist. Man wird dem einzelnen Verkäufer/Vermieter kaum zumuten können, einen Gesamtausweis für die gesamte Wohnungseigentumsanlage erstellen lassen und die entsprechenden Kosten übernehmen oder für die Hauskasse vorzustrecken zu müssen.

Es wird es daher Sache des Verwalters der Anlage sein, für einen Energieausweis für die Anlage zu sorgen⁴⁷. Fraglich ist allerdings, ob dies zu seinen gesetzlichen Aufgaben gehört. Denn die Pflicht zur Vorlage des Ausweises trifft nach der EU-Richtlinie und deren deutscher Umsetzung nur den einzelnen veräußerungs- oder vermietungswilligen Eigentümer, und auch nur anlässlich einer Veräußerung oder Vermietung. Die Wohnungseigentümergeinschaft selbst ist also – für sich betrachtet – weder generell dazu verpflichtet, einen Energieausweis erstellen zu lassen, noch einen solchen dauernd vorzuhalten. Es ist aber nicht Aufgabe des Verwalters, nur den einzelnen Eigentümer betreffende Belange zu erledigen. Auch aus dem neu gefassten § 27 WEG in der am 14. Dezember 2006 beschlossenen Fassung kann ich keine Verpflichtung des Verwalters ableiten, den Energieausweis erstellen zu lassen. Besonders problematisch wird die Angelegenheit dann, wenn überhaupt kein Verwalter bestellt ist.

Ohne eine entsprechende Regelung in der Gemeinschaftsordnung bzw. ohne einen entsprechenden Versammlungsbeschluss wird man daher den Verwalter weder für verpflichtet noch für berechtigt halten können, einen kostenpflichtigen Energieausweis zu Lasten der Hauskasse erstellen zu lassen⁴⁸. Jedenfalls wird der einzelne Eigentümer ohne eine solche Regelung keinen Anspruch gegen den Verwalter auf Erstellung eines Energieausweises haben.

In diesen Fällen wird man die Beteiligten daher nur – wie üblich – darauf hinweisen können, dass der Verkäufer dem Käufer alle die Wohnung betreffenden Verwaltungsunterlagen (wie letzte Teilungserklärung, Versammlungsprotokolle, Abrechnung, Wirtschaftsplan etc.) und auch, soweit vorhanden, einen Energieausweis auszuhändigen habe. Liegt jedoch kein Energieausweis vor, so wird man den Verkäufer hierfür kaum vertraglich haftbar machen können.

Andererseits ist bei der Gestaltung von Teilungserklärungen oder Verwalterverträgen ggf. daran zu denken, dass eine entsprechende Pflicht zur Erstellung eines Energieausweises, dessen Vorhaltung für die Eigentümer und die Erneuerung des Ausweises bei Ablauf der Gültigkeit in den Pflichtenkatalog für den Verwalter aufgenommen werden kann. Bei bestehenden Anlagen kommt zweckmäßigerweise die Aufnahme einer solchen Pflicht in den Verwaltervertrag oder die Anregung einer entsprechenden Beschlussfassung in Betracht. Auch dann bleibt es freilich Sache des einzelnen Eigentümers, anlässlich einer Vermietung oder eines Verkaufs des Energieausweis vorzulegen.

c) Beschaffenheitsangaben

Liegt ein Energieausweis vor, so kann überlegt werden, die entsprechenden Kennwerte im Sinne einer Information für

den Käufer als Beschaffenheitsangabe in den Vertrag selbst aufzunehmen.

Die Beschaffenheitsangabe als solche löst noch keine Rechtsfolgen aus, sofern nicht eine bewusste oder fahrlässige Falschangabe vorliegt. Gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein Sachmangel nur vor, wenn die Sache tatsächlich von der vertraglich vereinbarten (Soll-)Beschaffenheit abweicht. Ein Mangel ist also nur gegeben, wenn die Ist-Beschaffenheit von den vertraglichen Vereinbarungen abweicht, d.h. wenn eine bestimmte Soll-(Beschaffenheit) vom vertraglichen Einigungswillen umfasst war⁴⁹. Bei formpflichtigen Verträgen muss auch die Vereinbarung der Soll-Beschaffenheit der Form entsprechen⁵⁰.

Die bloße Beschaffenheitsangabe im Vertrag stellt daher grundsätzlich noch keine Vereinbarung einer (Soll-)Beschaffenheit dar. Andererseits ist nicht zu verkennen, dass die Rechtsprechung in manchen Fällen die Vereinbarung einer Beschaffenheit auch ohne ausdrückliche Erklärung des Verkäufers annimmt, gerade auch bei Verbrauchsangaben (im Kfz-Bereich)⁵¹. Bei Kraftfahrzeugen sollen bereits Abweichungen von mehr als 10 % vom Normverbrauch nach „Euro-Mix“ einen Mangel darstellen, auch wenn dieser Normverbrauch nicht im Vertrag angegeben, aber einem Verkaufsprospekt zu entnehmen ist, welcher der Vertragsverhandlung zugrunde lag⁵². Wie gesehen, wurden bei den bisherigen Feldversuchen zum Energieausweis für Gebäude aber Mehr- oder Minderverbräuche von regelmäßig bis 25 % gegenüber der Bedarfsberechnung ermittelt. Bei unvorsichtigen Angaben zur Beschaffenheit und ungenauer Formulierung kommt man daher möglicherweise sehr schnell zur Annahme eines Mangels und zu Mängelrechten des Käufers.

Da diese feinen Unterschiede zwischen reinen Beschaffenheitsangaben und echten Beschaffenheitsvereinbarungen dem juristisch wenig vorgebildeten Vertragsbeteiligten kaum verständlich zu machen sein werden, sollte von einer Beschaffenheitsangabe im Vertrag nur sparsam Gebrauch gemacht werden. Es genügt in den meisten Fällen wohl der Hinweis darauf, dass ein Energieausweis vorlag und dem Käufer übergeben wurde; gegebenenfalls kann dieser als Beilage zu Beweis Zwecken der Urkunde beigefügt werden. In diesem Fall erscheint aber auch der weitere Hinweis angebracht, dass der tatsächliche Energiebedarf, etwa wegen der konkreten Art der Nutzung, von dem Kennwert abweichen kann, und dass dies nicht zu Mängelrechten des Käufers führt. In-soweit könnte etwa formuliert werden:

„Der Verkäufer übergibt dem Käufer den von ... (Namen des Ausstellers) erstellten Energieausweis vom ... (Ausstellungsdatum). Ggf. ergänzen: Der Verkäufer erklärt, dass er dem Ersteller des Ausweises sämtliche von diesem geforderten Angaben über das Objekt und den Energieverbrauch nach bestem Wissen gemacht habe. Der Verkäufer übernimmt darüber hinaus keine Haftung für die Richtigkeit des Ausweises und der darin gemachten Angaben. Der Notar hat darauf hingewiesen, dass der Energieausweis lediglich informativen Charakter hat, und der tatsächliche Energieverbrauch aufgrund des konkreten Nutzerverhaltens nicht unerheblich von dem festgestellten Energiekennwert abweichen kann.“

Alternativ kommen, auch bei Vorliegen eines Energieausweises, Angaben über die „tatsächliche Beschaffenheit“ des Objekts (wie Baujahr des Hauses und der Heizungsanlage, Art der Befehuerung, Bauart und k-Wert der Fenster etc.) in Betracht.

⁴⁶ vgl. Art. 7 Abs. 1 S. 1 EU-Richtlinie; § 17 Abs. 5 S. 1 EnEV 2007-E: Höchstgeltungsdauer zehn Jahre

⁴⁷ Vogler aaO. (FN 17), S. 28

⁴⁸ im Ergebnis wohl ebenso Vogler aaO. (FN 47)

⁴⁹ Palandt aaO., § 434 Rn. 15

⁵⁰ Palandt aaO., § 434 Rn. 16

⁵¹ zuletzt LG Duisburg, Urteil vom 06. Juni 2003, AZ: 1 O 117/03

⁵² LG Duisburg aaO; BGH, Urteil vom 18. Juni 1997, VIII ZR 52/96, BGHZ 136, 94-102; die Entscheidungen ergingen noch zum Fehlerbegriff des § 459 Abs. 2 BGB a.F., können aber wohl ohne Weiteres auf den neuen Mangelbegriff übertragen werden

d) Beschaffenheitsvereinbarung

Sofern dies von den Beteiligten, nach entsprechender Belehrung, gewünscht ist, kann auch eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinn des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB überlegt werden. In diesem Fall ist der Verkäufer aber nachdrücklich darauf hinzuweisen, dass eine verschuldensunabhängige Abweichung des tatsächlichen Verbrauchs von der vereinbarten Soll-Beschaffenheit die Mängelrechte des Käufers auslöst.

Freilich hängt der effektive Energieverbrauch stark vom Nutzerverhalten ab. Ein nachweislich vom bisherigen Nutzer abweichendes Nutzungsverhalten auf Seiten des Erwerbers kann aber nicht dazu führen, dass Energieverbrauchsangaben des Verkäufers auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs nachträglich als „falsch“ zu bewerten sind, mit der Folge, dass Mängelrechte ausgelöst werden. Freilich ist dies in der Praxis vor allem ein Problem des Nachweises einer abweichenden Nutzung und daher aus der Sicht des Notars ein Punkt, der Potenzial für spätere Konflikte zwischen den Vertragsbeteiligten birgt. Deswegen ist gerade hier auf eine sachgerechte Lösung hinzuwirken.

Insbesondere dann, wenn ein verbrauchsbasierter Energieausweis vorliegt, wird man diesen nur selten zur Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung machen können. Der verbrauchsbasierte Energieausweis bildet auch dann, wenn er, wie vorgeschrieben, um saisonale Besonderheiten bereinigt ist, immer das Nutzungsverhalten der jeweiligen Nutzer ab. Es liegt auf der Hand, dass jeder andere Nutzer zu anderen Energieverbrauchskennwerten gelangen wird. Daher erscheint es nur dann überhaupt sinnvoll, einen verbrauchsbasierten Energieausweis zur Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung zu machen, wenn mit der Veräußerung keiner Nutzerwechsel verbunden ist, etwa beim Verkauf einer vermieteten Gewerbeimmobilie an Kapitalanleger, bei welcher auch ein bestimmter Mietertrag Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein könnte.

Aber auch dann sollte nicht jede Abweichung des tatsächlichen Verbrauchs vom standardisierten Verbrauch zu Mängelrechten des Käufers führen. Es scheint daher angebracht, eine Schwankungsbandbreite festzulegen, innerhalb derer noch keine Mängelrechte des Käufers ausgelöst werden. So könnte formuliert werden:

„Auf der Grundlage des vom Verkäufer vorgelegten, verbrauchsbasierten Energieausweises des ... (Name des Ausstellers) vom ... (Datum) vereinbaren die Beteiligten als Soll-Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes einen Endenergiebedarf/Energieverbrauchskennwert⁵³ von ... (Betrag) kWh/m²a auf der Grundlage der seitherigen Nutzung, Abweichungen von bis zu ... (Schwankungsbandbreite) v.H. stellen jedoch noch keinen Mangel dar.“

Ein bedarfsbasierter Energieausweis kann nach meiner Ansicht dagegen eher als Grundlage für eine Beschaffenheitsvereinbarung dienen und zwar vor allem dann, wenn man dem Verkäufer aufgrund seiner persönlichen Eigenschaft eine Einstandspflicht für den Energiebedarf zumuten kann, also beim Kauf vom Bauträger⁵⁴, oder wenn es den Beteiligten, und hierbei vor allem dem Käufer, besonders auf die wirtschaftlichen Folgen des Immobilienerwerbs ankommt, gerade etwa bei Kapitalanlegern oder Verkauf von Gewerbeimmobilien.

Würde man allerdings jede spätere Abweichung eines vom Erwerber festgestellten Energieverbrauchs von einem vertraglich vereinbarten Energiebedarfskennwert (als auf theoretischer Grundlage ermitteltem Normverbrauch) als Auslö-

ser für Mängelrechte des Käufers ansehen, so hieße das, Äpfel mit Birnen zu vergleichen. Denn es liegt auf der Hand, dass der tatsächliche Verbrauch so gut wie nie mit dem Normverbrauch übereinstimmen wird. Liegt ein bedarfsbasierter Energieausweis vor, so kann dieser daher sinnvollerweise nur dergestalt zur Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden, dass Abweichungen eines (auf Veranlassung des Käufers, z.B. nach Ablauf der Gültigkeitsdauer eines bisherigen Ausweises) auf gleicher Grundlage später neu erstellten Energieausweises von dem vertraglich zugrunde gelegten zu Mängelrechten des Käufers führen können. Wegen der langen Gültigkeitsdauer der Energieausweise ist in diesem Fall aber auf die Verjährung der Mängelrechte zu achten.

Weicht ein späterer Energiebedarfsausweis von dem bei Vertragsabschluss vorliegenden ab, so kann dies m.E. freilich nur drei Gründe haben:

- a) es wurden später bauliche Änderungen vorgenommen
- b) bei der Erhebung der Daten für die Berechnung des Energiebedarfs wurden Spielräume unterschiedlich ausgenutzt oder gar Fehler gemacht
- c) die der Berechnung des Energiebedarfs zugrunde gelegten Daten (wie Mauerstärke, Dämmung, k-Werte etc.) stimmen – etwa wegen „Pfusch am Bau“ – mit der tatsächlichen Bauausführung nicht überein.

Im ersteren Falle kommen naturgemäß Mängelrechte des Erwerbers nicht in Betracht. Sind Fehler bei der Datenerhebung gemacht worden, so sollte dies normalerweise nicht dem Verkäufer angelastet werden; hier kommen eher Ansprüche gegen den Aussteller des Ausweises in Betracht⁵⁵. Im vorstehend zuletzt genannten Fall liegen bereits Mängel auf der baulichen Seite vor, so dass es, entsprechende Vereinbarungen vorausgesetzt, eines Rückgriffs auf einen abstrakten Energiekennwert nicht bedarf.

Da der Energiekennwert selbst ja nur Ergebnis einer normierten Aufnahme von – zu einem bestimmten Zeitpunkt – vorgegebenen und unveränderlichen Gebäudemerkmale sowie deren anschließender Bewertung bzw. Berechnung ist, erscheint es nach der obigen Darstellung also in jedem Falle sinnvoller, anstelle des mit möglichen Fehlern behafteten Ermittlungsergebnisses im Energieausweis gleich dessen Grunddaten, also die zugrunde gelegten Gebäudemerkmale, als Soll-Beschaffenheit des Vertragsobjekts zu vereinbaren⁵⁶.

Beim Kauf vom Bauträger geschieht dies ohnehin stets dadurch, dass eine Baubeschreibung Grundlage der vertraglichen Vereinbarungen ist, und dass gemäß der vertraglichen Bauverpflichtung der Bauträger die rechtlichen Vorgaben des Bauens, also insbesondere auch die Vorgaben und Grenzwerte der Energieeinsparverordnung, einzuhalten hat. Man wird sich daher mit dem Hinweis auf die Verpflichtung des Bauträgers begnügen können, dem Käufer einen Energieausweis auszuhändigen, und ggf. noch den Zeitpunkt der Vorlage dieses Energieausweises zu regeln (z.B. vor Zahlung, bei Abnahme, bei Fertigstellung). Nicht erforderlich erscheint es dagegen, den im – ggf. bereits vorliegenden – Ausweis angegebenen Energiekennwert auch als Soll-Beschaffenheit des Vertragsobjekts ausdrücklich zu vereinbaren. Man könnte nach dem oben Gesagten zur Vermeidung einer „konkluden-

⁵³ abhängig von der Art des Ausweises

⁵⁴ Hertel aaO (FN 37), S. 9

⁵⁵ Hegner in: Interview mit Melitta Tuschinsky vom Institut für Energie-Effiziente Architektur mit Internet-Medien, Stuttgart, am 22. März 2006, nachzulesen unter http://www.enev-online.de/interviews/060322_tuschinsky_interview_hegner.pdf; Hertel aaO (FN 37)

⁵⁶ so auch Hertel aaO (FN 37), S. 9

ten Soll-Beschaffenheits-Vereinbarung“ im Gegenteil eher daran denken, diesen Kennwert (ähnlich wie eine auf den Quadratzentimeter exakte Wohnfläche) von der Soll-Beschaffenheit auszunehmen und/oder Mängelrechte erst bei Überschreiten gewisser Toleranzen zu gewähren. Dies könnte ggf. wie folgt formuliert werden:

„(... übliche Bauverpflichtung)... Der Bauträger ist verpflichtet, dem Käufer bis zum ... (z.B. Datum, Fälligkeit erste Rate, Abnahme etc.) einen bedarfsbasierten Energieausweis für den Vertragsgegenstand auszuhändigen. Der Bauträger haftet nicht für das Erreichen eines bestimmten Energiekennwertes, wohl aber für die Einhaltung (je nach Sachverhalt auch: der Unterschreitung um...) der Grenzwerte der Energiesparverordnung 2007 sowie der dem Energieausweis zugrunde gelegten und aus der Baubeschreibung ersichtlichen tatsächlichen Beschaffenheit des Bauwerks“.

Aber auch beim Kauf von Gebrauchsgütern, bei welchen aus welchen Gründen auch immer eine Beschaffenheitsvereinbarung über die Energieeffizienz gewünscht wird, ist es m.E. aus den genannten Gründen sinnvoller, die tatsächlichen Gebäudemerkmale, und nicht den Energiekennwert, zur vereinbarten Beschaffenheit zu machen. Dies setzt freilich gewisse Vorarbeiten durch Aufnahme eines Bau-Ist-Zustandes voraus, welche allerdings in den Fällen, in denen ein Energiebedarfsausweis schon vorliegt, für diesen bereits gemacht wurden und daher wohl unschwer in den Vertrag einbezogen werden können⁵⁷. So könnte man etwa formulieren:

„Auf der Grundlage des vom Verkäufer vorgelegten, bedarfsbasierten Energieausweises des ... (Name des Ausstellers) vom ... (Datum) vereinbaren die Beteiligten als Soll-Beschaffenheit des Vertragsgegenstandes die im Energieausweis gemachten tatsächlichen Angaben zum Objekt und die Bewertungsgrößen. Eine Haftung für den Energiekennwert wird nicht übernommen.“

e) Garantieübernahme

Am weitestgehenden kommt auch noch die Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie i.S.d. § 443 BGB in Betracht. Die Bedeutung einer solchen Garantieübernahme kann vorliegend m.E. nur darin liegen, dass dem Käufer vom Gesetz abweichende Mängelrechte (z.B. Einstehenmüssen für Mängel nach Gefahrübergang, Rücktritt ohne vorherige vergebliche Nacherfüllung) oder weitergehende Ansprüche eingeräumt werden⁵⁸. Von der Tatbestandsseite unterscheidet sich die Problematik hier jedoch nicht von der bei der Beschaffenheitsvereinbarung, sodass hinsichtlich Zweckmäßigkeit und Umfang auf die eben gemachten Ausführungen verwiesen werden kann.

f) Abtretung von Ansprüchen gegen den Ersteller des Ausweises

Denkbar ist natürlich, dass der Energieausweis selbst aus irgendeinem Grunde falsch ist, und der Ersteller des Ausweises hierfür haftet. In solchen Fällen könnte daran gedacht werden, dass der Verkäufer dem Käufer seine Rechte gegen den Ersteller des Ausweises abtritt.

Nach Ansicht von Hertel⁵⁹ ist dies aber weder erforderlich noch hilfreich. Denn zum einen sei der Erwerber, dem der Ausweis von Gesetzes wegen ja vorzulegen ist, wahrscheinlich ohnehin in den Schutzbereich des entsprechenden Gutachtenauftrags einbezogen, so dass der Erwerber selbst Ansprüche gegen den Ersteller hat. Im Übrigen dient der Ausweis ja von Gesetzes wegen ausdrücklich nur der Information, so dass im Normalfall kein liquidierbarer Schaden aus mangelhafter Ausweiserstellung entstehen kann, wenn

nicht im Einzelfall der Verkäufer für die Richtigkeit des Ausweises einstehen will.

Zusammenfassung

1.

Die Richtlinie 2002/91/EG vom 16. Dezember 2002 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden schreibt dem deutschen Gesetzgeber die Einführung von Energieausweisen für Neubauten sowie für Bestandsimmobilien vor. Die Energieausweise sollen auf standardisierter Basis Aussagen über die Gesamtenergieeffizienz eines Gebäudes machen. Die Energieausweise können nach der EU-Richtlinie als bedarfsbasierte oder als verbrauchsbasierte Ausweise erstellt werden; der deutsche Verordnungsgeber wird differenzieren und bedarfsbasierte Ausweise jedenfalls für bestimmte Gebäudetypen zwingend vorschreiben.

Die Energieausweise sind im Falle der Errichtung eines Gebäudes dem Eigentümer bzw. im Fall des Verkaufs oder der Vermietung dem potenziellen Eigentümer und Mieter vorzulegen. Die Umsetzung der Richtlinie in innerstaatliches Recht hätte bis Anfang 2006 erfolgen sollen. In Deutschland steht die komplette Umsetzung durch Erlass einer neuen Energieeinsparverordnung allerdings noch aus. Mit dieser ist im Laufe des Jahres 2007 zu rechnen; die Pflicht zur Vorlage von Energieausweisen bei Verkauf oder Vermietung beginnt frühestens am 01. Januar 2008.

2.

Die rechtlichen Auswirkungen des Energieausweises sind sowohl in der EU-Richtlinie als auch im EnEG klargestellt: der Energieausweis dient lediglich der Information. Zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Sanktionen bei Nichtvorlage des Energieausweises hätten nach der Richtlinie zwar vom deutschen Gesetzgeber eingeführt werden können; dies ist aber bisher nicht geschehen und jedenfalls für die zivilrechtlichen Auswirkungen auch in der EnEV 2007 nicht zu erwarten.

3.

Der Notar wird im Rahmen seiner allgemeinen Beratungs- und Belehrungspflichten neben anderen Dingen auch auf den Energieausweis hinweisen. Ein entsprechender Vermerk in der Urkunde erscheint sinnvoll. Von der Wiedergabe des Energiekennwerts in einer notariellen (Kaufvertrags-)Urkunde im Sinne einer Beschaffenheitsangabe ist jedoch wegen der möglichen Missverständnisse über die Bedeutung einer solchen abzuraten.

Bereits auf der Grundlage des § 13 EnEV 2004 erstellte Energieausweise für Neubauten sind wegen anderer Grundlagen mit dem künftigen Energieausweis nicht identisch; hierauf sollte ebenfalls hingewiesen werden.

4.

Bei entsprechenden Sachverhalten (vermietete Gewerbeimmobilie) kann ein verbrauchsbasierter Energieausweis zur Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht werden. Da der darin enthaltene Energiekennwert jedoch nur einen theoretischen, abstrahierten Wert darstellt, sind bei der Beschaffenheitsvereinbarung entsprechende Schwankungsbreiten vorzusehen, die noch nicht die Mängelrechte eines Käufers auslösen. Im Übrigen eignet sich der verbrauchsbasierte Energieausweis nicht für Beschaffenheitsvereinbarungen.

Liegt ein bedarfsbasierter Energieausweis vor, so kann dieser bei entsprechenden Sachverhalten, etwa beim Bauträgerver-

⁵⁷ vgl. etwa für den freiwilligen „Energiepass“ der dena dessen Anlagen 7 und 8

⁵⁸ Palandt aaO. zu § 443

⁵⁹ aaO (FN 37), S. 9

trag, Grundlage einer Beschaffenheitsvereinbarung sein. In jedem Falle sinnvoller erscheint es aber, die Ausgangsdaten dieses Energieausweises, nämlich die eigentlichen Gebäudemerkmale, als Soll-Beschaffenheit zu vereinbaren, und nicht den Energiekennwert als solchen. Gerade bei Bauträ-

gerverträgen geschieht dies ohnehin durch die Bauverpflichtung mit Verweisung auf die Baubeschreibung.

Beim Verkauf im privaten Bereich sollte von einer Beschaffenheitsvereinbarung oder gar einer Garantieübernahme gänzlich abgesehen werden.

Rechtsprechung

BGB § 1163; BGB § 1190; GBO § 29

1. Solange die gesicherte Forderung noch nicht entstanden ist, steht die Höchstbetragshypothek dem Eigentümer als durch Valutierung auflösend bedingte und damit vorläufige Eigentümergrundschuld zu, die sich im Umfang des Entstehens der Forderung in eine Fremdhypothek umwandelt; diese wird im Umfang des Erlöschens der Forderung wieder zu einer durch Neuvaluierung auflösend bedingten Eigentümergrundschuld.

2. Die ursprüngliche bzw. die durch das Erlöschen der Forderung entstandene vorläufige Eigentümergrundschuld wird zur endgültigen erst dann, wenn und soweit feststeht, daß eine Valutierung nicht bzw. nicht mehr erfolgen wird.

3. Die Pfändung einer vorläufigen Eigentümergrundschuld darf nicht im Grundbuch eingetragen werden und kann daher auch nicht wirksam werden.

4. Der Nachweis der Umwandlung einer vorläufigen in eine endgültige Grundschuld kann gegenüber dem Grundbuchamt u.a. durch grundbuchmäßiger Form entsprechende Erklärung des Gläubigers mit dem Inhalt erfolgen, dass die Forderung nicht entstanden bzw. erloschen ist und auch nicht entstehen wird, oder dass er die Sicherungshypothek nicht in Anspruch nehmen werde.

5. Der Formulierung, es werde bestätigt, „dass die der Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Zugewinnausgleichsforderung nicht bzw. nicht in voller Höhe entstehen wird“, fehlt die für Grundbucheintragungen erforderliche Klarheit und Eindeutigkeit.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 17.06.2005 – 14 Wx 35/04 –

Aus den Gründen:

I.

Die Beschwerdeführerin wendet sich gegen die Zurückweisung eines auf die Eintragung der Pfändung einer Eigentümergrundschuld gerichteten Antrags durch das Grundbuchamt.

1.

Im Rahmen eines zwischen den beiden Beteiligten anhängigen Scheidungsverfahrens hat das Amtsgericht wegen eines zukünftigen **Zugewinnausgleichs**anspruchs der Beteiligten Nr. 2 in Höhe von mindestens 200.000,00 DM einen dinglichen Arrest in das Vermögen des als Eigentümer des hier in Rede stehenden Grundstücks im Grundbuch eingetragenen Beteiligten Nr. 1 angeordnet. In Vollziehung des Arrestbefehls wurde im Grundbuch für die Beteiligte Nr. 2 eine Höchstbetragshypothek in Höhe von 250.000,00 DM eingetragen.

2.

Mit Beschluss des Amtsgerichts wurden – wegen **Unterhalts**ansprüchen der Beteiligten Nr. 2 und verschiedener Kosten – insgesamt 85.000,00 Euro – die aus der am 16.01.2001 eingetragenen Höchstbetragshypothek entstandene angeb-

liche Eigentümergrundschuld des Beteiligten Nr. 1 samt Zinsen und sonstiger Nebenleistungen gepfändet, ferner der angebliche Grundbuchberichtigungsanspruch des Beteiligten Nr. 1 hinsichtlich der Umschreibung der genannten Hypothek in ein Eigentümerpfandrecht.

Zur Erwirkung der beantragten Eintragung des Pfändungsbeschlusses legte die Beteiligte Nr. 2 dem Grundbuchamt eine der Form des § 29 GBO entsprechende Erklärung vor, in der sie bestätigte, dass die der im Grundbuch Abt. III lfd. Nr. 6 eingetragenen Höchstbetragshypothek zugrundeliegende **Zugewinnausgleichs**forderung nicht bzw. nicht in voller Höhe entstehen werde. Daraufhin wurde im Grundbuch zu Abt. III Spalte 7 zur lfd. Nr. 6 bzw. 6 a der Spalte 1 eingetragen, dass die auf 127.822,97 Euro umgestellte Höchstbetragshypothek in ein Recht zu 85.000,00 Euro (erstrangig) und ein Recht zu 42.822,97 Euro (zweitrangig) geteilt sei, ferner, dass die Teilhypothek über 85.000,00 Euro infolge endgültigen Nichtentstehens einer zu sichernden Forderung als Grundschuld auf den Eigentümer übergegangen und durch Beschluss des Amtsgerichts Freiburg vom 15.02.2002 wegen Unterhaltsansprüchen über 85.000,00 Euro für die Beteiligte Nr. 2 gepfändet sei.

3.

Durch Urteil des Amtsgerichts wurde

a)

wegen eines zukünftigen **Zugewinnausgleichs**anspruchs der weiteren Beteiligten Nr. 2 gegen den Beteiligten Nr. 1 in Höhe von mindestens 102.258,37 Euro = 200.000,00 DM und einer Kostenpauschale in Höhe von 1.789,52 Euro = 3.500,00 DM sowie zur Sicherung von künftigen Trennungs- sowie Scheidungsunterhaltsansprüchen der Beteiligten Nr. 2 gegen den Beteiligten Nr. 1 von mindestens 73.626,00 Euro = 144.000,00 DM der dingliche Arrest in das Vermögen des Beteiligten Nr. 1 angeordnet und

b)

wegen dieser Ansprüche nebst Kosten in Vollziehung des dinglichen Arrests der entsprechende Teil der angeblichen Eigentümergrundschuld bzw. Eigentümerhypothek des Beteiligten Nr. 1 samt Zinsen und sonstigen Nebenleistungen, die aus der zugunsten der Beteiligten Nr. 2 auf dem den Gegenstand des Verfahrens bildenden Grundstück unter Abt. III unter lfd. Nr. 6 eingetragen ist, gepfändet, ferner der angebliche Grundbuchberichtigungsanspruch des Beteiligten Nr. 1 hinsichtlich der Umschreibung der genannten Hypothek in ein Eigentümerpfandrecht.

Die Beteiligte Nr. 2 hat die Eintragung dieser Pfändung im Grundbuch beantragt.

Das beim Amtsgericht zwischen den beiden Beteiligten anhängige Ehescheidungsverfahren ist noch nicht abgeschlossen.

Das Grundbuchamt hat den Antrag der Beteiligten Nr. 2 auf Grundbucheintrag der Pfändung der angeblichen Eigentümergrundschuld zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, wegen der mit Arresturteil verfügten Pfändung eines zukünftigen Zugewinnausgleichsanspruchs stehe nicht fest, ob

und in welcher Höhe die der Höchstbetragshypothek zugrunde liegende Forderung entstanden sei, so dass das Entstehen einer endgültigen Eigentümergrundschild ausgeschlossen sei; eine vorläufige Eigentümergrundschild aber könne nicht gepfändet werden.

Die hiergegen von der Beteiligten Nr. 2 eingelegte Beschwerde, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat, hat das Landgericht zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten Nr. 2.

II.

Das gemäß den §§ 78, 80 GBO zulässige Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg.

1.

Das Landgericht hat ausgeführt:

Bei noch nicht entstandener und endgültig festgestellter Forderung sei die Höchstbetragssicherungshypothek eine vorläufige Eigentümergrundschild. Als solche könne sie zwar gepfändet werden. Durch Grundbucheintragung wirksam gemacht werden könne die Pfändung aber erst, wenn nachgewiesen sei, dass die Grundschild wegen nicht weiter erfolgender Valutierung zur endgültigen Eigentümergrundschild geworden sei. Erfolgen könne der Nachweis durch die Erklärung des Gläubigers des eingetragenen Rechts, dass die Forderung nicht entstanden sei und nicht entstehen werde. „Entsprechendes“ habe die Beteiligte Nr. 2 zwar in ihrem Schreiben vom 22.04.2002 erklärt. Diese Erklärung sei aber zum Nachweis der Entstehung der [endgültigen] Eigentümergrundschild nicht geeignet. Angesichts des zu ihr in Widerspruch stehenden, auf einem Antrag der Beteiligten Nr. 2 basierenden Urteils des Amtsgerichts Freiburg vom 08.08.2002 über die Anordnung des dinglichen Arrests wegen einer zukünftigen Zugewinnausgleichsforderung in Höhe von mindestens 200.000,00 Euro fehle es der Erklärung nämlich an der erforderlichen Eindeutigkeit und Endgültigkeit.

2.

Der mit der weiteren Beschwerde angefochtene Beschluss hält der rechtlichen Überprüfung stand: Wie zuvor schon das Grundbuchamt hat das Landgericht in der Sache richtig entschieden.

a)

Wegen der Anwendbarkeit von § 1163 BGB auch auf die Höchstbetragshypothek (vgl. schon RGZ 55, S. 217 ff., mit Hinweis auf die Gesetzesmaterialien) steht diese, solange die gesicherte Forderung noch nicht entstanden ist, dem Eigentümer als durch Valutierung auflösend bedingte und damit vorläufige Eigentümergrundschild zu, die sich im Umfang des Entstehens der Forderung in eine Fremdhypothek umwandelt, die wiederum im Umfang des Erlöschens der Forderung zu einer durch Neuvaluierung auflösend bedingten Eigentümergrundschild wird (vgl. RG, JW 1934, S. 1780 f., Palandt/Bassenge, BGB, 64. Aufl. 2005, Rdn. 10 ff. zu § 1190; Wolfsteiner, in: Staudinger, BGB, 2000, Rdn. 10 zu § 1190 – jeweils m.w.N.). Die ursprüngliche bzw. die durch das Erlöschen der Forderung entstandene vorläufige Eigentümergrundschild wird zur endgültigen erst dann, wenn und soweit feststeht, dass eine Valutierung nicht bzw. nicht mehr erfolgen wird. Dies war schon zu Zeiten des Reichsgerichts ständige Rechtsprechung (z.B. RGZ 97, S. 223 ff., 226; RGZ 125, S. 133 ff., 136; RG, JW 1935, S. 2554; KG, HRR 1932, Nr. 719) und ist allgemein anerkannt (vgl. etwa Wolfsteiner, a.a.O., Rdn. 10 zu § 1190; Palandt/Bassenge, a.a.O., Rdn. 15 zu § 1190; Stöber, Forderungspfändung, 13. Aufl. 2002, Rn. 1953).

b)

Außer Frage steht, dass die dem Eigentümer zustehende **endgültige** Eigentümergrundschild von den Gläubigern des

Eigentümers gepfändet werden und die Pfändung im Grundbuch eingetragen werden kann (Wolfsteiner, a.a.O., Rdn. 60 zu § 1190 m. Rdn. 92 zu § 1163; Stöber, a.a.O., Rdn. 1953). Die **vorläufige** Eigentümergrundschild dagegen mag zwar im Wege der Zwangsvollstreckung gepfändet und überwiesen werden können (RGZ 97, S. 223 ff., 226; Stöber, a.a.O., Rdn. 1948; a.A. wohl Wolfsteiner, a.a.O., Rdn. 60 zu § 1990; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdn. 2472). Indessen ist allgemein anerkannt, dass die Pfändung einer vorläufigen Eigentümergrundschild jedenfalls nicht im Grundbuch eingetragen werden darf und damit auch nicht wirksam werden kann (RGZ 84, S. 78 ff., 82; RG JW 1935, S. 2554; Wolfsteiner, a.a.O., Rdn. 60 zu § 1190; Stöber, a.a.O., Rdn. 1950 und 1953 [zu den Folgen einer dennoch eingetragenen Pfändung dort unter Rdn. 1951]; Demharter, GBO, 24. Aufl. 2002, Anh. zu § 26, Rdn. 33; auch Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, Grundbuchrecht, 4. Aufl. 1991, Einl. T. 11) und zwar deshalb, weil die vorläufige Eigentümergrundschild selbst nicht eintragungsfähig ist (eingehend RGZ 75, S. 245 ff., 250 f.).

c)

Wie die Vorinstanzen zutreffend ausgeführt haben, ist im hier zu entscheidenden Fall eine Umwandlung der zunächst entstandenen vorläufigen in eine endgültige Eigentümergrundschild nicht erfolgt, so dass – wie ausgeführt – deren Pfändung auch nicht eingetragen werden darf. Dies ergibt sich daraus, dass eine Valutierung der Sicherungshypothek nicht endgültig ausgeschlossen ist:

aa)

Zwar kann der Nachweis der Umwandlung einer vorläufigen in eine endgültige Grundschild gegenüber dem Grundbuchamt u.a. durch grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) entsprechende Erklärung des Gläubigers mit dem Inhalt erfolgen, dass die Forderung nicht entstanden bzw. erloschen ist und auch nicht entstehen wird (Kuntze/Ertl/Herrmann/Eickmann, a.a.O. Einl., Rdn. T 11) oder dass er die Sicherungshypothek für etwa noch entstehende Forderungen nicht in Anspruch nehmen werde (Stöber, a.a.O. Fn. 58 bei Rdn. 1953).

bb)

Diesen Nachweis zu erbringen war die Erklärung der Beteiligten Nr. 2 ihrem Inhalt nach aber von vorn herein nicht geeignet. Die Formulierung, es werde bestätigt, „dass die der Höchstbetragshypothek (Abt. III lfd. Nr. 6) zugrundeliegende Zugewinnausgleichsforderung nicht bzw. nicht in voller Höhe entstehen wird“, ist ungenau und schließt schon ihrem Wortlaut nach eine spätere Valutierung in nahezu beliebiger Höhe nicht aus. Damit fehlt es ihr an der für Grundbucheintragungen der Beteiligten zu fordernden Klarheit und Eindeutigkeit. Daran ändert auch nichts die in der genannten Erklärung enthaltene Bezugnahme auf den – auf die Eintragung der Pfändung wegen Unterhaltsansprüchen über 85.000 Euro gerichteten – Eintragungsantrag der Beteiligten Nr. 2. Die weitere Entwicklung – Beantragung und Erwirkung einer Arrestanordnung durch die Beteiligte Nr. 2 u.a. wegen eines zukünftigen Zugewinnausgleichsanspruchs von mindestens 102.258,37 Euro und Pfändung des entsprechenden Teils der Eigentümergrundschild – bestätigt dies nur.

3.

Demgemäß war die weitere Beschwerde als unbegründet zurückzuweisen.

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

BNotO § 115**Bezirksnotare können wegen fehlender Befähigung zum Richteramt nicht nach § 115 BNotO zu Notaren im badischen Rechtsgebiet bestellt werden.**

(Leitsatz der Redaktion)

OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.11.2006 – Not 115/06 (Ba)

Aus den Gründen:

I.

Der Antragsgegner hat ab 02. November 2005 25 Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung im badischen Rechtsgebiet mit den Amtssitzen Baden-Baden, Bruchsal, Emmendingen, Freiburg im Breisgau, Heidelberg, Karlsruhe, Konstanz, Lörrach, Mannheim, Mosbach, Offenburg, Pforzheim, Rastatt, Überlingen und Waldshut-Tiengen auf seiner Homepage unter <http://www.justiz-bw.de> ausgeschrieben.

Der Antragsteller ist Bezirksnotar beim Notariat B.. Er hat sich innerhalb der bis 30.11.2005 laufenden Bewerbungsfrist auf die ausgeschriebenen Stellen beworben.

Mit Bescheid vom 01. Juni 2006 hat der Antragsgegner dem Antragsteller mitgeteilt, dass seine Bewerbungen nicht berücksichtigt werden konnten, weil dem Antragsteller die Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz fehle und er damit die subjektive Zulassungsvoraussetzung des § 5 BNotO nicht erfülle.

Der Antragsgegner hat dazu weiter ausgeführt, § 115 Abs. 2 S. 1 BNotO fingiere nicht, dass Notare im Landesdienst die Befähigung zum Richteramt hätten. Aus der Begründung des Vierten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 22.07.2005 (BGBl. I S. 2188) ergebe sich vielmehr eindeutig, dass „die allgemeinen Vorschriften der §§ 5 ff. BNotO gelten“. Davon abgesehen entspreche der vom Bundesgesetzgeber in §§ 115 BNotO verwendete Begriff „Notare im Landesdienst“ ersichtlich nicht dem der landesrechtlichen Legaldefinition in § 2 LF GG. Wie sich aus der Differenzierung zwischen „Bezirksnotaren“ in § 114 BNotO und „Notaren im Landesdienst“ in § 115 BNotO ergebe, gehörten zu dem letztgenannten Kreis nur die im badischen Rechtsgebiet bestellten Notare im Landesdienst. Diese müssten nach § 17 Abs. 2 LF GG die Befähigung zum Richteramt haben.

Weiter hat der Antragsgegner dem Antragsteller mitgeteilt, dass er die mit Amtssitz in Baden-Baden ausgeschriebenene Notarstelle mit dem Beteiligten K. zu besetzen beabsichtige. Zwar hätte der Beteiligte S. aufgrund seiner Qualifikation vorrangig berücksichtigt werden müssen. Der Antragsgegner beabsichtige jedoch, die weitere vorrangige Bewerbung des Beteiligten S. auf eine andere Notarstelle zu berücksichtigen.

Dagegen hat der Antragsteller mit am 30. Juni 2006 eingegangenem Schriftsatz Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 111 BNotO gestellt.

Er ist der Auffassung, aufgrund der klaren und eindeutigen gesetzlichen Definition des Begriffes „Notar im Landesdienst“ in den §§ 2, 17 Abs. 1 S. 1 LF GG handele es sich bei sämtlichen Notaren in Baden-Württemberg um Notare im Landesdienst. Daher handele es sich um den Oberbegriff für die Amtsnotare im württembergischen („Bezirksnotare“) und im badischen („Justizräte“) Rechtsgebiet. Da auch § 115 Abs. 2 S. 1 BNotO den Begriff „Notare im Landesdienst“ als Voraussetzung für eine Gleichstellung bei einer Bewerbung um eine Bestellung zum Notar nach § 3 BNotO aufgegriffen habe, könne seine Bewerbung nicht aus dem alleinigen

Grund zurückgewiesen werden, dass er nicht die Befähigung zum Richteramt habe. Der Wortlaut von § 115 Abs. 2 BNotO lasse insoweit keine andere Auslegung zu.

Dafür spreche auch der Gang des Gesetzgebungsverfahrens des Vierten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung. Während der Gesetzentwurf des Bundesrats in § 115 Abs. 2 BNotO-E als Voraussetzung für eine Bestellung zum Notar nach § 3 Abs. 1 BNotO noch ausdrücklich auf die Voraussetzungen des § 5 und die Tätigkeit als Notar im Landesdienst abgestellt habe, fehle die ausdrückliche Bezugnahme auf § 5 BNotO im späteren Beschluss des Bundestags. Nichts anderes ergebe sich aus der Gesetzesbegründung. Auch die Zielsetzung der Gesetzesänderung spreche dafür, dass der Bundesgesetzgeber durch die Neufassung der Bundesnotarordnung eine möglichst weite Öffnung des Notariats im badischen Rechtsgebiet erreichen wollte, um einen Mangel an Notaren zu beheben.

Eine Nichtberücksichtigung einer Bewerbung allein mit der Begründung, ihm fehle die Befähigung zum Richteramt, verletze ihn in seinen Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz. Nachdem der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 01.08.2005 (NotZ 11/05, ZNotP 2006, 37) entschieden habe, dass die Befähigung zum Richteramt nicht mehr juristisches Wissen vermittele, als jede andere juristisch orientierte Ausbildung dies könne, rechtfertige allein sein anderweitiger juristischer Berufsabschluss eine Ungleichbehandlung nicht. Die Versagung des Zugangs zum hauptberuflichen Notariat im badischen Rechtsgebiet stelle außerdem einen nicht gerechtfertigten Eingriff in seine Berufswahlfreiheit dar. Bei der vom Antragsgegner angewandten Gesetzesauslegung komme den Bestimmungen der Bundesnotarordnung die Funktion einer subjektiven Zulassungsvoraussetzung zu. Subjektive Zulassungsvoraussetzungen seien grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn die Ausübung des Berufs ohne Erfüllung der Voraussetzungen „unmöglich oder unsachgemäß“ wäre und auch, wenn sie Gefahren oder Schäden für die Allgemeinheit mit sich bringen würde. Davon könne jedoch nicht ausgegangen werden, nachdem der Bundesgerichtshof in der genannten Entscheidung bestätigt habe, dass die Ausbildung der baden-württembergischen Bezirksnotare diese zur Ausübung des Notarberufs ebenso qualifiziere wie Notare mit der Befähigung zum Richteramt.

II.

Der Antrag ist nach § 111 Abs. 1 und 2 BNotO zulässig, insbesondere ist er fristgerecht eingereicht worden. In der Sache bleibt er ohne Erfolg. Die Auswahlentscheidung des Antragsgegners ist nicht bereits deshalb rechtswidrig und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten, weil der Antragsgegner die Bewerbung des Antragstellers auf die ausgeschriebenene Stelle eines Notars zur hauptberuflichen Amtsausübung in Baden-Baden allein wegen dessen fehlender Befähigung zum Richteramt nach dem Deutschen Richtergesetz unberücksichtigt gelassen hat.

1.

Der Notarsenat teilt die Auffassung des Antragsgegners, dass sowohl nach dem Wortlaut als auch nach der Gesetzes-systematik der §§ 114, 115 BNotO württembergische Bezirksnotare nicht „Notare im Landesdienst“ im Sinne von § 115 BNotO sind.

a)

Zwar ist dem Antragsteller zuzugeben, dass der Landesgesetzgeber den Begriff „Notar im Landesdienst“ als Oberbe-

griff für die Amtsnotare im badischen und im württembergischen Rechtsgebiet verwendet (vgl. §§ 2, 17 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 LFGG). Der Bundesgesetzgeber geht jedoch seit jeher – auch vor der Novellierung durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung – von einem anderen Verständnis dieses Begriffs aus. Er hat den Begriff „Notar im Landesdienst“ in § 115 BNotO stets auf die im badischen Rechtsgebiet tätigen Amtsnotare beschränkt, während er für die im württembergischen Rechtsgebiet tätigen Amtsnotare in § 114 BNotO den Begriff „Bezirksnotar“ verwendet hat (Schippe/Bracker/Görk, Bundesnotarordnung, 8. Aufl., § 115 Rn. 22).

Bestätigt wird dies durch § 114 Abs. 2 BNotO a.F., wonach die Bezirksnotare berechtigt waren, der Notarkammer für den Bezirk des Oberlandesgerichts Stuttgart beizutreten, während die Notare im Landesdienst nach § 115 S. 3 BNotO a.F. einen Vertreter ohne Stimmrecht in die Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer entsenden durften, weil es im badischen Rechtsgebiet keine Notarkammer gab (vgl. Eylmann/Vaasen/Wilke, Bundesnotarordnung, § 115 Rn. 11). Diese Differenzierung wurde in § 115 Abs. 4 S. 1 BNotO n.F. mit der Maßgabe beibehalten, dass die (im badischen Rechtsgebiet tätigen) Notare im Landesdienst der für den Bezirk des Oberlandesgerichts Karlsruhe gebildeten Notarkammer beitreten können.

b)

Dass unter „Notaren im Landesdienst“ nach § 115 Abs. 2 S. 1 BNotO nur badische Amtsnotare zu verstehen sind, ergibt sich auch aus der Gesetzessystematik. Die Norm des § 115 BNotO beschränkt sich mit den in ihr enthaltenen Sonderregelungen ausschließlich auf das badische Rechtsgebiet. Sonderregelungen für das württembergische Rechtsgebiet und die dort tätigen Bezirksnotare sind abschließend in § 114 BNotO enthalten.

c)

Auch aus der historischen Entwicklung des Notariatswesens in Baden-Württemberg, das durch Art. 138 Grundgesetz geschützt ist, folgt zwingend, dass Notare nach § 3 Abs. 1 BNotO ohne Befähigung zum Richteramt nur für das württembergische Rechtsgebiet bestellt werden können. Dies beruht auf der historischen Entwicklung des Notarwesens im württembergischen Rechtsgebiet und auf einer Verknüpfung des hauptberuflichen Notaramtes mit der beamtenrechtlichen Laufbahn der Bezirksnotare, die das Berufsbild der öffentlichen Notare im württembergischen Rechtsgebiet wesentlich geprägt und dazu geführt hat, dass die Bestellung zum öffentlichen Notar eine weitere (die höchste) Beförderungsstufe in der beamtenrechtlichen Laufbahn darstellt (BGH, Beschluss vom 01.08.2005 – NotZ 11/05). Demgegenüber kann im badischen Rechtsgebiet zum Notar ernannt werden, wer die Befähigung zum Richteramt nach dem deutschen Richtergesetz erworben hat. Dies folgt auch aus § 17 Abs. 2 LFGG. § 115 Abs. 2 S. 1 BNotO fingiert deshalb nicht, dass Notare im Landesdienst die Befähigung zum Richteramt haben. Die Gleichstellung geht vielmehr nur dahin, dass sie bei der Bewerbung um eine Bestellung zum Notar nach § 3 Abs. 1 BNotO Bewerbern gleichstehen, die einen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet haben. Die Gleichstellung der Bezirksnotare bei der Bewerbung für die Bestellung zum Notar nach § 3 Abs. 1 BNotO mit Bewerbern, die die Befähigung zum Richteramt haben, beschränkt sich nach § 114 Abs. 3 auf das württembergische Rechtsgebiet.

2.

Die Öffnung des Notariats in Baden für Bewerber mit der Ausbildung zum Bezirksnotar lässt sich entgegen der Auffas-

sung des Antragstellers auch nicht mit dem Gang des Gesetzgebungsverfahrens zum Vierten Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 22.07.2005 (BGBl. I S. 2188) begründen.

a)

Im Gesetzentwurf des Bundesrats (BT-Drucksache 15/3147 vom 14.05.2004) ist in § 115 Abs. 3 BNotO-E § 5 BNotO (Befähigung zum Richteramt) als Voraussetzung für die Bestellung zum Notar nach § 3 Abs. 1 BNotO im badischen Rechtsgebiet ausdrücklich erwähnt. In der Stellungnahme der Bundesregierung (BT-Drucksache 15/3147 S. 9) ist von einer Zitierung des § 5 BNotO im Gesetzestext Abstand genommen worden. Jedoch wird in der Begründung zu § 115 Abs. 2 BNotO ausgeführt, dass auch in Baden für die Bestellung von Notaren im Hauptberuf (§ 3 Abs. 1 BNotO) grundsätzlich die allgemeinen Vorschriften der §§ 5 ff BNotO gelten sollen. Dies wird in der Beschlussempfehlung und im Bericht des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestags (BT-Drucksache 15/3471 vom 30.06.2004) wiederholt. Dazu wird ausgeführt, dass die Notare im Landesdienst nach § 115 Abs. 2 S. 1 BNotO so behandelt werden, als erfüllten sie die Regelvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 BNotO (Anwärterdienst).

b)

Aus dem Wegfall des Hinweises auf § 5 BNotO im Gesetzestext kann entgegen der Ansicht des Antragstellers nicht der Schluss gezogen werden, der Gesetzgeber habe von dieser Voraussetzung wie bei § 114 Abs. 3 BNotO für das württembergische Rechtsgebiet auch im badischen Rechtsgebiet absehen wollen. Die Änderung des Wortlauts des Gesetzestextes hat lediglich redaktionelle Gründe. Nach dem Begriffsverständnis des Bundesgesetzgebers fallen unter den Begriff der „Notare im Landesdienst“ nur im badischen Rechtsgebiet tätige Amtsnotare. Diese müssen nach § 17 Abs. 2 LFGG über die Befähigung zum Richteramt verfügen, so dass eine Wiederholung dieser Voraussetzung im Gesetzestext entbehrlich ist. Ohnehin kommt in der Gesetzesbegründung hinreichend deutlich zum Ausdruck, dass Voraussetzung für die Bestellung zum hauptberuflich tätigen Notar im badischen Rechtsgebiet die Befähigung zum Richteramt sein soll und dass sich die Gleichstellung in § 115 Abs. 2 S. 1 nur auf die Regelvoraussetzung des Anwärterdienstes bezieht. Die vom Antragsteller reklamierte Öffnung des Notariats im badischen Rechtsgebiet für Bezirksnotare ergibt sich auch nicht aus dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck kommenden Zweck des Vierten Gesetzes zur Änderung der Bundesnotarordnung. Dort wird zwar angeführt, dass angesichts der knapper werdenden finanziellen und personellen Ressourcen eine Konzentration des Staates auf die Kernaufgaben der Justiz anzustreben ist und dass trotz des Engagements der Notare im Landesdienst im badischen Rechtsgebiet ein Mangel an Notaren herrscht. Der Gesetzgeber hat jedoch weiter zum Ausdruck gebracht, dass dieses Problem durch die zusätzliche Einrichtung von Notarstellen in nichtstaatlicher, freier Trägerschaft und in einer Öffnung des badischen Rechtsgebiets für die Regelform des Notariats nach der Bundesnotarordnung erfolgen soll (BT-Drucksache 15/3147 S. 6 und S. 8). Die Regelform des Notariats nach der Bundesnotarordnung setzt jedoch, wie in § 5 BNotO ausdrücklich geregelt ist, die Befähigung zum Richteramt voraus. Die Besorgnis, dass mit einem Mangel an geeigneten Bewerbern mit Richteramtbefähigung zu rechnen und deshalb der Zugang für Bezirksnotare zu öffnen sei, findet im Gesetzgebungsverfahren keinen Ausdruck. Die Möglichkeit der Bestellung von Bezirksnotaren zu Notaren nach § 3 Abs. 1

BNotO bleibt deshalb eine auf das württembergische Rechtsgebiet beschränkte Ausnahmeregelung (vgl. auch Schippel/Bracker/Görk a.a.O., § 5 Rn. 6).

3.

Schließlich ist der Antragsteller durch seine Nichtberücksichtigung bei der Besetzung einer Stelle als hauptberuflicher Notar im badischen Rechtsgebiet nicht in seinen Grundrechten aus Art. 3 Abs. 1 und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz verletzt. Zwar weist der Antragsteller zu Recht darauf hin, dass auch die Berufsausübung der Notare unter dem Grundrechtsschutz des Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz steht (BVerfGE 73, 280, 292). Jedoch sieht der Senat weder Anhaltspunkte für eine Verfassungswidrigkeit der §§ 5 und 115 Abs. 2 S. 1 BNotO noch gibt die von dem Antragsgegner vorgenommene Anwendung des § 115 Abs. 2 S. 1 BNotO Anlass zu verfassungsrechtlichen Bedenken.

a)

Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts (DNotZ 2002, 231) ist die Verfassungsmäßigkeit von § 5 BNotO nicht zweifelhaft. Die Vorschrift setzt für die Bestellung zum Notar die Befähigung zum Richteramt voraus. Es bedürfe, so das Bundesverfassungsgericht, keiner vertieften Begründung, dass der Gesetzgeber die Norm für geeignet und erforderlich halten durfte, um die zu schützenden Gemeinwohlbelange in Gestalt der Sicherung der Funktionsfähigkeit der vorsorgenden Rechtspflege und der Freiwilligen Gerichtsbarkeit zu verwirklichen. Sie sei auch verhältnismäßig im engeren Sinne, soweit an den Zugang zum Notariat regelmäßig keine geringeren Anforderungen gestellt werden als an den Zugang zu den sonstigen juristischen Berufen (Richter, Staatsanwalt und Rechtsanwalt).

Zu dieser Einschätzung ist das Bundesverfassungsgericht in Kenntnis des Umstandes gelangt, dass im württembergischen Gebiet Notare (auch solche nach § 3 Abs. 1 BNotO) tätig sein können, die nicht die Befähigung zum Richteramt haben. Dem steht nicht entgegen, dass der Bundesgerichtshof (Beschluss vom 01.08.2005 – NotZ 11/05) bei der Überprüfung eines Besetzungsverfahrens für eine Nur-Notarstelle im württembergischen Rechtsgebiet ausgeführt hat, es sei nicht davon auszugehen, dass die zweistufige Assessorenausbildung zwingend der Ausbildung zum Bezirksnotar überlegen sei. Diese Einschätzung ist ersichtlich vor dem Hintergrund zu sehen, dass bei einem generellen Vorrang der Assessorenausbildung, die nur Mindestvoraussetzung für den Zugang zum Notarberuf ist, die Regelung in § 114 Abs. 3 S. 3 BNotO nicht mehr zum Tragen käme. Von daher war der Bundesgesetzgeber nicht gehalten, die für das württembergische Rechtsgebiet geltende Ausnahmeregelung in § 114 Abs. 3 BNotO auf die weitere Ausnahmeregelung für das badische Rechtsgebiet in § 115 Abs. 2 BNotO zu erstrecken. Darin ist kein Verstoß gegen den allgemeinen Gleichheitssatz zu sehen. Denn durch Art. 3 Abs. 1 Grundgesetz ist dem Gesetzgeber nicht jegliche Differenzierung verwehrt.

b)

Dem steht nicht entgegen, dass der Bundesgesetzgeber an der in § 5 BNotO zum Ausdruck kommenden Einschätzung, für den Zugang zum Notarberuf sei die Befähigung zum Richteramt erforderlich, nicht uneingeschränkt festgehalten hat, als die beiden deutschen Staaten zusammengeführt wurden. In diesem Zusammenhang wurden für die in der Deutschen Demokratischen Republik ausgebildeten und tätigen Diplomjuristen ausnahme- und übergangsrechtliche Sondernormen

geschaffen (vgl. dazu BVerfG – NotZ 2002, 231 unter II. und III.). Diese Sonderregelungen dienten ersichtlich neben der Sicherstellung einer kontinuierlichen Rechtspflege auf dem Gebiet der neuen Länder auch dem öffentlichen Interesse an einer Integration der dort in juristischen Berufen Tätigen. Bei der Übernahme der Diplom-Juristen in juristische Berufe hat der Gesetzgeber die Gleichstellung mittels gesetzlicher Fiktion bewirkt, und zwar für alle Berufe, die die Befähigung zum Richteramt erfordern.

Davon unterscheidet sich die durch das Vierte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung erfolgte Einführung des hauptberuflichen freien Notariats im badischen Rechtsgebiet grundlegend. Ziel des Gesetzgebers war nicht die Integration der Bezirksnotare, die im württembergischen Rechtsgebiet tätig sind, in das Notarsystem im übrigen Bundesgebiet, sondern die Verbesserung der Notarversorgung im badischen Rechtsgebiet und die Öffnung des badischen Rechtsgebiets für die Regelform des Notariats nach der Bundesnotarordnung (BT-Drucksache 15/3147 S. 6 und 8; BT-Drucksache 15/3471 S. 1).

Mitgeteilt von Notar Wolfgang Schulz, Heilbronn

Anmerkung des Einsenders:

Bei dem Beschluss des OLG Stuttgart vom 17.11.2006 geht es um die Frage, ob Notare, die im badischen Rechtsgebiet als Notare zur hauptberuflichen Amtsausübung zu bestellen sind, entsprechend § 5 der BNotO die Befähigung zum Richteramt haben müssen. Es geht auch um die Auslegung des Begriffes „Notar im Landesdienst“ nach Landes- und Bundesrecht.

Um es vorweg zu nehmen: Der Beschluss des OLG Stuttgart ist abzulehnen.

Überraschend ist die Entscheidung jedoch nicht. Das vorangegangene Verfahren, insbesondere die mündliche Verhandlung hat diese Entscheidung schon erahnen lassen. Leider hat es sich das OLG mit seiner Argumentation zu leicht gemacht.

Zur historischen Entwicklung:

Seit Jahren werden Missstände hinsichtlich der Versorgung der Bevölkerung mit notariellen Dienstleistungen im badischen Rechtsgebiet beklagt. Die Landesregierung Baden-Württemberg war deshalb bestrebt (so die Zielsetzung in der Gesetzesbegründung zur Änderung der Bundesnotarordnung), diese Missstände zu beheben und die Funktionsfähigkeit der Justiz des Landes durch eine weitestgehende Öffnung des badischen Rechtsgebietes für die Bestellung von Notaren zur hauptberuflichen Amtsausübung sicherzustellen. Dazu waren Änderungen der §§ 114 und 115 der Bundesnotarordnung notwendig. Dabei ging auch die Landesjustizverwaltung in ihrer Gesetzesinitiative davon aus, dass „Notare im Landesdienst“ zu Notaren zur hauptberuflichen Amtsausführung für das badische Rechtsgebiet bestellt werden können. Eine Differenzierung zwischen den Notaren im Landesdienst des württembergischen Rechtsgebiet (Bezirksnotare) und den Amtsnotaren im badischen Rechtsgebiet wurde dabei nicht gemacht. Durch das vierte Gesetz zur Änderung der Bundesnotarordnung vom 22.07.2005 (BGBl 2005, 2188) ist der Bundesgesetzgeber dem Anliegen der Landesjustizverwaltung Baden-Württemberg gefolgt und hat das badische Rechtsgebiet für die Bestellung von hauptberuflichen Notaren geöffnet.

Auf die darauf hin erfolgte Ausschreibung von 25 Notarstellen zur hauptberuflichen Amtsausübung haben sich auch Bezirksnotare beworben.

Die Bewerbung des Beschwerdeführers wurde vom Antragsgegner (Landesjustizverwaltung Baden-Württemberg) allein mit dem Argument der fehlenden Befähigung zum Richteramt nach dem deutschen Richtergesetz abgelehnt. Die Zulassungsvoraussetzungen nach § 5 BNotO seien deshalb nicht erfüllt.

Das OLG Stuttgart ist durch seinen Beschluss dieser Argumentation gefolgt und hat dies mit dem Wortlaut der §§ 114 und 115 BNotO sowie der Gesetzessystematik begründet.

Dieses Ergebnis ließe sich jedoch nur halten, wenn der Begriff „Notar im Landesdienst“ nach Bundesrecht anders ausgelegt würde als nach Landesrecht. Auch das OLG Stuttgart erkennt jedoch, dass der Begriff des „Notars im Landesdienst“ allein durch das Landesgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit (LFGG) als Oberbegriff für die Amtsnotare sowohl im badischen als auch im württembergischen Rechtsgebiet definiert wird (Dieterle¹ verwendet dafür den Begriff „Sammelbezeichnung“). Im LFGG heißt es: „Notare bei den Notariaten (Notare im Landesdienst) sind in der Wahrnehmung von Aufgaben in der Rechtspflege sachlich unabhängig und dem Gesetz unterworfen“. Diese Definition ist eindeutig. Es überzeugt nicht, wenn das OLG von einem angeblichen anderen Verständnis dieses Begriffes durch den Bundesgesetzgeber nach der Bundesnotarordnung ausgeht. Dieses Ergebnis ergibt sich weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus der historischen Entwicklung der Bundesnotarordnung. Auch Schippel verwendet für die Notare im badischen wie im württembergischen Landesteil den Begriff „Notar im Landesdienst“². Selbst die Verwaltungsvorschrift des baden-württembergischen Justizministeriums zur Ausführung der Bundesnotarordnung, die nun ganz sicher eine rein landesrechtliche Vorschrift darstellt, verwendet lediglich den Begriff „Notar im Landesdienst“ ohne weitere Unterscheidung³.

Die rein beamtenrechtliche Bezeichnung „Bezirksnotar“ steht in Baden die Bezeichnung „Amtsnotar“ gleich. Der Argumentation des OLG Stuttgart lässt sich auch nicht aus gesetzessystematischen Gründen folgen. Zwar enthalten die §§ 114 und 115 BNotO Sondervorschriften für den württembergischen und den badischen Landesteil. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass nicht auch württembergische Bezirksnotare als Notare im Landesdienst von der Neuregelung des § 115 BNotO erfasst sein können. Ein anderes Ergebnis könnte nur erreicht werden, wenn der Gesetzgeber § 114 BNotO als abschließende Regelung zu den Bezirksnotaren erlassen wollte. Davon ist nicht auszugehen. Sämtliche Notare im Landesdienst sind Notare und erfüllen daher die Voraussetzung zur Gleichstellung nach § 115 Abs. 2 Satz 1 der BNotO.

Dieses Ergebnis ergibt sich jedoch entgegen der Ansicht des OLG Stuttgart auch aus dem Gang des Gesetzgebungsverfahrens. Der Gesetzgeber wollte durch die Änderung der Bundesnotarordnung eine weitestgehende Öffnung des Notariats im badischen Rechtsgebiet erreichen, um den dort bestehenden Mangel an notariellen Dienstleistungen zu beheben. § 115 Abs. 3 Satz 1 des ursprünglichen Entwurf des Gesetzes (Bundestagsdrucksache 15/3147) lautete zunächst: „Die Landesjustizverwaltung kann Personen, welche die Vo-

oraussetzungen des § 5 erfüllen und als Notare im Landesdienst bestellt sind ... zu Notaren nach § 3 Abs. 1 bestellen.“ Dieser Hinweis auf § 5 BNotO ist im dann verabschiedeten Gesetzestext endgültig weggefallen. Dies ist m. E. ein eindeutiger Beleg dafür, dass der Bundesgesetzgeber nicht mehr an dem Erfordernis festhält, dass im badischen Landesteil nur Notare zur hauptberuflichen Ausübung bestellt werden können, die die Befähigung zum Richteramt haben. Das OLG Stuttgart lehnt dieses Argument mit der Begründung ab, der Wegfall des Hinweises auf § 5 BNotO im endgültigen Gesetz habe rein redaktionelle Gründe, denn nach dem Begriffsverständnis des Bundesgesetzgebers fallen unter Notare im Landesdienst nur die im badischen Rechtsgebiet tätigen Amtsnotare, ein Hinweis auf § 5 BNotO sei deshalb entbehrlich. Einerseits anerkennt das OLG, dass der Begriff „Notar im Landesdienst“ als Oberbegriff anzusehen ist, andererseits meine der Bundesgesetzgeber nur den badischen Amtsnotar, ohne dass sich dieses aus dem Wortlaut des Bundesgesetzes ergeben würde. Der Rechtsausschuss des Bundestags hat allerdings im Gesetzgebungsverfahren zur Frage der Geltung der BNotO Stellung genommen⁴. Aus der Stellungnahme ergibt sich jedoch nur, dass der Rechtsausschuss von der Anwendung der allgemeinen Vorschriften der BNotO ausgeht. Der Antragsgegner kann daraus jedoch keinen Honig saugen. Der Rechtsausschuss musste sich damit nur befassen, weil von der Einrichtung eines Anwärterdienstes gem. § 7 BNotO abgesehen werden sollte. Es wäre aber ein Leichtes gewesen, die strittige Frage der Voraussetzung „Befähigung zum Richteramt“ durch die Belassung des Hinweises auf § 5 BNotO im Gesetz eindeutig zu beantworten. Gerade weil jedoch im Entwurf des Gesetzes dieser Hinweis noch enthalten war und nunmehr im Gesetzestext weggefallen ist, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber sich von dem Erfordernis der Befähigung zum Richteramt verabschiedet hat.

Auch der Bundesgerichtshof hat mit seinem Beschluss vom 01.08.2005 (NotZ11/05) entschieden, dass „die Befähigung zum Richteramt nicht mehr juristisches Wissen vermittele, als jede andere juristisch orientierte Ausbildung sie vermitteln kann und allein deshalb Bewerber, die diese Befähigung erlangt hätten, gegenüber nicht juristischen Bewerbern aus den Reihen der Bezirksnotare nicht vorzugswürdig seien“.

Eine andere Auslegung würde auch verfassungsrechtliche Grundsätze verletzen⁵. Eine verfassungsrechtlich geschützte Ungleichbehandlung der Berufsträger ist zwar nicht per se ausgeschlossen. Voraussetzung gem. Artikel 3 Abs. 1 und Art. 12 des Grundgesetzes ist jedoch, dass dafür ein sachlich gerechtfertigter Grund für diese Ungleichbehandlung vorliegt. Einzig möglicher Grund wäre eine geringere fachliche Qualifikation der Bezirksnotare. Es besteht kein Zweifel daran, dass die Bezirksnotare im württembergischen Rechtsgebiet durch ihr Studium an der Notarakademie Baden-Württemberg nach der APrONot über eine besonders gute Qualifikation für den Beruf des Notars verfügen (§ 17 Abs. 2 LFGG). Sie stehen deshalb Notaren mit beiden juristischen Staatsexamina gleich. Eine Ungleichbehandlung aus fachlichen und sachlichen Argumenten heraus ist somit nicht möglich, gerade weil der Gesetzgeber § 115 BNotO neu gefasst hat und damit die nach der Stufenlehre des Bundesverfassungsgerichts zur Regelung der Berufsausübung mögliche Zulassungsschranke entfallen ist.

Daraus ergibt sich: Auch Bezirksnotare sind Notare im Landesdienst sowohl nach Landes- wie nach Bundesrecht,

¹ Das Notariat in Baden-Württemberg, BWNNotZ 2000, 110

² Schippel, Kommentar zur Bundesnotarordnung, 7. Auflage, Rdnr. 10 u.a.

³ Die Justiz 2005, 358

⁴ BT-Drucksache 15/3471

⁵ Zur Anwendung Art. 12, 33 GG für das Berufsrecht der Notare: Bohrer DNotZ 1991, 3

denen es nach der Neufassung des § 115 Abs. 2 Satz 1 BNotO ermöglicht worden ist, auch für das badische Rechtsgebiet als Notar zur hauptberuflichen Amtsausübung bestellt zu werden. Maßgebliches Kriterium der Auswahl darf allein die Qualifikation des Bewerbers sein. Nach dem Gesetz sind dabei auch der berufliche Werdegang und vor allem die im Justizdienst des Landes erbrachten Leistungen maßgeblich.

Gegen den Beschluss des OLG Stuttgart wurde weitere Beschwerde zum Bundesgerichtshof eingelegt.

Es bleibt deshalb zu hoffen, dass der Bundesgerichtshof bald die Entscheidung des OLG Stuttgart korrigieren wird.

Sollte der BGH die Entscheidung des OLG jedoch wider Erwarten bestätigen, müsste sich die Landesregierung Baden-Württemberg als Initiator des Gesetzes und aufgrund der erteilten Zustimmung gem. Art. 138 GG den Vorwurf gefallen lassen, mit dem Gesetz nicht nur das selbst gesteckte Ziel einer einheitlichen Notariatsreform für das ganze Land Baden-Württemberg mit dem Ziel des „Notars im Hauptberuf“ zu behindern, sondern darüber hinaus auch einen Großteil der eigenen „Landeskinder“ zu benachteiligen.

Richtlinie 69/335/EWG; KostO § 47; KostO § 143; LJKG § 11 Abs. 1 n.F.

Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zu der Frage, ob geschäftswertabhängige, nicht aufwandsbezogene Beurkundungsgebühren nach der KostO, die ein württembergischer Amtsnotar im gegenständlichen Bereich der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 erhebt, für die Zeit des Übergangsrechts vom 1.6.2002 bis 31.12.2005 gemäß dem Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28. Juli 2005 (GBl S. 580) nach der Richtlinie unzulässige Steuererhebungen sind, auch wenn dem Amtsnotar für solche Beurkundungen die Gebühren mit Ausnahme einer pauschalen Aufwandsentschädigung von 15% an die Staatskasse verbleiben und für diesen Zeitraum die Abführung für andere Beurkundungen unverändert geblieben ist.

OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.02.2006 – 8 W 532-534/05

Aus den Gründen:

I.

1.

Der Kostengläubiger, ein württembergischer Amtsnotar, beurkundete am 21.06.2002, 05.07.2002 und 26.06.2002 Beschlüsse über Verschmelzungen von eingetragenen Genossenschaften. Hierfür stellte der Amtsnotar mit Kostenrechnungen vom 26.07.2002 Euro 5.883,90, Euro 5.875,13 und weitere Euro 5.876,39 in Rechnung, bestehend jeweils aus einer Beurkundungsgebühr gemäß § 47 KostO sowie pauschale Zusatzgebühren für die Beurkundungen außerhalb der Gerichtsstelle und nach 18.00 Uhr, Reisekosten und sonstige Auslagen jeweils zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer.

2.

Gegen diese Kostenrechnungen hat die Kostenschuldnerin unter Hinweis auf das Gemeinschaftsrecht Beschwerden

eingelegt, auf die hin das LG Ellwangen jeweils mit Beschluss vom 17. Oktober 2005 die Kostenrechnungen unter Hinweis auf die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs vom 30.06.2005, „Längst“ Az.: C-165/03, und vom 21.03.2002, „Gründerzentrum“, C-264/00, aufgehoben und die Verfahren dem Kostengläubiger zur aufwandsbezogenen Neuberechnung zurückgegeben hat. Dagegen wenden sich die weiteren Beschwerden des Kostengläubigers.

II.

3.

Gemäß § 13 Abs. 3 Satz 1 des Umwandlungsgesetzes (UmwG) vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210, bereinigt 1995 I S. 428) in der zum Zeitpunkt der Beurkundungen gültigen Fassung bedurften die Verschmelzungsbeschlüsse der notariellen Beurkundung. Da die an den beurkundeten Verschmelzungsverträgen beteiligten eingetragenen Genossenschaften gemäß § 1 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaften (GenG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. August 1994 (BGBl. I S. 2202) die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder bezwecken, fallen eingetragene Genossenschaften und damit die hier beurkundeten Verschmelzungsbeschlüsse in den Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335/EWG des Rates vom 17. Juli 1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital in der Fassung der Richtlinie 85/303/EWG des Rates vom 10. Juni 1985 (vgl. Senat, Beschluss vom 14.09.2005, Az.: 8 W 397/05, OLGR Stuttgart 2005, 904 = RPflG 2006, 46 m.w.N.). Nach der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 13.2.1996, AZ: C-197/04 und C-252/94, ABI EG 1996, Nr. C 133, 3 – 4) stellen Verschmelzungen Erhöhungen des Kapitals einer Kapitalgesellschaft durch Einlagen jeder Art im Sinn von Art. 4 Abs. 1 Buchst. c) Richtlinie 69/335 dar, wenn eine oder mehrere Kapitalgesellschaften ihr gesamtes Gesellschaftsvermögen in eine oder mehrere Kapitalgesellschaften einbringen, die gegründet werden oder bereits bestehen (EuGH a.a.O. Rz. 34). Der Verschmelzung der Genossenschaften liegt ein Vorgang zugrunde, der hier in der Erhöhung des Kapitals der übernehmenden Gesellschaft durch die Einbringung des gesamten Vermögens der übernommenen Gesellschaft besteht; darüber hinaus ist das Ziel dieser Kapitalansammlung die Stärkung der übernehmenden Gesellschaft. Deshalb ist die jeweils beurkundete Verschmelzung der beiden Genossenschaften als ein von der Richtlinie 69/335 umfasster Vorgang anzusehen (EuGH a.a.O. Rz. 36).

4.

Bezüglich der Einzelheiten der gemeinschaftsrechtlichen Regelung und hinsichtlich des Nebeneinanders von beamteten Notaren und Anwaltsnotaren im Oberlandesgerichtsbezirk Stuttgart sowie hinsichtlich der Stellung der beamteten Notare wird auf das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 30. Juni 2005, „Längst“, Az.: C-165/03, Rz. 3-15, verwiesen.

5.

Im Anschluss an diese Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs hat der Gesetzgeber des Landes Baden-Württemberg das Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28. Juli 2005 (Gesetzblatt S. 580) erlassen. Die im vorliegenden Zusammenhang interessierenden neuen Vorschriften lauten wie folgt:

Art. 1 Nr. 5: § 10 Abs. 2 Satz 1 Landesjustizkostengesetz (LJKG)
(Allgemeine Regelung)
„Die Notare sind Gläubiger der Gebühren und Auslagen für ihre Tätigkeit nach § 3 Abs. 1 des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit sowie etwaiger Zinsen nach § 154 a der Kostenordnung. ...“

Art. 1 Nr. 6: § 11 Abs. 1 LJKG (Gesellschaftsrechtliche Angelegenheiten)
„Die Staatskasse erhält vorbehaltlich Satz 2 keinen Anteil an Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten, die aufgrund zwingender gesellschaftsrechtlicher Vorgaben der notariellen Beurkundung bedürfen. Als pauschale Aufwandsentschädigung haben die Notare 15 vom Hundert dieser Gebühren an die Staatskasse abzuführen.“

Absatz 2 dieser Vorschrift begründet einen Anspruch der Staatskasse auf einen Gebührenanteil bei gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen, die nicht zu einer Kapitalerhöhung führen und deshalb nicht unter die Richtlinie 69/335 fallen.

In § 13 LJKG ist der von im württembergischen Rechtsgebiet bestellten Amtsnotaren an die Staatskasse abzuführende Anteil der ihnen sonst zufließenden Gebühren neu geregelt.

6.

Nach Art. 4 § 1 trat dieses Gesetz am 1. Januar 2006 in Kraft, soweit in § 2 nichts anderes bestimmt ist. § 2 (Übergangsvorschrift) lautet:

„Für alle zwischen dem 1. Juli 2002 und dem 31. Dezember 2005 entstandenen Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten gilt Art. 1 Nr. 6 insoweit, als darin Gebühren den Notaren vollständig überlassen werden. Als pauschale Aufwandsentschädigung haben die Notare 15 vom Hundert dieser Gebühren an die Staatskasse abzuführen.“

III.

7.

Rechtsgrundlage für die verfahrensgegenständlichen Kostenrechnungen sind die §§ 47, 58, 152 Abs. 2 und 153 Satz 1 des Gesetzes über die Kosten in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (KostO) vom 26.07.1957 (BGBl. I S. 960) in der zum Zeitpunkt der Beurkundungen gültigen Fassung. Die Vorlagefrage betrifft nur die Gebühren nach § 47 KostO.

8.

Die Kostenrechnungen bezüglich der weiteren Auslagen des Notars nach § 152 KostO, der Reisekosten nach § 153 Satz 1 KostO und der Gebühren wegen der Beurkundung außerhalb der Gerichtsstelle und wegen der Beurkundung an Werktagen außerhalb der Zeit von 8.00 bis 18.00 Uhr (§ 58 Abs. 1 und Abs. 3 KostO) stoßen beim Senat im Hinblick auf die Vereinbarkeit mit der Richtlinie auf keine Bedenken. Es gibt keine gesetzliche Verpflichtung, die nach § 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG zu beurkundenden Verschmelzungsbeschlüsse außerhalb der Gerichtsstelle des Notars und außerhalb der üblichen Dienstzeiten vorzunehmen. Darüber hinaus sind diese

Auslagen und Gebühren durch einen entsprechenden Zusatzaufwand des Notars gerechtfertigt und deshalb nach Art. 12 Abs. 1 e der Richtlinie 69/335 zulässig. Ebenfalls zulässig ist nach Art. 12 Abs. 1 f der Richtlinie 69/335 die Berechnung der Mehrwertsteuer.

9.

Nach dem Rechtszustand in der Zeit vor dem Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28.07.2005 stellte die Erhebung einer Gebühr nach § 47 KostO durch einen württembergischen Amtsnotar für die Beurkundung eines Verschmelzungsbeschlusses zweier eingetragener Genossenschaften im Anschluss an das Urteil des Europäischen Gerichtshofes vom 30. Juni 2005 („Längst“ Az.: C-165/03) eine richtlinienwidrige Steuererhebung dar, weil der beamtete Notar verpflichtet war, einen Teil dieser Gebühren an den Staat abzuführen, der diese Einnahmen zur Finanzierung seiner Aufgaben verwendete.

10.

Nach Art. 4 § 2 des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28. Juli 2005 bestimmen sich die Verpflichtungen des Notars gegenüber der Staatskasse über die verfahrensgegenständlichen Beurkundungen vom 21.06.2002, 05.07.2002 und 26.06.2002 nach § 11 LJKG neuer Fassung.

11.

Nach der Auslegung der Übergangsvorschrift in Art. 4 § 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit durch den Senat gilt § 11 LJKG rückwirkend nicht erst seit dem 01.01.2006, sondern die rückwirkende Geltung ist mit der Verkündung des Gesetzes im Gesetzblatt des Landes Baden-Württemberg vom 5. August 2005 eingetreten. Im Übrigen hätte der Senat im Rechtsbeschwerdeverfahren das seit dem 01.01.2006 geltende Recht anzuwenden (vgl. BGH NJW 1993, 2241, 2243; 1983, 2443, 2444). Insbesondere bedurfte es entgegen der Auffassung des Landgerichts und des Bezirksrevisors nach dem 01.01.2006 keiner neuen Kostenrechnung. Deren materiell-rechtliche Rechtsgrundlage ist in der unverändert gebliebenen KostO zu finden.

12.

Das Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit beinhaltet insoweit eine sog. echte Rückwirkung. Diese ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Gesetzgeber kann rückwirkende Regelungen veranlassen, wenn er Verhältnisse, die er oder die Verwaltung gesetzlich geregelt glaubte, aufgrund gerichtlicher Entscheidung nicht oder anders geregelt findet, als er annahm (BVerfGE 7, 89, 94; 13, 261, 271, 272; 19, 187, 195 ff.; 22, 330, 347 ff.; VGH München NVwZ 1995, 1242, 1243). Das Vertrauen des Staatsbürgers ist nicht schutzwürdig, wenn es sich auf eine ungültige Norm bezieht, die nur einen Rechtsschein erzeugt hat. Die Neuregelung des Landesjustizkostengesetzes hat für den Bürger in dem mit Rückwirkung ausgestatteten Teil keine höhere Belastung zur Folge als die frühere, für rechtsgültig gehaltene, aber inzwischen als richtlinienwidrig erkannte Regelung.

13.

Für die Frage, ob die Beurkundungsgebühr nach § 47 KostO eine Steuer i.S.d. Richtlinie darstellt, ist hier daher vorrangig

§ 11 LJKG in seiner neuen Fassung maßgeblich. Danach verbleiben die eingenommenen Gebühren aus den gesellschaftsrechtlichen Beurkundungen beim Notar mit Ausnahme eines pauschalen Aufwendersatzanspruchs von 15 %. Nach Art. 12 Abs. 1 e der Richtlinie 69/335/EWG widersprechen Abgaben mit Gebührencharakter, die einen konkreten Aufwand des Staates abdecken sollen und nicht der Finanzierung seiner sonstigen Aufgaben dienen, nicht der Richtlinie. Dabei begegnet eine pauschale Ermittlung der Kosten des Staates für die einzelne Beurkundung europarechtlich keinen Bedenken (vgl. Urteil des EuGH vom 20. April 1993, Az: C-71/91 Rn. 43 u. 45). Im Anschluss an das Urteil des EuGH vom 2. Dezember 1997, Az.: C-188/95 („Fantask“), EuZW 1998, 172, Rz. 28-31, hat der Gesetzgeber in dem dem Land nach der Übergangsvorschrift in Art. 4 § 2 Satz 2 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und nach § 11 Abs. 1 Satz 2 LJKG neuer Fassung zu erstattenden Aufwand die Personalkosten (Bezüge, Sozialversicherungsbeiträge, Beihilfeleistungen, Versorgungslasten) für den jeweiligen Zeitaufwand des Notars und der übrigen mit der Angelegenheit befassten Notariatsbediensteten, das mit der jeweiligen Tätigkeit verbundene, mit dem Geschäftswert steigende Haftungsrisiko des Landes nach Art. 34 GG sowie einen Teil der Gemeinkosten des Notariats u. a. für Unterbringung, Büroausstattung, Kosten der Justizverwaltung für Personalführung und Aus- und Fortbildung einbezogen (vgl. Gesetzentwurf der Landesregierung für ein Gesetz zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit, Landtagsdrucksache 13/3965, S. 16).

14.

Durch die Begrenzung der Gebühr in § 47 S. 2 KostO kann der an die Staatskasse abzuführende Betrag 750,- Euro nicht übersteigen, so dass der Auffassung des Gerichtshofs, eine Abgabe, deren Höhe unmittelbar und unbegrenzt im Verhältnis zu dem gezeichneten Nennkapital steigt, könne keine Gebühr im Sinn der Richtlinie sein (Urteil des EuGH vom 2. Dezember 1997, Az.: C-188/95 („Fantask“), EuZW 1998, 172, Rz. 31), Rechnung getragen ist.

15.

Die Neuregelung in § 11 Abs. 1 LJKG führt für sich allein daher nach der Auffassung des Senats nicht zu Bedenken hinsichtlich einer richtlinienwidrigen Steuererhebung.

16.

Ob der Einwand der Gebührenschuldnerin, der pauschale Aufwendersatz zu Gunsten der Staatskasse von 15 % sei überhöht, im Verfahren der weiteren Beschwerde zu berücksichtigen ist und ob ggf. die an die Staatskasse abzuführende pauschale Aufwandsentschädigung von 15 % dem tatsächlichen Aufwand des Staates entspricht, ist keine Frage der Auslegung des Gemeinschaftsrechts, sondern nach der Auffassung des Senats ausschließlich von den nationalen Gerichten zu beantworten.

17.

Angesichts der Schlussanträge des Generalanwalts vom 18. Januar 2005 in dem Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof über die Rechtssache C-165/03 „Längst“, Rz. 51, bestehen jedoch Bedenken, ob die Kostenrechnungen hinsichtlich der Gebühr nach § 47 KostO deshalb eine richtlinienwidrige Steuererhebung darstellen, weil der beurkundende Notar Beamter ist, der in die Verwaltungsorganisation

eingegliedert ist und vom Staat für die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben entlohnt wird. Denn nach der Auffassung des Generalanwalts fließen die dem Notar gezahlten Gebühren, zumindest mittelbar, dem Staat zu und würden in einem solchen Fall eine Steuer darstellen.

18.

Würde der Europäische Gerichtshof bei der Auslegung der Richtlinie 69/335 dieser Auffassung des Generalanwalts folgen, wäre eine entsprechende Gebührenerhebung eines beamteten Notars selbst in dem hier erheblichen Zeitraum der Übergangsvorschrift nach Art. 4 § 2 Satz 1 des Gesetzes zur Änderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit vom 28. Juli 2005 eine Steuer, obwohl für diesen Zeitraum die Gebührenanteile der Staatskasse für die übrige Tätigkeit des beamteten Notars unverändert geblieben sind und erst zum 01.01. 2006 in unterschiedlichem Umfang abgeändert wurden (hierzu: Gesetzentwurf der Landesregierung, Landtags-Drucksache 13/3965, S. 26 und 27 in Verbindung mit dem Änderungsantrag, Landtags-Drucksache 13/4516, S. 25 und 26). Gleichwohl besteht bei einem beamteten Notar, der neben Beurkundungen auch als Grundbuchbeamter, Vormundschaftsrichter und Nachlassrichter tätig wird und neben seiner Besoldung Gebühren erhält, die er teilweise vollständig oder anteilig an die Staatskasse abführt und von denen er teilweise lediglich eine Aufwandsentschädigung an die Staatskasse abführt, eine Mischfinanzierung.

19.

Angesichts dieser Bedenken im Hinblick auf einen Verstoß der Kostenrechnungen gegen die Richtlinie 69/335 hat der Senat, dessen Entscheidung selbst in den vorliegenden Verfahren nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden kann, die Verfahren dem Europäischen Gerichtshof zum Zweck der Vorabentscheidung gemäß Art. 234 EG-Vertrag vorzulegen.

Mitgeteilt vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart

LFGG § 5

Zur Selbstablehnung des Notars und seines Vertreters als Nachlassrichter

LG Stuttgart, Beschluss vom 02.12.2002 – 1 AR 27/02

Aus den Gründen:

I.

Die Selbstablehnung von Notar N als Nachlassrichter ist begründet, weil er im anstehenden Erbscheinsverfahren zu entscheiden hätte, ob das von ihm in seiner Eigenschaft als öffentlicher Notar beurkundete gemeinschaftliche Testament im Hinblick auf die nunmehr angezweifelte Testierfähigkeit der Erblasserin wirksam ist.

II.

Die Selbstablehnung von Notarvertreterin NV als Nachlassrichterin ist nicht begründet.

Die Tatsache, dass sie sich mit Notar N über die Angelegenheit bereits unterhalten hat, ist kein Grund für eine Voreingenommenheit. Im Rahmen der Amtsermittlung nach §§ 2358

BGB, 12, 15 FGG hat die Nachlassrichterin den Verfahrensbeteiligten die Tatsachen offen zu legen, die ihr bei diesen Gesprächen bekannt geworden sind, und die die Beteiligten möglicherweise nicht kennen. Auch die Tatsache, dass in Teilen der örtlichen Bevölkerung über die Angelegenheit gesprochen wird, ist für sich genommen kein Grund für eine Befangenheit. Es gehört zu den Amtspflichten eines Richters, sich im Rahmen des Verfahrensrechts und der Beweiswürdigung seine Überzeugung zu bilden – unabhängig davon, was die Öffentlichkeit von einem Rechtsfall hält und äußert.

Mitgeteilt von Vors. Richter am Landgericht Stuttgart Krug

LJKG § 7; KostO § 2 Nr. 1; KostO § 5 Abs. 1 S. 1; KostO § 13; KostO § 37; KostO § 144 Abs. 3; BGB a. F. § 449; BGB n. F. § 448; BGB § 670

1. Kostenschuldner kann auch sein, wer eine Beurkundung lediglich veranlasst hat; es ist nicht erforderlich dass auch von ihm abgegebene rechtsgeschäftliche Erklärungen beurkundet wurden.

2. Bei Gebührenfreiheit für einzelne Gesamtschuldner ist zur Ermittlung des Gesamtbetrags der Gebühren mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung davon auszugehen, dass die Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu gleichen Teilen verpflichtet sind.

3. Bietet ein Grundstückseigentümer einer von der Entrichtung der Gebühren für die Beurkundung befreiten Gemeinde den Abschluss eines Kaufvertrags über das Grundstück an, so kommen – wenn das Angebot nicht angenommen worden ist – § 449 Abs. 1 S. 2 BGB a. F. bzw. § 448 Abs. 2 BGB n. F. nicht als gesetzliche Erstattungsvorschrift im Sinne von § 13 KostO in Betracht.

4. Auch wenn das Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrags auf Veranlassung und im Interesse des Angebotsempfängers erfolgt, handelt es sich bei der Abgabe des Angebots um ein Geschäft des Anbieters und nicht um ein solches des Angebotsempfängers. Deshalb kommt § 670 BGB in solchen Fällen nicht als Erstattungsvorschrift i. S. d. § 13 KostO in Betracht.

OLG Karlsruhe, 14. Zivilsenat in Freiburg, Beschl. vom 29.03.2006 – 14 Wx 12/05

Aus den Gründen:

I.

1.

Die Notarin hat in Anwesenheit des Beteiligten R. B. und des für die Gemeinde handelnden Bürgermeisters der Gemeinde W. ein an die in der Urkunde als „Käufer oder Gemeinde“ bezeichnete Gemeinde gerichtetes Angebot des in der Urkunde als „Verkäufer oder Grundstückseigentümer“ bezeichneten Beteiligten R. B. beurkundet. Zum Kauf angeboten wurde ein auf der Gemarkung W. gelegenes 3.256 qm großes Grundstück.

In Abschnitt III der Urkunde wurde das Kaufvertragsangebot formuliert. Gemäß § 2 Abs. 1 des angebotenen Vertrags beträgt der Kaufpreis 480,00 DM pro qm (ohne Erschließungskosten) des in der Baulandumlegung dem Verkäufer zugeteilten Grundbesitzes; für den Fall der Annahme vor Inkraft-Treten des Umlegungsplanes wurde vereinbart, dass

sich dieser Quadratmeterpreis, der dann pro qm des Rohbaulandes gilt, um 30 % vermindert.

§ 5 des angebotenen Kaufvertrags lautet:

„Die Käuferin trägt die Kosten des Angebots, der Annahme und des Grundbuchvollzugs ...

Es wird Gebührenfreiheit nach § 7 LJKG geltend gemacht“.

In Abschnitt IV der Urkunde heißt es u.a.:

„Die Gemeinde W. nimmt hiermit von dem vorstehenden Angebot Kenntnis, ohne dieses jedoch heute anzunehmen.

Die Gemeinde verpflichtet sich, von dem Angebot keinen Gebrauch zu machen, wenn der Verkäufer die unter Ziff. II vereinbarten [Verwendungs-] Verpflichtungen fristgerecht erfüllt.

2.

Auf Grundlage der Kostenberechnung des Notariats wurden dem Beteiligten R. B. von der Landesoberkasse für die Beurkundung des Angebots (§ 37 KostO) Kosten in Höhe von 4.340,72 DM (einschließlich Auslagen und Umsatzsteuer) in Rechnung gestellt. Für die Beurkundung der Erklärungen über die Bewilligung und Beantragung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch (Abschnitt VI der Urkunde) wurden keine Kosten angesetzt.

Gegen den Kostenansatz hat die Gemeinde W. für den Beteiligten B. unter Hinweis auf § 5 des angebotenen Kaufvertrags Erinnerung eingelegt. Dieser ist die Vertreterin der Staatskasse mit der Begründung entgegengetreten, dass es sich bei dem vom Beteiligten B. abgegebenen Kaufvertragsangebot mit in § 5 vorgesehener Kostenübernahme durch die Gemeinde nicht um eine Erklärung der Gemeinde handele, dass die in einem Kaufvertrag enthaltene Erklärung einer Kostenübernahme keine Erklärung gegenüber dem Notar darstelle, und dass auch eine wirksam erklärte Kostenübernahme nicht zu einer Befreiung von der Kostenschuld nach § 7 LJKG führen würde.

Das Amtsgericht hat die mit der Erinnerung angegriffene Kostenberechnung aufgehoben. Zur Begründung hat es ausgeführt, neben dem Anbietenden komme auch die Gemeinde als Kostenschuldnerin in Betracht, weil sie die Beurkundung veranlasst habe; die Gemeinde könne sich auf die ihr zustehende Gebührenfreiheit berufen.

3.

Die gegen die Entscheidung des Amtsgerichts gerichtete Beschwerde der Vertreterin der Staatskasse hat das Landgericht als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die – vom Landgericht zugelassene – weitere Beschwerde der Vertreterin der Staatskasse.

II.

Die infolge Zulassung (§ 14 Abs. 3 S. 2 KostO a.F.) statthafte und auch im übrigen zulässige weitere Beschwerde ist teilweise begründet.

1.

Das Landgericht hat ausgeführt:

Neben dem Anbietenden sei auch die Gemeinde gesamtschuldnerisch haftende Kostenschuldnerin, weil auch sie die Beurkundung veranlasst habe. Die der Gemeinde gem. § 7 LJKG zustehende Gebührenfreiheit komme dem Anbietenden zugute, da § 449 BGB a.F. (jetzt: § 448 BGB) nach Auffas-

sung der Kammer „gesetzliche Vorschrift“ i.S.v. § 13 KostO sei. Daran ändere nichts der Umstand, dass kein Kaufvertrag, sondern lediglich ein Vertragsangebot beurkundet worden sei. Dadurch, dass die Gemeinde sich in dem beabsichtigten Kaufvertrag „schuldrechtlich zur Kostenübernahme verpflichtet“ habe, habe sie nicht das Recht verloren, sich auf ihre persönliche Gebührenbefreiung zu berufen.

2.

Diese Ausführungen halten der rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand:

a)

Zutreffend ist der Ausgangspunkt des Landgerichts, wonach im vorliegenden Fall neben dem Beteiligten R. B. auch die Gemeinde W. Kostenschuldnerin ist:

aa)

Wie sich aus dem Wortlaut von § 2 Nr. 1 KostO ergibt, ist zur Zahlung von Beurkundungskosten nicht nur derjenige, dessen Erklärung beurkundet ist, sondern darüber hinaus jeder verpflichtet, der die Beurkundung veranlasst hat. Veranlassungs- und damit Kostenschuldner kann demgemäß auch jemand sein, von dem keine rechtsgeschäftlichen Erklärungen beurkundet werden. Dies ist in der neueren Rechtsprechung und Literatur nahezu allgemein anerkannt (vgl. etwa BayObLGZ 1978, S. 94 ff., 95; BayObLG, DNotZ 1989, S. 707 f.; OLG Schleswig, DNotZ 1994, S. 721 f. = KostRsp. Nr. 84 [LS] m. krit. Anm. Lappe; KG, DNotZ 1984, S. 446 ff., 447; BayObLG, FGPrax 1998, S. 30 f.; Hartmann, Kostengesetze, 35. Aufl. 2005, § 2 KostO, Rdn. 13 [Stichwort: „Beurkundung“]; Assenmacher/Mathias, KostO, 15. Aufl. 2004, Stichwort: „Kostenschuldner“, Abschnitt 1.2.4; Waldner, in: Rohs/Wedewer, KostO [Losebl.] 2. Aufl., Stand: Dezember 2005, § 2 Rdn. 12; einschränkend: Korintenberg/Lappe, KostO, 16. Aufl. 2005, § 2 Rdn. 40).

bb)

Entgegen der Auffassung der Vertreterin der Staatskasse rechtfertigt der von ihm fehlerfrei festgestellte Sachverhalt das Ergebnis des Landgerichts, dass die hier in Rede stehende Beurkundung jedenfalls auch von der Gemeinde veranlasst worden ist. So hat die Gemeinde nicht nur den Beurkundungstermin vereinbart, vielmehr war ihr Bürgermeister auch bei der Beurkundung anwesend und hat erklärt, von dem Angebot Kenntnis zu nehmen. Die Gemeinde hatte auch ein erhebliches Interesse an der Abgabe eines verbindlichen Verkaufsangebots durch den Grundstückseigentümer, denn sie beabsichtigte, das Grundstück in einen Bebauungsplan einzubeziehen, der den Vorgaben des Landesentwicklungsplans zur Deckung des Wohnbedarfs eines bestimmten Personenkreises entsprach. Hiermit im Einklang steht, dass der (bedingte) künftige Anspruch der Gemeinde auf Übertragung des Eigentums an dem Grundstück durch eine Vormerkung gesichert wurde. All diese Umstände genügen in ihrer Gesamtheit, eine Mitveranlassung der Beurkundung durch die Gemeinde zu begründen (vgl. etwa auch BayObLG, DNotZ 1989, S. 707 f.). Dass die Gemeinde bei der Beurkundung des Angebots keine Kostenübernahme erklärt hat, ändert daran nach Auffassung des Senats nichts.

b)

Der Beteiligte R. B. und die Gemeinde haften für die Beurkundungskosten als Gesamtschuldner (§ 5 Abs. 1 S. 1 KostO). Dabei ist die Gemeinde von der Zahlung der Gebühren befreit

(§ 7 Abs. 1 Nr. 2 LJKG). Dies führt indessen entgegen der Auffassung des Landgerichts nicht zum völligen Wegfall der Kostenpflicht des Beteiligten B., vielmehr kommt diesem die Gebührenfreiheit der Gemeinde lediglich nach Maßgabe von § 13 KostO zugute.

aa)

Gemäß § 13 KostO hat die Gebührenfreiheit eines Gesamtschuldners zur Folge, dass sich der Gesamtbetrag der Gebühren um den Betrag vermindert, den der befreite Beteiligte an den Nichtbefreiten aufgrund gesetzlicher Vorschrift zu erstatten hätte. Damit soll verhindert werden, dass der nichtbefreite Gebührenschuldner in vollem Umfang zur Zahlung von Gebühren herangezogen wird und dann über den Umweg einer gesetzlichen Ausgleichspflicht doch beim kostenbefreiten (Mit-) Gebührenschuldner Rückgriff nimmt (OLG Zweibrücken, FGPrax 2002, S. 272 f., 273 m.w.N.).

bb)

Im vorliegenden Fall sind der Beteiligte B. als Anbieter einerseits und die Gemeinde als Empfängerin des Verkaufsangebots andererseits gem. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB im Innenverhältnis zueinander je zur Hälfte verpflichtet. Die sich aus der genannten Vorschrift ergebende gesetzliche Regelquote ist auch bei Anwendung von § 13 KostO maßgeblich, so dass sich im hier zu entscheidenden Fall die für die Beurkundung anzusetzenden Kosten um die Hälfte vermindern:

(1)

Dass § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB eine gesetzliche Vorschrift im Sinne von § 13 KostO und – diesem inhaltlich entsprechend – § 144 Abs. 3 KostO ist, ist in Rechtsprechung und Literatur nahezu einhellig anerkannt (vgl. nur OLG Karlsruhe, DNotZ 1965, S. 372 ff., 373; BayObLG, NJW-RR 2003, S. 358 ff., 359; Hartmann, a.a.O., § 13 KostO Rdn. 3; Waldner, in: Rohs/Wedewer, a.a.O., § 13 Rdn. 5; Assenmacher/Mathias, a.a.O., Stichwort „Ermäßigung von Notargebühren“, Abschnitt 7.1; Korintenberg/Schwarz, a.a.O., § 144 Rdn. 44; a.A. Korintenberg/Lappe, a.a.O., § 13 Rdn. 4 unter Hinweis auf zwei Entscheidungen der Landgerichte Bonn und Berlin). Der Senat hält die herrschende Meinung für richtig und schließt sich ihr deshalb an.

(2)

Von der gesetzlichen Regelquote abzuweichen besteht im vorliegenden Fall kein Anlass.

Eine vertragliche Kostenübernahme durch die Gemeinde liegt, da ein Kaufvertrag über das Grundstück nicht geschlossen wurde, nicht vor und wäre – wie das Landgericht richtig ausgeführt hat – ohnehin in bezug auf § 13 KostO unbeachtlich (BayObLG, NJW-RR 2003, S. 358 ff., 359; Hartmann, a.a.O., § 13 KostO Rdn. 6 – jeweils m.w.N.).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts kommt als gesetzliche Erstattungs Vorschrift hier aber auch nicht § 449 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. (jetzt: § 448 Abs. 2 BGB) in Betracht, wonach der Käufer eines Grundstücks die Kosten der Beurkundung des Kaufvertrags zu tragen hat. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob es sich dabei angesichts ihrer Disponibilität überhaupt um eine „gesetzliche“ Vorschrift im Sinne von § 13 KostO (bzw. § 144 Abs. 3 KostO) handelt (so die heute h.M.; verneinend etwa OLG Bremen, DNotZ 1955, S. 546 ff., 548; Korintenberg/Lappe, a.a.O., § 13 Rdn. 2). Denn die Voraussetzungen von § 449 BGB a.F. bzw. § 448 BGB liegen nicht vor, weil es nur zu einem Angebot, nicht aber zum Abschluss

eines Grundstückskaufvertrags kam (vgl. Palandt/Putzo, BGB, 65. Aufl. 2006, § 448 Rdn. 6).

Der Auffassung des Landgerichts, auf die genannte Verteilungsvorschrift sei gleichwohl zurückzugreifen, vermag der Senat nicht zu folgen. Die bereits von BayObLGZ 1978, S. 94 ff., 96 aufgeworfene, aber dahingestellt gelassene Frage, ob im Rahmen von § 13 KostO eine derart weite Anwendung von § 448 BGB zulässig ist, ist vielmehr zu verneinen, weil eine Abweichung von der gesetzlichen Regelquote (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB) nur auf der Grundlage einer eindeutigen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Regelung erfolgen kann. Die Auffassung des Landgerichts, eine derartige Betrachtungsweise sei Formalismus, teilt der Senat nicht. Ein anderes Ergebnis kann auch nicht mit der an sich richtigen Erwägung des Landgerichts gerechtfertigt werden, die Gemeinde sei unabhängig von der Art der anfallenden Geschäfte von Beurkundungskosten befreit. Denn tatsächlich kann die Gemeinde nicht auf Zahlung von Gebühren in Anspruch genommen werden und sie wird es auch nicht. Eine Inanspruchnahme der Gemeinde ist auch nicht etwa im Regresswege möglich.

Denn aufgrund der durch § 13 KostO bewirkten Verminderung der Kostenschuld des nichtbefreiten Gesamtschuldners ist dessen Erstattungsanspruch gegen den befreiten Gesamtschuldner gegenstandslos (vgl. nur etwa Korintenberg/Lappe, a.a.O., § 13 Rdn. 1).

Als gesetzliche Erstattungsvorschrift kommt schließlich auch nicht § 670 BGB in Betracht. Denn zum einen stellt die Abgabe eines Kaufangebotes auch dann ein Geschäft des Anbieters und nicht ein solches des Empfängers dar, wenn die Abgabe auf Veranlassung des Angebotsempfängers erfolgt und auch in seinem Interesse liegt (a.A. für den dort entschiedenen Fall BayObLGZ 1978, S. 94 ff., 96); und zum anderen ist nichts dafür ersichtlich, dass der Beteiligte B. das Angebot in Erfüllung einer der Gemeinde gegenüber eingegangenen vertraglichen Verpflichtung abgegeben habe (vgl. auch OLG Zweibrücken, FGPrax 2002, S. 272 f., 273).

Mitgeteilt von Dr. Krauß, Richter am Oberlandesgericht, Freiburg

Buchbesprechungen

Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand Dezember 2005. 258 Seiten, 84,60 Euro. 92. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/57. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern. 2640 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Der seit vielen Jahren anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit ist in wichtigen Bereichen auf den neuesten Stand gebracht worden. Mitgeliefert wird der bereits zum 1.4.2005 geänderte Text der Kostenverfügung. Vor allem bei infolge des Einflusses des Europarechts überzahlten Notargebühren stellt sich die Frage, wann der Anspruch auf Rückerstattung von vor der Änderung des Verjährungsrechts angefallenen Kosten verjährt. Der Anspruch auf Erstattung überzahlter Notarkosten, die bis einschließlich 1.1.2002 fällig geworden sind, verjährt am 31.12.2004 (OLG Stuttgart NotBZ 2005, 373; a. A. der Kommentar in § 17 Rdnr. 33; Lappe NJW 2002, 266); für ab 1.1.2002 überzahlte Notarkosten gilt die vierjährige Verjährungsvorschrift des § 17 Abs. 2 KostO. Die immer größer werdende praktische Bedeutung von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen hat zu einer größeren Zahl von Entscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur geführt. Der Kommentar befasst sich neuerdings sehr ausführlich mit dieser Materie. Eine Betreuungsverfügung ist eine nichtvermögensrechtliche Angelegenheit; der Wert ist deshalb nach § 30 Abs. 3 KostO ohne Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Verfügenden regelmäßig mit 3000 Euro anzusetzen. Bei einer Vorsorgevollmacht ist der volle Wert des Aktivvermögens anzusetzen, wenn die Vollmacht nur im Innenverhältnis auf den Vorsorgefall beschränkt ist, im Außenverhältnis hingegen unbeschränkt ist (OLG Oldenburg JurBüro 2005, 549; a.A. der Kommentar in § 41 Rdnr. 11). Ist mit der Vorsorgevollmacht eine Betreuungsverfügung verbunden, liegt Gegenstandsgleichheit i. S. v. § 44 KostO vor; Betreuungs- und Patientenverfügung sind aber untereinander gegenstandsverschieden (dazu auch Renner NotBZ 2005, 45; Keilbach DNotZ 2004, 166; Bund JurBüro 2004, 173). Für die Mitteilungen von Vorsorgevollmachten an das Zentralregister der Bundesnotarkammer gilt § 147 Abs. 4 Nr. 6 KostO; für die Prüfung, ob eine

Ausfertigung der Vollmacht erteilt werden darf, weil Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers eingetreten ist, erhält der Notar die Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO. Bei sachlich und zeitlich unbeschränkter Generalvollmacht ist das volle Aktivvermögen zu Grunde zu legen. Weit gehend neu kommentiert ist das Kostenrecht der notariellen Verwahrung. Dabei wird auch auf das Verhältnis von § 149 zu § 147 KostO eingegangen. Die Divergenzvorlage an den BGH gewinnt mehr als drei Jahre nach ihrer Einführung nun offenbar größere Bedeutung, so z.B. zur Rangrücktrittserklärung, zur Bauverpflichtung und zur Lastenfreistellung. Mit dieser Lieferung wird das Werk den traditionell hohen Erwartungen des Benutzerkreises vollauf gerecht.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Hoffmann-Becking, Michael / Rawert, Peter (Hg.) Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Auflage 2006, Verlag C.H. Beck oHG, München, Euro 98.–.

Im Beck'schen Formularbuch bearbeitet ein gemischtes Autorenteam aus Anwaltschaft, Richterschaft und Notariat auf knapp 2000 Druckseiten die folgenden Gebiete:

I. Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil (S. 1 – 102), II. Schuldrecht Allgemeiner Teil (S. 103 – 156), III. Schuldrecht, Besonderer Teil (S. 157 – 759), IV. Sachenrecht (S. 761 – 974), V. Familienrecht (S. 975 – 1064), VI. Erbrecht (S. 1065 – 1192), VII. Handelsrecht (S. 1193 – 1281), VIII. Personengesellschaftsrecht (S. 1283 – 1552), IX. Gesellschaft mit beschränkter Haftung (S. 1553 – 1700), X. Aktienrecht (S. 1701 – 1827), XI. Umwandlungsrecht (S. 1829 – 1895) und schließlich XII. Schiedsverfahren und Alternative Streitbeilegung (S. 1897 – 1921).

Ein übersichtliches Inhaltsverzeichnis (S. IX – XXIII) erschließt zusammen mit dem recht ausführlichen Sachregister (S. 1923 – 1967) den Band. Die angeführten Formulare sind auf einer beigefügten, im Preis inbegriffenen CD-Rom leicht zugänglich gespeichert. Dies ermöglicht das komfortable Aufrufen und Bearbeiten der Texte.

Die Beiträge sind jeweils in zwei Teile gegliedert: zunächst wird ein Textvorschlag unterbreitet, der etwa die Anmeldung der Auflösung eines Vereins (I. 17), eine zweisprachige Internationale Nachlassvollmacht (I. 44), Allgemeine Geschäftsbedingungen für die Arbeitnehmerüberlassung (III. F. 13) oder die Urkunde über die Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG nebst Verwaltervertrag und Hausordnung (IV. 31) umfasst.

Sodann folgen *Anmerkungen*, die den Textvorschlag erläutern, die wichtigsten gesetzlichen Vorschriften und Erfordernisse erklären sowie auf Regelungsvarianten hinweisen. Im Textvorschlag hochgestellte Ziffern stellen den Zusammenhang zur Anmerkung her.

Oftmals findet sich am Schluss des Eintrags ein Hinweis auf Kosten und Gebühren (so bei der General- und Vorsorgevollmacht, I. 36, dem Testament, VI. 1, Nießbrauchsbestellung an einem GmbH-Geschäftsanteil, IX. 24). Der Kostenhinweis umfasst in der Regel die Gebühren nach der KostO für notarielle Tätigkeit (Beglaubigung und Beurkundung). Nicht aufgeführt sind die etwa vom Registergericht oder dem Grundbuchamt zu erhebenden Gebühren. Auch Hinweise auf die Vergütung anwaltlicher Tätigkeit nach dem RVG fehlen (leider) völlig. Eine gelegentlich wünschenswerte Vergleichsmöglichkeit zwischen Beurkundungsgebühren und anwaltlichem Honorar fehlt so.

Die Anordnung des Stoffs ist überwiegend nachvollziehbar und verständlich. Manches, was sachlich zusammengehört, wird aber nicht am selben Ort behandelt. So finden sich die Sicherungsabtretung und -überreignung in Teil II (Schuldrecht, Allgemeiner Teil), die Personalsicherheiten Bürgschaft, Bankgarantie und Patronatserklärung in Teil III (Schuldrecht, Besonderer Teil) unter „Personalsicherheiten und Darlehen“, die Hypothek und Grundschuld in Teil IV (Sachenrecht). Letztlich folgt das Werk hier der Gesetzessystematik des BGB, das die Abtretung in §§ 398 ff. regelt, die Bürgschaft in §§ 765 ff. und die Grundpfandrechte in §§ 1113 ff. Sachlich gemeinsam ist den genannten Instituten, dass sie Kreditsicherheiten darstellen. Man hätte sie also auch mit Fug unter einer solchen Rubrik zusammenfassen können.

Die Benennung der Abschnitte ist nicht immer ganz treffsicher. So findet man den Abschnitt „Immobilienrecht“ (III. B. 1 – 9; S. 279 ff.) eingeordnet unter „Schuldrecht, Besonderer Teil“ (III.). Eher erwartete man das Immobilienrecht unter „Sachenrecht“ (IV.). Die zu III. B. 1 – 9 aufgeführten Kaufverträge über Grundbesitz lassen sich dann aber doch im Schuldrecht verorten. Der folgende Teil III C. „Schenkung“ ist wiederum zu weit gefasst, sind in ihm doch nur Schenkungen von Grundbesitz aufgeführt (III. C. 1 – 3). Er hätte daher gut in einem Abschnitt Immobilienrecht seinen Platz finden können. Auch der Abschnitt „IV. Sachenrecht“ ist zu weit gefasst. Er beschäftigt sich ausschließlich mit unbeweglichem Vermögen (mit Erbbaurecht und Wohnungseigentum). Bewegliche Sachen sind nicht behandelt.

Diese kleinen Ungenauigkeiten sind aber bei Nutzung des Werks nicht wirklich hinderlich. In der klaren Inhaltsübersicht findet man sich auch so ohne weiteres zurecht.

Fachlich kann ein zweitausend Seiten umfassendes Werk nicht in einer Kurzbesprechung umfassend gewürdigt werden. Zwei „Stichproben“ sollen genügen.

Das Formular von Haag über die „*Bürgschaft auf erstes Anfordern*“ (III. J. 2, S. 727 ff.) befasst sich mit einer Variante des Bürgschaftsvertrags, die als solche im Gesetz nicht geregelt ist. Gekennzeichnet ist diese Bürgschaftsform dadurch, daß der Bürge ohne Prüfung der materiellen Berechtigung des

Anspruchs allein auf das Anfordern des Gläubigers zu leisten hat. Einreden soll er zunächst nicht erheben, sondern wird mit diesen in einen Rückforderungsprozess verwiesen. Die Bürgschaft auf erstes Anfordern soll dem Gläubiger – neben der Sicherungsfunktion – auch Liquidität zur Verfügung stellen, wenn der Hauptschuldner nicht zahlt (BGH NJW 1992, 1881, 1883). Im Eingang des Formulars werden die Hauptinhalte des Vertrags, insbesondere die Bezeichnung der Beteiligten, des Hauptschuldners und der gesicherten Hauptforderung hinreichend konkret beschrieben.

Der Textvorschlag enthält allerdings eine Reihe von Ungenauigkeiten und Wiederholungen. Soll die Bürgschaft bei einem Kreditvertrag wirklich „unverändert“ bestehen bleiben, wenn der Zinssatz geändert wird (Ziffer 1 Satz 2)? Gemeint ist wohl, dass die Bürgschaft auch einen geänderten Zinssatz mit umfassen soll, und gerade nicht unverändert ist. Dies ergibt sich jedenfalls aus dem Interesse des Gläubigers – und der Anmerkung (S. 732, Ziffer 5). Dass der Bürge „unverzüglich“, also ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) auf erstes schriftliches Anfordern Zahlung zu leisten hat (Ziffer 3), wird dem Gläubiger in der Regel nicht genügen. Wegen der Liquiditätsfunktion soll der Bürge sofort zahlen müssen.

Der Verzicht auf die Einrede der Vorausklage (Ziffer 4 Abs. 2) ergibt sich schon daraus, daß die Bürgschaft als selbstschuldnerische übernommen wird (Satz 1 des Textvorschlags; § 773 Abs. 1 Ziffer 1 am Ende BGB) – und wohl ohnehin aus dem Charakter dieser Bürgschaftsform. Die Formulierung von Ziffer 4 Abs. 2 ist i.Ü. im Hinblick auf den Gesetzesinhalt von § 771 BGB ungenau. Das BGB verlangt weder das gerichtliche Vorgehen gegen den Schuldner noch die Verwertung einer Sicherheit. Vielmehr kann der (einfache) Bürge nach § 771 BGB die Befriedigung des Gläubigers verweigern, solange nicht der Gläubiger eine Zwangsvollstreckung ohne Erfolg versucht hat.

Unklar formuliert und möglicherweise auch sachlich nicht gewünscht ist die Regelung in Ziffer 5 zum Übergang von Sicherheiten. Anlass ist die Regelung in §§ 774 Abs. 1, 401, 412 BGB: danach gehen die Hauptforderung im Wege der Legalzession und mit ihr akzessorische Sicherheiten insoweit auf den Bürgen über, als dieser den Gläubiger befriedigt. Bei Teilbefriedigung wegen der Hauptforderung gehen die Rechte anteilig über.

Die Rechtsprechung gewährt dem Bürgen in entsprechender Anwendung der zitierten Normen einen Anspruch auf Übertragung abstrakter Sicherungsrechte (BGHZ 110, 41). Der Anspruch entsteht auch bei teilweiser Zahlung anteilig. Für den Gläubiger kann der Bürge als Teilerwerber einer Sicherheit zum unerwünschten Konkurrenten werden. Ggf. kann er einen Teil der Sicherheit verwerten, auch wenn die Hauptforderung noch nicht vollständig beglichen ist. Nur wenn der Gläubiger wegen der Hauptforderung voll bedient wurde, hat er kein Interesse an den Sicherheiten mehr. Das Formular stellt nun aber statt auf die vollständige Befriedigung der Hauptforderung auf die vollständige Erfüllung der *Bürgschaftsschuld* ab. Nach dem Formular kann der Anforderungsbürge also Übertragung einer Sicherheit verlangen, wenn nur er seine Zahlungspflicht erfüllt hat, auch wenn die Hauptforderung für den Gläubiger noch nicht beglichen ist. Haben die Beteiligten einen Höchstbetrag vereinbart, kann dies für den Gläubiger misslich werden.

Schließlich fragt sich, ob es nicht günstig wäre, den – naheliegenden – Einwand des Bürgen aus § 814 BGB auszuschließen.

Der unter III. B. 2 abgedruckte Textvorschlag von Möhrle für einen „Kaufvertrag über eine unvermessene Teilfläche eines Grundstücks“ (S. 293 ff.) ist in fünf Teile gegliedert: Nach dem Urkundseingang mit Daten der Erschienenen und Feststellungen in Hinblick auf das Vorbefassungsverbot folgt in der „Vorbemerkung“ (Teil I.) der Grundbuchstand. In Teil II findet sich der eigentliche schuldrechtliche „Kaufvertrag“ mit den Paragraphen Kaufgegenstand (§ 1), Kaufpreis (§ 2), Belastungen (§ 3), Übergabe- und Verrechnungstag (§ 4), Gefahrübergang (§ 5), Mängelhaftung (§ 6), Vorkaufsrecht (§ 7), Rücktrittsrecht des Verkäufers (§ 8) und Kosten und Grunderwerbsteuer (§ 9). Es folgen „Abwicklung und Hinweise“ in Teil III sowie „Auflassung und Grundbuchanträge“ in Teil IV.

Zunächst zu den Förmlichkeiten des Gestaltungsvorschlags: Die Überschriften im Teil II strukturieren den Vertrags zwar, sind aber zum Teil irreführend knapp. So findet sich unter der Rubrik „Kaufpreis“ nicht nur dieser selbst, sondern auch die Fälligkeitsbestimmung, der Verwahrauftrag an den Notar (§ 2 Abs. 3), Regeln über den Verzug und die Verlängerung der Verjährung (§ 2 Abs. 4) und die Belastungsmithilfe des Verkäufers samt Vollmacht für Grundschuldbestellungen (§ 2 Abs. 5).

Ob man wirklich noch Vollmachten für Mitarbeiter des Notars zur Bestellung von Finanzierungsgrundschulden anraten soll, ist im Hinblick auf § 17 a Abs. 2 BeurkG fraglich. Im Formular stört darüber hinaus, dass der Verkäufer die Vollmacht gleich doppelt erteilt (II § 2 Abs. 5 und III 2). Jedenfalls einmal ist sie überflüssig. Bedenklich ist die Regelung in § 8 Abs. 1 Satz 2, nach der der Verkäufer Mitarbeiter des Notars anweisen können soll, für den Fall des Rücktritts wegen Zahlungsverzugs die für den Käufer eingetragene Vormerkung zur Löschung zu bewilligen und zu beantragen. Hiermit werden die Mitarbeiter (und mittelbar der Notar) in einen möglichen Streit der Beteiligten hineingezogen und unnötigen Haftungsrisiken ausgesetzt.

Der Vertrag sieht die Kaufpreiszahlung auf ein Notaranderkonto vor. Damit ist eine Zahlung des Käufers „ins Leere“ vermieden. Dennoch sollten als Fälligkeitsvoraussetzungen die rangrichtige Eintragung der Vormerkung, Vorliegen der Zusage der Gläubiger von Grundpfandrechten, Pfandfreigabe bzw. Löschungsbewilligung zu erteilen und der Vorkaufsverzicht der Belegenheitsgemeinde überlegt werden. Zumindest das längere Verbleiben des Geldes auf dem schlecht verzinsten Anderkonto erspart man so dem Käufer.

Der Verkäufer wiederum sollte durch Abtretung der Darlehensansprüche des Käufers gegenüber seiner Bank im Kauf-

vertrag gesichert werden, wenn er zur Mitbelastung für Finanzierungsrechte bereit ist. Die Absicherung der Beteiligten vor Risiken kann man noch besser gestalten.

Ob man wie das Formular die Auflassung beim Teilflächenverkauf wirklich gemeinsam mit dem schuldrechtlichen Vertrag beurkunden sollte, ist fraglich. Man läuft damit Gefahr, dass sie bei Abweichung des Messungsergebnisses wiederholt werden muss. Unabhängig davon hat die Auflassung in Teil IV des Textvorschlags den (schweren) Mangel, dass nicht das verkaufte Teilgrundstück (der Kaufgegenstand nach II § 2 Abs. 1) aufgelassen wird, sondern das Ausgangsgrundstück („das Eigentum an dem in I. näher bezeichneten Grundstück“, S. 298).

Dass die Parteien – und nicht nur der betroffene Verkäufer – die Grundbucheintragungen von Eigentumsübergang und Vormerkung – bewilligen, ist unschädlich. Wenn aber die Anträge hierzu von „den Parteien“ und nicht nur von dem allein interessierten Käufer gestellt werden, kann dies für den Verkäufer eine böse Überraschung geben. Zahlt der Käufer die Gerichtskosten nicht, haftet der Verkäufer als Antragsteller mit. Dies wird nicht in seinem Interesse liegen.

Bei aller Kritik im Einzelfall. Das Werk deckt eine große Bandbreite an Rechtsgebieten ab, mit denen der Kautelarjurist zu tun hat. Es ist erstaunlich, wie viel Inhalt in einem solch letztlich kurzen Werk stecken kann.

Jedes der Gebiete wird gut erläutert. Die Anmerkungen sind sowohl für den Neuling in einem Rechtsgebiet als auch für den erfahreneren Bearbeiter ertragreich. Die Formulierungshilfen der Mustertexte erleichtern die Bearbeitung des praktischen Falls sehr. Das gilt auch und gerade für die Dateivorlagen auf der CD-Rom. Dass jedes noch so gute Formular auf den Einzelfall anzupassen ist, sollte jedem Nutzer klar sein. Im Vorwort wird dies auch zurecht von den Herausgebern hervorgehoben.

Kann das Beck'sche Formularbuch nun im Ergebnis empfohlen werden? Aus Sicht des Rezensenten, der vor Abfassung dieser Besprechung längere Zeit in der täglichen Praxis eines Großstadtnotariats mit dem Werk gearbeitet hat, ist das Buch ein wirklich guter Kauf. Auf so engem Raum finden sich kaum anderswo so viele Fundstücke, die unmittelbar in die Vertragsgestaltung einfließen können, wie hier. Dass der Preis mit nicht einmal Euro 100,- mehr als günstig ist, trägt zum insgesamt sehr guten Angebot bei.

Johann Andreas Dieckmann, Richter als Notarvertreter, Freiburg i.Br.

Impressum

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

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

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

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

Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

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