

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

8/2006

Dezember
Seiten 153-176

Inhalt

Abhandlungen

Heinzmann

Der Wärmeschutzüberbau
bei geschlossener Bauweise und
unterschiedlicher Gebäudehöhe
oder unterschiedlicher Gebäudetiefe 153

Bruns

Das Leitungsnotrecht des
§ 7 e NRG Baden-Württemberg 160

Gehweiler

Steuerrechtsecke (XIX) 166

Rechtsprechung 167

Buchbesprechungen 175

Der Wärmeschutzüberbau bei geschlossener Bauweise und unterschiedlicher Gebäudehöhe oder unterschiedlicher Gebäudetiefe

Überlegungen zur Gestaltung der privaten Rechtsverhältnisse und Formulierungsvorschlag

Von Dr. Friedrich Heinzmann, Tübingen*

I. Einleitung

Problemstellung aus baurechtlichen Zielvorgaben und aus der Bautechnik

1. „Kompakte Stadt“ und vielfältige Architektur als städtebauliche Zielvorgaben

Die Bodenschutzklausel des § 1 a Abs. 2 BauGB fordert von den Gemeinden, bei der Aufstellung von Bauleitplänen mit Grund und Boden sparsam und schonend umzugehen. Der städtebaulichen Konkretisierung und Umsetzung dieses Postulats dient u.a. das Leitbild von der „kompakten Stadt“.¹ Das Leitbild von der kompakten Stadt führt zu verdichtetem Bauen, und verdichtetes Bauen führt häufig zu geschlossener Bauweise. Gleichzeitig werden mit dem Ziel einer vielfältigen und abwechslungsreichen Architektur – sowohl der Stadtarchitektur wie der Architektur der einzelnen Gebäude – oftmals in der Baulandumlegung kleine Baugrundstücke gebildet und im Bebauungsplan für die einzelnen Gebäude unterschiedliche Gebäudehöhen, z.B. durch die höchstzulässige Traufhöhe oder die Geschossflächenzahl oder die Baumassenzahl, und unterschiedliche Gebäudetiefen, durch die Baufenster, festgelegt.

2. Wärmeschutz, neue Baustoffe und Bauarten sowie Energieeinsparung

Das Bauordnungsrecht fordert in § 14 Abs. 2 LBO Baden-Württemberg für Gebäude einen ihrer Nutzung entsprechenden Wärme- und Schallschutz sowie dass zum Zwecke der Beheizung und eventuellen Kühlung der Energiebedarf so sparsam und umweltschonend wie möglich gedeckt wird. Darüber hinaus hat die Entwicklung neuer Baustoffe und Bauarten es mit sich gebracht, dass heute viele Bauteile, z.B. die tragenden Wände, leichter und dünner ausgeführt werden können, als dies in früheren Zeiten, z.B. aus Vollziegeln, möglich war. Maßnahmen des Wärmeschutzes dienen einmal dazu, für Menschen, die sich in den Gebäuden aufhalten, ein behagliches Klima zu schaffen und sie vor Gesundheitsschäden zu bewahren. Zum anderen hat der Wärmeschutz aber auch die Aufgabe, die Bauteile vor klimabedingten Kälte- und Feuchteschäden (z.B. Frostschäden an wasserführenden Leitungen, Tauwasserbildung, Schimmelbildung) zu schützen. Der vom Bauordnungsrecht verlangte Wärmeschutz ist konkret festgelegt in der DIN 4108 – Wärmeschutz im Hochbau, die als technische Baubestimmung nach § 3 Abs. 3 LBO einzuhalten ist.²

* Der Autor ist als Rechtsassessor und Württ. Notariatsassessor stellvertretender Leiter der Rechtsabteilung der Universitätsstadt Tübingen.

¹ Vergleiche Krautzberger in Ernst/Zinkahn/Bielenberg, BauGB, § 1 a Rn. 51, Lfg. 75, Sept. 2004. Andere städtebauliche Instrumente zur Umsetzung der Bodenschutzklausel sind z.B. flächensparendes Bauen, Inneneentwicklung in den Städten und Gemeinden, Bündelung von Infrastruktur und Flächenrecycling; Krautzberger a.a.O.

² Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, 3. Aufl., § 14 Rn. 15, Lfg. 21, Dez. 2001.

Über diese bauordnungsrechtlichen Mindestanforderungen hinaus erfüllt der Wärmeschutz die weitere wichtige Aufgabe der Energieeinsparung. Rechtsgrundlage dafür sind das Energieeinsparungsgesetz (EnEG) und die auf dessen § 1 Abs. 2 erlassene Energieeinsparverordnung (EnEV). Die EnEV hat das Ziel, durch baulichen Wärmeschutz und energiesparende Technik Heizenergie einzusparen. Zusammengefasst ergeben die DIN 4108 und die EnEV für die Baupraxis ein effektives, aber auch komplexes Regelungsgefüge.

3. Aus Zweckmäßigkeit gebotene Wärmeschutzüberbauten

a) Zur Stärke (Breite) des Wärmeschutzes

Der Wärmeschutz wird regelmäßig auf die Außenwände des Gebäudes aufgebracht. Soweit die Gebäude aneinandergeliegt werden, muss auf jede der sich gegenüber liegenden Außenwände ein Schutz von ca. 2 – 4 cm angebracht werden, der hier mehr als Schallschutz dient, denn den Wärmeschutz geben sich die beiden Gebäude hier gegenseitig. Soweit die Gebäude nicht aneinandergeliegt werden, ist bei herkömmlicher Bauweise und mit kostengünstigen Dämmmaterialien ein Schutz von ca. 16 cm erforderlich; besonders wärmegeämmte Bauweise, z.B. Passivhausbauweise, erfordert einen Schutz von bis zu 30 cm. Geringere Stärken (Breiten) des Wärmeschutzes sind bei gleicher Effektivität möglich, wenn besondere und vor allem wesentlich teurere Materialien verwendet werden.

b) Geschlossene Bauweise und unterschiedliche Gebäudehöhe

Unterschiedliche Gebäudehöhen bei geschlossener Bauweise haben zur Folge, dass der Bauherr des höheren Gebäudes den für sein Gebäude erforderlichen Wärmeschutz an der Außenwand gegenüber dem niedrigeren Gebäude, soweit sein Gebäude das Nachbargebäude übersteigt, zweckmäßigerweise über dem Dach des niedrigeren Nachbargebäudes und damit im Luftraum des Nachbargrundstücks anbringt. Ein solcher Wärmeschutz-Überbau lässt sich nur dann vermeiden, wenn der Bauherr des höheren Gebäudes die Außenwand gegenüber dem Nachbarn in dem Bereich, in dem sein Gebäude das Nachbargebäude übersteigt, zum Gebäudeinneren hin zurücknimmt, wenn er den Wärmeschutz insoweit an die Innenseite (der Außenwand) anbringt oder wenn er ein wesentlich effektiveres und damit auch kostspieligeres Dämmmaterial verwendet. Alle drei Alternativlösungen sind bautechnisch nur mit besonderen Aufwendungen umzusetzen oder aber aus sonstigen Kostengründen in der Regel nicht angezeigt. Kostenbewusstes Bauen erfordert, dass oberhalb des Daches des niedrigeren Gebäudes ein Wärmeschutzüberbau angebracht wird.

c) Geschlossene Bauweise und unterschiedliche Gebäudetiefe

Ähnliches gilt, wenn die Gebäude eine unterschiedliche Gebäudetiefe erhalten oder wenn ein Gebäude gegenüber dem

anderen vor- oder zurückspringt. Auch hier muss, soweit ein Gebäude tiefer bzw. gegenüber dem anderen vor- oder zurückgesetzt ist, der Wärmeschutz auf das Nachbargrundstück übergebaut werden. Dieser Wärmeschutzüberbau lässt sich nur vermeiden, wenn der Wärmeschutz im Bereich der überstehenden Tiefe bzw. im Bereich des Gebäudevorsprungs ins Gebäudeinnere genommen oder aber die Außenwand, soweit sie das Nachbargrundstück nach vorne oder hinten überragt, zum Gebäudeinnern hin zurückgesetzt wird oder wenn ein wesentlich hochwertigeres Dämmmaterial Verwendung findet.

d) Geschlossene Bauweise und nicht gleichzeitige Errichtung der Gebäude

Werden die Gebäude nicht zeitgleich errichtet, so ist es vom Bauablauf her sinnvoll, dass der Bauherr des ersten Gebäudes mit seinem eigenen Wärme- und Schallschutz³ auch den Wärme- und Schallschutz für das Nachbargebäude ausführt, soweit die Gebäude aneinander gebaut werden. Dies schon deshalb, damit seinem eigenen Gebäude sofort und schon vor Errichtung des Nachbargebäudes ein höherer Wärmeschutz zukommt, als wenn es nur die schmale, eigene Wärmedämmung hätte.⁴ Zum anderen ist es aber auch oftmals kostengünstiger, wenn die Wärme- und Schalldämmungen beider Häuser gleichzeitig, d.h. bei der Errichtung des ersten Hauses, ausgeführt werden.⁵ Um diesen Wärmeschutzüberbau vornehmen zu können, muss der zuerst tätig werdende Bauherr über die Grenze bauen dürfen. Zum anderen will er aber auch von dem später bauenden Nachbarn einen Ersatz für seine Aufwendungen erlangen, soweit sie, wenn der Nachbar gebaut hat, diesem und nicht ihm selbst zugute kommen.

II. Wärmeschutzüberbauten und Nachbarrecht

Der mit der Gestaltung der Rechtsverhältnisse betraute Jurist prüft zunächst, inwieweit die bautechnisch und aus Kostengründen gebotenen Wärmeschutzüberbauten schon aufgrund des Nachbarrechts – des Nachbarrechts des BGB, des Nachbarrechtsgesetzes und des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses – möglich sind. Zu prüfen ist, ob auf gesetzlicher Grundlage die Überbauten ausgeführt werden dürfen und vom Nachbarn zu dulden sind und ob sich aus der gesetzlichen Regelung ein gerechter und dem Gedanken der Rechtssicherheit genügender Interessenausgleich ergibt. Die Rechtsverhältnisse sind auch auf lange Sicht zu betrachten, und es ist daran zu denken, dass möglicherweise später, möglicherweise schon in wenigen Jahrzehnten,⁶ das höhere Gebäude (bzw. vorspringende oder tiefere Gebäude) abgerissen und erneut erstellt wird. Schließlich fragt es sich, ob der dem zuerst Bauenden vom später Bauenden gebührende Ersatz im Falle der nicht gleichzeitigen Errichtung der Gebäude (Fall Ziff. I 3 d) im Gesetz hinreichend geregelt ist. Zuerst ist auf die speziellere Norm § 7 b Nachbarrechtsgesetz Baden-Württemberg (NRG) zuzugehen, die eine Reihe von Überbauten zulässt.

³ Soweit die Gebäude aneinander gebaut werden, ist zwar kein Wärmeschutz erforderlich; erforderlich ist aber ein Schallschutz. Dieser kann regelmäßig aus demselben Dämmmaterial hergestellt werden. Vgl. bereits Ziff. 3 a).

⁴ Von der Bautechnik her gesehen ist ein solcher „Minimalwärmeschutz“ von Anfang an erforderlich. Besteht nicht wenigstens ein solcher Mindestschutz, so bestehen Kältebrücken und z.B. Schimmelschäden sind unvermeidlich.

⁵ Zur Bautechnik ist hier anzumerken, dass die Dämmung mit einem ca. 0,3 – 0,5 cm starken Deckputz überzogen werden muss, auch wenn sie z.B. nur ca. ein Jahr (nach außen) freiliegen sollte, damit sie nicht von der Witterung beschädigt wird.

⁶ Z.B. sind in der Stuttgarter Innenstadt bereits bis jetzt nicht wenige Gebäude, die nach der Kriegszerstörung errichtet worden sind, wieder abgerissen und „zum zweiten Mal“ aufgebaut worden.

1. Zu § 7 b NRG Baden-Württ.

Nach § 7 b Abs. 1 NRG dürfen bei geschlossener Bauweise untergeordnete Bauteile, die den baurechtlichen Vorschriften entsprechen, in den Luftraum des Nachbargrundstücks übergreifen, solange dies die Benutzung des Nachbargrundstücks nicht oder nur unwesentlich beeinträchtigt. Nach Satz 2 dieser Norm sind untergeordnete Bauteile insbesondere solche Bauteile einer baulichen Anlage, die deren nutzbare Fläche nicht vergrößern. § 7 b NRG ist in seiner Anwendung beschränkt auf Bauteile, die in den Luftraum des Nachbargrundstücks übergreifen, ohne dass gleichzeitig dessen Grund und Boden tatsächlich und direkt in Anspruch genommen wird.⁷ Damit scheidet eine Anwendung von § 7 b Abs. 1 NRG von vornherein auf Wärmeschutzüberbauten aus, die erforderlich sind, weil das zu überbauende Gebäude gegenüber dem Nachbargebäude vorspringt oder tiefer ausgeführt wird (vgl. oben Fall Ziff. I 3 c). Die Anwendung des § 7 b Abs. 1 NRG kann nur für den Fall der unterschiedlichen Gebäudehöhe (Fall Ziff. I 3 b) näher in Erwägung gezogen werden.

§ 7 b Abs. 1 NRG will das Übergreifen von Dachvorsprüngen, Gesimsen, Dachrinnen u.ä. aus Gründen der Baugestaltung oder des Feuchtigkeitsschutzes ermöglichen, was insbesondere dann wünschenswert sein kann, wenn eine Baulinie gestaffelt verläuft, wenn die Baulinie z.B. auf dem einen Grundstück an der Straßengrenze, auf dem anderen Grundstück aber hinter einem Vorgarten verläuft.⁸ Mit einem Dachvorsprung, einem Gesims oder einer Dachrinne ist eine Wärmedämmung (z.B. Wärmeschutzplatten) nicht vergleichbar. Eine Wärmedämmung dient nicht dem Schutz vor Feuchtigkeit, sondern vielmehr vor Kälte. Auch ist der Überbau des Wärmeschutzes nicht wegen einer gestaffelten Baulinie oder ähnlichem, sondern vielmehr wegen unterschiedlicher Gebäudehöhen erforderlich. Folglich kommt eine Anwendung des § 7 b Abs. 1 NRG von seinem Zweck her auf einen Wärmeschutzüberbau nicht in Betracht.

Aber auch die im Wortlaut der Norm festgelegten Voraussetzungen für ihre Anwendung liegen nicht vor. § 7 b Abs. 1 NRG erfordert, dass es sich bei dem übergreifenden Bauteil um einen untergeordneten Bauteil handelt und (kumulativ) dass der Überbau allenfalls unwesentlich beeinträchtigend wirkt. Beide Voraussetzungen sind nicht gegeben. Untergeordnete Bauteile einer Anlage sind v.a. solche Bestandteile, die deren nutzbare Fläche nicht vergrößern. Bautechnisch, wenn u.U. auch nur mit beträchtlichem Aufwand, ist es möglich, den Wärmeschutz in das Innere des Gebäudes zu nehmen (an der Innenseite der Außenwand anzubringen), wodurch aber die nutzbare Fläche gemindert würde. Demgemäß erbringt die Außenauftragung des Wärmeschutzes eine Vergrößerung der nutzbaren Fläche und ist folglich bereits nach der ersten Voraussetzung unzulässig.

Des Weiteren ist auch eine allenfalls unwesentliche Beeinträchtigung nicht gegeben. Bei Anbringung des Wärmeschutzes über dem Dach des Nachbargebäudes muss dieser Wärmeschutzüberbau, damit sich kein Schmutzwinkel zwischen Dach und Überbau bilden kann, eng an die Dachhaut des Nachbargebäudes angeschlossen werden. Dadurch wird eine spätere Sanierung des Daches (z.B. der Austausch von Dachplatten) erschwert. Bautechnisch ist es sogar sinnvoller, dass der Nachbar seine Dachhaut nicht bis an das Gebäude mit dem Wärmeschutzüberbau heranzieht, sondern dass vielmehr der Wärmeschutzüberbau tiefer als die Dachhaut

⁷ Birk, Nachbarrecht für Baden-Württemberg, 4. Aufl., 2000, § 7 b Einleitung.

⁸ Pelka, Das Nachbarrecht in Baden-Württemberg, 19. Aufl., 2000, Anmerkung zu § 7 b NRG (S. 83).

des Nachbargebäudes herabgezogen und sodann die Dachhaut des Nachbargebäudes an den Wärmeschutzüberbau angeschlossen wird. Damit wird der Feuchtigkeitsschutz des Nachbargebäudes von der Intaktheit des Wärmeschutzüberbaues (keine Durchlässigkeit für Feuchtigkeit) abhängig. Unwesentlichkeit ist bei dieser Sachlage zu verneinen.

Ergebnishaft ist hier festzuhalten, dass § 7 b NRG für keine der drei den Wärmeschutzüberbau erforderlich machenden Situationen – unterschiedliche Gebäudehöhe, unterschiedliche Gebäudetiefe bzw. Zurückweichen eines der Gebäude und zeitverschiedene Errichtung der Gebäude – ein Überbaurecht gewährt.

2. Zum Nachbarrecht des BGB (§§ 905 – 924).

Aus dem Nachbarrecht des BGB kommen zunächst die §§ 912 ff. (Überbau) in das Blickfeld. Die §§ 912 ff. regeln den Fall, dass ein Überbau bereits ausgeführt ist; sie geben kein Recht zur Ausführung eines Überbaus. § 912 Abs. 1 besagt nur, ob ein bereits ausgeführter Überbau zu dulden ist; § 912 Abs. 2 und die §§ 913 – 915 gewähren dem mit dem Überbau beeinträchtigten Nachbarn eine Überbaurente und das Recht, den Abkauf der überbauten Grundstücksfläche zu verlangen. Da nach dem Wortlaut des § 912 Abs. 1 die Pflicht zur Duldung des Überbaus voraussetzt, dass beim Überbauenden für das Entstehen des Überbaus allenfalls einfache Fahrlässigkeit gegeben ist und weil die hier in Rede stehenden Wärmeschutzüberbauten stets mit Wissen und Wollen, und damit vorsätzlich, ausgeführt werden, kann sich aus dieser Norm zunächst sogar nicht einmal eine Pflicht zur Duldung eines bereits ausgeführten Wärmeüberbaus ergeben.

Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des § 912 aber auf den Eigengrenzüberbau⁹ und den ohne dingliche Rechtseinräumung gestatteten Überbau¹⁰ übertragen. Bei einem Eigengrenzüberbau ist aus § 912 Abs. 1 eine Pflicht zur Duldung eines Wärmeschutzüberbaus dann gegeben, wenn beide Grundstücke früher bei ein und demselben Eigentümer waren, dieser Eigentümer den Wärmeschutz über die Grenze gebracht und dann eines oder beide Grundstücke veräußert hat. Hauptsächlich handelt es sich um die Situation, dass die nebeneinanderliegenden Baugrundstücke von einem Bau-träger bebaut und sodann einzeln veräußert werden. Der Käufer des Hausgrundstücks (regelmäßig eines Reihenhauses oder einer Doppelhaushälfte) muss den auf sein Grundstück herübertagenden Überbau dulden. Allerdings hat er gegen seinen Nachbarn, von dessen Gebäude der Überbau ausgeht und von dessen Gebäude der Überbau ein wesentlicher Bestandteil ist, einen einer subjektiv dinglichen Reallast ähnlichen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Geldrente.¹¹ Beim zweiten Fall, dem Überbau auf der Rechtsgrundlage einer nur schuldrechtlichen Gestattung, bindet die schuldrechtliche Gestattung den Rechtsnachfolger nur dann, wenn der Überbau bereits vor dessen Rechtserwerb ausgeführt worden ist.¹² Auch bei schuldrechtlicher Gestattung steht dem Eigentümer, der den Überbau zu dulden hat, eine Geldrente zu.¹³

Beide Pflichten zur Duldung des ausgeführten Überbaus, des (früheren) Eigengrenzüberbaus und des schuldrechtlich gestatteten Überbaus, erlöschen, wenn das Gebäude, das des Wärmeschutzüberbaues bedarf, abgebrochen und durch

einen Neubau ersetzt wird. Für den Neubau kann das Nachbargrundstück nicht mehr in Anspruch genommen werden. Damit haftet dem nicht dinglich gesicherten Eigengrenzüberbau wie auch dem nur schuldrechtlich gestatteten Überbau auf lange Sicht eine Schwäche an. Schließlich kann auch von einem schuldrechtlich eingeräumten Überbaurecht kein Gebrauch (mehr) gemacht werden, wenn der Gestattende sein Grundstück vor Ausführung des Überbaues veräußert. Damit unterliegt der schuldrechtlich gestattete Überbau einer zweiten Schwäche, die zwar nicht regelmäßig zum Tragen kommt, aber der vorsorgende Jurist im Auge haben sollte. Denn entfaltet diese zweite Schwäche Wirkung, so kann sie möglicherweise ein gesamtes, bereits bestehendes Baukonzept wesentlich verteuern.

Aus dem Nachbarrecht des BGB zu prüfen bleibt noch § 905 S. 2 BGB. Nach dieser Norm kann der Eigentümer den Anspruch aus § 905 S. 1 nicht geltend machen und Einwirkungen auf sein Grundstück nicht verbieten, die in solcher Höhe (oder Tiefe) vorgenommen werden, dass er an ihrer Ausschließung kein Interesse hat. Geschützt von § 905 S. 1 BGB ist jedes schutzwürdige vermögensrechtliche oder immaterielle (z.B. ästhetische) Interesse.¹⁴ Da der Wärmeschutzüberbau für den Nachbarn stets mit Nachteilen verbunden ist, kann er niemals nach § 905 BGB zu dulden sein. Ein Wärmeschutzüberbau in den Luftraum über dem Dach des Nachbargebäudes hat die bereits unter Ziff. 1 erörterten Nachteile zur Folge, so dass eine Duldungspflicht nach § 905 S. 2 BGB ausscheidet. Wird der Wärmeschutzüberbau bis auf das Erdreich herab angebracht (wenn ein Gebäude tiefer ist bzw. vorspringt), so verliert der Nachbar sogar nutzbare Fläche seines Grundstücks. Das OLG Celle¹⁵ hat eine Weiterentwicklung des § 905 BGB als Ausgestaltung des Nachbarrechts abgelehnt und den Gedanken, dass der Grundstücksnachbar im Hinblick auf den der Wärmedämmung immanenten Gemeinwohlbezug verpflichtet sei, wärmedämmende Maßnahmen als Überbau zu dulden, verworfen. Das Problem, freistehende Giebelseiten oder deren Teile gegen Witterungseinflüsse zu schützen, sei nicht neu und bei der Schaffung des § 905 BGB nicht fremd gewesen und allein das geänderte Bewusstsein der Allgemeinheit im Hinblick auf wärmedämmende Maßnahmen erfordere eine Ausweitung des § 905 S. 2 BGB nicht.¹⁶

3. Zum nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis

a) Dogmatische Unzulänglichkeit der Formel vom nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis

Mit Hilfe des § 242 BGB hat die Rechtsprechung die Lehre vom nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis entwickelt.¹⁷ Aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis werden vornehmlich Duldungspflichten mit Ausgleichsanspruch abgeleitet.¹⁸ Die Lehre ist nach wie vor umstritten.¹⁹ Gewonnen ist mit ihr wenig; Gernhuber²⁰ hält sie für *kaum mehr als ein Etikett, hinter dem sich der (selbstverständliche) Hinweis auf die Notwendigkeit verbirgt, im jeweiligen Einzelfall die widerstreitenden Interessen zu bedenken und den schutzwürdigen den Vorrang einzuräumen*. Trotz dieser dogmatischen Unzulänglichkeiten ist an dieser Stelle zu prüfen, ob sich auf der Grundlage dieser Lehre Rechte zur Vornahme von Wär-

¹⁴ Bassenge in Palandt, BGB, 65. Aufl., 2006, § 905 Rn. 2.

¹⁵ Urteil vom 31.10.1997, Az.: 4 U 170/96.

¹⁶ OLG Celle, a.a.O.

¹⁷ V.a. BGHZ 28, 110, 114, Urt. v. 9.7.1958, Az.: V ZR 202/57.

¹⁸ BGHZ 58, 149, Urt. v. 8.2.1972, Az.: VI ZR 155/70; BGHZ 68, 350, Urt. v. 29.4.1977, Az. V ZR 71/5..

¹⁹ Vgl. Gernhuber, Bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1991, § 18 V 3 c.

²⁰ Bürgerliches Recht, 3. Aufl., 1991, § 18 V 3 c.

⁹ RGZ 160, 166, 174 ff., Urt. v. 30.3.1939, Az.: V 121/38.

¹⁰ BGHZ 62, 141, Urt. v. 22.2.1974, Az.: V ZR 103/73, (= DNotZ 1974, 439).

¹¹ RGZ 160, 166, 182.

¹² BGH, Urt. v. 21.1.1983, Az. V ZR 154/81, NJW 1983, 1112 (=DNotZ 1984, 554).

¹³ BGH, NJW 1983, 1112.

meschutzüberbauten und Pflichten zu deren Duldung ergeben.

b) Voraussetzungen für eine Korrektur der gesetzlichen Konfliktregelung mit Hilfe des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses

Die Rechtsfigur des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses mit seiner allgemeinen Pflicht zur Rücksichtnahme benutzt die Rechtsprechung zur Korrektur der gesetzlichen nachbarrechtlichen Konfliktregelung in besonders gelagerten Einzelfällen.²¹ Die sich aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ergebende Einschränkung der positiven Wirkung des Eigentums nach § 903 S. 1 BGB muss, da die Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn in erster Linie durch die nachbarrechtlichen Gesetzesvorschriften (die §§ 905 ff. BGB und das NRG) geregelt werden, eine aus zwingenden Gründen gebotene Ausnahme bleiben; immerhin erfordert der gerechte Ausgleich widerstreitender Belange in manchen Fällen ein Hinausgehen über die gesetzliche Regelung.²² Demgemäß sind Voraussetzungen für die Pflicht zur Duldung eines Wärmeschutzüberbaues ein Ausnahmefall und zwingende Gründe. Für die Frage der Zulässigkeit der vorübergehenden Grundstücksbefestigung durch Rückverankerung einer Bohrpfehlwand (Berliner Verbau) im Nachbargrundstück hat das OLG Stuttgart²³ auch auf die Sozialbindung des Eigentums, also auf das Interesse aller Grundstückseigentümer und Grundstücksbewohner sowie das öffentliche Interesse abgestellt, das knappe Gut des Grund und Bodens städtebaulich sinnvoll zu nutzen.

c) Folgerungen für einen erforderlichen Wärmeschutzüberbau

Für den Wärmeschutzüberbau kann nicht angenommen werden, dass sich seine Zulässigkeit aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis ergibt. Schon der Ausnahmecharakter der Situation, die ihn vermeintlich erforderlich macht, ist nicht gegeben. Bei geschlossener Bauweise mit unterschiedlicher Gebäudehöhe sowie mit vor- und zurückweichenden Gebäuden und bei nicht gleichzeitiger Ausführung der nebeneinanderstehenden Gebäude ist sein Bedürfnis vielmehr typischerweise gegeben. Darüber hinaus hat es auch die Gemeinde in der Baulandumlegung in der Hand, die für den Wärmeschutz erforderlichen oder zweckmäßigen Überbaugrunddienstbarkeiten zu begründen; gleiches gilt, wenn eine Privatperson ihre nebeneinanderliegenden zur geschlossenen Bebauung vorgesehenen Baugrundstücke einzeln veräußert oder wenn ein Bauträger, der zunächst alle Bauparzellen erworben hat, diese nach der Bebauung einzeln verkauft. Schon mangels eines Ausnahmefalles kann sich folglich regelmäßig keine Pflicht zur Duldung des Wärmeschutzüberbaues ergeben.

Des Weiteren ist die Ausführung des Wärmeschutzes als Überbau auf das Nachbargrundstück in aller Regel auch nicht zwingend. Entsprechende Gestaltung des Gebäudes und ein entsprechendes Dämmmaterial machen ihn zumeist entbehrlich. Finanzielle Mehraufwendungen und bautechnische – überwindbare – Schwierigkeiten rechtfertigen den Überbau nicht. Denn bei der Beurteilung der Frage, ob ein Überbau unabdingbar ist, sind strenge Anforderungen zu stellen. Der Eigentümer eines Grundstücks ist zunächst einmal selbst für die bauliche Ausgestaltung des darauf errichteten Gebäudes verantwortlich. Wenn er seinen Baugrund so

ausnutzt, dass für den Wärmeschutz nicht – oder allenfalls nur noch mit erheblichen finanziellen Mehraufwendungen – der erforderliche Raum verbleibt, so kann der Nachbar nicht nach Treu und Glauben verpflichtet sein, hierfür sein Grundstück zur Verfügung zu stellen.²⁴ Dasselbe hat auch zu gelten, wenn der Bauherr das Innere seines Gebäudes so ausgestaltet, dass er in den höheren Geschossen die für die Außenwand zum Nachbargrundstück hin erforderliche Wärmedämmung nicht an die Innenseite der Wand nehmen kann.

Auch die Sozialbindung des Eigentums nach Art. 14 Abs. 2 GG, die das OLG Stuttgart für den Berliner Verbau herangezogen hat, führt nicht zu einem anderen Ergebnis. Die Sozialbindung des Eigentums dient zwar als Mittel der verfassungskonformen Auslegung, auch im Rahmen der privatrechtlichen Generalklauseln wie § 242 BGB.²⁵ Gleichwohl darf aber die vom (einfachen) Gesetzgeber vorgenommene Interessenabgrenzung zwischen den Nachbarn aus Gründen der Rechtssicherheit nicht, zumindest nicht ohne zwingenden Grund, durch die Heranziehung des Sozialgebots des Art. 14 Abs. 2 GG, das in erster Linie eine verbindliche Richtschnur an den Gesetzgeber enthält,²⁶ überspielt werden. Zu der vom OLG Stuttgart zum Berliner Verbau getroffenen Entscheidung ist noch anzumerken, dass nach den Feststellungen des Gerichts diese Technik die eindeutig sicherste der theoretisch möglichen Baugrubensicherungen darstellt und die dafür erforderliche Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks üblich ist. Auch unter diesen Gesichtspunkten ist die Rechtsprechung des OLG Stuttgart nicht auf den Wärmeschutzüberbau übertragbar. Das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis verpflichtet demgemäß auch bei geschlossener Bauweise nicht zur Duldung von Wärmeschutzüberbauten.

d) Nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis und Abbruch sowie Neuaufbau des durch den Überbau begünstigten Gebäudes

Es stellt sich noch die Frage, ob der Eigentümer, dessen Wärmeschutzüberbau aufgrund eines früheren Eigengrenzüberbaus oder einer schuldrechtlichen Gestattung zu dulden ist, einen erneuten Wärmeschutzüberbau ausführen darf, wenn er sein Gebäude abbricht und neu errichtet. Auch diese Frage ist zu verneinen. Eine derartige Wirkung eines nicht dinglich gesicherten Überbaus käme einem beschränkten dinglichen Recht gleich, das zu seiner Entstehung unabdingbar der Eintragung in das Grundbuch bedarf. Derartige Eigentumsbeschränkungen, die aus einem Verhalten herrühren, das für den Rechtsverkehr nicht erkennbar ist, sind mit dem Zweck des Grundbuchs, das über die Rechtsverhältnisse an Grundstücken verlässlich Auskunft geben soll, nicht vereinbar. Auch die Interessen der Nachbarn erheischen kein anderes Ergebnis. Denn wenn ein Gebäude abgerissen und neu aufgebaut werden soll, so lässt sich auch eine bauliche Gestaltung vornehmen, dass das Nachbargrundstück nicht in Anspruch genommen werden muss. Eventuelle Mehrkosten, die aus einer solchen besonderen Baugestaltung herrühren, rechtfertigen es nicht, dass der Nachbar weiterhin und mit quasi dinglicher Wirkung in seinem Eigentum eingeschränkt und darüber hinaus auch noch die Aussagekraft des Grundbuchs gemindert wird.

²⁴ Vgl. zum Notwegrecht nach § 917 BGB, wenn der Bauherr sein Grundstück so extensiv nutzt, dass für einen ordnungsgemäßen Zugang an eine öffentliche Zuwegung kein Platz bleibt: OLG Koblenz, Urt. v. 29.10.2001, Az. 13 K 635/01.

²⁵ Berkemann, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, herausgegeben von Umbach und Clemens, 2002, Art. 14 Rn. 512.

²⁶ Berkemann, Grundgesetz, Mitarbeiterkommentar und Handbuch, 2002, Art. 14 Rn. 511.

²¹ Baur in Soergel, BGB, 13. Aufl., 2002, § 903 Rn. 51.

²² BGHZ 28, 110, 114.

²³ Urteil v. 2.12.1993, Az. 7 U 23/93, NJW 1994, 739.

4. Anmerkung: Wärmeschutzüberbau und Baugenehmigung

Aus einer erteilten Baugenehmigung, für deren Umsetzung nach den von der Baubehörde mitgenehmigten Bauzeichnungen Überbauten unerlässlich sind, ergibt sich kein Recht zu solchen Überbauten. Die Baugenehmigung wird unbeschadet privater Rechte Dritter erteilt (§ 58 Abs. 3 LBO). Diese Regelung steht im Kontext zu § 58 Abs. 1 S. 1 LBO, wonach die Baugenehmigung zu erteilen ist, wenn dem genehmigungspflichtigen Vorhaben keine von der Baurechtsbehörde zu prüfenden öffentlich-rechtlichen Vorschriften entgegenstehen.²⁷ Daraus folgt, dass die Baugenehmigung Privatrechtliches überhaupt nicht regelt und selbst eine Baugenehmigung, deren Bauzeichnungen einen Überbau auf fremdes Privateigentum aufweisen, über die Zulässigkeit dieses Überbaus keine Regelung trifft.²⁸ Die Baugenehmigung ist in Bezug auf die privatrechtliche Zulässigkeit eines nach ihr vorgesehenen Überbaues indifferent.²⁹

III. Ergänzende Betrachtungen

Unter Ziff. I 3 d) ist bereits dargestellt, dass der zuerst Bauende von dem später bauenden Nachbarn einen Ersatz bekommen will, soweit der von ihm auch im Interesse des Nachbarn ausgeführte Wärme- und Schallschutz zwischen den Gebäuden auch zum Nutzen des Nachbarn wird. Des Weiteren fragt sich, ob der Verkäufer auf der Grundlage der Kaufverträge für die privatrechtliche Zulässigkeit der gebotenen Überbauten einzustehen hat. Denn die Grundstücke werden zum Zwecke der Bebauung nach dem Bebauungsplan, zumeist zur maximalen Ausnutzung, verkauft. Diese Bebaubarkeit nach dem Bebauungsplan ist regelmäßig auch die Grundlage für die Höhe des Kaufpreises. Lässt sich die nach dem Bebauungsplan zulässige Bebauung aber unter privatrechtlichen Gesichtspunkten nicht herstellen, so fragt sich, ob der Verkäufer für diesen „Mangel“ einzustehen hat.³⁰

1. Zum Ersatzanspruch des zuerst Bauenden gegen den später bauenden Nachbarn

In Betracht kommen Ansprüche aus Geschäftsführung ohne Auftrag und aus Bereicherung.

a)

Ein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag nach §§ 677, 683, 670 BGB erfordert, dass es sich um eine Geschäftsbesorgung handelt, dass ein Geschäft für einen anderen besorgt wird, dass zwischen den Parteien kein Auftrag

oder sonstiges Rechtsverhältnis besteht und dass die Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des anderen (des Geschäftsherrn) entspricht.

- (1) Bei der Herstellung des Wärme- und vor allem des Schallschutzes zwischen den aneinander gebauten Häusern ist eine Geschäftsführung gegeben. Denn der Kreis der Geschäftsführung ist weit zu ziehen. Unter Geschäftsführung im Sinne von § 677 wie auch von § 662 fällt jede Tätigkeit.³¹
- (2) Die Anbringung des Wärme- und Schallschutzes wird zwar nicht nur für den Nachbarn, sondern auch für den zuerst Bauenden selbst, ausgeführt, da der zuerst Bauende auch für sein eigenes Gebäude, solange das Nachbargebäude noch nicht errichtet ist, mit dem Überbau eine Wärmedämmung erreichen will. Die Rechtsfigur der Geschäftsführung ohne Auftrag erfordert aber nicht, dass das Geschäft ausschließlich für einen anderen ausgeführt wird. Ein sowohl eigenes als auch fremdes Geschäft kann Grundlage einer Geschäftsführung ohne Auftrag sein.³²
- (3) Ein Rechtsverhältnis zwischen dem zuerst Bauenden und dem später bauenden Nachbarn besteht nicht.³³
- (4) Die Ausführung des Wärme- und Schallschutzes muss dem Interesse und dem wirklichen oder dem mutmaßlichen Willen des anderen, des später bauenden Nachbarn, entsprechen. Die Prüfung dieses Merkmals kann in der Praxis schwierig sein. Zwar entspricht ein Wärme- und Schallschutz grundsätzlich dem Interesse des Nachbarn. Die konkret ausgeführte Dämmung sieht der Nachbar aber möglicherweise nicht als Vorteil an, z.B. weil er ein anderes Dämmmaterial oder weil er eine stärkere Dämmung (der Nachbar spielt vielleicht als Hobbymusikant das Schlagzeug) möchte oder weil er in Unkenntnis von der bereits bestehenden Dämmung gegenüber dem Nachbarhaus die Dämmung für sein gesamtes Bauvorhaben in Auftrag gegeben hat und der Unternehmer für die bereits ausgeführte Dämmung, die jetzt der Unternehmer nicht mehr ausführen muss, nur einen geringen Preisnachlass gewährt.
- (5) Der Zweck dieser Arbeit, die Erörterung und Entwicklung einer sachgerechten Regelung, erfordert nicht, dass die Voraussetzungen eines Ersatzanspruches aus Geschäftsführung ohne Auftrag weiter vertieft werden. Schon aus den unter vorstehend Ziff. (4) ausgeführten Schwierigkeiten, die sich in der Praxis auftun können, wird ersichtlich, dass sich die Beteiligten nicht auf diese Rechtsfigur verlassen sollten.

b)

Zu prüfen bleibt noch, ob der später bauende Nachbar Ersatz aus ungerechtfertigter Bereicherung nach §§ 684, 812, 818 Abs. 2 BGB schuldet. Auch für einen solchen Anspruch ist in der Praxis das Vorliegen der Voraussetzungen oftmals zweifelhaft. Auch gegenüber einem solchen geltend gemachten Anspruch muss mit der Einwendung des später bauenden Nachbarn gerechnet werden, dass die Aufwendungen für ihn nicht von Vorteil seien. Der Umstand, dass der zuerst Bauende vom später bauenden Nachbarn einen Ersatz soll verlangen können, gebietet eine vertragliche Regelung.

²⁷ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04.03.1996, Az. 5 S 1798/95, Entscheidungsgründe Ziff. 1.

²⁸ VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 04.03.1996, Az. 5 S 1798/95, Entscheidungsgründe Ziff. 1.

²⁹ Sauter, Landesbauordnung für Baden-Württemberg, 3. Aufl., § 58 Rn. 102, Lfg. 23, Nov. 2003.

³⁰ Anzumerken ist hier zweierlei: Zum einen besagt eine erteilte Baugenehmigung nichts aus über die Zulässigkeit der gebotenen (aus der Sicht der Beteiligten möglicherweise sogar „unumgänglichen“) Überbauten, vorstehend Ziff. II 4. Zum anderen sollte der den Verkäufer beratende Jurist nicht – und erst recht nicht der Notar – die potenziellen Probleme aus den gebotenen Wärmeschutzüberbauten mit einem Gewährleistungsausschluss und der Klausel „irgendwelche Abreden außerhalb dieses Vertrags sind nicht getroffen“ überspielen wollen. Denn sind dem beratenden Juristen oder dem Notar die Verhältnisse bekannt oder müssen sie sich ihm aufdrängen, z.B. weil ihm Pläne, z.B. der Lageplan zum Aufteilungsplan nach dem WEG, vorliegen, und spricht er das Problem mit den Wärmeschutzüberbauten in der Kaufvertragsurkunde nicht an, so liegt der spätere Vorwurf nahe, dass er nicht hinreichend aufgeklärt hat. Die Frage, ob ein solcher Vorwurf berechtigt sein kann oder stets unberechtigt ist, kann in dieser Arbeit nicht erörtert werden; sie wäre ggf. in einem anderen und größeren Zusammenhang zu besprechen.

³¹ Sprau in Palandt, BGB, 65. Aufl., 2006, § 662 Rn. 6, § 677 Rn. 2.

³² Sprau in Palandt, BGB, 65. Aufl., 2006, § 677 Rn. 6.

³³ Anderes würde gelten, wenn es zwischen dem zuerst Bauenden und dem Nachbarn zu einer Absprache kommt oder wenn die in dieser Arbeit vorgeschlagene Regelung getroffen wird.

2. Einstandspflichten des Verkäufers?

Darüber hinaus fragt es sich, ob den Verkäufer der Bauplätze gar Einstandspflichten treffen. Es fragt sich ob der Verkäufer dafür einzustehen hat, dass erstens die gebotenen Wärme- und Schallschutzüberbauten vorgenommen werden dürfen, dass zweitens der zuerst Bauende von dem später bauenden Nachbarn den unter Gerechtigkeitsabwägungen gebotenen Ersatz erlangt für den auch in seinem (des später Bauenden) Interesse ausgeführten Schallschutz zwischen den Häusern, und ob drittens der zweite Käufer, der Käufer des Nachbarbauplatzes, gegen den Verkäufer gar Mängelgewährleistung verlangen kann, weil auf seinen Bauplatz ein Überbau überragt.

Die ersten beiden Fragen dürften grundsätzlich zu verneinen sein, weil sie die Verwendung der gekauften Sache betreffen und das Verwendungsrisiko grundsätzlich in der Späre des Käufers liegt. Anders könnten diese Fragen allerdings zu beantworten sein, wenn der Verkäufer ein grundsätzliches Bebauungskonzept für die nebeneinander liegenden Bauplätze entwickelt hat und auf der Grundlage dieses Konzepts der Kauf getätigt worden ist. Die Kundgabe eines solchen Bebauungskonzepts an die Käufer muss oftmals als erfolgt angenommen werden, wenn der Verkäufer dem ersten Käufer mitteilt, dass das Nachbargrundstück ebenfalls umgehend zum Zwecke der Bebauung verkauft wird und dass sich dann ein „gemeinschaftliches Vorgehen“ zwischen dem ersten und dem zweiten Käufer anbietet.

Ein Wärme- und Schallschutz-Überbau auf das Nachbargrundstück, den der Verkäufer dem ersten Käufer und zuerst Bauenden vielleicht deshalb gestattet hat, weil sich der Verkauf des zweiten Bauplatzes verzögert hat, mag zunächst als marginal erscheinen. Das natürliche Rechtsempfinden mag es zunächst als Spitzfindigkeit ansehen, wenn ein Überbau von zwei bis vier Zentimetern, allerdings auf einer Gebäudehöhe von möglicherweise 18 Metern und über eine Gebäudehöhe von möglicherweise fünf Geschossen, unter dem Gesichtspunkt der Mängelgewährleistung erörtert wird. Dass ein solches Vorbringen nicht von vornherein als querulatorisch abgetan werden darf, mögen die Tatsachen erhellen, dass Vermessungsingenieure Einmessungen in der Regel auf etwa einen halben Zentimeter genau vornehmen können und so genau auch vornehmen sowie dass „jeder Zentimeter“, man denke an ein schmales, hohes Geschäftshaus in einer Fußgängerzone, „wertvoll“ werden kann, wenn es gilt z.B. einen Geschäftseingang, ein Treppenhaus und einen Fahrstuhl nebeneinander unterzubringen.

Alle drei Fragen können in der Praxis wohl stets nur unter Beachtung der jeweils konkreten Verhältnisse beantwortet werden. In dieser Arbeit können sie letztlich offen bleiben. Denn hier soll eine sachgerechte privatrechtliche Gestaltung aufgezeigt und nicht die Entscheidung eines Streitfalles erörtert werden. Eine sachgerechte Gestaltung sollte aber bereits dahin gehen, dass späterer Streit vermieden und nicht nur spätere Prozesse „gewonnen“ werden.

IV.

Zusammenfassung der Ergebnisse aus der Erörterung

1.

Das Gesetz erlaubt dem bauenden Eigentümer nicht, Wärmeschutzüberbauten auf das Nachbargrundstück zu bringen. Weder § 7 b NRG noch § 905 S. 2 BGB noch das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis sind Grundlage einer solchen Befugnis. Dies gilt sowohl für Wärmeschutzüberbauten oberhalb des Daches des Nachbargrundstücks wie auch für Wärmeschutzüberbauten, die bis zum Erdboden reichen.

2.

Der zuerst bauende Nachbar, der bei seiner Bauausführung bereits den zwischen den Häusern einzurichtenden Wärme- und vor allem Schallschutz so ausführt, dass er später auch dem Nachbarn zugute kommt, hat nach dem Gesetz zumindest oftmals keinen Ersatzanspruch gegen den später bauenden.

3.

Ob der Verkäufer den Käufern seiner Bauplätze dafür einstehen muss, dass die gebotenen Wärmeschutzüberbauten ausgeführt werden dürfen und dass auf dem Bauplatz des zweiten Käufers sich kein (Wärme-/Schallschutz-)Überbau befindet, kann sinnvoll letztlich nur bei Berücksichtigung der konkreten Verhältnisse erörtert werden.

4.

Geboten ist, dass der Verkäufer für die erforderlichen oder zweckdienlichen Wärme- und Schallschutzüberbauten in alle Kaufverträge eine Regelung aufnimmt und diese Regelung durch Grunddienstbarkeiten, soweit dies möglich ist, absichert.

V.

Formulierungsvorschlag

Der folgende Formulierungsvorschlag ist für den Musterkaufvertrag eines Verkäufers entwickelt, der alle nebeneinander liegenden und zur geschlossenen Bebauung vorgesehenen Baugrundstücke verkauft. In einer Einleitung bieten sich allgemeine Ausführungen zum Wärme- und Schallschutz an, weil der Lebenssachverhalt, der geregelt werden soll, vielschichtig ist und die Bestimmungen aus der Urkunde selbst, z.B. ohne weitere Erläuterungen eines Architekten oder des Notars, verständlich sein sollten.

Für den Fall, dass in unterschiedlichem Eigentum stehende Bauplätze von verschiedenen Personen verkauft werden sollen, die Bauplätze aber zur geschlossenen Bebauung vorgesehen sind, sind die Bestimmungen anzupassen. In diesem Fall sollten alle Grunddienstbarkeiten in das Grundbuch eingetragen werden, bevor der erste Bauplatz verkauft wird. Geboten sind auch Abreden zwischen den Verkäufern der einzelnen Bauplätze, damit in alle Kaufverträge mit den (End-)Erwerbern die erforderlichen, gleichlautenden und die Grunddienstbarkeiten ergänzenden Regelungen aufgenommen werden.

1. Allgemeines zum Wärme- und Schallschutz

a)

Auch im *Wohnpark Albblick*, für den der Bebauungsplan geschlossene Bauweise vorschreibt, muss jeder Bauherr den für sein Gebäude erforderlichen Wärmeschutz grundsätzlich über der Fläche seines Grundstücks anbringen.

b)

Hinweis zur Bautechnik:

Soweit die Gebäude aneinander gebaut werden (d.h. die Außenwände der Gebäude aneinander stoßen), muss an jedem Gebäude eine Wärme- und Schalldämmung von mindestens zwei Zentimeter – oftmals sind aber auch circa vier Zentimeter geboten – angebracht werden. Soweit die Gebäude mit ihren Außenwänden nicht aneinander schließen (z.B. weil ein Gebäude höher ist als das andere oder ein Gebäude vor- oder zurückspringt), ist jedoch eine stärkere (= mehr als ca. 2 x 2 cm bzw. mehr als ca. 2 x 4 cm) Wärme-

dämmung erforderlich. Nach dem in der Energieeinsparverordnung vom Februar 2002 (EnEV 2/02) in Verbindung mit DIN 4108 und DIN 4707 vorgeschriebenen verstärkten Wärmeschutz ist, soweit der Nachbar nicht anbaut (weil das Nachbarhaus eine geringere Gebäudehöhe erhält oder das Nachbargebäude zurückspringt) eine Wärmedämmung von ca. 16 Zentimeter erforderlich; soll ein noch stärkerer Wärmeschutz erreicht werden, z.B. bei einem Passivhaus, so ist bei Höherbebauung und Gebäudevorsprüngen eine Wärmedämmung von bis zu ca. 30 cm erforderlich.

2. Nicht gleichzeitige Errichtung der Gebäude

a)

Soweit nach der derzeitigen Planung ein Nachbar sein Gebäude an das geplante Gebäude des Käufers anreihen wird und die Errichtung des Nachbargebäudes später als die Errichtung des Gebäudes des Käufers erfolgt und damit nicht gesichert ist, ist der Käufer berechtigt, die nach der EnEV 2/02 erforderliche Wärmedämmung zwischen den Häusern zur Hälfte auf dem Nachbargrundstück anzubringen (d.h. bei einer Dämmung mit 4 cm dürfen 2 cm über die Grenze gebaut werden; bei einer Dämmung mit 8 cm dürfen 4 cm über die Grenze gebaut werden).

b)

In gleichem Umfang ist der Käufer verpflichtet, eine von dem Nachbargrundstück herrüberragende Dämmung zu dulden. Soweit die herrüberragende Dämmung dem Käufer zum Vorteil gereicht, auch im Hinblick auf Schallschutz, hat er an den Nachbarn einen billigen Ausgleich in Geld zu leisten. Können sich der Käufer und der Nachbar über den Ausgleich nicht einigen, so setzt diesen, einschließlich der Kosten der Festsetzung, ein von der Architektenkammer Baden-Württemberg benannter Dritter nach billigem Ermessen fest. Bei der Festsetzung des Ausgleichs einschließlich seiner Höhe ist davon auszugehen, dass jeder der beiden Nachbarn an seinem Gebäude eine Wärmedämmung und eine Schalldämmung zur Ausfüllung des Zwischenraums zwischen den sich gegenüber liegenden Wänden anbringen muss. Auch soll dem Nachbarn nicht zum Nachteil werden, dass er sein Gebäude vor dem des Käufers errichtet hat.

3. Veränderte Ausführung der Gebäude

Der Käufer wird entsprechend der derzeit vorgesehenen Bebauung des Nachbargrundstücks auf seinem Grundstück eine Vollwärmedämmung (ca. 16 cm) anbringen. Soweit auf dem Nachbargrundstück der Anbau vorgesehen ist, wird er die Dämmung nach Ziff. 2 anbringen. Der Käufer ist berechtigt, die Dämmung, die zur Vollwärmedämmung erforderlich ist, nachträglich dem Nachbargrundstück als Überbau anzubringen, wenn und soweit in Bereichen, in denen die Dämmung nach Satz 2 angebracht wird, später doch nicht angebaut wird. In gleicher Weise hat er, wenn auf dem Nachbargrundstück früher gebaut worden ist, einen Überbau vom Nachbargrundstück auf sein Grundstück zu dulden. Von einem Nichtanbau ist auch auszugehen, wenn und soweit zwei Jahre nach der notariellen Beurkundung dieses Vertrages ein Bauantrag des Nachbarn einen Anbau nicht vorsieht.

4. Unterschiedliche Höhe der Gebäude, Gebäudevorsprünge

a)

Sofern und soweit der Käufer ein höheres Gebäude errichtet als der Nachbar, darf der Käufer die zur Vollwärmedämmung

erforderliche Dämmung (ca. 16 cm) über dem Nachbargebäude (d.h. über der Fläche des Nachbargrundstücks) anbringen, falls dies auf seinem eigenen Grundstück nur bei unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich wäre und bei gebotener Berücksichtigung der Interessen beider Parteien dem Nachbarn zumutbar ist. In der Regel darf deshalb der Käufer eine Dämmung von ca. 14 bzw. 12 cm (16 cm abzüglich der stets auf dem eigenen Grundstück anzubringenden 2 bzw. 4 cm) oberhalb des Nachbargebäudes anbringen.

b)

Lit. a) gilt entsprechend sofern und soweit das Nachbargebäude gegenüber dem Gebäude des Käufers zurückweicht; d.h. soweit das Gebäude des Nachbarn zurückweicht, darf der Käufer an seinem Gebäude über der Fläche des Nachbargrundstücks in der Regel eine Dämmung von ca. 14 bzw. 12 cm anbringen.

c)

Sofern und soweit der Käufer sein Gebäude niedriger ausführt als das Nachbargebäude oder das Gebäude des Käufers gegenüber dem Nachbargebäude zurückweicht, hat der Käufer Wärmeschutzüberbauten des Nachbarn nach lit. a) bzw. b) zu dulden.

5. Besonderheiten für Passivhäuser

a)

Für den Fall, dass der Käufer oder der Nachbar ein Passivhaus errichtet und somit für die Wärmedämmung, soweit nicht angebaut wird, ca. 25 bis 30 cm erforderlich sind, beträgt die Stärke des zulässigen Überbaus i.S. von Ziff. 3 und 4 ca. 25 bis 30 cm abzüglich der 2 bzw. 4 cm, die in jedem Fall über der eigenen Grundfläche anzubringen sind.

b)

Im Falle nicht gleichzeitiger Bebauung darf der Bauherr des Passivhauses in den Fällen Ziff. 2 (nicht gleichzeitige Bebauung) den für das Passivhaus erforderlichen Wärmeschutzüberbau (ca. 25 bis 30 cm weniger ca. 2 bzw. 4 cm (die immer über der eigenen Grundfläche anzubringen sind) = ca. 23 bis 28 cm bzw. 21 bis 26 cm) auf das Nachbargrundstück bringen. Soweit auf dem Nachbargrundstück später angebaut wird, hat jedoch der Eigentümer des Passivhauses diesen Überbau auf eigene Kosten zu entfernen (d.h. der Nachbar hat den Überbau insoweit nicht mehr zu dulden).

c)

Für Häuser, die zwar keine Passivhäuser sind, aber gleichwohl eine höherwertigere (stärkere) Wärmedämmung aufweisen als Gebäude, die nur dem Mindestwärmeschutz nach der EnEV 2/02 genügen, gelten die vorstehenden Regelungen lit. a) und b) entsprechend.

6. Keine Überbaurente

Für einen Überbau nach dieser Bestimmung ist kein Entgelt zu zahlen.

7. Eintragungen im Grundbuch

a)

Zur Sicherung der Überbauung von den Nachbargrundstücken auf den Kaufgegenstand wird, im Rang unmittelbar nach ..., zu Gunsten der Flurstücke 4444/3 und 4444/5 die Eintragung von Grunddienstbarkeiten, untereinander gleichrangig,

zu Lasten des Kaufgegenstandes bewilligt und beantragt betreffend Duldung des Überbaues.

b)

Zur Sicherung der Überbauung von dem Kaufgegenstand auf die Nachbargrundstücke Flurstücke 4444/3 und 4444/5 mit dem Wärmeschutzüberbau entsprechend dieser Bestimmung beantragt der Verkäufer die Eintragung von Grund-

dienstbarkeiten zu Lasten dieser Grundstücke und zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des hier gekauften Grundstücks Flurstück 4444/4 bei der Veräußerung dieser Nachbargrundstücke.³⁴

³⁴ Die hier vorgeschlagene Regelung ist auf den Fall zugeschnitten, dass eine nicht insolvenzfähige, öffentlich-rechtliche Körperschaft als Verkäufer auftritt. Bei privaten (insolvenzfähigen) Verkäufern ist es regelmäßig geboten, dass die Regelung zu den Überbauten vorab in das Grundbuch kommt.

Das Leitungsnotrecht des § 7 e NRG Baden-Württemberg

Von Dr. Patrick Bruns, Rechtsanwalt, Baden-Baden

I. Einleitung

Eine der wichtigsten und prozessträchtigen Vorschriften des baden-württembergischen Nachbarrechtsgesetzes¹ ist die Regelung zum Notleitungsrecht in § 7 e.

Wie in den meisten anderen Bundesländern besteht auch in Baden-Württemberg ein Nachbarrechtsgesetz (NRG). Dies enthält den Bestand an privatem Landesrecht, bestehend aus Regelungen zum baulichen und zum pflanzlichen Landesh Nachbarrecht.² Die wichtigsten Vorschriften zum baulichen Nachbarrecht wurden aufgrund § 114 LBO³ als §§ 7 a – 7 e in das NRG eingefügt und gelten seit dem 1. Januar 1965.⁴ Zwar war schon bei Schaffung des NRG Ende der 50er-Jahre ein Bedürfnis für diese Vorschriften, die sich mit Nachbarwänden, dem Hammerschlags- und Leiterrecht sowie mit dem Notleitungsrecht beschäftigen, gesehen worden. Der Gesetzgeber nahm jedoch Abstand, sie in das NRG aufzunehmen, da sie Teil des geplanten Bundesbaugesetzes werden sollten. In der Tat sah der Entwurf eines Baugesetzbuchs⁵ Regelungen in § 165 zur Errichtung von Nachbarwänden, in § 166 zum Anbau an Nachbarwänden, in § 167 zur Erhöhung der Nachbarwand, in § 168 zur Gründungstiefe, in § 169 zur Grenz wand, in § 170 zu übergreifenden Bauteilen, in § 171 zur einseitigen Grenz wand, in § 172 zur Höherführung von Schornsteinen und Lüftungsleitungen, in § 173 zum Hammerschlags- bzw. Leiterrecht und in § 174 zur Duldung von Leitungen vor. Die Notwendigkeit einer Neuordnung wurde damit begründet, dass bislang eine weit gehende Rechtszersplitterung herrschte und den bisherigen Regelungen veraltete technische Grundlagen und soziale Vorstellungen zugrunde lagen. Zwar enthielten diese Regelungen privatrechtliche Tatbestände und passten daher nicht in das öffentlich-rechtliche Bundesbaugesetz. Die Regelungsgegenstände wiesen jedoch einen engen, unlöslichen Zusammenhang mit dem Bodenrecht auf, da sie auf die rechtliche Qualität der benachbarten Grundstücke entscheidend einwirken. Schon aus diesem Grunde hielt der Entwurf es für gerechtfertigt, das bauliche Nachbarrecht im Zusammenhang mit dem überwiegend bodenrechtliche Elemente enthaltenen Baurecht zu regeln.⁶ Im Laufe des Gesetzgebungsver-

fahrens regte der Bundesrat aber die Prüfung an, ob diese Vorschriften nicht besser in das BGB aufgenommen werden sollten. Auch dem Ausschuss für Wohnungswesen, Bau- und Bodenrecht (24. Ausschuss), der über den Gesetzentwurf beriet, erschien es nicht vordringlich, das bauliche Nachbarrecht, das teils bürgerlich-rechtlicher, teils öffentlich-rechtlicher Natur sei, bundeseinheitlich im Rahmen des Baugesetzes neu zu regeln.⁷ Daher fanden diese Vorschriften in das Bundesbaugesetz keinen Eingang. Während in anderen Bundesländern später Nachbarrechtsgesetze erlassen wurden, die sich eng an die genannten Vorschriften aus dem BBG-E hielten,⁸ übernahm Baden-Württemberg in sein NRG nur § 168 in einer stark modifizierten Fassung als § 7 a, § 170 ebenfalls verändert als § 7 b I, III und die §§ 171 bis 174 als §§ 7 b I, 7 d, 7 c⁹ und 7 e I – III, V und VI, dies jedoch praktisch unverändert.

II. Inhalt der Regelung

§ 7 e¹⁰ trifft Regelungen für den Fall, dass die leitungsgebundene Versorgung eines Grundstücks ohne Nutzung eines (fremden) Nachbargrundstücks nicht oder nur unter erheblichem Mehraufwand möglich ist. In diesem Fall muss der Eigentümer des fremden Grundstücks dulden, dass Versorgungsleitungen auf seinem Grundstück gegen Zahlung der anteiligen Leitungskosten in Anspruch genommen werden. Sind solche Leitungen nicht vorhanden bzw. für einen Anschluss nicht brauchbar, muss er dulden, dass nicht bebaubare Teile seines Grundstücks für ein Leitungssystem des Nachbarn genutzt werden. In diesem Fall kann er verlangen, das Anschlussystem gegen Kostenbeteiligung mitzunutzen. Entsteht im Zusammenhang mit den Anschlussmaßnahmen ein Schaden, kann er Schadensersatz, bei Absehbarkeit eines Schadens auch Sicherheitsleistung verlangen.

Abs. 1 mit seinen Folgeregelungen in den weiteren Absätzen schränkt das Eigentumsrecht des Grundeigentümers ein, indem es dem Nachbarn unter bestimmten Voraussetzungen ein Notleitungsrecht zugesteht. § 917 BGB regelt diesen Fall nicht,¹¹ so dass das Landesrecht die Voraussetzungen des

¹ Vom 14.12.59 (GBl. S. 171), zuletzt geändert durch Art. 63 Verwaltungsstruktur-ReformG vom 01.07.2004 (GBl. S. 469).

² Eingehend Bruns, Nachbarrechtsgesetz Baden-Württemberg, C.H. Beck Verlag, 2007.

³ Vom 06.04.64 (GBl. S. 151).

⁴ Zwar wurde § 114 LBO durch Gesetz vom 04.07.83 (GBl. S. 246) wieder aufgehoben. Ausweislich der Regierungsbegründung vom 13.12.82 sollte eine Änderung des NRG dadurch aber nicht erfolgen (LT-Ds. 8/3410, S. 121).

⁵ Vom 16.04.58 (BT-Ds 3/336); im Folgenden kurz: BBG-E.

⁶ Regierungsbegründung vom 16.04.58 (BT-Ds 3/336), S. 107/108.

⁷ Bericht des 24. Ausschusses v. 12.04.60 (BT-Ds 3/1794), S. 28.

⁸ Vgl. die Nachbarrechtsgesetze von Hessen (§§ 30 – 35), Rheinland-Pfalz (§§ 26 – 33), Saarland (§§ 27 – 34), Sachsen (§§ 19 – 23), Thüringen (§§ 26 – 33) und Brandenburg (§§ 44 – 51).

⁹ Hierzu Käser/Beck, BWNotZ 2, 83 ff.

¹⁰ §§ ohne Angabe sind solche des NRG Baden-Württemberg.

¹¹ BGH v. 22.06.1990 – V ZR 59/89, NJW 91, 176; missverständlich zuvor BGH v. 30.01.1981 – V ZR 6/80, BGHZ 79, 307 = NJW 81, 1036, 1037, wonach Inhalt eines Notwegrechts nach § 917 BGB auch die Befugnis sein kann, Abwässer eines Grundstücks über ein anderes, fremdes Grundstück der öffentlichen Kanalisation zuzuführen.

Notleitungsrechts entsprechend dem Vorbehalt in Art. 124 EGBGB in eigenständiger Weise regeln darf.¹² Andernfalls würde sich ein derartiges Recht, allerdings unter engeren Voraussetzungen als nach § 7 e, in analoger Anwendung des § 917 BGB ergeben.¹³

1. Abs. 1 Satz 1

Gem. § 7 e I 1 hat der Eigentümer des fremden Grundstücks die Benutzung seines Grundstücks insoweit, als es zur Herstellung und Unterhaltung des Anschlusses notwendig ist, zu dulden und entgegenstehende Nutzungsarten zu unterlassen, wenn der Anschluss eines Grundstücks an eine Versorgungsleitung, eine Abwasserleitung oder einen Vorfluter ohne Benutzung eines fremden Grundstücks nicht oder nur unter erheblichen besonderen Aufwendungen oder nur in technisch unvollkommener Weise möglich ist. Die Vorschrift gibt dem Begünstigten einen Duldungs- und einen Unterlassungsanspruch. Beide Ansprüche fußen auf dem Notleitungsrecht, dessen Bestehen § 7 e unterstellt.

Das Notleitungsrecht dient dem Anschluss eines Grundstücks an eine Versorgungsleitung, eine Abwasserleitung oder einen Vorfluter (Abs. 1 Satz 1). Der Anschluss muss nicht auf dem fremden Grundstück selbst erfolgen; das Notleitungsrecht kann auch eine Durchleitung zum Gegenstand haben. Gem. § 88 WG können Durchleitungsrechte auf Betreiben des Nachbarn ferner öffentlich-rechtlich begründet werden. Allerdings kann der Eigentümer des begünstigten Grundstücks nicht sicher sein, dass die Behörde ihn dabei nicht auf eigene Rechte verweist.¹⁴

Versorgungsleitungen sind Leitungen, die einem Grundstück z.B. Elektrizität, Gas, Fernwärme oder Wasser (sog. Medien) zuführen. Erfasst sind auch Leitungen für Kabelfernsehen und für den Antennenanschluss, ferner Telefonleitungen.

Abwasserleitungen sind Rohre, die der Ableitung von Abwasser dienen. Das ist Wasser, das unabhängig vom Verschmutzungsgrad nach seinem Gebrauch, z.B. als Spül- oder Kühlwasser, leitungsgebunden entsorgt werden soll.¹⁵ Der Begriff des Abwassers deckt sich mit dem des § 1.¹⁶ Drainageleitungen zählen nicht zu den Abwasserleitungen, weil damit kein Brauchwasser entsorgt wird.

Vorfluter sind stehende oder fließende Gewässer (Bäche, Flüsse), die Wasser aus anderen Gewässern, aus Grundwasserkörpern oder Abflusssystemen aufnehmen.¹⁷

Voraussetzung für die Nutzung des belasteten Grundstücks ist, dass der Anschluss ohne die Inanspruchnahme des fremden Grundstücks

- nicht,
- nur unter erheblichen besonderen Aufwendungen (vgl. § 7 c I 1) oder
- nur in technisch unvollkommener Weise

möglich ist (Abs. 1 Satz 1). Die Prüfung ist für jede Leitungsart gesondert vorzunehmen.¹⁸

Der Fall, dass eine Anschlussalternative schlichtweg nicht möglich ist, wird kaum einmal vorkommen. Auch § 917 BGB, der nur diese Alternative im Blick hat, wird daher weit ausgelegt.¹⁹

Besondere Aufwendungen fallen an, wenn zwar eine Alternative besteht, diese jedoch deutlich höhere Kosten (für Montage oder Unterhalt) verursacht als eine Lösung unter Einbezug des fremden Grundstücks. Für die Frage der Erheblichkeit der Aufwendungen kommt es auf die Benutzungsart und die Größe des Grundstücks, seine Umgebung und die sonstigen Umstände des Einzelfalls an;²⁰ dass die Wahl einer anderen Verbindungsmöglichkeit für den Grundeigentümer umständlicher, weniger bequem oder überhaupt kostspieliger ist als die Inanspruchnahme des Nachbargrundstücks, rechtfertigt für sich allein noch nicht die Ausübung des Notleitungsrechts.²¹ Im Regelfall sind die Alternativkosten erheblich, wenn sie mindestens um die Hälfte höher liegen.²² Strengere Anforderungen bestehen vor allem dann, wenn das anzuschließende Grundstück gewerblich genutzt wird und sich eine auch aufwändigere Lösung (z.B. über eine Pumpanlage) innerhalb weniger Monate durch die Einnahmen des Gewerbebetriebs amortisieren lässt.²³ Damit sind die Alternativkosten nicht nur zu den Kosten des Anschlusses unter Nutzung des Nachbargrundstücks, sondern auch zur Wirtschaftlichkeit der Grundstücksnutzung als solcher ins Verhältnis zu setzen.²⁴

„In technisch unvollkommener Weise“ bedeutet, dass unabhängig von der wirtschaftlichen Zumutbarkeit mit keiner der Alternativen eine technisch zufrieden stellende Lösung erzielt werden kann. Technisch unvollkommen ist eine Lösung vor allem dann, wenn sie störanfällig (z.B. unausgereift) ist. Bedenken können sich auch daraus ergeben, dass für die Alternativlösung Stemmarbeiten durchgeführt werden müssten, die eine Gefahr für die Standsicherheit des Hauses schaffen würden.²⁵

Obwohl die Gesetzesfassung dies nicht zum Ausdruck bringt, entstehen die Ansprüche aus Abs. 1 nach Treu und Glauben bzw. „dem Sinn und Zweck eines Notleitungsrechts“²⁶ nur dann, wenn der Anschluss als solcher erforderlich ist, also tatsächlich benötigt wird, z.B. für ein Bauvorhaben oder eine gärtnerische Nutzung;²⁷ für eine unbefugte Nutzung des Grundstücks lässt sich auf das Notleitungsrecht nicht zurückgreifen.²⁸ Hierbei wird man dem Begünstigten allerdings einen weiten Entscheidungsspielraum belassen müssen. So braucht er sich etwa bei einer Wasserleitung nicht darauf verweisen zu lassen, er könne auf seinem Grundstück ja einen

¹⁸ Dehner (Fn. 12), B § 27 V 3 f.

¹⁹ BGH v. 15.04.1964 – V ZR 134/62, NJW 64, 1321, 1322.

²⁰ Vgl. OLG Karlsruhe v. 26.11.1997 – 6 U 224/96.

²¹ Vgl. BGH v. 15.04.1964 – V ZR 134/62, NJW 64, 1321, 1322, für die Regelung des § 917 I BGB.

²² A.A. Birk, Nachbarrecht für Baden-Württemberg, 5. Aufl. 2004, Anm. 2 b zu § 7 e NRG: mehr als das Doppelte.

²³ Vgl. BGH v. 15.04.1964 – V ZR 134/62, NJW 64, 1321, 1322, für die Regelung des § 917 I BGB.

²⁴ Abw. Birk (Fn. 22), Anm. 2 b, wonach die Wirtschaftlichkeit keine Rolle spielt; a.A. auch Dehner (Fn. 12), B § 27 V 3 e, der nur mit den „normalerweise bei der Ausführung eines vergleichbaren Bauvorhabens entstehenden Kosten“ vergleicht; abw. auch BGH, a.a.O. (Fn. 23), 1322, für die Regelung in § 917 BGB, wonach nur die Wirtschaftlichkeit entscheidet; ebenso BGH v. 07.07.2006 – V ZR 159/05, NJW 6, 3426, 3427.

²⁵ Vgl. OLG Karlsruhe v. 13.11.1985 – 6 U 56/85, NJW-RR 86, 1342 f.

²⁶ Vgl. BGH v. 22.06.1990 – V ZR 59/89, NJW 91, 176, 177.

²⁷ Einschränkend Dehner (Fn. 12), B § 27 V 3 a aa, S. 42: nur zum Zwecke der Bebauung.

²⁸ BGH v. 22.06.1990 – V ZR 59/89, NJW 91, 176, 177.

¹² BGH v. 22.06.1990 – V ZR 59/89, NJW 91, 176, 177; LG Freiburg v. 15.07.1980 – 9 S 108/80, MDR 81, 229; a.A. Dehner, Nachbarrecht im Bundesgebiet (ohne Bayern), Loseblattsammlung, 7. Aufl. 1991 ff., A § 2, B § 27 V 2 c; Staudinger/Roth, BGB, 13. Bearb. 1996, § 917 Rdnr. 7; Stollenwerk, ZMR 99, 7, 10.

¹³ St. Rspr. seit BGH v. 04.11.1959 – V ZR 49/58, BGHZ 31, 159 = NJW 60, 93.

¹⁴ Breuer, Öffentliches und privates Wasserecht, 3. Aufl. 2004, Rdnr. 1054; für einen Vorrang des Privatrechtswegs VGH Mannheim v. 22.02.1974 – IX 391/73, ZfW 74, 383, 386; VGH Mannheim v. 18.02.1975 – IX 114/72, ZfW 75, 174, 175; Vetter/Karremann/Kahl, Das baden-württembergische Nachbarrecht, 18. Aufl. 2006, Rdnr. 9 zu § 7 e NRG; s. auch Bruns (Fn. 2), Einl. Rdnr. 4.

¹⁵ Vgl. BGH v. 02.10.1968 – IV ZR 506/68, MDR 69, 38.

¹⁶ Hierzu Bruns (Fn. 2), § 1 Rdnr. 6.

¹⁷ OLG Karlsruhe v. 14.11.1984 – 6 U 61/84, Die Justiz 85, 315, 316.

Brunnen anlegen. Soll das Grundstück bebaut werden, ist die Darlegung einer genehmigungsfähigen Planung erforderlich, aber auch ausreichend.²⁹ Nicht erforderlich ist, dass schon die Erschließung (§ 34 I 1 BauGB) oder die Zufahrt i.S. des § 4 I LBO öffentlich-rechtlich, also durch Einräumung einer Baulast nach § 71 LBO, gesichert ist; allerdings dürfen in dieser Richtung keine Hindernisse zu erwarten sein.³⁰

Dem Umfang nach besteht die Duldungspflicht nur insoweit, als das Notleitungsrecht zur Herstellung und Unterhaltung des Anschlusses notwendig ist (Abs. 1 Satz 1). Können sich die Nachbarn nicht einigen, entscheidet das Gericht in entsprechender Anwendung des § 917 I 2 BGB über den Verlegungsweg. Herstellung des Anschlusses bedeutet die Einrichtung einer funktionsfähigen Verbindung. Unterhaltung des Anschlusses meint die Instandhaltung und Sicherung seiner Funktionsfähigkeit, also Wartung und Instandsetzung.

2. Abs. 1 Satz 2

Gem. § 7 e I 2 dürfen überbaute Teile oder solche Teile des fremden Grundstücks, dessen Bebauung nach den baurechtlichen Vorschriften zulässig ist, für den Anschluss nicht in Anspruch genommen werden.

Diese Vorschrift stimmt das Notleitungsrecht mit den Gegebenheiten des öffentlichen Baurechts ab. Sie greift nicht nur dann, wenn das fremde Grundstück (auch rechtswidrig) bebaut ist, sondern auch dann, wenn dies nicht der Fall, eine Bebauung aber nach öffentlichem Baurecht „zulässig“ ist. Zulässig in diesem Sinne ist nur das, was der Gesetzgeber im Regelfall als bebaubar ansieht, da in Sonderfällen bis zur Grenze gebaut werden darf und das Notleitungsrecht damit leer liefe.³¹ Den Regelfall beschreiben das Bauplanungsrecht einschließlich der Vorschriften über die Baugrenzen und -linien (sog. Baufenster) nach § 23 BauNVO und die Vorschriften über die Abstandsflächen.³² Diese Einschränkung ist auch nicht unbillig, da es ansonsten um Kleinbauten geht, die den in der Regel unterirdischen Leitungsraum nicht erfassen. Sofern kein Bebauungsplan besteht, der eine Grenzbebauung vorsieht, ist die Nutzung des fremden Grundstücks damit innerhalb der normalen Abstandsflächen möglich.

Abs. 1 Satz 2 ist eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, wonach die Belastungen für den Duldungspflichtigen nicht unzumutbar sein dürfen. Ergänzend gilt, dass das fremde Grundstück tunlichst zu schonen ist; insoweit lässt sich auf den Rechtsgedanken des § 1020 Satz 1 BGB zurückgreifen.³³ Besteht z.B. ein Wegerecht, sind die Leitungen möglichst dem Wegeverlauf anzupassen; Bäume auf dem fremden Grundstück sind möglichst zu erhalten; die Leitungen sind nicht zwingend unterirdisch, aber möglichst tief zu verlegen. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ferner zu entscheiden, welches von mehreren fremden Grundstücken für ein Notleitungsrecht in Anspruch genommen werden darf.³⁴ Letztlich ist auch die Regelung des Abs. 1 Satz 3 eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes.

3. Abs. 1 Satz 3

§ 7 e I 3 betrifft den Fall, dass auf dem fremden Grundstück Versorgungs- oder Abwasserleitungen bereits vorhanden

sind, die der Eigentümer des begünstigten Grundstücks nutzen könnte. In diesem Fall kann dieser nach umstrittener, aber richtiger Auffassung gegen Erstattung der anteilmäßigen Herstellungskosten den Anschluss an diese Leitungen verlangen.³⁵ Diese Arbeit kommt dem Eigentümer des belasteten Grundstücks zu. Das ergibt sich daraus, dass der Anschluss nach Abs. 1 Satz 3 „gegen Kostenerstattung“ verlangt werden kann. Der Anspruch auf Anschluss durch Anschluss besteht, wenn dies (etwa vom Rohrumfang her) technisch möglich und zweckmäßig ist. Technisch möglich ist der Anschluss, wenn Bedenken hinsichtlich der Funktionsfähigkeit und Sicherheit restlos ausgeräumt werden können. Zweckmäßig ist der Anschluss, wenn sich dadurch Kosten sparen lassen.

Auf der anderen Seite steht nach dem Rechtsgedanken des Abs. 1 Satz 3, ansonsten gem. § 1020 Satz 1 BGB, aber auch dem Eigentümer des fremden Grundstücks ein Anspruch auf Anschluss durch Anschluss zu, d.h., er kann verlangen, dass sein Leitungssystem mitbenutzt wird. Diese Regelung wird durch Abs. 4 ergänzt, wonach der Eigentümer des fremden Grundstücks dadurch Anschluss durch Anschluss verlangen kann, dass er die in sein Grundstück eingebrachte Leitung des Duldungsberechtigten nutzt.

Für den Fall des Anschlusses durch Anschluss gem. Abs. 1 Satz 3 sieht diese Regelung vor, dass der Eigentümer des begünstigten Grundstücks die anteilmäßigen Herstellungskosten zu erstatten hat. Zu verteilen sind sämtliche dem Eigentümer des fremden Grundstücks oder dessen Rechtsvorgänger erwachsenen Herstellungskosten, die auf den gemeinsam genutzten Teil der Leitung entfallen, auch wenn die Leitung schon seit geraumer Zeit besteht, sich also gleichsam bereits amortisiert hat. Finanzierungskosten, die für das vorhandene Leitungssystem angefallen sind, betreffen nur eigene Schulden und sind nicht zu verteilen. Der Eigentümer des fremden Grundstücks wird so auch dafür bezahlt, dass er sein Grundstück zur Verfügung stellt. Der Verteilungsmaßstab richtet sich nach den Vorteilen, die beide Seiten aus der Leitungsnutzung ziehen. Der Eigentümer des fremden Grundstücks darf die Anteile nach billigem Ermessen bestimmen (§ 315 I BGB analog). Dies setzt eine verbrauchsnahe Bestimmung voraus; vertretbar ist etwa ein Abstellen auf die Zahl der jeweiligen Grundstücksnutzer (Bewohner). Nicht ausreichen dürfte die Bestimmung anhand der jeweiligen Geschoss- oder Grundstücksflächen.³⁶ Im Zweifel ist von einer hälftigen Teilung auszugehen (vgl. § 426 I 1 BGB).

4. Abs. 2

Abs. 2 regelt einen Gegenanspruch des Eigentümers des belasteten Grundstücks. Ist die Leitung verlegt und entstehen sodann für den Eigentümer des fremden Grundstücks unzumutbare Beeinträchtigungen, kann er zwar nicht von vornherein die Entfernung der Leitung verlangen, wohl aber, dass der Eigentümer des begünstigten Grundstücks auf „seine“ Kosten Vorkehrungen trifft, die die Störungen „beseitigen“. Der durch diese Vorschrift gewährte Bestandsschutz ist dadurch gerechtfertigt, dass das Leitungsnotrecht gem. Abs. 1

²⁹ BGH, a.a.O. (Fn. 28), 177; a.A. Dehner (Fn. 12), B § 27 V 3 a bb, der eine Genehmigung fordert, damit aber die Trennung von öffentlichem und privaten Recht vernachlässigt.

³⁰ BGH, a.a.O. (Fn. 28), 177, 178.

³¹ Dehner (Fn. 12), B § 27 in Fn. 128 ba.

³² I.E. auch Birk (Fn. 22), Anm. 3 b.

³³ Vgl. BGH v. 22.06.1990 – V ZR 59/89, NJW 91, 176, 177, 178.

³⁴ Birk (Fn. 22), Anm. 2 b.

³⁵ I.E. auch BGH v. 22.06.1990 – V ZR 59/89, NJW 91, 176, 178; OLG Karlsruhe v. 13.11.1985 – 6 U 56/85, NJW-RR 86, 1342; OLG Karlsruhe v. 23.01.1991 – 6 U 119/90; Vetter/Karremann/Kahl (Fn. 14), Rdnr. 6; a.A., wonach das Anschlussrecht (i.S. einer Abwendungsbefugnis) nur dem Eigentümer des fremden Grundstücks zusteht, OLG Karlsruhe v. 15.02.2001 – 4 U 72/00, ZfR 1, 311, 312; AG Rastatt v. 14.01.1999 – 1 C 148/98, BWNotZ 99, 177, 179; bestätigt durch LG Baden-Baden v. 13.08.1999 – 1 S 12/99 als Berufungsinstanz; Pelka, Das Nachbarrecht in Baden-Württemberg, 20. Aufl. 2005, S. 83; Birk (Fn. 22), Anm. 3 c.

³⁶ So aber Birk (Fn. 22), Anm. 3 c.

Satz 2 ohnehin stark begrenzt ist. Unzumutbare Beeinträchtigungen sind z.B. Schäden durch Rückstau oder eine besonders schnelle Verschmutzung, wodurch die Funktionsfähigkeit der Leitung in Frage gestellt wird. Der Duldungsberechtigte kann die Leitung weiterhin nutzen, muss aber „Vorkehrungen zur Beseitigung“ der Beeinträchtigungen treffen. Gemeint ist, dass die Beeinträchtigungen dauerhaft zu verhindern sind. Sofern dies dazu führt, dass die Leitung verlegt werden muss, ergibt sich der Anspruch auch aus einer entsprechenden Anwendung des § 1023 I 1 BGB.³⁷

5. Abs. 3 Satz 1

Nach Abs. 3 Satz 1 ist der Duldungsberechtigte schadensersatzpflichtig, sofern dem Eigentümer des fremden Grundstücks

- durch die Anschlussmaßnahmen (z.B. wegen erforderlicher Bauarbeiten),
- durch eine (auch dauerhafte) Nutzungsbeschränkung oder
- durch den Betrieb der Leitung (z.B. infolge eines Rohrbruchs)

Schaden entsteht.

Der Ersatzanspruch setzt kein Verschulden voraus; er ist daher kein typischer Schadensersatzanspruch, sondern weist Elemente eines Aufwendungs- bzw. Entschädigungsanspruchs auf.³⁸ Eine zusätzliche Entschädigungspflicht (z.B. in Form einer Rente wie bei § 917 II 1 BGB) sieht das NRG nicht vor; § 917 II 1 BGB lässt sich insoweit auch nicht entsprechend heranziehen.³⁹ Unabhängig davon kann eine Schadensersatzpflicht gem. § 823 I BGB gegeben sein; dies ist etwa der Fall, wenn der Duldungsberechtigte schuldhaft die Leitung des Nachbarn verstopft.

6. Abs. 3 Satz 2

Nach Abs. 3 Satz 2 hat der Duldungsberechtigte für einen zu erwartenden Schaden auf Verlangen des Eigentümers des fremden Grundstücks Sicherheit zu leisten. Hinsichtlich der Eintrittswahrscheinlichkeit („voraussichtlich“) reicht die bloße realistische Möglichkeit der Schadensentstehung.⁴⁰ Für die Sicherheitsleistung gelten die §§ 232 ff. BGB; regelmäßig wird eine Bürgschaft gestellt. Als Schäden kommen alle in Abs. 3 Satz 1 genannten Einbußen in Betracht, mithin nicht nur eigentliche Schäden, die ohnehin kaum vorauszusehen sind.

7. Abs. 4

Abs. 4 bestimmt für den Fall des Anschlusses des fremden Grundstücks an die neue Leitung des Begünstigten die Erstattung der Mehrkosten (z.B. für einen Anschlussschacht) durch den Eigentümer des fremden Grundstücks. Dieser muss hier nur die anschlussbedingten Mehrkosten (z.B. für eine größere Dimensionierung der Leitung oder einen Anschlussschacht) zahlen und kommt damit besser weg als der Duldungsberechtigte im Fall des Abs. 1 Satz 3. Damit berücksichtigt das Gesetz auch hier, dass der Duldungsverpflichtete sein Grundstück zur Verfügung stellt und ihm deshalb ein Wertvorteil gebührt. Der Erstattungsanspruch steht dem Eigentümer des begünstigten Grundstücks zu und lässt sich genau beziffern.

³⁷ Vgl. BGH v. 30.01.1981, BGHZ 79, 307 = NJW 81, 1036; Breuer (Fn. 14), Rdnr. 1053.

³⁸ Allg. zum Ersatzanspruch Bruns (Fn. 2), Einl. Rdnr. 48 ff.

³⁹ OLG Karlsruhe v. 13.11.1985 – 6 U 56/85, NJW-RR 86, 1342, 1343; Birk (Fn. 22), Anm. 7.

⁴⁰ Vgl. Dehner (Fn. 12), B § 43 in Fn. 167.

Hinsichtlich der Erstellung des Versorgungssystems ist bis auf die Fälle des Abs. 1 Satz 3 und des Abs. 4 jeder für seine Leitung verantwortlich: Der Berechtigte setzt seine Leitung in das fremde Grundstück selbst ein bzw. schließt sie an die fremde Leitung an. Dies ergibt sich aus Abs. 1 Satz 1 (Duldung der Grundstücksbenutzung zur „Herstellung“ der Leitung) bzw. Abs. 2 (kann „Beseitigung“ von Beeinträchtigungen verlangen) und setzt ein entsprechendes Betretungsrecht des Berechtigten voraus. Will der Eigentümer des fremden Grundstücks die neue Leitung nutzen (Fall des Abs. 4), ist es seine Sache, den Anschluss (auf seinem Grundstück) herzustellen. Der Berechtigte muss nach Abs. 4 aber immerhin dafür sorgen, dass seine Leitung mit einer Anschlussmöglichkeit versehen ist. Sofern Abs. 4 von Kostenerstattung spricht, betrifft dies somit allein den Aufwand zur Schaffung der Verbindungsmöglichkeit.

8. Abs. 5

In den Fällen des Anschlusses durch Anschluss haben die Eigentümer der beteiligten Grundstücke für den Unterhalt der gemeinsamen Leitungen aufzukommen (Abs. 5). Abs. 5 trifft nur eine Kostenregelung; muss der Begünstigte zur Unterhaltung das belastete Grundstück betreten, darf er dies nach Sinn und Zweck des Notleitungsrechts, inhaltlich unter den Voraussetzungen des § 7 c. Hinsichtlich der Unterhaltslast ist § 1020 Satz 2 BGB entsprechend heranzuziehen. Die Leitung ist eine Anlage i.S. des § 1020 Satz 2 BGB.⁴¹ Unabhängig davon, wer die Leitung gelegt hat, hat jeder Nutzer gegen andere Nutzer einen einklagbaren Anspruch auf Durchführung von Unterhaltungsmaßnahmen, zu denen die Wahrung der Verkehrssicherungspflicht gehört.

Unterhaltskosten sind vermögensmindernde Aufwendungen zur Erhaltung, Verwaltung und gemeinschaftlichen Benutzung, nicht aber der eigene Zeitaufwand eines Teilhabers.⁴² Erfasst sind nur notwendige bzw. mit der Gegenseite abgestimmte Kosten.

Das Gesetz bestimmt keinen Verteilungsschlüssel, so dass eine entsprechende Vereinbarung der Parteien zu empfehlen ist. Notfalls entscheidet das Gericht in entsprechender Anwendung des § 917 I 2 BGB über die Verteilung der Unterhaltskosten. Inhaltlich richtet sich auch die Kostenverteilung nach dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft.⁴³ Maßstab sind im Wesentlichen der Leitungsnutzen und die effektive Leitungslänge.⁴⁴ Im Zweifel haben die Beteiligten die Kosten gem. §§ 748, 742 BGB zu gleichen Teilen zu tragen.⁴⁵ Eine Kostenteilung scheidet nur dann aus, wenn die Nutzung durch einen Beteiligten von absolut untergeordnetem Ausmaß ist.⁴⁶

Ein Anspruch auf Vorschuss besteht nicht.⁴⁷ Leistet einer der Beteiligten vor, ergibt sich ein Ausgleichsanspruch aus den §§ 683 Satz 1, 670 BGB.⁴⁸ Dieser Anspruch wird fällig, sobald die Kosten angefallen sind. Nimmt ein Beteiligter zur Unterhaltung der Leitung eine Kostenforderung auf sich, kann er gem. § 257 BGB anteilig Befreiung von der Schuld verlangen.⁴⁹ Hat der andere Teil einer Unterhaltsmaßnahme zu Un-

⁴¹ Vgl. für gemeinsam genutzte Wege BGH v. 17.02.2006 – V ZR 49/05, NJW 6, 1428, 1429; BGH v. 07.07.2006 – V ZR 156/05.

⁴² Vgl. Palandt/Sprau, BGB, 65. Aufl., 2006, § 748 Rdnr. 1.

⁴³ Vgl. BGH v. 12.11.2004 – V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 = NJW 5, 894, 897.

⁴⁴ Vetter/Karremann/Kahl (Fn. 14), Rdnr. 8; Birk (Fn. 22), Anm. 5.

⁴⁵ Vgl. BGH v. 12.11.2004 – V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 = NJW 5, 894, 897; BGH v. 07.07.2006 – V ZR 156/06.

⁴⁶ Vgl. BGH v. 07.07.2006 – V ZR 156/05.

⁴⁷ Vgl. aber Palandt/Sprau (Fn. 42), § 744 Rdnr. 3; Palandt/Heinrichs (Fn. 42), § 257 Rdnr. 2.

⁴⁸ Vgl. BGH v. 12.11.2004 – V ZR 42/04, BGHZ 161, 115 = NJW 5, 894, 897.

⁴⁹ Vgl. Palandt/Sprau (Fn. 42), § 748 Rdnr. 2.

recht widersprochen, richtet sich der Ersatz- bzw. Freistellungsanspruch nach den Regeln über Leistungsstörungen, mithin nach den §§ 280 I, III, 281 I, II BGB.⁵⁰

Beeinträchtigt einer der Eigentümer die Funktionsfähigkeit der Leitung (z.B. durch Verstopfung), hat er für die Kosten der Wiederherstellung (z.B. Reinigung) aufzukommen. Ist der Duldungsberechtigte der Verursacher, berechtigt dies den Duldungsverpflichteten nicht zu einer Anschlussperre.⁵¹

9. Aktiv- und Passivlegitimation

Berechtigt bzw. verpflichtet ist immer einerseits der Eigentümer des begünstigten Grundstücks, damit auch der Miteigentümer (§ 1011 BGB), aufgrund des § 11 I 1 ErbbauVO der Erbbauberechtigte und bei Wohnungseigentum die Eigentümergemeinschaft, da es um gemeinschaftliches Eigentum (§ 1 V WEG) geht, andererseits der Eigentümer des fremden Grundstücks, damit auch der Miteigentümer (§ 1011 BGB), aufgrund des § 11 I 1 ErbbauVO der Erbbauberechtigte und bei Wohnungseigentum die Eigentümergemeinschaft.

Wechselt die Eigentümerstellung, ist die Rechtslage nicht neu zu prüfen; Abs. 2 zeigt, dass die gefundene Lösung Bestandsschutz haben soll. Dies gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen des Leitungsnotrechts wegfallen. Das ergibt sich aus dem allgemeinen Grundsatz, wonach korrekt erstellte Einfriedungen, Bauten oder Pflanzungen Bestandsschutz genießen (vgl. § 22 III). Verbessern sich also die Anschlussbedingungen, ist die Leitung nicht zu entfernen;⁵² etwas anderes gilt nur dann, wenn die Leitung so marode wird, dass sie ausgetauscht werden muss.⁵³ Um auch für diesen Fall Bestandsschutz zu schaffen, empfiehlt sich die Bestellung einer Grunddienstbarkeit. Aus § 7 e ergibt sich ein Anspruch auf Einräumung einer derartigen Sicherung nicht, ebenso wenig ein Anspruch auf Abgabe einer entsprechenden Baulasterklärung.⁵⁴

10. Fälligkeit und Verjährung

Der Duldungsanspruch aus Abs. 1 Satz 1 entsteht und wird fällig, sobald das Duldungsrecht geltend gemacht wird und die Anschlussmöglichkeit unmittelbar bevorsteht.⁵⁵ Da es sich bei diesem Recht um ein dienstbarkeitsähnliches Recht handelt, unterliegt es nicht der Verjährung.

Der Unterlassungsanspruch gem. Abs. 1 Satz 1 wird fällig, sobald mit der entgegenstehenden Nutzung begonnen wird; ab diesem Zeitpunkt beginnt auch die 3-jährige Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB).⁵⁶ Gleiches gilt für den Gegenanspruch aus Abs. 2, der inhaltlich einem Unterlassungsanspruch gleichkommt.

Die Kostenerstattungsansprüche aus Abs. 1 Satz 3 und Abs. 4 werden fällig, sobald die Kosten angefallen sind; auf eine Rechnungserteilung kommt es nicht an, ebenso wenig auf den Zeitpunkt der Inbetriebnahme des Anschlusses. Ab diesem Zeitpunkt beginnt auch die 3-jährige Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB).

Der Schadensersatzanspruch aus Abs. 3 Satz 1 wird fällig, sobald er dem Grunde nach feststeht; ab diesem Zeitpunkt beginnt auch die 3-jährige Verjährungsfrist (§§ 195, 199 BGB).

⁵⁰ Vgl. BGH, a.a.O. (Fn. 48), 898.

⁵¹ OLG Karlsruhe v. 13.11.1985 – 6 U 56/85, NJW-RR 86, 1342; Dehner (Fn. 12), B § 27 in Fn. 128 c; Vetter/Karremann/Kahl (Fn. 14), Rdnr. 8; vgl. auch § 7 e II.

⁵² So auch Birk (Fn. 22), Anm. 6 b mit Hinweis auf OLG Stuttgart v. 04.02.1999 – 13 U 218/97.

⁵³ OLG Karlsruhe v. 13.11.1985 – 6 U 56/85, NJW-RR 86, 1342, 1343.

⁵⁴ OLG Stuttgart v. 09.04.2003 – 3 U 121/01.

⁵⁵ Vgl. OLG Hamm v. 08.07.1991 – 5 U 49/91, NJW-RR 92, 723.

⁵⁶ S. dazu auch Palandt/Heinrichs (Fn. 42), § 199 Rdnr. 22.

Der Anspruch auf Sicherheitsleitung (Abs. 3 Satz 2) ist akzesorisch zum Schadensersatzanspruch, so dass auch die Fälligkeit und Verjährung von diesem Anspruch abhängen.

11. Leitungseigentum

Leitungen, die der Begünstigte in Ausübung seines Leitungsnotrechts verlegt hat, bleiben in seinem Eigentum; sie werden nicht zu einem wesentlichem Bestandteil des Grundstücks, über das sie führen (§ 95 I 2 BGB).⁵⁷ Auch soweit sich der Grundeigentümer an diese Leitung angeschlossen hat, bleibt die Anschlussleitung im Eigentum des Begünstigten.⁵⁸

III. Rechtsdurchsetzung

1. Grundsatz der Disponibilität

§ 7 e ist wie alle Vorschriften des NRG kein zwingendes Recht. Die Nachbarn dürfen jederzeit und auch im Nachhinein abweichende Regelungen treffen. Da die Vorschriften des NRG typische Konfliktsituationen regeln, empfehlen sich nachbarliche Absprachen auch zum Leitungsnotrecht. Insoweit ist insbes. an die Einräumung einer Grunddienstbarkeit zu denken. Deren Inhalt geht der Regelung des § 7 e immer vor.

2. Prozessuale Hinweise

a) Außergerichtliche Streitschlichtung

Wer aus einem Notleitungsrecht oder gegen dessen Inanspruchnahme vorgehen will, steht zunächst vor dem Problem, dass er nicht sofort die Gerichte anrufen darf. Aufgrund § 15 a EGZPO, der durch das Gesetz zur Förderung der außergerichtlichen Streitbeilegung⁵⁹ geschaffen wurde, hat der Bundesgesetzgeber den Bundesländern die Möglichkeit gegeben, eine Klageerhebung in bestimmten Fällen, zu denen praktisch das gesamte private Nachbarrecht gehört, von der vorherigen Durchführung eines speziellen Einigungsverfahrens abhängig zu machen. Dieses Verfahren hat mit der gerichtlichen Güteverhandlung gem. § 278 II 1 ZPO nichts zu tun und lässt sich durch dieses Verfahren nicht ersetzen. Von dieser Möglichkeit hat wie die meisten Bundesländer auch Baden-Württemberg Gebrauch gemacht und hierzu ein Schlichtungsgesetz erlassen.

In den sachlichen Anwendungsbereich dieses obligatorischen Einigungsverfahrens fallen zum einen vermögensrechtliche Streitigkeiten bis zu einem Wert von 750 Euro (§ 1 I 1 Nr. 1 SchIG). Erfasst sind ferner Nachbarstreitigkeiten, die die Durchsetzung von Handlungs-, Unterlassungs- oder Duldungspflichten zum Gegenstand haben. Dies gilt unabhängig davon, ob sie aufgrund ihres Streitwerts vor die Amts- oder die Landgerichte gehören. Damit sind praktisch alle Ansprüche aus dem NRG einschließlich der auf § 1004 I BGB gestützten Beseitigungsansprüche betroffen.⁶⁰ Seit Jahren nehmen diese Fälle – knapp hinter den vermögensrechtlichen Streitigkeiten – Rang 2 in der Statistik der Einigungsverfahren ein. In Baden-Württemberg werden jährlich (mit leicht fallender Tendenz) etwas mehr als 1.000 dieser Verfahren durchgeführt.⁶¹ Etwa ein Viertel dieser Verfahren wird durch Einigung erledigt. Von den übrigen Fällen kommt nur jeder vierte tat-

⁵⁷ Vgl. auch BGH v. 02.12.2005 – V ZR 35/05, BGHZ 166 – NJW 6, 990, 991.

⁵⁸ LG Frankfurt am Main v. 03.02.1976 – 2/16 S 186/75, ZMR 78, 203; Dehner (Fn. 12), B § 27 V 3 I, S. 49.

⁵⁹ Vom 15.12.1999 (BGBl. I S. 2400).

⁶⁰ LG Karlsruhe v. 16.10.2002 – 1 S 103/02, Die Justiz 3, 265; Zöller/Gummer, ZPO, 25. Aufl., Rdnr. 5 zu § 15 a EGZPO.

⁶¹ Stellungnahme des Justizministeriums vom 29. Juni 2005 (LT-Ds 13/4454), S. 2; Gesamtzahl aller obligatorischen Schlichtungsverfahren im Jahr 2004: 2570.

sächlich vor die Gerichte, was für eine Nachwirkung der Schlichtungsverfahren spricht. Ein solches Verfahren scheidet nur aus, wenn

- es um Einwirkungen eines Gewerbebetriebs geht (§ 1 I 1 Nr. 2 a, e SchIG),
- der fragliche Anspruch im Wege der Widerklage, also zur Verteidigung in einem laufenden Gerichtsverfahren, geltend gemacht wird (§ 1 II Nr. 1 SchIG),
- die Parteien nicht beide in Baden-Württemberg zur Zeit des Eingangs des Antrags nach § 5 SchIG im selben oder in benachbarten Landgerichtsbezirken ansässig sind (§ 1 III SchIG), oder
- die Parteien einen Einigungsversuch bereits vor einer anderen anerkannten Gütestelle unternommen haben (§ 1 IV SchIG).⁶²

b) Zivilprozess

Der Zivilprozess dient der Durchsetzung und Feststellung von Ansprüchen zwischen Privaten. Ist der Staat Nachbar und auf dem Grundstück hoheitlich (auch schlicht hoheitlich im Rahmen der Daseinsfürsorge) tätig, ist er von der Beachtung nachbarrechtlicher Regeln nicht frei gestellt. Allerdings müssen die Ansprüche vor dem Verwaltungsgericht geltend gemacht werden.⁶³ Die Bewertung der staatlichen Tätigkeit kann im Einzelfall Probleme bereiten, zumal der Staat die Wahl hat, ob er seine Aufgaben hoheitlich oder mit Mitteln des Privatrechts erfüllt. Ansonsten sind immer die Zivilgerichte zuständig, auch dann, wenn zur Anspruchserfüllung eine behördliche Genehmigung erforderlich ist oder sich der Störer zur Rechtfertigung der Beeinträchtigung auf eine solche beruft⁶⁴.

Sachlich zuständig für Klagen im Nachbarverhältnis ist je nach Streitwert das Amtsgericht oder das Landgericht. Das Amtsgericht ist für Streitwerte bis zu 5.000.– Euro zuständig (§ 23 I Nr. 1 GVG), das Landgericht für Streitwerte, die darüber liegen (§ 71 I GVG). Sofern keine auf Geld gerichteten Ansprüche geltend gemacht werden, richtet sich der Streitwert nach § 3 ZPO. Es entscheidet der Wert des Anspruchs. Wird ein Leitungsrecht aus § 7 e geltend gemacht, kann der Streitwert 10.000.– Euro betragen.⁶⁵ In der Praxis übernehmen die Gerichte im Rahmen ihres freien Ermessens meistens den Streitwertvorschlag des Klägers, sofern er nur plausibel begründet ist.

Örtlich zuständig ist grds. das für den Wohnort des Beklagten zuständige Gericht (§§ 12, 13 ZPO). Für alle Abwehrklagen

nach § 1004 BGB oder nach Vorschriften des NRG gilt allerdings zwingend der Gerichtsstand der belegenen Sache (§ 24 I ZPO). In diesem Gerichtsstand können auch Duldungs- oder Geldansprüche, die sich aus dem NRG ergeben, geltend gemacht werden (§ 26 ZPO), sofern der Gläubiger hierfür nicht das Wohnsitzgericht des Schuldners anrufen will.

Bei Miteigentum auf Schuldnerseite kann die Klage gegen einen oder einzelne Miteigentümer gerichtet werden, wenn keine sog. notwendige Streitgenossenschaft (§ 62 ZPO) vorliegt, also keine Leistung gefordert wird, die sich ihrem Inhalt nach nur von den Rechtsinhabern gemeinschaftlich erbringen lässt.⁶⁶ Ein Fall der notwendigen Streitgenossenschaft liegt z.B. dann vor, wenn von den Miteigentümern eine Verfügung (z.B. Bestellung einer Grunddienstbarkeit), eine Verwaltungsmaßnahme (z.B. die Einräumung eines Notleitungsrechts)⁶⁷ oder die Beseitigung einer gemeinschaftlichen Anlage begehrt wird. Wird hingegen Unterlassung (z.B. der Ausübung eines Notleitungsrechts) gefordert, ist dies eine der gemeinschaftlichen Disposition der Miteigentümer nicht unterworfenen Maßnahme.⁶⁸

Umgekehrt kann bei Miteigentum auf Gläubigerseite aufgrund § 1011 BGB regelmäßig jeder Miteigentümer allein gegen den Nachbarn vorgehen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn mit der Inanspruchnahme im Gegenzug Zahlungsverpflichtungen auch für die anderen Miteigentümer entstehen, etwa in Form einer Notwegrente nach § 917 II BGB.⁶⁹

Mitunter kann der Gläubiger vorläufigen Rechtsschutz in Anspruch nehmen und insoweit den Erlass einer einstweiligen Verfügung gem. §§ 935, 940 ZPO beantragen. In diesem Fall muss er nicht zunächst das Schlichtungsverfahren betreiben. Allerdings lassen sich Verfügungsanträge nur in engen Grenzen durchsetzen. Erforderlich ist neben einem Anspruch (sog. Verfügungsanspruch) noch ein Eilbedürfnis (sog. Verfügungsgrund). Die Angelegenheit muss so dringend sein, dass dem Anspruchssteller ein Zuwarten bis zu einer Entscheidung im normalen Gerichtsgang nicht zugemutet werden kann. Der Antrag muss hierfür zur Abwendung einer dringenden Notlage unumgänglich sein.⁷⁰ Im Nachbarrecht wird dies nur selten der Fall sein. Zudem darf die vorläufige Entscheidung die Hauptsache nicht vorwegnehmen, also keine vollendeten Tatsachen schaffen. Über allem schwebt die Gefahr, dass der Verfügungskläger gem. § 945 ZPO den Vollstreckungsschaden zu ersetzen hat, wenn er die einstweilige Verfügung bekommt und sie sich im Nachhinein als ungerechtfertigt erweist.

⁶² Zu diesen Kriterien Bruns (Fn. 2), Einl. VI 2.

⁶³ BGH v. 21.11.1996 – V ZB 19/97, NJW 97, 744; BVerwG v. 19.01.1989 – 7 C 77/87, NJW 89, 1291 – Sportplatzlärm; VG Freiburg v. 16.12.1991 – 4 K 391/91, BWGZ 94, 684 f. – Beseitigung eines Straßenbaums.

⁶⁴ Vgl. BGH v. 21.11.1996 – V ZB 19/97, NJW 97, 744, 745.

⁶⁵ Vgl. OLG Stuttgart v. 09.04.2003 – 3 U 121/01.

⁶⁶ BGH v. 29.11.1961 – V ZR 181/60, BGHZ 36, 187 = NJW 62, 633, 634 f.

⁶⁷ Vgl. BGH v. 04.05.1984 – V ZR 82/83, NJW 84, 2210.

⁶⁸ OLG Karlsruhe v. 13.11.1985 – 6 U 56/85, NJW-RR 86, 1342.

⁶⁹ BGH v. 07.07.2006 – V ZR 159/05, NJW 6, 3426.

⁷⁰ Zöller/Vollkommer (Fn. 60), § 940 Rdnr. 6.

Steuerrechtsecke (XIX)

von Wolfgang Gehweiler, Mittelsteinbach¹

Diese „Steuerrechtsecke“ knüpft an die bisher in dieser Zeitschrift erschienenen „Steuerrechtsecken I – XVIII“ an (zuletzt BWNNotZ 2004, 142) und stellt, wie immer, eine subjektiv geprägte Auslese aus Literatur und Rechtsprechung im Steuerrecht, welche in den letzten Monaten erschienen sind, dar.

ABGABENORDNUNG

1. Anwendungserlass zur Abgabenordnung

Hinsichtlich des Kontenabrufs nach § 93 Abs. 7 Abgabenordnung hat das Bundesministerium der Finanzen (BMF) am 10. März 2005 geregelt, dass die Finanzbehörden im Einzelfall bei den Kreditinstituten über das Bundesamt für Finanzen folgende Bestandsdaten zu Konten- und Depotverbindungen abrufen können:

- Die Nummer eines Kontos oder Depots
- Der Tag der Errichtung und der Tag der Auflösung des Kontos oder des Depots
- Der Name sowie bei natürlichen Personen der Tag der Geburt, des Inhabers und eines Verfügungsberechtigten
- Der Name und die Anschrift eines abweichend wirtschaftlich Berechtigten nach § 8 Abs. 1 Geldwäschegesetz.

Kontenbewegungen und Kontenstände können auf diesem Wege nicht ermittelt werden. Die Verpflichtung der Kreditinstitute, Daten für einen Kontenabruf durch das Bundesamt für Finanzen bereit zu halten, ergibt sich unmittelbar aus § 93 b Abgabenordnung in Verbindung mit § 24 c Kreditwesengesetz, und bedarf keines besonderen Verwaltungsaktes.

Ein Kontenabruf nach § 93 Abs. 7 AO ist im gesamten Besteuerungsverfahren, d. h. auch im Haftungsverfahren, Erhebungsverfahren, Rechtsbehelfsverfahren oder Vollstreckungsverfahren möglich.

Ein Kontenabruf nach § 93 Abs. 7 AO kann im Einzelfall auch erfolgen, wenn dies zur Festsetzung oder Erhebung von Steuern erforderlich ist und ein Auskunftersuchen an den Steuerpflichtigen nicht zum Ziel geführt hat oder keinen Erfolg verspricht (§ 97 Abs. 7 in Verbindung mit § 93 b AO).

Ein Kontenabruf steht im Ermessen der Finanzbehörde und kann nur anlassbezogen und zielgerecht erfolgen und muss sich auf eine eindeutig bestimmte Person beziehen.

Bei der Ausübung des Ermessens sind die Grundsätze der Gleichmäßigkeit der Besteuerung, der Verhältnismäßigkeit der Mittel, der Erforderlichkeit, der Zumutbarkeit, der Billigkeit und des Treu und Glaubens sowie das Willkürverbot und das Übermaßverbot zu beachten.

Die Erforderlichkeit, die von der Finanzbehörde im Einzelfall im Wege einer Prognose zu beurteilen ist, setzt keinen begründeten Verdacht dafür voraus, dass steuerrechtliche Unregelmäßigkeiten vorliegen. Es genügt vielmehr, wenn auf Grund konkreter Momente oder auf Grund allgemeiner Erfahrungen in Kontenabruf angezeigt ist.² (Anmerkung des Verfassers: hier bedarf es also keines Anfangsverdachts!)

Ein Kontenabruf nach § 93 Abs. 7 AO ist auch zulässig, um Konten oder Depots zu ermitteln hinsichtlich derer der Steuerpflichtiger zwar nicht Verfügungsberechtigter, aber wirt-

schaftlich Berechtigter ist. Dies gilt auch dann, wenn der Verfügungsberechtigte nach § 102 AO die Auskunft verweigern könnte, beispielsweise im Fall von Anderkonten. Begründung hierfür ist, dass der Kontoabruf bei dem Kreditinstitut erfolgt und nicht bei dem Berufsheimnisträger(!). Das Kreditinstitut hat daher kein Auskunftsverweigerungsrecht. Das Vertrauensverhältnis wird nach Meinung des BMF zwischen dem Berufsheimnisträger und seinem Mandanten dadurch nicht berührt.

EIGENHEIMZULAGENGESETZ

Das Bundesministerium der Finanzen hat mit Schreiben vom 21. Dezember 2004 (abgedruckt im Bundessteuerblatt 2005, Teil I, Seite 305) Zweifelsfragen zum Eigenheimzulagengesetz geklärt, insbesondere hinsichtlich der begünstigten Objekte (§ 2 Eigenheimzulagengesetz), Erbfall, Förderzeitraum, Einkunftsgrenzen gemäß § 5 Eigenheimzulagengesetz, Objektbeschränkungen gemäß § 6 Eigenheimzulagengesetz sowie die Bemessungsgrundlagen für den Förderungsbetrag.

EINKOMMENSTEUER

1. Drei-Objekt-Grenze

Bei der Anwendung der Grundsätze über Drei-Objekten-Grenze sind aneinander grenzende, rechtlich, aber selbständige Mehrfamilienhausgrundstücke grundsätzlich jeweils gesonderte wirtschaftliche Einheiten (vgl. § 2 Abs. 1 Bewertungsgesetz), die auch durch eine Vereinigung bzw. Zuschreibung nach § 890 BGB, § 3 ff GBO nicht zu einem einzigen Objekt werden können.³

2. Gewerblicher Grundstückshandel

Das Überschneiden der Drei-Objekt-Grenze indiziert nicht die Nachhaltigkeit. Auch wenn mehr als drei Objekte mit einem einzigen Verkaufsgeschäft veräußert werden, ist das Kriterium der Nachhaltigkeit in der Regel nur dann erfüllt, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass noch andere derartige Grundstücksgeschäfte geplant waren.⁴

Die Kläger erwarben den „Gebäudekomplex X“ in Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu einem Kaufpreis von x Mio. DM. Hierbei handelt es sich um vier, im Grundbuch von A, verzeichnete Grundstücke. Diese Grundstücke sind bebaut mit verschiedenen Wohn- und Gewerbeobjekten, u.a. mit mehr als 600 Wohneinheiten. Für die freistehenden und selbständig nutzbaren Gebäude mit einer vermietbaren Fläche von ca. 43.300 qm wurden bewertungsrechtlich mehrere wirtschaftliche Einheiten des Grundvermögens (drei Geschäftsgrundstücke, sechs sonstige bebaute Grundstücke, 26 Mietwohngrundstücke) festgestellt. Die BGB-Gesellschaft veräußerte drei Jahre später den „Gebäudekomplex X“ zu einem Kaufpreis von y Mio. DM. Das Finanzgericht stellte fest, dass ohne Zweifel die sogenannte Drei-Objekt-Grenze überschritten sei. Aus der Indizwirkung des Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze konnte das Finanzgericht auch folgern, der Bereich der privaten Vermögensverwaltung sei verlassen.⁵ Der BFH hat jedoch ausdrücklich festgestellt, dass das Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze nicht automatisch

¹ Lehrbeauftragter an der Notarakademie Stuttgart im Fachbereich Steuerrecht

² vgl. BFH-Urteil vom 17.03.1992 – BFH/NV 1992 Seite 791

³ BFH-Urteil vom 03.08.2004 – BStBl. 2005 Teil II Seite 35 ff.

⁴ Urteil des BFH vom 07.10.2004 – BStBl. 2005 Teil II Seite 164 ff.

⁵ vgl. BFH-Urteil vom 15.04.2004 – BStBl. 2004 Teil II Seite 868 ff.

auch Indizwirkung habe für das Vorliegen des Kriteriums der Nachhaltigkeit. Eine Tätigkeit ist nachhaltig, wenn sie auf Wiederholung angelegt ist, also eine Wiederholungsabsicht in der Weise besteht, dass weitere Geschäfte geplant sind (ständige Rechtsprechung des BFH). Der BFH hat immer wieder wiederholt, dass die Nachhaltigkeit in der Regel nur dann anerkannt werden könne, wenn sich aus anderen objektiven Umständen ergäbe, dass noch andere derartige Grundstücksgeschäfte geplant wären. Der BFH hat festgestellt, dass allein maßgebend ist, ob lediglich ein einziger Verkaufsentschluss vorliegt, der nur in einer Handlung umgesetzt werden kann. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Verkauf mehrere Objekte an nur einen Erwerber in nur einer Urkunde protokolliert wird. So verhält es sich auch in allen Fällen, in denen der BFH die Nachhaltigkeit trotz Überschreitens der Drei-Objekt-Grenze in Zweifel gezogen hat.⁶ Der Große Senat des BFH hat mit Beschluss vom 10. Dezember 2001⁷ ausdrücklich klargestellt, dass aus dem Überschreiten der Drei-Objekt-Grenze keinesfalls auch die Nachhaltigkeit der Tätigkeit indiziert werden könne. Aus diesem Grund war der BFH in diesem Fall – einheitlicher Verkaufsvorgang – der Auffassung, dass eine Nachhaltigkeit nicht vorliegt und deshalb die Drei-Objekt-Grenze auch nicht überschritten und somit keine Gewerblichkeit vorliegen könne.

3. Gewerblichkeit

Beteiligt sich eine vermögensverwaltende Personengesellschaft (Obergesellschaft) mit Einkünften aus Vermietung und Verpachtung an einer gewerblich tätigen anderen Personengesellschaft (Untergesellschaft), so hat dies nicht zur Folge, dass die gesamten Einkünfte der Obergesellschaft als Einkünfte aus Gewerbebetrieb gelten. Der BFH entschied mit

⁶ BStBl. 2004 Teil II Seite 868

⁷ Großer Senat 1/98 – BStBl. 2002 Teil II Seite 291

einem Urteil vom 06. Oktober 2004 gegen die in R 138 Abs. 5 Satz 4 der EStR niedergelegte Verwaltungsanweisung.⁸

ERBSCHAFTSSTEUER

1. Rückwirkung

Die rückwirkende Anwendung des Erbschaftsteuergesetzes in der Fassung des Jahressteuergesetzes 1997 auf Erwerbsvorgänge ab dem 1. Januar 1996 ist nicht verfassungswidrig.⁹

GRUNDERWERBSTEUER

1. Anteilsvereinigung

Der Erwerber aller Anteile an einer Kapitalanlagegesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 1 Kapitalanlagegesetz unterliegt nach § 1 Abs. 3 Nummer Grunderwerbsteuergesetz der Grunderwerbsteuer. Von diesem Erwerb erfasst werden auch die von Kapitalanlagegesellschaft im Sondervermögen nach § 6 Abs. 1 Kapitalanlagegesellschaftsgesetz gehaltenen Grundstücke.¹⁰

2. Bemessungsgrundlage

Die Annahme eines einheitlichen Erwerbsgegenstandes „bebautes Grundstück“ setzt voraus, dass entweder der Veräußerer selbst oder ein mit ihm zusammenwirkender Dritter dem Erwerber gegenüber verpflichtet ist, den tatsächlichen Grundstückszustand zu verändern, d.h. das Grundstück zukünftig in einen bebauten Zustand zu versetzen. Beim Erwerb eines Hausbausatzes vom Grundstücksverkäufer kann deshalb nur dann das mit einem Bausatzhaus verbaute Grundstück einheitlicher Erwerbsgegenstand sein, wenn der Grundstücksveräußerer auch zur Aufstellung und Montage der Bausatzteile auf dem Grundstück verpflichtet ist.¹¹

⁸ BFH-Urteil vom 06.10.2004 – BStBl. 2005 Teil II Seite 383 ff.

⁹ vgl. Urteil des BFH vom 20.10.2004 – BStBl. 2005 Teil II Seite 99 ff.

¹⁰ BFH-Urteil vom 20.09.2004 – BStBl. 2005 Teil II Seite 148 ff.

¹¹ BFH-Urteil vom 27.10.2004 – BStBl. 2005 Teil II Seite 220 ff.

Rechtsprechung

FGG § 12; BGB §§ 104, 1896 Abs. 2 und 3

Zur Frage, wann im Fall der Erteilung einer wirksamen Vorsorgevollmacht bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers ein Kontrollbetreuer zu bestellen ist. Die Anordnung einer Kontrollbetreuung kommt regelmäßig nur dann in Betracht, wenn aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalls Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung bestehen, weil entweder die Art oder der Umfang der für den Vollmachtgeber auszuführenden Geschäfte dies erfordern oder aber ein konkretes Verhalten des Bevollmächtigten vorliegt, aus dem sich die Möglichkeit einer nicht im Interesses des Vollmachtgebers erfolgenden Geschäftsführung ergibt.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 09.11.2005 8 W 392/05

Aus den Gründen:

I.

Die Beteiligten streiten noch über die Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung für vermögensrechtliche Angelegenheiten der Beteiligten Ziffer 1 in Zusammenhang mit der von ihr dem

Beteiligten Ziffer 3, ihrem Sohn, erteilten Generalvollmacht. Die Beteiligte Ziffer 2 ist der Auffassung, die Beteiligte Ziffer 1, ihre Großmutter, sei bereits seit Beginn des Jahres 2002 geschäftsunfähig.

1.)

Die am 17.6.1922 geborene Beteiligte Ziffer 1 hat am 10.5.1990 zusammen mit ihrem Ehemann ein gemeinschaftliches handschriftliches Testament errichtet, in dem sich die Eheleute gegenseitig als Alleinerben des Überlebenden und ihre beiden Söhne – den inzwischen verstorbenen Vater der Beteiligten Ziffer 2 und den Beteiligten Ziffer 3 – als Erben des Überlebenden zu gleichen Teilen eingesetzt haben. Ersatzerben sollten deren Kinder sein, wobei auch die Beteiligte Ziffer 2 ausdrücklich genannt wurde. Weiter wurde den beiden Söhnen jeweils ein Hausgrundstück zugewendet, wobei der Vater der Beteiligten Ziffer 2 das Grundstück mit dem Haus in M. erhalten sollte, in dem die Beteiligte Ziffer 1 auch heute noch lebt.

Nach dem Tod ihres Ehemanns im Jahr 1996 hat die Beteiligte Ziffer 1 dem Beteiligten Ziffer 3 1997 eine notariell beurkundete Generalvollmacht erteilt, die auch für den Fall einer Betreuungs- oder Unterbringungsbedürftigkeit und ähnliches

gelten sollte. Eine Ausfertigung wurde dem Beteiligten Ziffer 3 am 4.7.1997 erteilt, wobei dieser bereits damals im Haus der Beteiligten Ziffer 1 lebte.

Im Jahr 2000 verstarb der Vater der Beteiligten Ziffer 2.

In den Jahren 2002 und 2003 hat die Beteiligte Ziffer 1 weitgehende notariell beurkundete Vermögensverfügungen getätigt. Sie hat Briefgrundschulden auf den beiden schon testamentarisch erwähnten Immobilien bestellt und auf den Beteiligten Ziffer 3 übertragen. Ein an dem Hausgrundstück in M. bestehendes Teileigentumsrecht hat sie auf den Beteiligten Ziffer 3 übertragen, der das Eigentum zwischenzeitlich auf eine WZ-Gr. KG mit Sitz in M. weiter übertragen hat.

Ihr Hausgrundstück in M. m hat die Beteiligte Ziffer 1 an den Beteiligten Ziffer 3 zum Preis von 265.000,- Euro verkauft, wobei gleichzeitig bereits zuvor erstellte Briefgrundschulden im Wert von 300.000,- Euro übertragen wurden. Der wurde teilweise durch Aufrechnung mit in der Vergangenheit erfolgten und in der Zukunft noch erwarteten Hilfeleistungen des Beteiligten Ziffer 3 verrechnet. Ein weiterer Kaufpreisteil wurde dem Beteiligten gestundet und die Stundung später auch noch verlängert. Ein der Beteiligten Ziffer 1 gewährtes Wohnrecht sollte nach dem Kaufvertrag zunächst nicht ins Grundbuch eingetragen werden. Die Auflassung wurde gleichzeitig erklärt und Antrag auf Eintragung ins Grundbuch gestellt.

2.)

Die Beteiligte Ziffer 2 hat mit Antrag ihrer Bevollmächtigten vom 10.5.2004 beim Notariat – Vormundschaftsgericht – die Errichtung einer umfassenden Betreuung nebst entsprechender vorläufiger Anordnung für die Beteiligte Ziffer 1 mit der Begründung beantragt, diese habe zu ihrem Nachteil umfassende Vermögensverfügungen zugunsten des Beteiligten Ziffer 3 vorgenommen. Die Beteiligte Ziffer 1 sei bereits seit mehreren Jahren geschäftsunfähig.

Nachdem sich nach den Ermittlungen des Vormundschaftsgerichts im Zusammenhang mit der dem Beteiligten Ziffer 3 erteilten Generalvollmacht keine Anhaltspunkte für ein Gebrauchmachen des Beteiligten Ziffer 3 von dieser Vollmacht ergaben und sich andererseits Anhaltspunkte dafür ergaben, dass Kaufpreiszahlungen auf ein Konto der Beteiligten Ziffer 1 geflossen waren, beantragte die Beteiligte Ziffer 2 für ihre Großmutter die Bestellung eines Kontrollbetreuers gemäß § 1896 Abs. 3 BGB. Sie machte geltend, es bestünden erhebliche Zweifel an der Redlichkeit des Beteiligten Ziffer 3 und seiner Tauglichkeit als Generalbevollmächtigter. Es bestehe ein Interessenkonflikt zwischen dessen eigenen Vermögensinteressen und den Interessen der Beteiligten Ziffer 1.

Die Beteiligte Ziffer 1 ist der Anregung auf Anordnung einer Kontrollbetreuung durch von ihr bestellte Bevollmächtigte entgegengetreten. Das Notariat – Vormundschaftsgericht – hat die Anordnung einer Kontrollbetreuung und die Vornahme weiterer diesbezüglicher Prüfungsmaßnahmen abgelehnt.

3.)

Mit ihrer hiergegen eingelegten Beschwerde hat die Antragstellerin ihr Anliegen weiter verfolgt.

Sie hat geltend gemacht, das Vormundschaftsgericht hätte sowohl die aktuelle Geschäftsfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 als auch die Wirksamkeit von deren Vermögensverfügungen im Jahre 2002 und 2003 weiter überprüfen müssen. Die Betroffene sei nach dem persönlichen Eindruck der Beteiligten Ziffer 2 schon Ende des Jahres 2001 geschäftsunfähig gewese-

sen. Dass der mit den Vermögensverfügungen der Beteiligten Ziffer 1 in den Jahren 2002/2003 befasste Notar dies nicht bemerkt habe, genüge noch nicht zur Zerstreung der Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen, die sich wegen des ersichtlichen Verstoßes gegen ihre eigenen Interessen bei den Verfügungen zugunsten des Beteiligten Ziffer 3 aufdrängten. Es sei auch zu berücksichtigen, dass der insoweit tätige Notar schon langjährig mit dem Beteiligten Ziffer 3 zusammen gearbeitet habe. Bei aktueller Geschäftsunfähigkeit der Betroffenen müsse ein Kontrollbetreuer auch Rückforderungsansprüche der Betroffenen gegen den Beteiligten Ziffer 3 wegen der bei diesem zu ihrem Nachteil eingetretenen, von ihm bewusst herbeigeführten Bereicherung prüfen und durchsetzen. Dieser sei erst durch die Verfügungen seiner Mutter im Jahre 2002 zu eigenem Vermögen gekommen. Er sei Bauherr bzw. Geschäftsführer und Initiator eines Seniorenzentrums, dessen Bau erst 1995 begonnen worden sei. Nicht zuletzt entspreche es auch dem objektiven Interesse der Betroffenen, das zugunsten des Vaters der Beteiligten Ziffer 2 bzw. zu ihren Gunsten als Ersatzbedachter angeordnete Vermächtnis nicht aushöhlen.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Beteiligten Ziffer 2 kostenpflichtig zurückgewiesen.

Es hat zur Begründung ausgeführt, ein Bedürfnis für die Anordnung einer Kontrollbetreuung könnte auch dann nicht festgestellt werden, wenn man mit der Beschwerdeführerin davon ausgehen würde, dass die Beteiligte Ziffer 1 inzwischen geschäftsunfähig geworden sei, so dass sie den Beteiligten Ziffer 3 im Zusammenhang mit einer Benutzung der ihm 1997 erteilten Generalvollmacht inzwischen nicht mehr selbst kontrollieren könnte. Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Generalvollmacht – etwa wegen Geschäftsunfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 schon bei Erteilung im Jahr 1997 – bestünden nicht. Selbst bei einem Gebrauchmachen von der Vollmacht durch den Bevollmächtigten müsste als weitere Voraussetzung für die Anordnung einer Kontrollbetreuung noch festgestellt werden, dass der Bevollmächtigte nicht im Interesse der Vollmachtgeberin handelt.

Diesbezügliche Umstände des Einzelfalls seien aber nicht feststellbar. Die im wesentlichen zugunsten des Beteiligten Ziffer 3 erfolgten Vermögensverfügungen habe die Beteiligte Ziffer 1 jeweils selbst vorgenommen, ohne dass der hierbei beurkundende Notar nach pflichtgemäßer Prüfung Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 gehabt habe. Nachdem die Beteiligte Ziffer 2 gegen den beteiligten Ziffer 3 und den beteiligten Notar nur pauschal Verdachtsmomente geltend gemacht habe, bestünden für die Kammer keine ernsthaften Anhaltspunkte für eine schon bei den früheren Verfügungen bestehende Geschäftsunfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 oder eine Unredlichkeit des Beteiligten Ziffer 3 bei der Annahme der Verfügungen.

Nachdem auch die Ermittlungen des Vormundschaftsgerichts keine Anhaltspunkte dafür ergeben hätten, dass die Beteiligte Ziffer 1 ihre Angelegenheiten nicht mehr selbst erledigen kann, bestehe kein hinreichender Anlass, sie allein aufgrund des pauschalen Vorbringens ihrer Enkelin dem von Betroffenen oft als sehr belastend empfundenen Verfahren einer Überprüfung ihrer geistigen Leistungsfähigkeit zu unterwerfen, wie es insbesondere auch mit der Einholung eines Sachverständigengutachtens verbunden sei. Dies gelte insbesondere dann, wenn ein Betroffener wie auch vorliegend bereits eine Generalvollmacht auch als Vorsorgevollmacht erteilt habe.

Hinzu komme im vorliegenden Fall, dass insbesondere auch ein Widerruf dieser Generalvollmacht, wie ihn die Beteiligte

Ziffer 2 für erforderlich halte, absehbar nicht in Betracht komme, da weder Anhaltspunkte für eine objektive Änderung der Situation noch für eine Trübung des früher sehr guten persönlichen Verhältnisses zwischen den Beteiligten Ziffer 1 und 3 bestünden. Selbst wenn die Beteiligte Ziffer 1 entsprechend dem Vorbringen der Beteiligten Ziffer 2 nunmehr vermögenslos sei, könnte ein Kontrollbetreuer danach keine wesentlichen Aktivitäten mehr entfalten.

Etwaige eigene Interessen der Beteiligten Ziffer 2 als Ersatzerin und/oder Ersatzvermächtnisnehmerin seien bei der Frage nach der Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung nicht zu berücksichtigen, zumal sie etwaige Ersatzansprüche gemäß § 2287 BGB gegebenenfalls erst nach dem Ableben der Beteiligten Ziffer 1 geltend machen könnte.

4.)

Die Beteiligte Ziffer 2 hat gegen die Zurückweisung ihrer Beschwerde weitere Beschwerde eingelegt.

Sie begehrt weiterhin die Anordnung einer Kontrollbetreuung und macht geltend, das Landgericht wäre aufgrund der vorgetragenen sowie aus den bisherigen Ermittlungen ersichtlichen Umstände verpflichtet gewesen, weiteren Beweis über die Geschäftsfähigkeit und die weiteren persönlichen Umstände der Beteiligten Ziffer 1 zu erheben. Es sei ersichtlich, dass der Beteiligte Ziffer 3 durch die Annahme der Schenkungen und sonstigen Vermögensverfügungen der Beteiligten Ziffer 1 gegen deren Interessen verstoßen habe. Bei deren nahe liegender Geschäftsunfähigkeit bestehe danach auch die erhebliche Gefahr, dass er durch Benutzung der ihm erteilten Generalvollmacht weiter zum Nachteil der Beteiligten Ziffer 1 handeln werde und diese jedenfalls in Zukunft noch ganz vermögenslos stellen werde. Dass letzteres bereits geschehen sei, sei bislang lediglich eine – allerdings naheliegende – Befürchtung der Beteiligten Ziffer 2. Die unterbliebene Beweisaufnahme, deren Unterlassung eine Verletzung des Grundsatzes des rechtlichen Gehörs darstelle, hätte sich auch auf die Frage der Geschäftsfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 bereits bei Vornahme ihrer Vermögensverfügungen ab dem Jahr 2002 erstrecken müssen. Unter diesen Umständen hätte auch die Erfolgsaussicht bei der Prüfung des Prozesskostenhilfeantrags der Beteiligten Ziffer 2 für das Beschwerdeverfahren vom Landgericht nicht verneint werden dürfen.

II.

Die weitere Beschwerde der Beteiligten Ziffer 2 gegen die Zurückweisung ihrer Erstbeschwerde durch das Landgericht ist statthaft und auch sonst zulässig. Die Beteiligte Ziffer 2 ist als Enkelin der Beteiligten Ziffer 1 auch im Verfahren der weiteren Beschwerde beschwerdebefugt (§ 69g Abs. 1 S. 1 FGG). Das als solches nicht befristete Rechtsmittel der weiteren Beschwerde ist auch formgerecht durch Anwaltsschriftsatz eingelegt (§ 29 I FGG).

In der Sache hat das Rechtsmittel der Beteiligten Ziffer 2 auch insoweit Erfolg, als das Verfahren wegen bislang ungenügender Ermittlungen des Landgerichts, die es gemäß § 12 FGG schon von Amts wegen hätte vornehmen müssen, unter Aufhebung der ergangenen Beschwerdeentscheidung an das Landgericht zur weiteren Veranlassung und erneuten Entscheidung zurückzuverweisen war.

1.)

Rechtsfehlerfrei ist das Landgericht in Übereinstimmung mit dem Vormundschaftsgericht im Ausgangspunkt allerdings davon ausgegangen, dass im Fall der Erteilung einer Vorsor-

gevollmacht, an deren Wirksamkeit keine Zweifel bestehen, auch bei Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht stets ein Kontrollbetreuer gemäß § 1896 Abs. 3 BGB zu bestellen ist, auch wenn der Vollmachtgeber wegen seiner Geschäftsunfähigkeit die Ordnungsmäßigkeit einer vom Vollmachtgeber für ihn erfolgenden Geschäftsführung nicht mehr selbst überwachen kann.

Auch ein zwischen dem Vollmachtgeber und dem Bevollmächtigten in Betracht kommender Interessenkonflikt genügt als solcher noch nicht, um stets die Anordnung einer Kontrollbetreuung zu rechtfertigen. Eine solche Anordnung kommt vielmehr regelmäßig nur dann in Betracht, wenn aufgrund konkreter Umstände des Einzelfalls Anhaltspunkte für die Notwendigkeit einer Kontrollbetreuung bestehen, weil entweder die Art oder der Umfang der für den Vollmachtgeber auszuführenden Geschäfte dies erfordern oder aber ein konkretes Verhalten des Bevollmächtigten vorliegt, aus dem sich die Möglichkeit einer nicht im Interesse des Vollmachtgebers erfolgenden Geschäftsführung ergibt (allgemeine Meinung; vgl. OLG Köln, FamRZ 00, 909; BayObLGZ 03, 106; OLG Schleswig, FG-Prax 04, 70 und SchIAH 03, 171).

Ebenso ist es bei der Überprüfung der landgerichtlichen Beschwerdeentscheidung auf Rechtsfehler – hierauf ist der Senat als Rechtsbeschwerdeinstanz beschränkt – nicht zu beanstanden, dass das Landgericht nicht allein deshalb, weil ein Verfahrensbeteiligter einen anderen Beteiligten nach seinem persönlichen Eindruck für geschäftsunfähig hält, bereits ein Sachverständigengutachten über dessen Geschäftsfähigkeit von Amts wegen eingeholt hat. Angesichts des mit der Überprüfung der eigenen geistigen Leistungsfähigkeit verbundenen Eingriffs in die persönliche Sphäre eines Betroffenen stellt eine derartige Maßnahme eine Entscheidung dar, die regelmäßig das Vorliegen von erheblichen Verdachtsmomenten voraussetzt. Sie wird vielfach erst dann in Betracht kommen, wenn trotz einer persönlicher Anhörung des Betroffenen durch das entscheidende Gericht noch ein Klärungsbedarf bestehen bleibt.

2.)

Das Landgericht hat bei seiner Entscheidung jedoch erhebliche Anhaltspunkte für eine inzwischen nicht mehr bestehende Geschäftsfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 – sei es in Form einer geistigen Erkrankung oder Geistesschwäche jedenfalls in Form einer Willensschwäche – übergangen, die es zumindest angezeigt erschienen ließen, die Beteiligte Ziffer 1 zu ihrem eigenen Schutz persönlich anzuhören. Zumindest diese Maßnahme war zunächst erforderlich, ehe über die Erforderlichkeit weiterer Ermittlungen abschließend entschieden werden konnte.

a)

Das Landgericht hat die aus den bisherigen Ermittlungen sich ergebende persönliche Situation der Betroffenen nicht hinreichend berücksichtigt, die eine weitere Aufklärung zu ihrem Schutz erforderlich macht.

Die Beteiligte Ziffer 1 hat ihrem Sohn, dem Beteiligten Ziffer 3 ab dem Jahre 2002 erhebliche Schenkungen gemacht und ausweislich des mit ihm abgeschlossenen Kaufvertrags nicht nur bisher bereits erbrachte persönliche Pflegeleistungen des Sohns pauschal verrechnet, sondern auch erwartete künftige Pflegeleistungen unabhängig von deren Erbringung teilweise bindend mit Kaufpreisansprüchen verrechnet. Weiter hat sie auf das Eigentum an dem verkauften Haus, in dem sie wohnte und zunächst weiter wohnen bleiben wollte, durch Übereignung und Stellung eines Antrags auf Eintra-

gung im Grundbuch alsbald verzichtet, obwohl der Kaufpreis von ihr gestundet wurde. Ebenso hat sie das im Kaufvertrag vereinbarte Wohnrecht nicht dinglich sichern lassen, obwohl sie aufgrund der alsbald übertragenen, bereits bestellten Eigentümergrundschulden, deren Betrag den Gesamtkaufpreis noch überstiegen, mit einem alsbaldigen Gebrauchmachen des Beteiligten Ziffer 3 zur Absicherung von Krediten rechnen musste, nachdem ihr Sohn Geschäftsführer und Kommanditist eines Unternehmens war, das eine Altenwohn- und Betreuungseinrichtung erst in der Anfangsphase vorbereitete. Dies tat sie, obgleich sie ausweislich des geschlossenen Kaufvertrags damit rechnete, nicht auf Dauer in ihrem Haus bleiben zu können und bereits in Betracht zog, künftig in eine Heimeinrichtung übersiedeln zu müssen.

Das in diesen Geschäften mit ihrem Sohn, dem Beteiligten 3, zum Ausdruck kommende völlige Außerachtlassen einer nahe liegenden dinglichen Sicherstellung ihrer Vermögensinteressen auch für den Fall eines Vermögensverfalls ihres Sohnes ist auffallend. Es widerspricht vernünftigem Verhalten. Es ist so ungewöhnlich, dass das Landgericht von Amts wegen gehalten war, die Beteiligte 1 selbst anzuhören und sich damit Klarheit darüber zu verschaffen, ob diese die bestehende Problemlage überblickte oder wegen bestehender Geschäftsunfähigkeit nicht mehr zu überblicken vermag. Auf die – amtsbekannt oft nur oberflächliche – Prüfung der Notare im Rahmen der Beurkundung von Vollmachten und Verträgen durfte sich das Landgericht nicht verlassen. Ebenso liegt nahe, bei Zweifeln gegebenenfalls ergänzend weitere neutrale Bezugspersonen anzuhören, nachdem die Beteiligte Ziffer 1 in der Woche mehrfach eine betreuende Tageseinrichtung besucht.

Ob sich nach einer persönlichen Anhörung noch weitere hinreichende Anhaltspunkte für eine Geschäftsunfähigkeit ergeben, die weitere Ermittlungen wie die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich machen, wird das Landgericht nach dem näheren Ergebnis seiner Anhörung zu entscheiden haben.

b)

Das Landgericht konnte und durfte bei seiner Entscheidung auch deshalb nicht offen lassen, ob die Beteiligte Ziffer 1 inzwischen geschäftsunfähig war, weil, sollte sich dies im Zug von Ermittlungen ergeben, auch geprüft werden müsste, ob die Beteiligte Ziffer 1 nicht schon seit Anfang des Jahres 2002 geschäftsunfähig war. Ein einschlägig erfahrener Sachverständiger kann vielfach auch für zurückliegende Zeiträume Aussagen zur Entwicklung des Verlusts geistiger Fähigkeiten machen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn wie hier bei Zweifeln unter Umständen auch weitere, neutrale Bezugspersonen des Betroffenen befragt werden können.

c)

Ebenso durfte das Landgericht die Frage der Geschäftsunfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 nicht mit der Erwägung offen lassen, dass für diese bei jetzt bestehender Geschäftsunfähigkeit und Vermögenslosigkeit durch einen Kontrollbetreuer ohnehin absehbar nichts mehr zu veranlassen wäre. Wäre die Beteiligte Ziffer 1 jetzt geschäftsunfähig und würden u. U. veranlasste weitere Ermittlungen auch ihre Geschäftsunfähigkeit schon seit Anfang des Jahres 2002 ergeben, könnte sich durchaus ein Bedürfnis für eine Tätigkeit eines Kontrollbetreuers zur Herbeiführung einer Rückabwicklung von Schenkungen an den Beteiligten Ziffer 3 ergeben, um die Beteiligte Ziffer 1 für den Fall eines nicht auszuschließenden künftigen Bedarfs für eine Versorgung außerhalb ihres Hauses sicher zu stellen. Dass eine zusätzliche Sicherung zumin-

dest im Umfang des von der Beteiligten Ziffer 1 und dem Beteiligten Ziffer 3 vereinbarten Kaufpreises erreicht ist, steht auch nach den Ermittlungen des Vormundschaftsgerichts noch nicht fest. Im Fall eines – Geschäftsunfähigkeit unterstellt – bestehenden Unvermögens der Beteiligten Ziffer 1, ihre geschäftlichen Interesse selbst verantwortlich wahrzunehmen, könnte auch die Gefahr weiterer Schenkungen bestehen.

Auch dem Umstand, das ein Handeln des Beteiligten Ziffer 3 aufgrund der ihm erteilten Generalvollmacht bislang nicht ersichtlich ist, käme bei unterstellter Geschäftsunfähigkeit der Beteiligten Ziffer 1 bei einseitigen Verzicht auf Sicherheiten keine maßgebliche Bedeutung mehr zu. Denn es läge bei bestehender Geschäftsunfähigkeit nahe, anzunehmen, dass die Betroffene nach deren Eintritt nach Vorgaben des Beteiligten 3 gehandelt hat.

3.)

Auf die weitere Beschwerde der Beteiligten Ziffer 2 war danach der Beschluss des Landgerichts aufzuheben und die Sache zur weiteren Veranlassung an das Landgericht zurückzuverweisen.

Mitgeteilt vom Vor. Richter am LG Dr. Stauch, Tübingen

GG Art. 2 Abs. 1, 3 Abs. 1, 20 Abs. 1, 19 Abs. 4; KostO § 3 18, 36 ff.

Die Ausgestaltung der Beurkundungsgebühren für Geschäfte, die nicht unter die Richtlinie des Europäischen Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (Gesellschaftssteuer-richtlinie) fallen, als Wertgebühren verstößt nicht gegen innerstaatliches Verfassungsrecht

OLG Stuttgart, Beschl. v. 01.12.2005 8 W 487/05

Aus den Gründen:

1.

Für die Beurkundung eines Kaufvertrags über ein in Sch. gelegenes Hausgrundstück (Urkundenrolle Nr. 689/04) und die Beglaubigung der Unterschrift unter einer Grundschuldbestellung zur Belastung des Kaufobjekts (Urkundenrolle Nr. 690/04) berechnete der Beteiligte Ziff. 3 1.621,45 Euro (Beurkundung des Kaufvertrags), von denen die Beteiligten Ziff. 1 und 2 1.437,18 Euro zu tragen haben, sowie für die Grundschuldbestellung 128,62 Euro. Die Beurkundung des Kaufvertrags löste dabei – auf der Grundlage des Kaufpreises von 340.000,- Euro zzgl. der mit 48.000,- Euro bewerteten Aufhebung des Nießbrauchs – gemäß §§ 36 Abs. 2, 146 Abs. 1 S. 2 KostO Gebühren von insgesamt 1.340,70 Euro aus. Die gem. § 45 KostO für die Grundschuldbestellung gem. § 45 KostO zu berechnende Gebühr beträgt 100,88 Euro, ausgehend von einem Wert von 221.000,- Euro. Der Rest entfällt jeweils auf Dokumentenpauschalen und Auslagen.

Gegen diese Kostenrechnungen hatten zuvor bereits die Beteiligten Ziff. 1 und 2 Erinnerung eingelegt. Zur Beurkundung des Vertrags führten sie aus, dass der Notar hierfür lediglich zwei bis drei Stunden gearbeitet habe. Dafür könnten bei einem angenommenen Stundensatz von etwa 120,- Euro nur Kosten i. H. v. 240,- bis 360,- Euro entstanden sein. Für die Beglaubigung der Grundschuldbestellung sei von einem Ar-

beitsaufwand von höchstens einer halben Stunde, somit von Kosten i. H. v. 60,- Euro auszugehen. Die darüber hinausgehende Erhebung von Kosten sei verfassungswidrig und verstoße gegen Europarecht.

Der Beteiligte Ziff. 3 legte die Erinnerung der Beteiligten Ziff. 1 und 2 dem Landgericht als Beschwerde gem. § 156 KostO zur Entscheidung vor.

Das Landgericht hat die Beschwerde der Kostenschuldner zurückgewiesen. Die weitere Beschwerde wurde zugelassen.

2.

a)

Die sofortige weitere Beschwerde ist statthaft, da das Landgericht sie zugelassen hat (§ 156 Abs. 2 S. 2). Sie ist auch sonst zulässig.

b)

Das Rechtsmittel hat in der Sache keinen Erfolg. Der angefochtene Beschluss des Landgerichts Tübingen vom 13.09.2005 beruht nicht auf einer Verletzung des Rechts (§ 156 Abs. 2 S. 3 KostO). Die vorgenommene Festsetzung der Kosten und Auslagen ist von den Vorschriften der §§ 36 Abs. 2, 45, 136, 146 Abs. 1 S. 1 2. Hs., 152 Abs. 2 KostO gedeckt. Insbesondere ist nicht zu beanstanden, dass die Gebühren nach § 36 Abs. 2 bzw. 45 KostO nicht nach dem konkreten Aufwand, sondern nach dem Geschäftswert berechnet wurden.

aa)

Die Ausgestaltung der Gebühren als Wertgebühren gem. § 18 KostO verstößt nicht gegen innerstaatliches Verfassungsrecht (BVerfG NJW 2004, 3321 ; Senat, Beschl. v. 07.05.2002, Az. 8 W 481/99 – OLG Zweibrücken, NJW-RR 2003, 235, BayObLG NJW-RR 2001, 880 jew. zum Grundbuch; OLG Köln, NJW-RR 2004, 357, 359 zum Handelsregister). Die Sachlage ist nicht mit den vom Bundesverfassungsgericht für nichtig erklärten Rückmeldegebühren an Universitäten des Landes Baden-Württemberg vergleichbar (vgl. BVerfG a.a.O. unter Verweis auf BVerfGE 108, 1). Ebenso wie für die Gebühren für Grundbuchsachen i. S. d. §§ 60 ff. KostO orientiert sich die Gebühr für Beurkundungen i. S. d. §§ 36 ff. KostO nach dem Gegenstand des Geschäfts (§ 18 KostO). Dies ist gerechtfertigt durch die verschiedenen Ziele, denen die Gebühren für Beurkundungen dienen sollen (für Grundbuchrecht vgl. BVerfG a.a.O.). Neben dem Bearbeitungsaufwand sind hier der Aufwand für Sachinvestitionen, das Haftungsrisiko, der Ausgleich zwischen nicht kostendeckenden Eintragungen mit niedrigem Geschäftswert und kostendeckenden Eintragungen mit hohem Geschäftswert sowie der Wert der Beurkundung für den Beteiligten selbst zu berücksichtigen. Diese verschiedenen Ausgleichsziele berechtigen den Gesetzgeber, die Beurkundungsgebühren als Wertgebühren auszugestalten, ohne dass hierbei die Gebühr unabhängig von der Staatsleistung festgesetzt wird. Der Gesetzgeber beachtet den Gleichheitssatz gemäß Art. 3 Abs. 1 GG, indem er die Gebührenmaßstäbe und -sätze in den Grenzen der Wirtschaftlichkeit so auswählt und staffelt, dass sie der konkret erbrachten Leistung und den daraus erwachsenden Vorteilen Rechnung tragen, damit die verhältnismäßige Gleichheit unter Gebührenschuldern gewahrt bleibt. Indem der Gesetzgeber die Gebühren für Beurkundungen an den Grundstückswerten ausrichtet, achtet er außerdem darauf, dass angemessene Gebühren erzielt werden. Diese am wirtschaftlichen Wert ausgerichtete Gebührenerhebung findet ihren Rückhalt im Sozialstaatsprinzip gem. Art. 20 Abs. 1 GG sowie im Justizgewährungsanspruch, der durch Art. 19 Abs. 4

GG und Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. dem Rechtsstaatsprinzip gewährleistet ist (BVerfG a.a.O.). Auch bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken im Hinblick auf ein Kostendeckungsprinzip (BVerfG a.a.O.).

bb)

Zu Recht weist das Landgericht auf die Unanwendbarkeit der Richtlinie des Europäischen Rates vom 17.07.1969 betreffend die indirekten Steuern auf die Ansammlung von Kapital (Gesellschaftssteuerrichtlinie) hin, die der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 21.03.2002 zugrunde liegt. Diese Richtlinie des Rates der Europäischen Gemeinschaft vom 17.07.1969 (69/335/EWG) bestimmt in ihrem Art. 10 c, dass, abgesehen von der Gesellschaftssteuer und Abgaben mit Gebührencharakter für Eintragungen (Art. 12 Abs. 1 e), die Mitgliedsstaaten von Kapitalgesellschaften keine anderen Steuern oder Abgaben auf die der Ausübung einer Tätigkeit vorangehenden Eintragungen oder sonstige Formalitäten erheben dürfen, denen die Gesellschaft aufgrund ihrer Rechtsform unterworfen werden kann. Die hier beanstandeten Gebührentatbestände fallen offensichtlich nicht in diesen Regelungsbereich. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass die Richtlinie Bereiche erfassen soll, die in ihr nicht ausdrücklich angesprochen sind. Auf die ausführlichen und zutreffenden Ausführungen im Beschluss des BayObLG vom 06.12.2000 (NJW-RR 2001, 880) wird verwiesen. Dies ist auch ganz herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung (vgl. Rohn-Wedewer, KostO, § 60 Rn. 1 b; OLG Hamm, RpfL 2001, 153; BayObLG, FG-Prax 2002, 41).

Mitgeteilt vom Vors. Richter am LG Dr. Stauch, Tübingen

Richtlinie 69/335/EWG; § 47 KostO; § 143 KostO; § 12 Abs. 1 Satz 2 LJKG Ba.-Wü. a.F.; § 14 LJKG Ba.-Wü. a.F.; § 3 LFGG Ba.-Wü. a.F.

1. 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 nach §§ 12 Abs. 1 S. 2, 14 LJKG a.F. erhebt, sind eine nach der Richtlinie unzulässige Steuererhebung (vgl. EuGH vom 30.6.2005 Az. C-165/03, EuZW 2005, 501).

2. Richtlinienwidrig erhobene Steuern sind nach dem nationalen Recht zu erstatten. Nach dem Schutzzweck der Richtlinie stellt jedoch die betroffene Kostenvorschrift (hier: § 47 KostO) weiterhin die Rechtsgrundlage für eine aufwandsbezogene Gebühr dar, die nach Aufhebung der alten Kostenrechnung neu angesetzt werden kann.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 14.09.2005 – 8 W 397/05

Aus den Gründen:

I.

Der Kostengläubiger, ein württembergischer Amtsnotar, beurkundete am 11.5.1999 den in der Generalversammlung gefassten Beschluss über die Verschmelzung zweier eingetragener Genossenschaften. Hierfür stellte er mit Kostenrechnung vom 17.5.1999 gemäß § 47 KostO 10.000,- DM, insgesamt zuzüglich Schreibaufwendungen, Auswärtsgebühr, Nacht-

zulage und Umsatzsteuer 11.756,60 DM in Rechnung, die am 21.5.1999 beglichen wurden.

Am 17.12.2004 reichte die Beteiligte 2 beim Landgerichts Ravensburg Beschwerde gegen die Kostenrechnung ein, weil die Gebührenerhebung gegen europäisches Recht verstoße.

Im Einverständnis aller Beteiligten ordnete das Landgericht Ravensburg mit Beschluss vom 11.2.2005 bis zur Entscheidung des EuGH auf den Vorlagebeschluss des Landgerichts Stuttgart vom 7.4.2003 das Ruhen des Verfahrens an. Nach der Entscheidung des EuGH vom 30.6.2005 (Az. C-165/03 „Längst“, EuZW 2005, 501) wurde die Kostenrechnung vom 17.5.1999 durch Beschluss des Landgerichts Ravensburg vom 8.7.2005 insoweit aufgehoben, als darin gemäß § 47 KostO eine Gebühr in Höhe von 10.000,- DM zuzüglich Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht wurde, und die Sache zur erneuten Entscheidung über den Kostenansatz zurückgegeben. Im übrigen wurde die Beschwerde zurückgewiesen. Die Gebühr für die Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses verstoße gegen die Richtlinie 69/335/EWG des Rats vom 17.7.1969 betreffend die indirekten Steuern auf Ansammlung von Kapital (im folgenden: Richtlinie 69/335), weil auch die Gebühren eines beamteten Notars für die notarielle Beurkundung eines unter die Richtlinie fallenden Rechtsgeschäfts eine Steuer im Sinne der Richtlinie darstellten. Wegen der Europarechtswidrigkeit der angesetzten Gebühr sei die Kostenrechnung insoweit aufzuheben und zur Berechnung der im Einklang mit der Richtlinie stehenden Gebühr an den Kostengläubiger zurückzugeben.

Die Gebühr für Schreibaufgaben hätte nicht den Charakter einer Steuer im Sinn der Richtlinie, weil keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich seien, dass diese nicht dem erforderlichen Aufwand entspräche. Die Auswärts- und Nachtgebühr unterfielen nicht der Richtlinie, weil die Vorschriften des Umwandlungsgesetzes ein auswärtiges Tätigwerden des Notars in den Abendstunden nicht vorschreiben und diesen Gebühren deshalb eine freiwillige Inanspruchnahme der Dienste des Notars zu Grunde liege.

Die weitere Beschwerde wurde zugelassen.

Gegen den dem Kostengläubiger am 20.7.2005 zugestellten Beschluss hat dieser am 16.8.2005 die weitere Beschwerde eingelegt. Anders als im badischen Rechtsgebiet müssten im württembergischen Rechtsgebiet von den Amtsnotaren Beurkundungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 69/335 nicht aufwandsbezogen abgerechnet werden, sondern es entfalle im württembergischen Rechtsgebiet die in § 14 LJKG geregelte Verpflichtung des Amtsnotars, für solche Beurkundungen einen Gebührenanteil an die Staatskasse abzuliefern. Soweit die Gebühr für solche Beurkundungen den Aufwand des beamteten Notars übersteige und wegen der Richtlinie 69/335 nicht dem Land zufließen dürfe, gebühre sie dem Notar. Dies verdeutliche auch die Neufassung des Landesjustizkostengesetzes.

Der Kostengläubiger beantragt nunmehr, den angegriffenen Beschluss des Landgerichts Ravensburg aufzuheben und die Beschwerde der Kostenschuldnerin als unbegründet zurückzuweisen. Darüber hinaus begehrt er die Feststellung, dass ihm ein Rückforderungsanspruch gegen die Staatskasse insoweit zustehe, als die zur Staatskasse vereinnahmten Staatsanteile und Kürzungsbeträge den für die Beurkundung entstandenen tatsächlichen Aufwand des Landes übersteigen. Hilfsweise erhebt der Kostengläubiger die Einrede der Verjährung.

Die Bezirksrevisorin beim Landgericht Ravensburg ist der Auffassung, nicht die Gebührenberechnung nach der KostO,

sondern die Abführungspflicht nach § 14 LJKG a.F. sei europarechtswidrig, weshalb – auch im Sinn der Gleichbehandlung mit anderen Notaren – die Gebühren erhoben werden und im wesentlichen beim Notar verbleiben müssten.

II.

Die zulässige sofortige weitere Beschwerde ist in der Sache unbegründet.

1.

Die sofortige weitere Beschwerde ist zulässig. Sie wurde vom Beschwerdegericht gemäß § 156 Abs. 2 Satz 2 KostO zugelassen sowie frist- und formgerecht eingelegt.

2.

Der angefochtene Beschluss des Landgerichts Ravensburg vom 8.7.2005 ist im Rechtsbeschwerdeverfahren allein darauf zu überprüfen, ob er auf einer Verletzung des Rechts beruht (§ 156 Abs. 2 Satz 3 KostO).

Im Rechtsbeschwerdeverfahren können deshalb grundsätzlich keine neuen Sachanträge gestellt werden. Der Antrag des Kostengläubigers auf Feststellung, dass dem Notar ein Rückforderungsanspruch gegen die Staatskasse zustehe, ist als neuer Antrag in der Rechtsbeschwerdeinstanz unzulässig und daher abzuweisen (vgl. BayObLG NJW-RR 2001, 1231, 1233 m.w.N.; Bassenge/Herbst/Roth FGG 10. Aufl. Einleitung RN 16; KKW-Meyer-Holz, FG 15. Aufl., § 27 RN 3).

Im übrigen können Gegenstand eines Verfahrens nach §§ 154, 156 KostO lediglich die nach der KostO zu erhebenden Gebühren und Auslagen (§ 141 KostO) sowie die Mehrwertsteuer (§ 151a KostO) und die vom Notar verauslagten Gerichtskosten (§ 154 Abs. 2 KostO) sein. Dieses Verfahren dient nicht der Regelung des Innenverhältnisses zwischen dem württembergischen Amtsnotar und dem Land Baden-Württemberg, weil insoweit die Tatbestände der KostO nur mittelbar Auswirkung haben und hier eine Gebührenfestsetzung gegen das Land Baden-Württemberg nach § 154 KostO nicht möglich ist.

3.

Die Gebühr nach § 47 KostO ist vom Kostengläubiger der Höhe nach aufwandsbezogen und damit konform zur 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 (im Folgenden: Richtlinie 69/335) neu zu berechnen. Die diesbezügliche Aufhebung der Kostenrechnung durch das Beschwerdegericht lässt Rechtsfehler nicht erkennen, weshalb die weitere Beschwerde des Kostengläubigers zurückzuweisen war.

a)

Der Kostengläubiger ist hier als Amtsnotar nach §§ 12 Abs. 1 Satz 2 LJKG, 3 LFGG a. F. Gläubiger der Beurkundungsgebühren nach § 47 KostO. Hiervon hat er jedoch einen nach § 14 LJKG a. F. zu berechnenden Anteil an die Staatskasse abzuführen, die diese Einnahmen zur Finanzierung seiner Aufgaben verwendet. Solche Gebühren eines beamteten Notars sind als Steuern im Sinn der Richtlinie 69/335 anzusehen (EuGH, Urteil vom 30.6.2005, AZ: C-165/03, EuZW 2005, 501; vgl. auch EuGH DNotZ 2002, 389 „Gründerzentrum“). Der Senat sieht sich an diese Rechtsprechung des EuGH gebunden, da Art. 234 (früher: 177) EGV dem Gerichtshof im Verhältnis zu den Gerichten der Mitgliedsstaaten die abschließende

Entscheidungsbefugnis über die Auslegung des EG-Vertrags sowie über die Gültigkeit und die Auslegung der dort genannten abgeleiteten gemeinschaftlichen Akte zuweist (BayObLG NJW 1999, 652, 653 m.w.N.; KG JurBüro 2003, 31).

b)

Die der Kostenrechnung vom 17.5.1999 zugrunde liegende Beurkundung fällt in den gegenständlichen Bereich der Richtlinie 69/335. Nach Art. 3 Abs. 2 werden den in der Richtlinie genannten Kapitalgesellschaften alle anderen Gesellschaften, Personenvereinigungen oder juristische Personen gleichgestellt, die einen Erwerbszweck verfolgen. An dem beurkundeten Verschmelzungsvertrag waren zwei eingetragene Genossenschaften beteiligt, die gemäß § 1 Abs. 1 GenG die Förderung des Erwerbs oder der Wirtschaft ihrer Mitglieder bezwecken. Sie sind deshalb den in der Richtlinie genannten Kapitalgesellschaften nach Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 69/335 gleich zu stellen (OLG Karlsruhe NZG 2003, 487, 488). 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. Tz 34). Der Verschmelzung der beiden 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. Dies rechtfertigt es, die beurkundete Verschmelzung der beiden Genossenschaften als einen von der Richtlinie 69/335 umfassten Vorgang anzusehen (EuGH a.a.O. Tz 36).

Der Verschmelzungsbeschluss bedurfte nach § 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG der notariellen Beurkundung.

c)

In Abweichung von den nach Art. 10 Richtlinie 69/335 verbotenen Steuern richtet sich die Höhe von Abgaben mit Gebührencharakter, deren Erhebung erlaubt ist (Art. 12 Abs. 1 lit. e) Richtlinie 69/335), nach den Kosten der erbrachten Dienstleistung. Eine Abgabe, deren Höhe keinen Zusammenhang mit den tatsächlichen Aufwendungen für diese bestimmte Dienstleistung aufweist oder sich nicht nach den Aufwendungen, für die sie die Gegenleistung darstellt, sondern nach den gesamten Betriebs- und Investitionskosten der mit dem betreffenden Vorgang befassten Stelle richtet, ist als Abgabe anzusehen, für die das Verbot des Art. 10 Richtlinie 69/335 gilt (EuGH DNotZ 2002, 389, 394 unter Tz. 31 „Gründerzentrum“ m.w.N.).

Vorliegend wurde die Gebühr nach §§ 47, 32 KostO aF abhängig allein vom Geschäftswert und nicht vom tatsächlichen Aufwand erhoben. Trotz der Begrenzung der Gebühr nach § 47 S. 2 KostO wird durch die in Rechnung gestellten 10.000,- DM zzgl. Mehrwertsteuer der nach der Richtlinie 69/335 berücksichtigungsfähige Aufwand für den Beurkundungsvorgang einschließlich darauf entfallender allgemeiner Kosten ersichtlich überschritten. Allein das Bestehen einer Obergrenze verleiht der Abgabe nicht den Charakter einer Gebühr, weil die Obergrenze nicht zu den entstehenden Kosten angemessen ist (EuGH a.a.O. Tz. 33).

d)

Soweit eine Gebührenerhebung einer der Gesellschaftssteuererrichtlinie 69/335 widersprechenden Steuererhebung gleich

kommt, fehlt der Einnahme der erforderliche Rechtsgrund. Da Art. 10 in Verbindung mit Art. 12 Abs. 1 lit. e) Richtlinie 69/335 für den einzelnen Rechte begründet, kann er sich auf den Richtlinienverstoß vor dem nationalen Gericht berufen (Senat Rpfleger 2004, 380; EuGH, Urteil vom 2.12.1997, AZ: C-188/95, „Fantask“ EuZW 1998, 172, 176 unter Tz 55). Richtlinienwidrig erhobene Steuern sind nach dem nationalen Recht zu erstatten (Senat a.a.O.; EuGH a.a.O. Tz 33, 38 ff.; BayObLG a.a.O.; KG a.a.O.; OLG Karlsruhe Die Justiz 2003, 634, 635).

Dabei führt die Richtlinie 69/335 nicht zur vollständigen Unwirksamkeit der betroffenen Rechtsgrundlage, die hier in § 47 KostO und nicht in § 14 LJKG zu finden ist, und zum völligen Wegfall der Abgabenerhebung. Vielmehr bleibt § 47 KostO im Regelungsbereich der Richtlinie 69/335 weiterhin Rechtsgrund für die Erhebung von Kosten, soweit sie mit der Richtlinie im Einklang stehen. Die Richtlinie verbietet nämlich nicht jegliche Abgabenerhebung, so dass Gebührentatbestände wegen eines Verstoßes gegen die Richtlinie nicht gänzlich unwirksam werden. Die Richtlinie sanktioniert nur die Höhe der Abgabenerhebung, indem sie sie auf Abgaben mit Gebührencharakter, also aufwandsbezogene Gebühren, beschränkt (Art. 12 lit. e) Richtlinie 69/335). Durch ein solches Verständnis der Rechtsfolgen einer – gemessen an der Richtlinie – überhöhten Abgabenerhebung wird der Schutzzweck der Richtlinie gewahrt (im Erg. ebenso BayObLG a.a.O.; KG a.a.O.; OLG Karlsruhe a.a.O.).

Das Beschwerdegericht hat danach zu Recht die Kostenrechnung aufgehoben, soweit die Gebühr nach § 47 KostO zuzüglich Mehrwertsteuer in Ansatz gebracht worden ist, und insoweit die Kostenrechnung zu erneuter Entscheidung über den Kostenansatz zurückverwiesen, da durch die Richtlinie 69/335 gemäß deren Art. 12 lit. e und f aufwandsbezogene Abgaben zuzüglich Mehrwertsteuer erhoben werden dürfen. Das Beschwerdegericht konnte aus eigener Anschauung einen danach berechtigten Betrag der angegriffenen Kostenrechnung nicht ermitteln.

4.

Entgegen der Auffassung des Rechtsbeschwerdeführers führen die Richtlinie 69/335 und die hierzu ergangene Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht dazu, dass der Amtsnotar bei unter die Richtlinie fallenden Beurkundungen von der Pflicht, aus den hieraus angefallenen Notargebühren einen Anteil an die Staatskasse abzuführen, befreit wäre. Insoweit ist bereits zweifelhaft, ob dies den Gebühren die Steuereigenschaft nach der Richtlinie nehmen würde (ablehnend Schlussanträge des Generalanwalts vom 18.1.2005 an den EuGH in der Rechtssache C-165/03 (Längst) Tz 50 und 51). Vorliegend ist eine Entscheidung hierzu jedoch nicht veranlasst. § 14 Abs. 1 LJKG a. F. ist für die Notare verbindlich. Es steht nicht in ihrem Ermessen, Gebührenanteile an die Staatskasse abzuführen oder nicht. Der Verstoß einer Gebührenerhebung gegen die Richtlinie 69/335 schafft den Notaren keinen entsprechenden Ermessensspielraum, sondern führt zur (teilweisen) Unwirksamkeit der Rechtsgrundlage der Kostenrechnung. Es ist Aufgabe nicht des einzelnen Notars, sondern des nationalen Gesetzgebers, richtlinienkonforme Gebührentatbestände zu schaffen. Ebenso obliegt eine Regelung, die Unterschieden in der Gebührenerhebung der Amtsnotare einerseits und der freien Nur- und Anwaltsnotare andererseits entgegenwirkt, nicht dem einzelnen Notar, sondern ggf. dem Gesetzgeber.

Dementsprechend hat der Landesgesetzgeber am 28.7.2005 das Gesetz zur Abänderung des Landesjustizkostengesetzes und des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit

vom 28.7.2005 (GBl. vom 5.8.2005, Seite 580 ff.) erlassen. Ob diese Regelung richtlinienkonform ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben, weil nach der Übergangsvorschrift in Art. 4 § 2 dieses Gesetzes rückwirkend der Verbleib von Beurkundungsgebühren in gesellschaftsrechtlichen Angelegenheiten erst ab dem 1.6.2002 geregelt wurde. Die der angegriffenen Kostenrechnung zugrunde liegende Beurkundung ist vor diesem Zeitpunkt geschehen.

5.

Die teilweise Aufhebung der Kostenrechnung scheidet nicht deshalb aus, weil ein eventueller Erstattungsanspruch der Kostenschuldnerin verjährt wäre. Das Gemeinschaftsrecht verwehrt es einem Mitgliedsstaat, der die Richtlinie nicht ordnungsgemäß umgesetzt hat, grundsätzlich nicht, sich gegenüber Klagen auf Erstattung richtlinienwidrig erhobener Abgaben auf eine nationale Verjährungsfrist zu berufen, sofern diese Frist für die Geltendmachung auf Gemeinschaftsrecht gestützter Ansprüche nicht ungünstiger ist als für die Geltendmachung auf nationales Recht gestützter Ansprüche und die Verjährungsfrist die Ausübung der durch die Gemeinschaftsrechtsordnung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich macht oder übermäßig erschwert (Senat a.a.O.; EuGH EuZW 1998, 172, 176 Tz 52 „Fantask“).

a)

Ein noch zu berechnender Anspruch auf Rückerstattung von Notargebühren des § 47 KostO unterliegt der allgemeinen Verjährung nach BGB. Die Verjährungsfrist des § 17 Abs. 2 KostO ist gemäß § 143 Abs. 1 KostO (in der Fassung bis zum 1.1.2002 einschließlich) unanwendbar, weil hier die Gebühr nicht der Staatskasse, sondern nach § 12 Abs. 1 Satz 2 LJKG i.V.m. § 3 LFGG dem Amtsnotar als Kostengläubiger zufließt (vgl. Senat, Die Justiz 1994, 373; Korintenberg/Bengel/Tiedtke KostO 15. Aufl. § 143 RN 1; vor § 140 RN 2; Rohs/Wedewer KostO § 142 RN 12; Assenmacher/Mathias/Mümmeler KostO 15. Aufl., „Baden-Württemberg“ Anm. 2; soweit dort jeweils § 10 Abs. 1 Satz 2 LJKG zitiert wird, entspricht dies seit 1993 § 12 Abs. 1 Satz 2 LJKG; Hartmann Kostengesetze 35. Aufl. Übersicht § 140 RN 8). § 143 KostO in seiner Fassung nach dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist unanwendbar, weil die Fälligkeit der Gebühr für die Beurkundung des Verschmelzungsvertrags gemäß § 7 KostO mit der Beendigung des gebührenpflichtigen Geschäfts und damit vor dem In-Kraft-Treten des § 143 KostO n. F. eingetreten ist (§ 161 Satz 1 KostO).

Vor In-Kraft-Treten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes vom 26.11.2001 galt für den Rückerstattungsanspruch die allgemeine Verjährungsfrist des § 195 BGB a. F. von 30 Jahren (Assenmacher/Mathias/Mümmeler a.a.O. „Verjährung“ Anm. 2.5; Korintenberg/Bengel/Tiedtke a.a.O. § 143 RN 11; § 157 RN 4). Nach Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 2 EGBGB bestimmt sich der Beginn der Verjährungsfrist hier nach dem BGB a.F.. Nach § 198 S. 1 BGB a.F. begann die Verjährungsfrist von 30 Jahren mit der Entstehung des Anspruchs. Der Anspruch auf Rückerstattung entstand bereits mit der Überzahlung und nicht erst mit der Aufhebung oder Berichtigung des Kostenansatzes (Senat Rpfleger 2004, 380; KG AGS 2005, 295 m.w.N.; OLG Karlsruhe Die Justiz 2004, 422; OLG Düsseldorf NJW-RR 1999, 296 m.w.N.; a. A. Korintenberg/Lappe a.a.O. § 17 RN 17; § 157 RN 4 jeweils zu § 17 KostO). Europarechtlich bestehen hiergegen grundsätzlich keine Bedenken (EuGH EuZW 1998, 172, 175 Tz 42 ff. „Fantask“). Die richtlinienwidrige Erhebung von Gebühren geschah von vornherein ohne Rechtsgrund, so dass schon zum Zeitpunkt der Zahlung ein Rückerstattungsanspruch entstanden ist,

auch wenn die Kostenrechnung formal noch nicht aufgehoben oder abgeändert war. Die vom Gesetzgeber gewollte zeitliche Begrenzung von Rückerstattungsansprüchen wäre in aller Regel wirkungslos, wenn die Verjährung erst nach der förmlichen Aufhebung des zugrundeliegenden Kostenansatzes beginnen würde (Senat a.a.O.; OLG Düsseldorf a.a.O.).

Weil die regelmäßige Verjährungsfrist nach § 195 BGB n. F. von drei Jahren kürzer ist als die 30-jährige Frist nach altem Recht, endete die Verjährungsfrist des Rückerstattungsanspruchs gemäß Art. 229 § 6 Abs. 4 Satz 1 EGBGB am 31.12.2004.

Die Verjährungsfrist ist durch die am 17.12.2004 bei Gericht eingegangene Beschwerde der Beteiligten 2 nach § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB n. F. analog gehemmt worden.

b)

Entgegen der Auffassung des Kostengläubigers endete die Hemmung der Verjährungsfrist nicht 6 Monate nach der Anordnung des Ruhens des Beschwerdeverfahrens mit Beschluss vom 11.2.2005 (§ 204 Abs. 2 BGB n. F.). Einerseits wurde das Verfahren durch den Beschluss des Landgerichts Ravensburg vom 8.7.2005 vor Ablauf dieser 6 Monate wieder aufgenommen und fortgeführt. Andererseits ist § 204 Abs. 2 BGB n.F. nur anwendbar, wenn die Parteien ohne triftigen Grund untätig geblieben sind. Ein triftiger Grund ist nicht nur ein rechtlich zwingender Grund, vielmehr kann ein solcher Grund auch vorliegen, wenn eine Verzögerung in der Erledigung des Rechtsstreits prozesswirtschaftlich vernünftig erscheint (BGH NJW 2000, 132).

Darüber hinaus führt eine Untätigkeit der Parteien dann nicht zum Stillstand des Verfahrens nach § 204 Abs. 2 BGB n.F., wenn dessen Leitung beim Gericht liegt. Das Landgericht hatte nicht etwa durch den Beschluss vom 11.2.2005 und das allseitige Einverständnis, den Ausgang der Vorlage des Landgerichts Stuttgart an den Europäischen Gerichtshof abzuwarten, die Verfahrensleitung aus der Hand gegeben. Das Landgericht behielt seine Kompetenz und Verpflichtung, für den Fortgang des Verfahrens zu sorgen (vgl. BGH a.a.O. Seite 133). Dieser Verpflichtung ist das Landgericht gerecht geworden, als es ohne weiteren Antrag eines Beteiligten alsbald nach Vorlage der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 30.6.2005 über die Beschwerde der Beteiligten 2 mit Beschluss vom 8.7.2005 entschieden hat.

Angesichts der für das vorliegende Verfahren grundlegenden Rechtsfrage, die der Europäische Gerichtshof in dem Verfahren C-165/03 (Längst) zu entscheiden hatte, war die Verzögerung der Erledigung des Rechtsstreits durch das Abwarten dieser Entscheidung prozesswirtschaftlich vernünftig und entsprach auch der loyalen Zusammenarbeit der Gemeinschaftsgerichte und der nationalen Gerichte. Damit berücksichtigte das Beschwerdegericht die Aufgabe des EuGH, nicht als Rechtsmittelgericht in mitgliedstaatlichen Verfahren tätig zu werden, sondern verbindlich über die Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu entscheiden, was durch eine Vielzahl von gleich gelagerten, nicht zu einer Verbreiterung der Entscheidungsgrundlagen beitragenden Vorabentscheidungsersuchen beeinträchtigt worden wäre (vgl. BGH NJW 2005, 1947, 1948).

Ob es daneben nicht auch vom Kostengläubiger treuwidrig ist, wenn er in ein Ruhen des Verfahrens bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in einem konkreten Verfahren zustimmt und er alsbald nach dem Ergehen der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs die Einrede der Verjährung erhebt, kann danach dahingestellt bleiben.

Mitgeteilt vom Oberlandesgericht Stuttgart

Buchbesprechungen

Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand Dezember 2004. 236 Seiten, 74 Euro. 90. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/55. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern. 2590 Seiten. R. v. Decker, Hüthig Fachverlage, Heidelberg.

Für die kostenrechtliche Praxis der Notare und Gerichte ist dieser „Klassiker“ zur Kostenordnung unentbehrlich. Das Werk ist auf den neuesten Stand gebracht. Insbesondere die tiefgreifenden Änderungen durch das Handelsregistergebührenneuordnungsgesetz und die Handelsregistergebührenverordnung sind hervorragend kommentiert und bieten dem Rechtsanwender eine verlässliche Hilfe bei der Neuorientierung im Gebührenrecht zu den Registergebühren. Aber auch die kostenrechtlichen Auswirkungen des Anhörungsgesetzes, des Gesetzes zur Überarbeitung des Lebenspartnerschaftsrechts und des Gesetzes zum internationalen Familienrecht sind erläutert. Durchgängig sind in allen Bereichen der Kostenordnung die neuesten Gerichtsurteile eingearbeitet. So wurden die Ausführungen zu Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen ergänzt, der Frage nachgegangen, ob der Notar aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verpflichtet ist, Kostenrechnungen im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen innerhalb von sechs Monaten nach Beurkundung zu erteilen (§ 154 Rn. 10a). Der Kommentar nimmt auch Stellung zu dem umstrittenen Kostenproblem, ob die Gerichtsgebühren für Grundbuchdatenabrufe als Auslagen dem Beteiligten in Rechnung gestellt werden dürfen, so nunmehr BayObLG DNotI-Report 2004, 211 = MittBayNot 2005, 76; LG Halle NotBZ 2004, 115 m.zust.Anm. Lappe. Beim „Dauerbrenner“ Beschwerdeverfahren wurden Aktualisierungen vorgenommen wie auch bei den Kosten in Landwirtschaftsachen. Der Kommentar informiert zuverlässig und praxisnah.

Notar Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

Beck'sches Formularbuch Aktienrecht. Herausgegeben von Dr. Rainer Lorz, Dr. Benedikt Pfisterer, Dr. Olaf Gerber. Verlag C. H. Beck, 2005. 1316 Seiten, mit CD-ROM, 128 Euro.

Die Attraktivität der Aktiengesellschaft als Rechtsformalternative für mittelständische Unternehmen hat in den vergangenen Jahren deutlich zugenommen. Mit diesem Formularbuch soll dem aktienrechtlich beratenden Praktiker das Rüstzeug verschafft werden, um auch unter Zeitdruck belastbare und interessengerechte Lösungen zu entwickeln und umzusetzen. Der Nutzer des Werkes erhält zu allen Rechtsvorgängen der Aktiengesellschaft von der Gründung bis zur Liquidation hervorragend formulierte Texte. Ausführliche Anmerkungen erläutern die Rechtsprobleme, geben Hinweise zur individuellen Anpassung der Formulare an den jeweiligen Sachverhalt. Sämtliche Phasen einer Aktiengesellschaft sind berücksichtigt, der KGaA ist ein eigener Abschnitt gewidmet. Auch eine formwechselnde Umwandlung von der GmbH oder der GmbH & Co. KG in eine Aktiengesellschaft ist behandelt. Der Inhalt des Werkes erfasst so neben alltäglichen Sachverhalten auch den Erwerb einer Vorrats-AG, den Poolvertrag, die Kraftloserklärung und Kaduzierung von Aktienur-

kunden, einen Treuhandvertrag, den Erwerb eigener Aktien durch die AG. Selbst Formulare zum Delisting sowie ein eigener Abschnitt zu der durch das Wertpapiererwerbs- und Übernahmegesetz eröffneten Möglichkeit eines Squeeze-out von Minderheitsaktionären fehlen nicht. Über 450 Formulare und Textmuster haben so die Autoren zusammengestellt – eine wahre Fundgrube für jeden Praktiker. Dank der mitgelieferten CD-ROM können die Formulare und Mustertexte problemlos in den Arbeitsablauf des Notars integriert werden.

Alle für den Notar relevanten Beschlüsse, Bescheinigungen und Handelsregisteranmeldungen zu sämtlichen Vorgängen bei einer Aktiengesellschaft sind in diesem vorzüglichen Werk bereit gehalten, prägnant und gut formuliert, stets orientiert an der herrschenden Rechtsansicht. Bei den Registeranmeldungen wird stets mit angegeben, wer und in welcher Anzahl die Anmeldungen vorzunehmen hat, welche Urkunden dem Gericht in welcher Form vorzulegen sind und selbst der Kostenansatz wird dem Notar geboten. Selbstverständlich haben auch die gebührenrechtlichen Änderungen auf Grund des Handelsregistergebühren-Neuordnungsgesetzes Berücksichtigung gefunden. Das Buch verdient das Prädikat: Aus der Praxis für die Praxis. Das Werk darf bei keinem mit dem Aktienrecht befassten Praktiker fehlen.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

Unternehmensnachfolge, Handbuch für die Praxis, von Schlecht & Partner/ Taylor Wessing (Hg.), Erich Schmidt Verlag GmbH & Co, Berlin 2004, 516 S., ISBN 3 503 07874 6, 76,00 Euro

Die Regelung der Unternehmensnachfolge gehört zu den wichtigsten strategischen Entscheidungen des Unternehmers. Angesichts der komplexen Fragestellung, die betriebswirtschaftliche, gesellschaftsrechtliche, ertragssteuerrechtliche und erbschaftssteuerrechtliche Problemfelder umfasst, ist diese Entscheidung sorgfältig vorzubereiten.

Diese Erkenntnis hat die Herausgeber veranlasst, das vorliegende Handbuch zu konzipieren. Dabei konnten zur Bearbeitung der einzelnen Themenkreise zahlreiche Fachleute gewonnen werden.

Das Handbuch umfasst 4 Kapitel: Unternehmerische Fragestellungen zur Unternehmensnachfolge, rechtliche Grundlagen der Unternehmensnachfolge, steuerliche Optimierung der Unternehmensnachfolge und Beispiele erfolgreicher Unternehmensnachfolgen in der Praxis.

Im ersten Kapitel werden grundsätzliche Fragen zur Unternehmensnachfolge behandelt, z.B. familieninterne und familienexterne Nachfolgemodelle (Nachfolgeregelungen im Wege eines „Management-Buy-Out“ oder eines „Management-Buy-In“), Führungskräftebeteiligung als erster Schritt zur Unternehmensnachfolge, Unternehmensnachfolge durch einen Börsengang. Die Beiträge zu den einzelnen Themen stammen alle von versierten Fachleuten. Ohne wissenschaftlichen Tiefgang werden die anzustellenden grundsätzlichen Überlegungen bei der Planung einer Unternehmensnachfolge dargestellt und gut erläutert.

Die Autoren der Beiträge des 2. Kapitels befassen sich mit dem Instrumentarium, das die Rechtsordnung für die zivilrechtliche Bewältigung der Nachfolge in ein mittelständisches Unternehmen zur Verfügung stellt: Übergabe unter

Nießbrauchsvorbehalt, Unternehmertestament, Erbvertrag, Testamentsvollstreckung, Unternehmensnachfolge durch Spaltung, Stiftungen, Besonderheiten der Unternehmensnachfolge bei Personengesellschaften und bei Kapitalgesellschaften. Die Autoren verstehen es dabei durchweg – trotz der Kürze der Beiträge – die entscheidenden Probleme auf den Punkt zu bringen und geben so zuverlässig Auskunft über die Wege, die einem Unternehmer für die Durchführung und rechtliche Sicherung der Unternehmensnachfolge ernsthaft zur Wahl stehen.

Die Möglichkeiten einer steuerlichen Optimierung der Unternehmensnachfolge sind Gegenstand der Beiträge im 3. Kapitel. Hier werden die zivilrechtlichen Nachfolgemodelle auf ihre steuerlichen Auswirkungen und zwar sowohl unter ertragssteuerlichen als auch unter erbschafts- und schenkungssteuerlichen Gesichtspunkten untersucht. Besonders hervorzuheben ist die einleitende Darstellung einer gefährlichen Falle: der Aufdeckung stiller Reserven durch Zerstörung einer Betriebsaufspaltung als Folge einer fehlerhaften Übertragung von Besitz- und Betriebsunternehmen.

Im 4. Kapitel werden Beispiele erfolgreicher Unternehmensnachfolgen vorgestellt, z.B. Körber-Stiftung, Bertelsmann Stiftung, MBI – ALUKON F. Grashei KG, ECOROLL AG Werkzeugtechnik.

Die Autoren haben sich mit dem Handbuch das Ziel gesetzt, die grundsätzlichen Fragen der Unternehmensnachfolge im Überblick darzustellen und für die entscheidenden Fragen sowohl in zivilrechtlicher als auch in steuerrechtlicher Hinsicht zu sensibilisieren, ohne die Begleitung der Unternehmensnachfolge durch den Fachmann ersetzen zu wollen. Dies ist gut gelungen. Das Werk ist daher dem angesprochenen Leserkreis: Notare, Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer als Einstieg in die Materie zu empfehlen.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Bruchsal

Fiduziarische Person und Widmung, von Stefan Koos, Verlag C.H. Beck, 2004, XXI, 338 Seiten, in Leinen Euro 74,00, ISBN 3-406-51605-X.

Stefan Koos untersucht in seiner Habilitationsschrift Fragen aus dem Bereich der treuhänderisch geprägten unselbständigen Stiftungen, die sich insbesondere daraus ergeben, dass nach deutschem Recht dieses Stiftungsformen per se keine Rechtspersönlichkeit zukommt.

Ausgehend von der Erkenntnis, dass die für die Stiftung ohne Rechtspersönlichkeit herangezogenen Vertragskonstruktionen die Interessen der Beteiligten solcher Gestaltungen

nicht hinreichend erfassen, schlägt der Autor ein eigenständiges Konstruktionsmodell für fiduziarische Stiftungsgestaltungen vor. Dieses Modell verbindet Koos mit einer neuen rechtsgeschäftlichen Konzeption der Stiftung und führt die treuhänderisch geprägte Stiftung mit der BGB-Stiftung dogmatisch zusammen.

Interessant ist die Idee eines stiftungsspezifischen Widmungsvertrags und dessen Anwendung auf die verschiedenen Stiftungsformen.

Hervorzuheben ist die rechtsvergleichende Darstellung des angelsächsischen Trusts und der liechtensteinischen Treuhänderschaft sowie des liechtensteinischen Treuhandunternehmens.

Dieses Kapitel ist auch für den forensisch tätigen Juristen von großem Interesse, weil die hier erläuterten Rechtsinstitute auch für deutsche Staatsbürger interessante Gestaltungsmöglichkeiten eröffnen im Bereich der Vermögensnachfolgeplanung, als Kapitalsammelstellen, als Sicherungsmittel zugunsten von Begünstigten und als Schutz vor Vermögensverlust im Insolvenzverfahren. Koos beschränkt sich dabei nicht auf die Darstellung der ausländischen Rechtslage sondern zeigt auch die Strukturunterschiede der Stiftung nach deutschem Recht und dem angelsächsischen Trust auf.

In Kapitel III der Arbeit wird die Stellung der unselbständigen Stiftung im deutschen Recht untersucht. Der Schwerpunkt liegt dabei auf der Entstehung einer unselbständigen Stiftung wobei der Autor zu dem Ergebnis kommt, dass die nach deutschem Recht zur Verfügung stehenden Vertragstypen (Auftrag, Schenkung) nicht geeignet sind, um die Verwirklichung des Stiftungszwecks nachhaltig zu sichern.

Der Autor entwickelt daher ein neuartiges Stiftungskonzept, ausgehend von dem deutschrechtlichen Stiftungskonzept und verbindet dieses mit Elementen aus dem Recht des Trusts nach angelsächsischem Recht. Aktualität hat dieses Konzept in jüngster Zeit durch die Bemühungen um ein einheitliches Erbrecht auf europäischer Ebene erfahren. Das „Grünbuch“ der europäischen Kommission befasst sich eingehend mit trustspezifischen internationalrechtlichen Fragen, die zeigen, dass wohl künftig auch der deutsche Jurist sich mit diesem Rechtsinstitut befassen muss.

Hervorzuheben ist die gut gelungene Darstellung des Problemkreises. Der Autor hat es verstanden, seine Ideen überzeugend darzustellen. Es ist zu wünschen, dass aufgrund dieser Untersuchung die Diskussion über die Rezeption der Rechtsfigur des Trusts angesichts der Entwicklungen auf europäischer Ebene wieder aufgenommen wird und zu einem Ergebnis i.S. der Vorschläge von Stefan Koos führt.

Dr. Theodor Zimmermann, Notar in Bruchsal

Impressum

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

Schriftleiter: Achim Falk, Notar, Kronenstraße 34, 70174 Stuttgart (Tel. 0711/2258650), verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Dr. 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. 0711/2237951,

Fax 0711/2237956, 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).